

JOCHEN RAUBER

Kompensation
durch Verfahren

Jus Publicum

326

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 326



Jochen Rauber

Kompensation durch Verfahren

Zu Formen, Notwendigkeit und Grenzen
der Prozeduralisierung
im Verwaltungs- und Verfassungsrecht

Mohr Siebeck

Jochen Rauber, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie in Tübingen und Dublin (Trinity College); 2010 Erste Juristische Staatsprüfung und B.A. Philosophie; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie an der Universität Heidelberg; 2016 Promotion und Zweite Juristische Staatsprüfung; 2023 Habilitation.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG – Projektnummer: 428548823) und dem Open Access Monographienfonds der Universität Heidelberg.

ISBN 978-3-16-162699-9/ eISBN 978-3-16-162700-2

DOI 10.1628/978-3-16-162700-2

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Garamond gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung beruht auf meiner Habilitationsschrift, die im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg angenommen wurde. Sie stammt aus meiner Feder, doch geschrieben habe ich sie nicht allein. Dem schönen Brauch, in Vorworten all denen Dank zu sagen, deren Beitrag über das hinausgeht, was sich in Fußnoten ausdrücken lässt, setze ich deshalb nur allzu gerne fort.

An erster Stelle steht dabei mein akademischer Lehrer Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. Von der ersten Idee an hat er die Entstehung des Buchs neugierig und geduldig begleitet und mir mehr als nur einmal als verständnisvoller Ratgeber zur Seite gestanden. Ohne sein Zutrauen wäre mir die Entscheidung für die Wissenschaft deutlich schwerer gefallen und nicht nur das vorliegende Buch wäre ohne seine vorbehaltlos zuversichtliche Art ein mühsameres Unterfangen gewesen. Für all das danke ich ihm herzlich.

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A. danke ich sehr für ein anregendes und detailreiches Zweitgutachten.

Danken möchte ich aber auch all denen, die mir das Verfassen der Arbeit auf die ein oder andere Weise erleichtert haben: Luisa Kraft und Nico Prehn haben mich bei Recherchen und redaktionellen Arbeiten gekonnt unterstützt. Und Ingo Evers hat in gewohnt routinierter Manier das gesamte Manuskript Korrektur gelesen und es von manch sperrigem Satz und überflüssigem Komma befreit. Dafür danke ich ihnen sehr.

Ein besonderer Dank gilt auch meinem Habilitationskreis, namentlich Tristan Barczak, Stefanie Egidy, Sina Fontana, Patrick Hilbert und David Kuch, für zahlreiche inhaltliche Anregungen und ungeschönte Kritik, für stete Gesprächsbereitschaft und gelegentlichen Zuspruch. Sie haben die Entstehung der Schrift von Anfang an mitverfolgt und auf dem Weg zum fertigen Buch nicht nur immer wieder mit mir diskutiert, sondern auch dafür gesorgt, dass das Gefühl, den Weg alleine zu gehen, ausgeblieben ist.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Ausarbeitung der Untersuchung mit der Gewährung einer eigenen Stelle gefördert und die Druckkosten übernommen. Und der Monographienfonds der Universität Heidelberg hat die Open Access Publikation ermöglicht. Auch dafür bin ich dankbar.

Den größten Anteil am Gelingen der Arbeit haben aber drei Menschen, ohne deren Verständnis, Geduld und Zuspruch das Buch nicht möglich gewesen

wäre: Meine Frau Lisa und unsere beiden Töchter Carla und Marlene. Ihnen ist das Buch gewidmet.

Mannheim, im Juli 2023

Jochen Rauber

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
§ 1 Einführung	1
I. Das Erstarken des Verfahrens(gedankens)...	1
II. ... und die Schwäche des materiellen Rechts	4
III. Prozeduralisierung des öffentlichen Rechts als Entwicklungsnarrativ	6
IV. Kompensation durch Verfahren als These und Desiderat	9
V. Gegenstand und Gang der Untersuchung	14
§ 2 Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen	19
I. Verfahren	19
II. Kompensation	29
§ 3 Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten	45
I. Zielsetzung	45
II. Ausgangspunkt: Kompensationsbehauptungen	47
III. Analyseraster: Funktionen des materiellen Rechts	49
IV. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente im Verwaltungsverfahren	66
V. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente im Gesetzgebungsverfahren	198
VI. Fazit	267
§ 4 Kann Verfahren kompensieren? Zur Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten	271
I. Kompensation von Schwächen der Steuerungsfunktion des materiellen Rechts	273

II.	Kompensation von Schwächen der Kontrollfunktion des materiellen Rechts	283
III.	Kompensation von Schwächen der Begrenzungsfunktion des materiellen Rechts	305
IV.	Kompensation von Schwächen der Orientierungsfunktion des materiellen Rechts	310
V.	Kompensation von Schwächen der Gleichheitsfunktion des materiellen Rechts	316
VI.	Kompensation von Schwächen der Entlastungsfunktion des materiellen Rechts	322
VII.	Kompensation von Schwächen der Legitimationsfunktion des materiellen Rechts	326
VIII.	Fazit	343
§ 5 Muss Verfahren kompensieren?		
Zur Notwendigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten . .		345
I.	Zielsetzung	345
II.	Maßstäbe: Woran bemisst sich die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation?	346
III.	Kompensationslagen: Für welche Konstellationen wird die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation behauptet?	357
IV.	Kompensationsbedürfnis: Erfordern die behaupteten Schwächen des materiellen Rechts einen Ausgleich?	365
V.	Fazit	467
§ 6 Darf Verfahren kompensieren? Zu Zulässigkeit und Grenzen kompensatorischer Verfahrenspflichten		471
I.	Zielsetzung	471
II.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Gebots hinreichender Normbestimmtheit – oder: Lässt sich Bestimmtheit prozeduralisieren?	473
III.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Vorbehalts des Gesetzes – oder: Lässt sich die Wesentlichkeitslehre prozeduralisieren?	492
IV.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – oder: Gerichtsschutz durch Verwaltungsverfahren?	511
V.	Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG – oder: Lässt sich die Ewigkeitsgarantie prozeduralisieren?	534

VI. Sonstige Zulässigkeitsgrenzen prozeduraler Kompensationen? . . .	540
VII. Fazit	549
§ 7 Schluss	551
I. Was bleibt? – Zusammenfassung in Thesen	551
II. Was folgt? – Schlussfolgerungen in Fragen	554
Literaturverzeichnis	559
Sachregister	637

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
§ 1 Einführung	1
<i>I. Das Erstarren des Verfahrens(gedankens)...</i>	1
<i>II. ... und die Schwäche des materiellen Rechts</i>	4
<i>III. Prozeduralisierung des öffentlichen Rechts als Entwicklungsnarrativ</i>	6
<i>IV. Kompensation durch Verfahren als These und Desiderat</i>	9
<i>V. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	14
§ 2 Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen	19
<i>I. Verfahren</i>	19
1. Allgemeiner (rechts- und sozialwissenschaftlicher) Verfahrensbegriff	20
2. Inneres und äußeres Verfahren	24
3. Eingrenzungen	25
4. Verfahrensrecht, insbes. Verfahrenspflichten	25
<i>II. Kompensation</i>	29
1. Begriff	29
2. Grundelemente	31
a) Kompensationslage	31
b) Kompensationsleistung	33
c) Funktionszusammenhang zwischen Kompensationslage und Kompensationsleistung	33
3. Funktionslogik	35
a) Kompensation legitimiert	36
b) Kompensation suspendiert	36
c) Kompensation flexibilisiert	37
4. Erscheinungsformen	38

a) Kompensation defizitärer Rechtszustände vs. Kompensation defizitärer tatsächlicher Situationen	39
b) Kompensation rechtlich-defizitärer Zustände vs. Kompensation funktionell-defizitärer Zustände	40
c) Substanz und Verfahren: Materielle Kompensation vs. prozedurale Kompensation	41
d) Eingrenzungen	43
§ 3 Typologie kompensatorischer Verfahrenspflichten	45
I. Zielsetzung	45
II. Ausgangspunkt: Kompensationsbehauptungen	47
III. Analyseraster: Funktionen des materiellen Rechts	49
1. Funktionen materiell-rechtlicher Vorgaben im einfachen Gesetzesrecht	51
a) Steuerungsfunktion	51
b) Legitimationsfunktion	52
c) Entlastungsfunktion	52
d) Begrenzungs- bzw. Abgrenzungsfunktion	53
e) Kontrollfunktion	55
f) Orientierungsfunktion	55
g) Gleichheitsfunktion	56
2. Funktionen materiell-rechtlicher Vorgaben im Verfassungsrecht	57
a) Steuerungsfunktion	58
b) Legitimationsfunktion	59
c) Entlastungsfunktion	60
d) Begrenzungsfunktion	60
e) Kontrollfunktion	61
f) Orientierungsfunktion	62
g) Leitbildfunktion	63
h) Stabilisierungsfunktion	63
i) Integrationsfunktion	64
3. Zusammenführung	65
IV. Typen kompensatorischer Verfahrenelemente im Verwaltungsverfahren	66
1. Zu Auswahl und Eigenheiten der Referenzgebiete	67
2. Administrative Konzepte und Konzeptpflichten	73
a) Begriff	73
b) Öffentliches Wirtschaftsrecht	76
aa) Vergabe öffentlicher Aufträge	76
bb) Marktregulierung im Telekommunikationsrecht	78

cc) Konzessionserteilung im Personenbeförderungsrecht	82
c) Polizeirecht	86
aa) Videoüberwachung öffentlicher Plätze	86
bb) Ereignis- und verdachtslose Personenkontrollen (sog. Schleierfahndung)	88
cc) Speicherungsbefugnisse nach dem Antiterrordateigesetz	92
d) Umweltrecht	93
e) Gesundheitsrecht	96
f) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch administrative Konzepte	100
3. Pflichten zur Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen	101
a) Öffentliches Wirtschaftsrecht	103
b) Polizeirecht	105
c) Umweltrecht	108
d) Gesundheitsrecht	111
f) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Ermittlungs- und Bewertungspflichten	112
4. Partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten	113
a) Beteiligung von öffentlichen Stellen und Gremien mit Kontrollfunktion	114
aa) Präventive Behördenleiter- und Richtervorbehalte	114
bb) Berichtspflichten zugunsten unabhängiger Kontrollgremien	118
cc) Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten	122
(1) Polizeirecht	122
(2) Telekommunikationsregulierungsrecht	124
dd) Beteiligung der oder des Datenschutzbeauftragten	124
ee) Beteiligung der Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde	126
(1) Personenbeförderungsrecht	127
(2) Polizeirecht	127
(3) Gesundheitsrecht	128
ff) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch die Einbindung öffentlicher Aufsichtsgremien	130
b) Beteiligung von Behörden, deren Aufgabenbereich berührt ist	131
aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht	133
(1) Personenbeförderungsrecht	133
(2) Telekommunikationsregulierungsrecht	134
bb) Umweltrecht	136
cc) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Verfahrensbeteiligung betroffener Behörden	138
c) Beteiligung von Expertengremien, sachverständigen Stellen und sonstigen Wissensträgern	139

aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht	140
bb) Umweltrecht	142
(1) Immissionsschutzrecht	142
(2) Gentechnikrecht	144
cc) Gesundheitsrecht	146
dd) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Expertenbeteiligung	149
d) Beteiligung von privaten Betroffenen und allgemeiner Öffentlichkeit	149
aa) Öffentliches Wirtschaftsrecht	151
(1) Vergaberecht	151
(2) Telekommunikationsregulierungsrecht	153
bb) Umweltrecht	155
(1) Immissionsschutzrecht	155
(2) Gentechnikrecht	158
cc) Gesundheitsrecht	160
dd) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Öffentlichkeitsbeteiligung	162
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten	163
5. Dokumentations- und Begründungspflichten	164
a) Öffentliches Wirtschaftsrecht	170
aa) Vergaberecht	170
bb) Telekommunikationsregulierungsrecht	171
b) Polizeirecht	174
c) Umweltrecht	178
d) Gesundheitsrecht	181
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Dokumentations- und Begründungspflichten	183
6. (Vorab-)Benachrichtigungspflichten	183
a) Vergaberecht	184
b) Polizeirecht	184
c) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch (Vorab-)Benachrichtigungspflichten	185
7. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	186
a) Öffentliches Wirtschaftsrecht	188
aa) Telekommunikationsregulierungsrecht	189
bb) Personenbeförderungsrecht	190
b) Polizeirecht	190
c) Umweltrecht	191
aa) Immissionsschutzrecht	191
bb) Gentechnikrecht	193

d) Gesundheitsrecht	195
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	196
8. Ergebnis	197
<i>V. Typen kompensatorischer Verfahrenselemente</i>	
<i>im Gesetzgebungsverfahren</i>	198
1. Gesetzgeberische Konzepte und Konzeptpflichten	199
a) Finanzausgleichsgesetzgebung	200
b) Festlegung des Existenzminimums	203
c) Klimaschutzgesetzgebung	205
d) Folgerichtigkeitsgebote als implizite Konzeptpflichten?	208
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch gesetzgeberische Konzepte	210
2. Pflichten zur Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsgrundlagen	211
a) Kommunale Neugliederungen	212
b) Gesetzesförmige Fachplanungsentscheidungen	213
c) Wirtschaftslenkende Gesetze	214
d) Wahlrechtsgesetzgebung, insbes. Sperrklauseln	215
e) Haushaltsgesetzgebung	217
f) Erforderlichkeit der Bundesgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 2 GG	219
g) Gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs	220
h) Festlegung des Existenzminimums	221
i) Besoldungsgesetzgebung	222
j) Parteienfinanzierung	222
k) Privatschulfinanzierung	223
l) Finanzausgleichsgesetzgebung	225
m) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch Ermittlungs- und Bewertungspflichten	226
3. Partizipative Verfahren und Beteiligungspflichten	227
a) Beteiligung von öffentlichen Stellen und Gremien mit Kontrollfunktion	228
b) Beteiligung von Behörden, deren Aufgabenbereich berührt ist	229
c) Beteiligung von Expertengremien, sachverständigen Stellen und sonstigen Wissensträgern	230
d) Beteiligung von Betroffenen und allgemeiner Öffentlichkeit	233
aa) Kommunale Neugliederungen	235
bb) Gesetzesförmige Fachplanungsentscheidungen	236
cc) Gesetzliche Ausgestaltung der beamtenrechtlichen Verhältnisse	237
e) Zusammenführung: Prozedurale Kompensation durch partizipative Verfahren	238

4. Dokumentations- und Begründungspflichten	238
a) Kommunale Neugliederungen	240
b) Haushaltsgesetzgebung	241
c) Festlegung des Existenzminimums	243
d) Besoldungsgesetzgebung	244
e) Parteienfinanzierung	245
f) Privatschulfinanzierung	245
g) Finanzausgleichsgesetzgebung	247
h) Zusammenführung: Kompensation durch Dokumentations- und Begründungspflichten	248
5. Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	249
a) Wirtschaftslenkende Gesetze	253
b) Wahlrechtsgesetzgebung, insbes. Sperrklauseln	254
c) Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten	255
d) Festlegung des Existenzminimums	256
e) Besoldungsgesetzgebung	257
f) Privatschulfinanzierung	259
g) Finanzausgleichsgesetzgebung	260
h) Straf- und Strafverfahrensgesetzgebung	262
i) Zusammenführung: Kompensation durch gesetzgeberische Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	263
6. Ergebnis	264
<i>VI. Fazit</i>	267
1. Welche Verfahrenselemente...	267
2. ... gleichen welche Defizite	268
3. ... auf welche Weise aus?	270
 § 4 Kann Verfahren kompensieren? Zur Leistungsfähigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten	271
<i>I. Kompensation von Schwächen der Steuerungsfunktion des materiellen Rechts</i>	273
1. Was heißt Steuerung und wie lässt sie sich messen?	273
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten	275
3. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	278
a) Grundsatz: Entscheidungswirksamkeit von Informationen	279
b) Schwachstelle: Confirmation Bias	280
c) Bestätigung: Default-Effekt vorläufiger (Gesetzes-)Entscheidungen	282
4. Ergebnis	283

<i>II. Kompensation von Schwächen der Kontrollfunktion des materiellen Rechts</i>	283
1. Was heißt Kontrolle und (wie) lässt sie sich messen?	284
a) Maßstäbe als Kontrollbedingung	284
b) Rechtsschutz als Kontrollzweck	284
c) Ergebnis	287
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten	287
3. Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten . .	288
4. Kompensationseffekte von Pflichten der Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit	289
5. Kompensationseffekte von Dokumentations- und Begründungspflichten	294
a) Ermöglichung gerichtlicher Kontrolle	294
b) Vorverlagerung kontrolltypischer Rechtsschutzeffekte	295
aa) Empirische Befunde zu Dokumentationspflichten	296
bb) Empirische Befunde zu Begründungspflichten	296
(1) Positive Effekte	296
(2) Negative Effekte	299
(3) Ein Vorbehalt	301
6. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	303
7. Ergebnis	304
 <i>III. Kompensation von Schwächen der Begrenzungsfunktion des materiellen Rechts</i>	 305
1. Was heißt Begrenzung und (wie) lässt sie sich messen?	305
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten	306
3. Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten . .	307
4. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit	309
5. Kompensationseffekte von Dokumentations- und Begründungspflichten	309
6. Ergebnis	310
 <i>IV. Kompensation von Schwächen der Orientierungsfunktion des materiellen Rechts</i>	 310
1. Was heißt Orientierung und (wie) lässt sie sich messen?	310
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten	311
3. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit	312
4. Kompensationseffekte von Begründungspflichten	314
5. Ergebnis	316

<i>V. Kompensation von Schwächen der Gleichheitsfunktion des materiellen Rechts</i>	316
1. Was heißt Gleichheit und (wie) lässt sie sich messen?	317
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten	317
3. Kompensationseffekte von Begründungspflichten	318
4. Kompensationseffekte von Ermittlungs- und Bewertungspflichten . .	319
5. Kompensationseffekte von Expertenbeteiligung	320
6. Ergebnis	321
<i>VI. Kompensation von Schwächen der Entlastungsfunktion des materiellen Rechts</i>	322
1. Was heißt Entlastung und (wie) lässt sie sich messen?	322
2. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung von Expertengremien	323
3. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit	324
4. Kompensationseffekte von Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	325
5. Ergebnis	326
<i>VII. Kompensation von Schwächen der Legitimationsfunktion des materiellen Rechts</i>	326
1. Was heißt Legitimation und (wie) lässt sie sich messen?	326
a) Legitimation durch Wahl	327
b) Legitimation durch Kontrolle	328
c) Legitimation durch Partizipation	329
d) Legitimation durch Deliberation	332
2. Kompensationseffekte von Konzeptpflichten	333
3. Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten und parlamentarischen Kontrollgremien	335
4. Kompensationseffekte von Pflichten zur Einbindung der (betroffenen) Öffentlichkeit	336
5. Kompensationseffekte von Begründungspflichten	340
6. Ergebnis	343
<i>VIII. Fazit</i>	343

§ 5 Muss Verfahren kompensieren?	
Zur Notwendigkeit kompensatorischer Verfahrenspflichten . . .	345
<i>I. Zielsetzung</i>	345
<i>II. Maßstäbe: Woran bemisst sich die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation?</i>	346
1. Normen statt Funktionen	346
2. Binnendifferenzierungen	347
a) Allgemeines Verfassungsrecht	347
b) Integrationsfestes Verfassungsrecht	348
c) Änderungsfestes Verfassungsrecht	349
aa) Beschränkung des Art. 79 Abs. 3 GG auf Änderungen des Grundgesetzes	350
bb) Erfordernis des „Berührens“	351
cc) Zwischenergebnis	353
d) Föderalisierungsfestes Verfassungsrecht	353
e) Völkerrecht und Recht der Europäischen Union	355
3. Ergebnis	357
<i>III. Kompensationslagen: Für welche Konstellationen wird die Notwendigkeit prozeduraler Kompensation behauptet?</i>	357
1. Strukturelle Schwächen des materiellen Rechts	358
2. Inhaltliche Schwächen des materiellen Rechts	363
<i>IV. Kompensationsbedürfnis: Erfordern die behaupteten Schwächen des materiellen Rechts einen Ausgleich?</i>	365
1. Unbestimmtheit des Rechts	365
a) Erscheinungsformen	366
b) Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen	367
aa) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit einfachgesetzlicher Normen	367
bb) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit verfassungsrechtlicher Normen	371
(1) Bestimmtheitsanforderungen aus dem Grundsatz der Verfassungsklarheit	371
(2) Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG	373
c) Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorbehaltsgrundsätzen	375
aa) Vorbehalt des Gesetzes: Anforderungen an Existenz und Dichte einfachgesetzlicher Handlungsgrundlagen	375
(1) Grundlagen	375

(2) Konturierung durch die sog. Wesentlichkeitstheorie	377
(3) Anwendungsbereich	380
bb) Vorbehalt der Verfassung: Anforderungen an Existenz und Dichte verfassungsrechtlicher Handlungsgrundlagen	381
(1) Textbefund	382
(2) Engführung des Vorbehaltsgrundsatzes in der verfassungsrechtlichen Diskussion	383
(3) Grenzen der Übertragung der Wesentlichkeitslehre	384
(4) Normhierarchische Grenzen eines Vorbehalts der Verfassung	386
(5) Vorbehaltstypische Anforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG?	387
(6) Ergebnis	390
d) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung	391
aa) Gewaltenteilungsgrundsatz als Maßstab für die Unbestimmtheit des einfachen Gesetzesrechts	391
bb) Gewaltenteilungsgrundsatz als Maßstab für die Unbestimmtheit des Verfassungsrechts	395
cc) Ergebnis	396
2. Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte	396
a) Erscheinungsformen	397
aa) Administrative Letztentscheidungsbefugnisse	397
(1) Klassische Dichotomie: Ermessen vs. Beurteilungsspielraum	397
(2) Erweiterungen: Planungs- und Regulierungsermessen . . .	398
(3) Kritik und Einheitsthese	400
(a) Anschlussfähigkeit und Aussagekraft typenbasierter Analyse	400
(b) Schwächen der kategorialen Unterscheidung zwischen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen	401
(c) Fazit: Strukturparallelen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	405
bb) Legislative Letztentscheidungsbefugnisse	405
b) Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG	407
aa) Grundlagen: Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Garantie eines wirksamen Gerichtsschutzes	407
bb) Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab für administrative Letztentscheidungsbefugnisse	409
(1) Streit über die Maßstäblichkeit	409
(2) Plädoyer für ein erweitertes Verständnis des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	411
(3) Rechtfertigungsmaßstäbe	416
(4) Zwischenergebnis	418

cc) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse	418
(1) Parlamentarische Gesetzgebungsakte als „öffentliche Gewalt“	418
(2) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse	420
(3) Zwischenergebnis	423
c) Vereinbarkeit mit dem aus der Verfahrensdimension der Grundrechte folgenden Gebot umfassenden Rechtsschutzes	424
aa) Grundlagen: Umfassender Rechtsschutz als Gebot prozeduralen Grundrechtsschutzes	424
bb) Überflüssige Maßstabsdopplung?	426
cc) Das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebote als Maßstab für administrative Letztentscheidungsbefugnisse	427
dd) Das grundrechtsimmanente Rechtsschutzgebote als Maßstab für legislative Letztentscheidungsbefugnisse	429
3. Inhaltsbedingte Beschränkungen der Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes	431
a) Erscheinungsformen	431
b) Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	432
aa) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für inhaltlich bedingte Beschränkungen des Rechtsschutzes gegen Verwaltungs- entscheidungen	432
(1) Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Verwaltungsverfahren	432
(2) Belastungsbeseitigung als Merkmal effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	434
bb) Art. 19 Abs. 4 GG als Maßstab für inhaltlich bedingte Einschränkungen des Rechtsschutzes gegen Gesetzgebungs- entscheidungen	437
(1) Vorwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das Gesetzgebungsverfahren	437
(2) Belastungsbeseitigung als Merkmal effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	438
4. Exemplarische Evaluation des Kompensationsbedarfs anhand ausgewählter Referenzbeispiele	439
a) Ausgleichsbedürftige Defizite in verwaltungsrechtlichen Entscheidungskonstellationen	440
aa) Unbestimmtheit des Rechts: Die polizeiliche Befugnis zur Durchführung ereignis- und verdachtsunabhängiger Personenkontrollen (sog. Schleierfahndung)	440

(1) Rekapitulation: Unbestimmtheiten in den entsprechenden Ermächtigungsnormen	441
(2) Verfassungsrechtliche Bewertung	442
(3) Ergebnis	444
bb) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte:	
Die Marktregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz	444
(1) Rekapitulation: Letztkonkretisierungsbefugnisse der BNetzA im Bereich der Telekommunikationsmärktregulierung	445
(2) Die Spielräume der BNetzA bei der telekommunikationsbezogenen Marktregulierung im Lichte verfassungsrechtlicher Rechtsschutzgarantien	446
(3) Unionsrechtliche Determinierung der Spielraumfrage	448
(4) Ergebnis	451
cc) Sonstige Rechtsschutzeinschränkungen: Die Unanfechtbarkeit des vergaberechtlichen Zuschlags	451
(1) Uneinigkeit der Rechtsprechung	451
(2) Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Maßstab für staatliche Vergabeentscheidungen	452
(3) Der Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Lichte widerstreitender Verfassungsgüter	453
(4) Zur Vollständigkeit: Der Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Lichte unionsrechtlicher Vorgaben	458
(5) Ergebnis	458
dd) Ergebnis	458
b) Ausgleichsbedürftige Defizite in gesetzgeberischen Entscheidungskonstellationen	459
aa) Unbestimmtheit des Rechts: Die gesetzgeberische Ausgestaltung des Länderfinanzausgleichs	459
(1) Rekapitulation: Die Unbestimmtheit der verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Länderfinanzausgleich	460
(2) Die Unbestimmtheit des „angemessenen“ Ausgleichs als kompensationsbedürftige Defizitlage	460
bb) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte	462
cc) Sonstige Rechtsschutzeinschränkungen: Die (Fach-)Planung durch Parlamentsgesetz	462
(1) Zur Möglichkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes gegen gesetzgeberische (Fach-)Planungsentscheidungen	463
(2) Zur Effektivität des im Wege der (Gesetzes-)Verfassungsbeschwerde zu erlangenden Rechtsschutzes	465
(3) Ergebnis	467
V. Fazit	467

§ 6 Darf Verfahren kompensieren? Zu Zulässigkeit und Grenzen kompensatorischer Verfahrenspflichten	471
<i>I. Zielsetzung</i>	471
<i>II. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Gebots hinreichender Normbestimmtheit – oder: Lässt sich Bestimmtheit prozeduralisieren?</i>	473
1. Rekapitulation: Die klassischen Kriterien für die Bildung bestimmtheitsbezogener Rechtmäßigkeitsurteile	474
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des Bestimmtheitsgrundsatzes . . .	477
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik . .	479
4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Bestimmtheitsdogmatik?	481
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des Bestimmtheitsgrundsatzes	481
b) Tatsächliche Voraussetzung: Zweckförderung durch Verfahren . .	482
aa) Vorhersehbarkeit durch Verfahren	483
bb) Kontrollierbarkeit durch Verfahren	484
cc) Ergebnis	487
c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensationen	487
aa) Gewährleistungslösung: Verfahrensgestaltung als anforderungsmildernder Umstand	487
bb) Rechtfertigungslösung: Verfahrensgestaltung als Rechtfertigungsgrund	488
cc) Erfüllungslösung: Verfahrensgestaltung als alternativer Erfüllungsmodus	490
5. Interne Grenzen der Prozeduralisierung	491
6. Ergebnis	491
<i>III. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Vorbehalts des Gesetzes – oder: Lässt sich die Wesentlichkeitslehre prozeduralisieren?</i>	492
1. Rekapitulation: Die klassischen Kriterien für die Bildung gesetzesvorbehaltsbezogener Rechtmäßigkeitsurteile	493
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität von Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitslehre	495
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik	496

4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Gesetzesvorbehaltsdogmatik?	498
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des Gesetzesvorbehalts	498
b) Tatsächliche Voraussetzungen: Die Zweckförderung durch Verfahren	503
aa) Interessenausgleich durch Verfahren	503
bb) Entscheidungszurechnung durch Verfahren	505
cc) Ergebnis	507
c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensationen	507
5. Interne Grenzen der Prozeduralisierung	509
6. Ergebnis	510
<i>IV. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – oder: Gerichtsschutz durch Verwaltungsverfahren?</i>	511
1. Rekapitulation: Der garantierte Rechtsweg i. S. d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	512
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	513
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Rechtsschutzgarantie	514
4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG?	517
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie der Rechtsschutzgarantie	518
aa) Sachrichtigkeit als einziger Normzweck?	518
bb) Normzweck als einziger Maßstab?	520
b) Tatsächliche Voraussetzung: Die Zweckverwirklichung durch Verfahren	522
aa) Methodengerechtigkeit durch Verfahren	522
bb) Begrenzung durch Verfahren	523
cc) Vorhersehbarkeit durch Verfahren	524
dd) Gleichheit durch Verfahren	525
ee) Ergebnis	526
c) Dogmatische Umsetzung: Die rechtliche Konstruktion prozeduraler Kompensation	526
aa) Gewährleistungslösung: Verfahrensgestaltung als anforderungsmildernder Umstand	527
bb) Erfüllungslösung: Verfahrensgestaltung als alternativer Erfüllungsmodus	528
cc) Eingriffslösung: Verfahrensgestaltung als eingriffsmildernder Umstand	529
dd) Rechtfertigungslösung: Verfahrensgestaltung als Rechtfertigungsgrund	530
5. Ergebnis	533

<i>V. Die Zulässigkeit der Kompensation durch Verfahren im Lichte des Art. 79 Abs. 3 GG – oder: Lässt sich die Ewigkeitsgarantie prozeduralisieren?</i>	534
1. Rekapitulation: Der änderungsfeste Gehalt des Bestimmtheitsgebots	535
2. Vorüberlegungen: Zur Flexibilität des änderungsfesten Gehalts des Bestimmtheitsgebots	535
3. Bestandsaufnahme: Bisherige Ansätze zur Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG . . .	536
4. (Neu-)Bewertung: Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG?	536
a) Normativer Maßstab: Die Teleologie des änderungsfesten Kerns des Bestimmtheitsgebots	537
b) Tatsächliche Voraussetzung: Zweckförderung durch Verfahren . .	537
5. Ergebnis	540
<i>VI. Sonstige Zulässigkeitsgrenzen prozeduraler Kompensationen?</i>	540
1. Rechtliche Einwände gegen kompensatorische Anforderungen an das Verwaltungsverfahren	541
2. Rechtliche Einwände gegen kompensatorische Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren	542
a) Das Demokratieprinzip als Grenze von Verfahrensanforderungen an den Gesetzgeber	542
b) Der Grundsatz der Gewaltenteilung als Grenze von Verfahrensanforderungen an den Gesetzgeber	545
c) Ergebnis	548
3. Ergebnis	549
<i>VII. Fazit</i>	549
§ 7 Schluss	551
<i>I. Was bleibt? – Zusammenfassung in Thesen</i>	551
<i>II. Was folgt? – Schlussfolgerungen in Fragen</i>	554
1. Folgerungen für die Rechtstheorie: Kompensation als Verfahrensfunktion?	554
2. Folgerungen für die Rechtsdogmatik: Kompensation als Rechtsargument?	555
3. Folgerungen für die Gesetzgebung(slehre): Kompensation als Gestaltungsressource?	557
Literaturverzeichnis	559
Sachregister	637

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG G 10 BW	Gesetz zur Ausführung des Artikel 10-Gesetzes Baden-Württemberg
AG G 10 NRW	Gesetz über die Ausführung des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz Nordrhein-Westfalen
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BayAGG 10	Gesetz über die Aufgaben der G10-Kommission im Bayerischen Landtag und zur Ausführung des Art. 10-Gesetzes
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei
BayPKGG	Bayerisches Gesetz zur parlamentarischen Kontrolle der Staatsregierung hinsichtlich der Tätigkeit des Landesamts für Verfassungsschutz sowie hinsichtlich der Maßnahmen nach Art. 13 Abs. 3 bis 5 des Grundgesetzes
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BBG	Bundesbeamtengesetz
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BbgVerfG	Verfassungsgericht des Landes Brandenburg
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
bearb.	bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beil.	Beilage

BerlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
BKartA	Bundeskartellamt
BlnASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BNetzA	Bundesnetzagentur
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVT	Beste Verfügbare Technik
BWAGG 10	Baden-Württembergisches Gesetz zur Ausführung des Artikel 10-Gesetzes
BWStGH	Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg
BWVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
dens.	denselben
ders.	derselbe
d. h.	das heißt

dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Entsch.	Entscheidung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
Erg.-Lfg.	Ergänzungs-Lieferung
etc.	et cetera
EthRG	Ethikratgesetz
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FEU	Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht
ff.	folgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss
gem.	gemäß
GemO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GenTAnhV	Verordnung über Anhörungsverfahren nach dem Gentechnikgesetz
GenTAufzV	Gentechnik-Aufzeichnungsverordnung
GenTBetV	Gentechnik-Beteiligungsverordnung
GenTG	Gentechnikgesetz
GenTVfV	Verordnung über Antrags- und Anmeldeunterlagen und über Genehmigungs- und Anmeldeverfahren nach dem Gentechnikgesetz

GEREK	Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GesR	GesundheitsRecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GK-BImSchG	Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Führ)
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GO	Geschäftsordnung
GOBNetzA	Geschäftsordnung der Bundesnetzagentur
GRCh	Grundrechtecharta
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts (Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [2. Aufl.] bzw. Voßkuhle/Eifert/Möllers [3. Aufl.])
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbbd.	Halbband
HDSIG	Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz
HessStGH	Staatsgerichtshof des Landes Hessen
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Merten/Papier)
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Isensee/Kirchhof)
HVwR	Handbuch des Verwaltungsrechts (Kahl/Ludwigs)
i. e.	id est
insbes.	insbesondere
IPE	Handbuch Ius Publicum Europaeum
IQWiG	Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
jew.	jeweils
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
juris	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KommJur	Kommunaljurist
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrV	Kranken- und Pflegeversicherung
LBG	Landesbeamtengesetz
LBO	Landesbauordnung
LDSG BW	Landesdatenschutzgesetz Baden-Württemberg
lit.	littera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LSG	Landessozialgericht
LT-Drs.	Landtags-Drucksache
LVG	Landesverwaltungsgesetz
LVSG BW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Baden-Württemberg
LVSG NRW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
LVSG S-H	Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Schleswig-Holstein
LVwG S-H	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
(L)VwVfG	(Landes-)Verwaltungsverfahrensgesetz
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MBVerfV	Methodenbewertungsverfahrensverordnung
MedR	Medizinrecht
mglw.	möglicherweise
MgvG	Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz
MMR	Multimedia und Recht
m. Nachw.	mit Nachweisen
Ms.	Manuskript
MVVerfG	Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NdsPOG	Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
NdsStGH	Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NdsVerf	Niedersächsische Verfassung
N.F.	Neue Folge
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKRG	Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NRWVSG	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NWVerfGH	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen

NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
N&R	Netzwirtschaften und Recht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPNVG	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr
ÖPNVG BW	Gesetz über die Planung, Organisation und Gestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs Baden-Württemberg
ÖPNVG NRW	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen
ÖPNVG SA	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr im Land Sachsen-Anhalt
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PBefZuVO	Verordnung der Landesregierung und des Verkehrsministeriums über personenbeförderungsrechtliche Zuständigkeiten (Baden-Württemberg)
PflSchG	Pflanzenschutzgesetz
PharmR	Pharma Recht
PKGrG	Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes
PLOS	Public Library of Science
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
POG	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
POG RhI-Pf	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz
PolDVG	Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei
PolG	Polizeigesetz
PolG BW	Polizeigesetz Baden-Württemberg
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
PUAG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Satz, Seite
s. a.	siehe auch
SaarlPolDVG	Saarländisches Gesetz über die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei
SaarlPolG	Saarländisches Polizeigesetz
SachsAnhVerf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
SachsAnhVerfG	Verfassungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt

SächsAGG 10	Gesetz zur Ausführung des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz im Freistaat Sachsen
SächsDSG	Gesetz zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung im Freistaat Sachsen
SächsPolG	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen
SächsPVDG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Datenverarbeitung und Organisation des Polizeivollzugsdienstes im Freistaat Sachsen
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SächsVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen
SächsVSG	Gesetz über den Verfassungsschutz im Freistaat Sachsen
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte(r/n)
SOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG M-V	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern
SozR	Sozialrecht
Sp.	Spalte
StandAG	Standortauswahlgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StuW	Steuer und Wirtschaft
StV	Strafverteidiger
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SVerf	Verfassung des Saarlandes
TA Lärm	Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm
TA Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft
ThürPAG	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei
ThürVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen
ThürVerfGH	Thüringer Verfassungsgerichtshof
TK	Telekommunikation(s)
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem, und andernorts
UAbs.	Unterabsatz
unveröffentl.	unveröffentlichtes
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
US	United States
USA	United States of America
UVgO	Unterschwelvenvergabeordnung
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung(s)
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
v.	vom, von
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfO	Verfahrensordnung

VerfO GBA	Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRSpr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VK	Vergabekammer
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen
Vol.	Volume
VR	Verwaltungsgrundschau
vs.	versus
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WAR	Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
WD	Wissenschaftliche Dienste
WIK	Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZKBS	Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit
ZKBSV	Verordnung über die Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zuf.	zusammenfassend

Einführung

I. Das Erstarken des Verfahrens(gedankens)...

Für lange Zeit standen Verfahrensfragen in den Diskussionen der Verwaltungs- und Verfassungsrechtswissenschaft im Schatten des materiellen Rechts.¹ Das tradierte und zuweilen noch immer betonte Dogma der (nur) „dienenden Funktion“² des Verfahrens verwies sie in die zweite Reihe, und die Randständigkeit der Gesetzgebungslehre³ ließ auch das Legislativverfahren aus dem Blick geraten. Geblieben ist von dieser Verfahrenlethargie wenig. Mit dem Schwinden des Vertrauens in die Leistungsfähigkeit inhaltlicher Gesetzessteuerung hat das materielle Recht seinen ehemals unangefochtenen Vorrang eingebüßt; und das Verfahrensrecht hat in einem Maß an Selbststand gewonnen, das inzwischen zu einem allgemeinen Erstarken des Verfahrensgedankens geführt hat.⁴

¹ J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 17.

² Ausführlich C. Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010; der Begriff der „nur dienenden Funktion“ auch bei E. Schmidt-Aßmann/A.-K. Kaufhold, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 4; siehe zur Differenzierung zwischen „nur dienender“ und „dienender Funktion“ P. Hilbert, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (332f.). Im Verfassungsrecht begegnet der Gedanke der (nur) dienenden Funktion des Verfahrens insbesondere in der Diskussion darüber, ob die grundgesetzlichen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren als bloße „Ordnungsvorschriften“ qualifiziert werden können, deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit des Gesetzes führt, vgl. dazu etwa G. Axer, NVwZ 2010, S. 624 (626f.); B. Meermagen/H. Schultzky, VerwArch 101 (2010), S. 539 (562f.); H. Schulze-Fielitz, NVwZ 1983, S. 709 (710f.).

³ Zu deren Konjunkturen K. Meßerschmidt, ZJS 2008, S. 111 (113 ff.), der eine Renaissance seit der Jahrtausendwende konstatiert; beispielhaft hierfür aus jüngerer Zeit etwa Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014; A. Schwerdtfeger, Krisengesetzgebung, 2018; A. Steinbach, Rationale Gesetzgebung, 2017; für die Unionsebene M. Mödinger, Bessere Rechtsetzung, 2020.

⁴ Siehe K. Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 817; M. Morlok, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 15; A. Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 23: „Avancement“; C. Sandforth, Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit, 2002, S. 168 ff.; E. Schmidt-Aßmann/A.-K. Kaufhold, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 46: „Bedeutungszuwachs“. Im Folgenden stehen zwar das deutsche Verwaltungs- und Verfassungsrecht im Zentrum der Untersuchung, doch ist die Diagnose nicht auf diese beschränkt; siehe zur entsprechenden Entwicklung im Völkerrecht etwa J. Rauber, AöR 143 (2018), S. 67 (insbes. 104 ff.); zum Europarecht (und dessen Einfluss auf das nationale Recht) etwa M. Fehling, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz-

Im Verwaltungsrecht gilt es so heute als Gemeinplatz, dass die mit der dienenden Funktion des Verfahrens verbundene Vorstellung, die Aufgabe des Verwaltungsverfahrens erschöpfe sich darin, die materiell-rechtliche Richtigkeit der zu treffenden Entscheidung zu gewährleisten,⁵ dem geltenden Recht nicht gerecht wird, ja im Grunde nie völlig zutrifft.⁶ Mit dem Topos des „Eigenwerts des Verfahrens“ wird angesichts dessen vielfach betont, dass die Bedeutung von (Verwaltungs-)Verfahren über die Verwirklichung bereits feststehender materiell-rechtlicher Vorgaben weit hinausreicht:⁷ Verfahren konkretisieren offene materiell-rechtliche Normen,⁸ indem sie das auf Rechtsetzungsebene fehlende Wissen generieren⁹ und die von der ausstehenden Entscheidung berührten Interessen in die Entscheidungsfindung integrieren;¹⁰ sie erfüllen damit eigenstän-

und Verfahrensrecht, 2014, § 3 Rn. 60 ff.; S. *Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010; zum US-amerikanischen Verwaltungsrecht etwa O. *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 194 f.; R. B. *Stewart*, Harvard Law Review 88 (1975), S. 1667 (1748 ff., 1756 ff.). – Zum Zusammenhang zwischen Krise des materiellen Rechts und Bedeutungszuwachs von Verfahrensvorgaben sogleich noch unten § 1 II; der Bedeutungszuwachs verfahrensrechtlicher Elemente wird daneben auch auf den Einfluss des Unionsrechts zurückgeführt, siehe dazu die Nachweise in Fn. 22.

⁵ Eine solche Konzeption findet sich etwa noch bei O. *Groschupf*, DVBl. 1962, S. 627 (630, 632); K. A. *Bettermann*, DVBl. 1963, S. 826 (827).

⁶ P. *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (332 f.); R. *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 108; C. *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 16 f., 189 ff.; E. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 305; ähnlich F. *Hufen/T. Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2021, Rn. 31: „nicht mehr gerecht wird“; s. aus rechtstheoretischer Perspektive auch P. *Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 186 ff.

⁷ Siehe insbes. C. *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 189 ff.; R. *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 160 ff., 403 und öfter; M. *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (281 ff., insbes. 285 f., sowie 307 ff.); ferner H. *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 221; M. *Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, 2019, S. 137 ff.; P. *Langenbach*, Der Anhörungseffekt, 2017, S. 15; H. C. *Röhl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 38 f.; differenzierend C. *Möllers*, in: Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 489 (497).

⁸ Zu dieser Konkretisierungsfunktion: C. *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 231 ff.; J.-P. *Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 28 Rn. 1 f.; ebenso P. *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (333).

⁹ Dazu B. *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009; C. *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 191 ff.; H.-H. *Trute*, Die Verwaltung, Beiheft 9 (2010), S. 11 (28 ff.); I. *Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 54 ff.; H. C. *Röhl*, Die Verwaltung, Beiheft 9 (2010), S. 65 (82 ff.); ders., in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 24 ff.

¹⁰ M. *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (309 ff.); J.-P. *Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 28 Rn. 3 f.; vgl. auch W. *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (39): „Mittel zur Wahrung der rechtserheblichen Interessen“.

dige Rechtsschutzfunktionen¹¹ und gewährleisten gerade jenseits materiell-rechtlicher Maßstäbe die Sachrichtigkeit und Rationalität behördlicher Entscheidungen.¹²

Dass die Bedeutung des Verfahrens daneben auch im Verfassungsrecht gewachsen ist, belegt das dichte Netz prozeduraler Anforderungen, von dem mittlerweile auch das gesetzgeberische Handeln umspunnen ist.¹³ Auch wenn die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bislang keine einheitliche Linie erkennen lässt,¹⁴ so fordert sie doch immer wieder, der Gesetzgeber müsse alle maßgeblichen Tatsachen zutreffend und vollständig ermitteln, sie bewerten, denkbare Alternativen erwägen und all das in einer Begründung nachvollziehbar und transparent darlegen; im Hinblick auf die von ihm getroffenen Prognosen und Tatsachenannahmen treffe ihn zudem eine fortlaufende Beobachtungspflicht, die sich gegebenenfalls zu einer Nachbesserungspflicht verdichte.¹⁵ Die einst von *Willi Geiger* plakativ formulierte Überzeugung, der Gesetzgeber schulde nichts als das Gesetz,¹⁶ weicht mit diesen Verfahrenspflichten erkennbar auf.¹⁷ Denn bleibt der Gesetzgeber hinter ihnen zurück, so steht das Gesetz „bereits wegen dieser Mängel nicht mehr mit [dem Grundgesetz] in Einklang“¹⁸. Ihr Selbststand gegenüber dem materiellen Recht ist damit unverkennbar. Getragen vom Ideal einer „[o]ptimale[n] Methodik der Gesetzgebung“¹⁹ verleihen sie einem Verfahrensverständnis Ausdruck, in dem sich das Verfahren als eigenständiger Rationalitätsgarant parlamentarischer Gesetzgebung etabliert.²⁰

¹¹ *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 41 ff.; *M. Febling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (307 ff.); *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht, 2004, S. 47 ff., 62 ff.; *P. Langenbach*, Der Anhörungseffekt, 2017, S. 15, 17 ff.; *F. Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21 (25 ff.); *R. Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (160 ff.).

¹² Zur Richtigkeitsgewähr siehe *M. Febling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (285 f.); *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 214 ff.; *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (238 ff.); *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 34 ff.; *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 201 ff.; zur Rationalitätsgewähr s. *P. Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), S. 313 (346 ff.) m. Nachw.

¹³ Siehe etwa *C. Möllers*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281 (396 f.), der in Bezug auf die „Pflichten des Gesetzgebers zur systematischen Faktenbeobachtung“ konstatiert, diese haben sich „stark verdichtet“.

¹⁴ *G. Britz*, Die Verwaltung 50 (2017), S. 421; *A. Wieckhorst*, DÖV 2018, S. 845; zur Uneinheitlichkeit in der früheren Rechtsprechung siehe bereits *M. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 368 ff.

¹⁵ Für einen Überblick siehe *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 8 ff. sowie ausführlich noch unten § 3 V.

¹⁶ *W. Geiger*, in: Berberich/Holl/Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 131 (141); ebenso *K. Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (109).

¹⁷ Ebenso *G. Krings*, in: Kahl/Mager (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019, S. 241 (251).

¹⁸ BVerfGE 125, 175 (226).

¹⁹ *G. Schwerdtfeger*, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 173 (173).

²⁰ Vgl. zu dieser Diskussion insbes. *M. Cornils*, DVBl. 2011, S. 1053; *B. Grzeszick*, VVD-

II. ... und die Schwäche des materiellen Rechts

Den Hintergrund für dieses Erstarken des Verfahrensgedankens bildet die Schwäche des materiellen Rechts: Prozedurale Vorgaben gewinnen gerade dort an Bedeutung, wo inhaltliche Normvorgaben vage bleiben oder fehlen.²¹

In der Verwaltungsrechtswissenschaft wird der Selbststand des Verfahrens dementsprechend vor allem auf eine gebietsspezifisch zurückgenommene Direktionskraft des Gesetzes zurückgeführt.²² In Bereichen, die sich durch eine starke Dynamik, hohe Komplexität und eine ausgeprägte Kontextsensitivität auszeichnen und in denen es an Erfahrungswissen über regelungsrelevante Wirkungszusammenhänge fehlt, bedient sich das Verwaltungsrecht offener und inhaltlich ausgedünnter Vorgaben, durch die das Behördenhandeln nur schwach determiniert wird.²³ Finalprogramme und Abwägungsstrukturen, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe gewinnen so vor allem in naturwissen-

StRL 71 (2012), S. 49; *G. Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), S. 7; ausführlich *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017.

²¹ Aus dem verwaltungsrechtlichen Schrifttum etwa *I. Appel*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 (355 f.); *ders.*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 173 ff.; *D. Grimm*, NVwZ 1985, S. 865 (866); *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (238 f.); *V. Karageorgou*, Das Umweltordnungsrecht, 2003, S. 108; *M. Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, 2019, S. 136; *F. Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21 (27 f.); *R. Wahl*, Verfahren, in: Görres-Lexikon, Bd. V, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (632); *R. Wolf*, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 57 (57 ff.); *R. Pitschas*, Verantwortungs- und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 170 f.; s. a. *E. Schmidt-Aßmann*, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (11); *ders./A.-K. Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwRII, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 65; *J. Ziekow*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 349 (369); zu Nachweisen aus der verfassungsrechtlichen Literatur siehe unten Fn. 26; allgemein *A. Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 2005, S. 172.

²² Daneben geht der Bedeutungszuwachs des Verwaltungsverfahrens auf den Einfluss des Unionsrechts zurück, siehe u. a. *M. Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (317); *W. Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (472 f.); *ders.*, NVwZ 2011, S. 449 (455); *ders.*, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V, 2014, § 74 Rn. 66 f.; *C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 103 ff.; *E. Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (233); siehe auch *K. F. Gärditz*, Gutachten D zum 71. Dt. Juristentag, 2016, D 83; *O. Lepsius*, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 179 (192); *H. C. Röhl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwRII, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 7; *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 34 ff.; *H. Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 273 ff.; zurückhaltend bis einschränkend hingegen *T. Müller*, Die Europäisierung der Verwaltungsverfahrensgesetze in Deutschland und Spanien, 2019, S. 60 f.

²³ Vgl. *I. Appel*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 (354); *ders.*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 164 f. für Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen; *H. Schulze-Fielitz*, in: Trute u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 135 (147); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 176 ff.; siehe auch *E. Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 38; *A. Scherzberg*, VVDStRL 63

schaftlich-technisch geprägten Gegenstandsbereichen, wie etwa dem Umwelt-, Technik- und Risikoverwaltungsrecht, an Bedeutung.²⁴ Angesichts der durch sie entstehenden Offenheit lässt sich die Funktion des Verfahrens in diesen Bereichen schon deshalb nicht mehr in strenger Akzessorietät zum materiellen Recht beschreiben, weil es an feststehenden materiell-rechtlichen Vorgaben fehlt, deren Verwirklichung das Verfahren „nur dienen“ könnte. Beinahe unabweichlich geht die verringerte Dichte des materiellen Rechts daher mit einer funktionellen Eigenständigkeit des Verfahrens einher,²⁵ für die die Offenheit des materiellen Rechts zugleich die erforderlichen Spielräume schafft.

In ganz ähnlicher Weise tritt auch das neuerliche Insistieren auf bislang unbekanntem Verfahrenspflichten des Gesetzgebers regelmäßig als Kehrseite legislativer Freiräume auf.²⁶ Gerade angesichts gesetzgeberischer Einschätzungsprärogativen, legislativer Gestaltungsspielräume und der entsprechend zurückgenommenen Möglichkeiten einer inhaltlichen Rechtskontrolle flüchtet sich das Verfassungsrecht in erhöhte prozedurale Anforderungen an die parlamentarische Entscheidungsfindung. Die Unabweichlichkeit gesetzgeberischer (Prognose-)Entscheidungen, für die es an einer wissenschaftlich geklärten Tatsachenbasis fehlt, und die Erforderlichkeit gesetzgeberischer (Grundrechts-)Abwägungen, für deren Angemessenheit die Verfassung keine einzig richtige Entscheidung

(2004), S. 214 (244): „[D]ie mangelnde Regelungsreife einer Materie und der Zwang zur Dynamisierung der Vorsorge [können] einer inhaltlichen Maßstabsbildung entgegenstehen“.

²⁴ *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 157ff., 164, 167ff.; *T. Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 50f.; für das Regulierungsrecht *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 2, 21ff., 28ff.; für das Umweltrecht *E. Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 38; für das Risikoverwaltungsrecht *L. Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 217ff.; knapp auch *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 49; aus staatsrechtlicher Perspektive *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben, 1990, S. 291 (299f.).

²⁵ Vgl. *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (273); siehe auch *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 283f., der derart offenen materiellen Vorgaben, insbesondere unbestimmten Rechtsbegriffen und Zielformelbegriffen, aufgrund der erforderlichen Ergänzung im Verfahren eine „Verfahrens- bzw. Ablaufstruktur“ attestiert.

²⁶ In diesem Sinne etwa *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 429, siehe auch ebd., S. 427f.; *H. M. Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 335; *T. Jacob*, in: *Modrzejewski/Naumann* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 5, 2019, S. 53 (71f.); *M. Meßling*, in: *Festschrift für R. Jaeger*, 2011, S. 787 (818f.); *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 215f.; *A. Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 43: „Wechselwirkungen zu gesetzgeberischen Einschätzungsspielräumen“; ausführlich zum Konnex zwischen Verfahrenspflichten und gesetzgeberischen Einschätzungsspielräumen auch *M. Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 367ff., insbes. S. 384ff.; vgl. auch *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 299; *O. Lepsius*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (207); zum Gebot gesetzgeberischer Folgerichtigkeit ebenso *L. O'Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 39f., 115ff.; siehe ferner *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsmessen, 2000, S. 819 m. w. Nachw.

vorgibt, erzeugen normative Offenheiten, auf die das Verfassungsrecht mit einer Betonung des Verfahrens reagiert.²⁷ Auch im Hinblick auf die Gesetzgebung schafft damit gerade die in Folge epistemischer und normativer Ungewissheiten²⁸ und Leerstellen²⁹ reduzierte Regelungsdichte des (Verfassungs-)Rechts die Spielräume, die den Selbststand des Verfahrens zugleich ermöglichen und erzwingen.

III. Prozeduralisierung des öffentlichen Rechts als Entwicklungsnarrativ

Aus der rechtsgebietsübergreifenden Außenperspektive stellt sich dieser Zusammenhang von reduzierten Inhalts- und gesteigerten Verfahrensanforderungen als Symptom einer allgemeineren Entwicklung des Rechts dar, für die die Rechtstheorie das (Fortschritts-)Narrativ der Prozeduralisierung geprägt hat.³⁰ Dessen Kern bildet die Beobachtung, dass das moderne Recht seine überkommene Ergebnisorientierung zugunsten einer Ausrichtung an ausgangsoffenen Prozessen aufgibt und in der Folge vielerorts von inhalts- zu verfahrensbezogenen Regelungsstrukturen übergeht.³¹ Statt das „Was“ einer Entscheidung, also deren Inhalt, vorzugeben, beschränkt sich das Recht darauf, deren „Wie“ zu

²⁷ Zur Verfahrensbetonung bei Prognoseentscheidungen siehe etwa *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 64f. und S. 77 (für die untergesetzliche Normsetzung); zur Prozeduralisierung der Angemessenheitsprüfung *J. Buchheim*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 77, insbes. S. 87ff.; vgl. auch *O. Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (207).

²⁸ Siehe zur Unterscheidung und Lokalisation dieser Spielräume *M. Klatt/J. Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, S. 15ff., 41ff.

²⁹ Wer davon ausgeht, dass eine einzig richtige Entscheidung im Rahmen der Angemessenheit nicht existiert, kann insofern nicht von einer Ungewissheit sprechen; dazu auch *J. Buchheim*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 77 (86f.).

³⁰ Siehe dazu *F. Saliger*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, S. 434 (434, 437ff.); ferner *T. Bauer*, Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 116ff.; *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 39–89; zur Prozeduralisierung als Evolutionsgeschichte knapp auch *E. Neuhann*, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 123 (135). Neben dieser entwicklungsgeschichtlichen Deutung firmieren zahlreiche weitere rechtstheoretische, -philosophische und -soziologische Ansätze unter dem Dach der Prozeduralisierung des Rechts, vgl. für einen Überblick zu diesen Theorien *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 91–145; *A. Eicker*, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 86ff.; *R. Francuski*, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 120ff.; *T. Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (19ff.); *C. Sandforth*, Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit, 2002, S. 292ff.; *T.F. Schweiger*, Prozedurales Strafrecht, 2018, S. 82–118; für die Prozeduralisierungsthese im Umweltrecht prägend *E. Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996.

³¹ Vgl. *A. Eicker*, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 9; *F. Ekardt*, Information,

bestimmen, also den Vorgang der Entscheidungsfindung zu konturieren. Ja, ganz generell werde Recht „nicht mehr primär vom Ergebnis her, sondern vom Vorgang her gedacht und betrachtet“.³²

Eingebettet in ein idealtypisches Entwicklungsmodell stellt das derart prozeduralisierte Recht den vorläufigen Endpunkt einer Rechtsevolution dar, die in drei Stufen verläuft: Auf das *formale Recht* des bürgerlichen Rechtsstaats folgt mit der Ausweitung der Staatstätigkeit zunächst das *materiale Recht* des stärker interventionistischen Wohlfahrtsstaats; erst im Zuge der Prozeduralisierung wird dieses seinerseits durch ein *prozedurales Recht* abgelöst, das zur Durchsetzung seines Steuerungsanspruchs stärker auf Verfahren, statt auf Inhalte setzt.³³

In diesem Dreischritt aus formalem, materialem und prozeduralem Recht verdient das Recht des liberalen Rechtsstaats die Beschreibung als formales Recht deshalb, weil es auf eigene Zwecksetzungen weitgehend verzichtet. Es versteht sich nicht als Instrument hoheitlicher Sozialgestaltung, sondern beschränkt sich stattdessen darauf, die Bedingungen gesellschaftlicher Selbststeuerung zu sichern.³⁴ In dem „Glauben an die heilsbringenden und fortschrittsdienlichen Kräfte des Marktes“³⁵ überlässt es die Aufgabe der Gemeinwohlkonkretisierung dem freien Zusammenwirken der Gesellschaftsmitglieder.³⁶ Eines Eingreifens des Staates bedarf es vor diesem Hintergrund nur dann, wenn „einzelne Gesellschaftsmitglieder ihre Freiheit zur Verletzung der glei-

Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, S. 19; W. Hassemer, in: Festschrift für E. G. Mahrenholz, 1994, S. 731 (750f.).

³² T. Bauer, Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 118; T. Sheplyakova, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (2); vgl. R. Francuski, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 176, die dementsprechend betont, es sei ein Kennzeichen der Prozeduralisierung des Rechts, dass das Recht auf „inhaltliche Vorgaben zu gewissen Fragen verzichtet und an deren Stelle allein die Einhaltung festgelegter Verfahrensschritte einfordert“, wobei das Ergebnis, das sich aus diesen ergeben, „anschließend als materiell richtig anerkannt“ werde; aus rechtsphilosophischer Perspektive auch W. Hassemer, in: Festschrift für E. G. Mahrenholz, 1994, S. 731 (747f.).

³³ Siehe zu diesem Drei-Stadien-Modell neben den in Fn. 30 bereits genannten Autoren noch T. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 27–114; K. Eder, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben, 1990, S. 155 (164 ff.); G. Teubner, ARSP 68 (1982), S. 13 (24 ff.) – mit leicht abweichender Terminologie; vgl. auch R. Wiethölter, in: Gessner/Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, 1982, S. 38 (42 f.); ders., in: Teubner (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, 1986, S. 221 (225 f.).

³⁴ P. Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967, S. 25; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (293); weniger deutlich, aber in der Sache ebenso G.-P. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 41; siehe auch J. Rauber, AöR 143 (2018), S. 67 (70f.).

³⁵ O. Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 50.

³⁶ P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 8; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (616); J. Rauber, AöR 143 (2018), S. 67 (70f.).

chen Freiheit anderer gebrauchen und auf diese Weise die gesellschaftlichen Selbststeuerungsmechanismen außer Kraft setzen“.³⁷

In der Wahrnehmung vieler blieb das liberale Versprechen, eine gerechte Gesellschaftsordnung allein durch die formale Sicherung gleicher Freiheit und die Bereitstellung von Mechanismen der Selbstorganisation gewährleisten zu können, jedoch unerfüllt.³⁸ Mit dem Übergang zum Wohlfahrtsstaat reagiert das Recht auf diese Erkenntnis: Die Staatstätigkeit weitet sich auf Bereiche aus, die das Recht ursprünglich der gesellschaftlichen Selbststeuerung überlassen hatte;³⁹ die staatliche Zwecksetzung tritt vielerorts an die Stelle freier gesellschaftlicher Gemeinwohlkonkretisierung; und staatliche Interventionen beschränken sich nun nicht mehr darauf, in Störungsfällen den Status Quo wiederherzustellen. Stattdessen erhebt das Recht einen eigenen inhaltlichen Gestaltungsanspruch, der eine weitreichende Materialisierung des Rechts zur Folge hat.⁴⁰ Der Wohlfahrtsstaat greift zur Verwirklichung seiner Steuerungsziele auf materiell bestimmte Verhaltens- und Entscheidungsvorgaben zurück.

Die Regelungsstrukturen, derer er sich dabei bedient, weisen indes eine erhebliche Unbestimmtheit auf: Abwägungsvorbehalte, Generalklauseln, Zweckbestimmungen und Ergebnis- statt konkreter Verhaltensvorgaben prägen die zweite Entwicklungsstufe des Rechts.⁴¹ Und so geht die Ausweitung der Staatstätigkeit mit einer zurückgenommenen Dichte und Klarheit der entstehenden Normen einher.⁴² Der materielle Steuerungsmodus des wohlfahrtstaatlichen Rechts stößt angesichts dessen an seine Grenzen. Während die systemtheoretisch inspirierte Forschung diese Entwicklung auf die Komplexität einer zu-

³⁷ D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (616).

³⁸ G.-P. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 46; F.-X. Kaufmann, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 15 (23 f.); vgl. auch J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 484 f.

³⁹ A. Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 8; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (623); A. Windoffer, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011, S. 543; für die USA ebenso H. G. Schütze, Der Erlaß von Rechtsvorschriften durch die Bundeswirtschaftsverwaltung in den USA, 1974, S. 23; vgl. ferner F.-X. Kaufmann, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 15 (23 ff.).

⁴⁰ Siehe zum Ganzen D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (624); ders., in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (297); J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 479 f., 484 ff.; knapp auch R. Francuski, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 56 f.; T. Sheplyakova, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (23 f.); G. Teubner, ARSP 68 (1982), S. 13 (25); T. Vesting, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 101 (114).

⁴¹ Ausführlich I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 134 ff.; siehe ferner G.-P. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 65: Abwägungen; D. Grimm, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (300): Zweckprogramme und Abwägungen; K. Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 51 (63): Ergebnisverpflichtungen.

⁴² Vgl. G. Teubner, ARSP 68 (1982), S. 13 (25): „offen definierte Standards und vage Generalklauseln“; H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (405).

nehmend ausdifferenzierten Gesellschaft zurückführt,⁴³ sieht die staatsrechtliche Lesart den Grund hierfür im gestaltend-prospektiven Charakter wohlfahrtsstaatlicher Regelungstätigkeit. Sie weise einen Zukunftsbezug auf, der es angesichts der erforderlichen Prognosen und Ungewissheiten unmöglich mache, inhaltliche Handlungsvorgaben ergebnisgenau zu normieren.⁴⁴

Die Prozeduralisierung des Rechts und die mit ihr einhergehende Betonung prozeduraler Regelungsstrukturen stellt sich insofern als Krisenreaktion dar.⁴⁵ In der Hoffnung, die Schwierigkeiten einer materiell-rechtlichen Steuerung umgehen und die Defizite des wohlfahrtsstaatlichen Regelungsmodus' ausgleichen zu können, setzt das Recht in seiner dritten Entwicklungsstufe auf Verfahren statt auf Inhalte.⁴⁶ Das Recht flüchtet sich in die Prozedur.

IV. Kompensation durch Verfahren als These und Desiderat

Die Korrelation von reduzierten Inhalts- und gesteigerten Verfahrensanforderungen erscheint im Lichte dieser Genealogie als mehr als ein bloßer Zufall. Vielmehr ist die Flucht ins Verfahren mit der gezielten Erwartung verbunden, dass sich die Schwächen der materiell-rechtlichen Steuerung durch eine Stärkung prozeduraler Anforderungen ausgleichen lassen. Derart als Ausgleichsinstrumente konzipiert, entfalten Verfahrensvorgaben ihre eigentliche Bedeutung dort, wo die Entscheidungssteuerung durch inhaltliche Normvorgaben Schwierigkeiten bereitet; sie ergänzen oder ersetzen das materielle Recht, um dessen

⁴³ G. Teubner/H. Willke, ZfRSoz 6 (1984), S. 4 (insbes. 22 ff.); M. Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, S. 73 ff.; dazu K. Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 51 (51 f.); K. F. Röhl, ZfRSoz 14 (1993), S. 1 (21 ff.).

⁴⁴ G.-P. Callies, Prozedurales Recht, 1999, S. 39–89; D. Grimm, NVwZ 1985, S. 865 (866 f.); ders., in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (insbes. 299 ff.); ders., in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (614 ff.); H.-H. Trute, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand'Heur, 1999, S. 403 (405); R. Wahl/I. Appel, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (14); im Überblick auch T. Bauer, Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 120 ff.; zum Zusammenhang von Zukunftsorientierung und Prozeduralisierung auch J. Rauber, AöR 143 (2018), S. 67 sowie knapp A. Windoffer, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011, S. 542 f.

⁴⁵ A. Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 8 f.: „möglicher Ausweg aus [der] Krise“; T. Sheplyakova, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1: „Antwort [...], die angesichts der Krise des regulativen Rechts [...] unausweichlich schien“; kritisch zur zugrundeliegenden Krisendiagnose allerdings J. H. Klement, Verantwortung, 2006, S. 13 ff.

⁴⁶ Zuletzt scheint das Vertrauen in die Prozeduralisierung indes wieder zu schwinden, paradigmatisch insofern der einstimmig getroffene Beschluss Nr. 15 des 71. DJT 2016 (abgedruckt in DVBl. 2016, S. 1516 [1517]): „Die materielle Programmierung der Verwaltung sollte [...] nicht einseitig zu Gunsten einer Prozeduralisierung zurückgenommen werden.“

Defizite zu kompensieren. Die Prozeduralisierung des Rechts ruht so auf dem impliziten Versprechen einer *Kompensation durch Verfahren*.⁴⁷ Von Gegnern wie Befürwortern wird sie, so ist im rechtstheoretischen Schrifttum denn auch zu lesen, „im Wesentlichen als eine Kompensationsstrategie verstanden“.⁴⁸

In der Dogmatik des öffentlichen Rechts findet sich diese Diagnose bestätigt. Ja, in den Diskussionen der an Verfahrensfragen interessierten Verwaltungswissenschaft ist der Kompensationsgedanke geradezu ubiquitär. Ausgehend von der oben skizzierten Beobachtung, dass prozedurale Vorgaben gerade dort an Bedeutung gewinnen, wo inhaltliche Normvorgaben vage bleiben oder fehlen, attestiert das verwaltungsrechtswissenschaftliche Schrifttum dem Verwaltungsverfahren eine Kompensationsfunktion:⁴⁹ Materiell-rechtliche Defizi-

⁴⁷ Die Bezeichnung als „Kompensation durch Verfahren“ findet sich etwa auch bei *D. Kugelmann*, DÖV 2003, S. 781 (787); *M. Möstl*, DVBl. 2007, S. 581 (589 in Fn. 80); *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (350); *J. Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, S. 250; ähnlich *W. Durner*, VVDStRL 70 (2011), S. 398 (434): „Kompensation durch Verfahrensrecht“.

⁴⁸ *T. Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (17); ebenso auch *G. Teubner*, ARSP 68 (1982), S. 13 (25): „kompensatorisch“; siehe aber auch die Differenzierung zwischen komplementärer und kompensatorischer Prozeduralisierung bei *S. Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010, S. 53. Auch das BVerfG spricht ausdrücklich von einer „Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung“, siehe etwa BVerfGE 139, 64 (127); 140, 240 (296); 149, 382 (395).

⁴⁹ Siehe u. a. *I. Appel*, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (272); *M. Febling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (284, 287 in Fn. 31, 328 mit und in Fn. 201); *F. Gonsior*, Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, 2018, S. 218 f. und öfters m. w. Nachw.; *E. Gurlit*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR IV, 2022, § 109 Rn. 7; *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (22); *ders.*, AöR 130 (2005), S. 5 (35 f.); *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, S. 67 f.; *M. Klinsing*, Sachrichtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit, 2019, S. 148; *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 19 Rn. 15; *M. Möstl*, DVBl. 2007, S. 581 (586); *D. Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994, S. 182 ff.; *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 55, 70, 447 und öfter; *H.-H. Trute*, in: Gedächtnisschrift für B. Jeand’Heur, 1999, S. 403 (419); *H.-H. C. Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 14, 175, 231, 263; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Lerche/Schmitt/Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (7); *ders./A.-K. Kaufhold*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 45; *W. Schmitt Glaeser*, in: Lerche/Schmitt/Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (42 f., 48 f.); *J.-P. Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 2. Aufl. 2022, § 28 Rn. 1; *R. Scholz*, VVDStRL 34 (1976), S. 145 (173, 211 ff.); *R. Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (158 f., 161, 185); *ders.*, Verfahren, in: Görres-Lexikon, 7. Aufl. 1989, Sp. 628 (632); *A. Windoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011, S. 549; *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 276, 292, 427, 430, 432, 439, 448, 537, 584, 594; *J. Ziekow*, in: König/Merten (Hrsg.), Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 69 (83 f.); in der Sache ebenso *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 71, 181 f., ausdrücklich S. 122; ferner *F. Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GVwR II, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 67; kritisch *K. F. Gärditz*, Gutachten D zum 71. Dt. Juristentag, 2016, D 83 f.; relativierend auch *M. Pöcker*, DÖV 2003, S. 980 (982 f.).

Sachregister

- 1,5 °C-Ziel 206f.
Abhörurteil 352
Absolute Obergrenze 222f., 245
Abwägungspflichten, *siehe* Ermittlungs- und Bewertungspflichten
Administrative Letztentscheidungs-
befugnisse
– bei der Richtliniensetzung des GBA 111f., 162
– Einheitsthese 400ff.
– Formen 361f., 397ff.
– im Gentechnikrecht 108f.
– im Immissionsschutzrecht 109f., 157
– im Personenbeförderungsrecht 103
– im Telekommunikationsregulierungs-
recht 80f., 103, 154f., 445ff.
– im Vergaberecht 103
– Maßstäbe gerichtlicher Kontrolle 403f.
– Standardisierungsspielraum 109f.
– Strukturparallelen 405
– Trennungsthese 397, 401ff.
– und Ermittlungs- und Bewertungs-
pflichten 101f.
– unionsrechtliche Determinierung 448ff.
– Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG 409ff.
– Vereinbarkeit mit dem grundrechts-
immanenten Rechtsschutzgebot 427ff.
Advice taking 320f.
Alimentationsprinzip 222, 257
Allgemeinheit des Gesetzes 56, 139f.
Antiterrordateigesetz 92
Anwendungsvorrang des Unions-
rechts 348f., 450
Arnstein, Sherry 331f., 338ff.
Ausgestaltung der Grundrechte 54
Auslaufklausel, gesetzliche 282ff.
Ayer, Peter 182
Begründungspflichten
– Abgrenzung zu Dokumentations-
pflichten 164
– als Grundrechtsschutz durch Verfah-
ren 173, 240
– Art und Weise der Erfüllung durch
den Gesetzgeber 302
– Auswirkungen auf die Entschei-
dung 296ff., 314f.
– bei der Anhebung der sog. absoluten
Obergrenze 245
– bei der Finanzausgleichsgesetz-
gebung 247f.
– bei der gesetzlichen Ausgestaltung
der Privatschulfinanzierung 245f.
– bei kommunalen Neugliederungen
240f.
– der Verwaltung 164ff.
– des Besoldungsgesetzgebers 244
– des GBA 181ff.
– des Gesetzgebers 238ff.
– des Haushaltsgesetzgebers 241ff.
– Förderung der Entscheidungskonsis-
tenz 314f.
– im Polizeirecht 176ff.
– im Telekommunikationsregulierungs-
recht 172
– im Vergaberecht 171
– Kompensationsfunktion 165ff., 172,
176ff., 182, 239f., 240f., 244, 248
– Kompensationswirkung 294ff., 309f.,
314ff., 318f., 340ff.
– Nivellierung von Entscheidungs-
verzerrungen 298
– Selbststand 167, 239 mit Fn. 1019, 248
Behördenbeteiligung 131ff.
– als Ausgleich für Konzentrations-
wirkungen 136, 363f.
– im Gesetzgebungsverfahren 229f.

- Behördenleitervorbehalt 114 ff.
- Beierle, Thomas C. 293
- Benachrichtigungspflichten 183 ff.
 - im Vergaberecht 184
 - im Polizeirecht 184 f.
 - Kompensationsfunktion 184, 185
- Beobachtungspflichten
 - Abgrenzung zu Überprüfungspflichten 249 f.
 - als fortgesetzte Ermittlungspflichten 253, 261, 304
 - als Grundrechtsschutz durch Verfahren 259
 - als Mittel der Entscheidungstemporalisierung 191
 - bei der Festlegung des Existenzminimums 256 f.
 - bei der Finanzausgleichsgesetzgebung 260 ff.
 - bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Privatschulfinanzierung 259
 - bei der Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten 255 f.
 - bei intensiven Grundrechtseingriffen 262 f.
 - beim Erlass wirtschaftslenkender Gesetze 253
 - der Verwaltung 186 ff.
 - des Besoldungsgesetzgebers 257 f.
 - des Gesetzgebers 249 ff.
 - des Wahlrechtsgesetzgebers 254 f.
 - im Gentechnikrecht 193 ff.
 - im Gesundheitsrecht 195 f.
 - im Immissionsschutzrecht 191 ff.
 - im Personenbeförderungsrecht 190
 - im Polizeirecht 190 f.
 - Institutionalisierung behördlichen Lernens 187
 - Kompensationsfunktion 187, 196, 258, 261
 - Kompensationswirkung 278 ff., 303 ff., 325
 - Steuerungsleistung 278 ff.
- Bestätigungsfehler, *siehe* confirmation bias
- Bestimmtheit 276, 310, 355
- Bestimmtheitsgebot 351, 367 ff.
 - als Grenze der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen 473 ff.
 - Änderungsfestigkeit 373 f., 460, 535
 - Anforderungen an einfachgesetzliche Normen 368 f.
 - Anforderungen an verfassungsrechtliche Normen 371 ff.
 - Begründung 367 f.
 - demokratische Dimension 367 f.
 - Flexibilität 477 f., 535 f.
 - Kriterien 369, 474 ff.
 - Normzweck 478 f., 481 f.
 - Prozeduralisierung 473 ff.
 - strafrechtliches 489
 - und Ermessensnormen 370 f., 375
 - und Finalprogramme 370, 375
 - und unbestimmte Rechtsbegriffe 370, 375
 - unionsrechtliches 355
 - Verfahrensgestaltung als Faktor der Bestimmtheitsdogmatik 479 ff., 481 ff., 487 ff.
 - Vorbehalt des Möglichen 370, 467, 476
- Beteiligte Kreise (BImSchG) 143, 155 f., 157, 158 in Fn. 591, 160 in Fn. 605, 163, 179, 293, 339
- Beteiligungsleiter 331 f., 338 f.
- Beteiligungspflichten
 - Behördenleitervorbehalte 114 ff.
 - bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Beamtenrechts 237
 - bei Legalplanungen 236
 - Berichtspflichten 118 ff., 122 ff., 335 ff.
 - Beteiligung „betroffener“ Behörden 131 ff., 229 f.
 - Beteiligung sachverständiger Stellen 139 ff., 230 ff., 320 f., 323 f.
 - Beteiligung von Datenschutzbeauftragten 124 ff.
 - Beteiligung von Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde 126 ff.
 - Beteiligung von Nachbarstaaten 137
 - Bürgerbeteiligung, *siehe* Öffentlichkeitsbeteiligung
 - der Verwaltung 113 ff.
 - des Gesetzgebers 227 ff.
 - im Gentechnikrecht 144 f., 158 ff
 - im Gesundheitsrecht 128 ff., 146 f., 160 ff.

- im Immissionsschutzrecht 143 f, 155 ff.
- im Personenbeförderungsrecht 127, 133 f.
- im Polizeirecht 114 ff., 122 ff., 127 f.
- im Recht der Nachrichtendienste 118 ff.
- im Telekommunikationsregulierungsrecht 124, 134 ff., 140 ff., 153 ff.
- im Vergaberecht 151 ff.
- Kompensationsfunktion 113, 116 f., 119, 123, 125, 135 f., 136 f., 149, 154, 156, 159, 235, 237
- Kompensationswirkung 289 ff., 309, 312 ff., 320 f., 323 f., 324 f.
- Öffentlichkeitsbeteiligung 149 ff., 233 ff., *siehe auch* Öffentlichkeitsbeteiligung
- Richtervorbehalte 114 ff.
- Verbände**e**beteiligung 232, 233
- Beurteilungsspielraum
- Abgrenzung zum Ermessen 397 f., 402 ff.
- des GBA 162
- des Gesetzgebers 242
- im Gentechnikrecht 108 f.
- im Personenbeförderungsrecht 83
- im Polizeirecht 106 f.
- im Telekommunikationsregulierungsrecht 80, 154 f., 445, 447
- Bias 277, 282 f.
- Bürgerbeteiligung, *siehe* Öffentlichkeitsbeteiligung

- Confirmation bias 280 ff., 291, 304
- bei Amtsträgern 281 f.

- Daseinsvorsorge, kommunale 134
- Datenschutzaufsicht 124 ff.
- Demokratiethorie
- deliberative 332 f.
- monistische 329, 334, 336
- partizipative 330
- pluralistische 330
- Di Fabio, Udo 497, 508
- Dilution effect 300
- Diskurstheorie des Rechts 331
- Distanzschäden 72 mit Fn. 137
- Dogmatik (als Methode) 519 f., 522

- Dokumentationspflichten
- Abgrenzung zu Begründungspflichten 164
- bei der Festlegung des Existenzminimums 243 f.
- bei der Finanzausgleichsgesetzgebung 247 f.
- bei kommunalen Neugliederungen 240 f.
- der Verwaltung 164 ff.
- des Besoldungsgesetzgebers 244
- des GBA 181 ff.
- des Gesetzgebers 238 ff.
- des Haushaltsgesetzgebers 241 ff.
- im Gentechnikrecht 178 ff.
- im Immissionsschutzrecht 178 ff.
- im Polizeirecht 174 ff.
- im Telekommunikationsregulierungsrecht 171 f.
- im Vergaberecht 170 f.
- Kompensationsfunktion 165 ff., 174, 175 f., 182, 239 f., 240 f., 244, 248
- Kompensationswirkung 294 ff., 309 f.
- Mäßigung der Entscheidungsergebnisse 309 f.
- nachweisbare Wirkungen 296
- Selbststand 167, 239 mit Fn. 1019, 248
- Dynamik des Regelungsbereichs 4, 68, 71, 72, 140, 149, 153, 189, 191, 252, 260, 304, 394, 442, 468, 488

- Effektiver Rechtsschutz, *siehe* Rechtsschutzgarantie
- Ehmke, Horst 371 f.
- Ehrenmanntheorie 435 f., 456
- Einheitlichkeit der Rechtsanwendung 413 f., 429
- Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 5, 215 f., 217, 247, 256, 422 *siehe auch* Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers
- Abgrenzung zum Einschätzungsspielraum 407 in Fn. 263
- Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers 229, 242, 258, 362, 406
- Abgrenzung zur Einschätzungsprärogative 407 in Fn. 263

- Abgrenzung von Gestaltungsspielräumen 362
- bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung 229
- Einzig richtige Entscheidung 5, 6 in Fn. 29, 358, 398, 402, 410, 413, 415, 460
- Enquête-Kommission 231
- Entscheidungskonsistenz 314f., 317f., 319f., 483
- Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers 261, 266, *siehe auch* Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers
- Entscheidungsverzerrung, *siehe auch* bias, confirmation bias, dilution effect, primacy effect, recency effect, verbal overshadowing effect
- Neutralisierung durch Begründungspflichten 298
- Erfahrungs- vs. Sachverhaltenswissen 140
- Ermessen 397f.
 - Ermessenslenkung durch Konzepte 100
 - der BNetzA 80, 141
 - des Normenkontrollrats 228
 - kognitives vs. volitives 398, 402
 - Planungsermessen, *siehe* Planungsermessen
 - Reduzierung durch Unionsrecht 79
 - Regulierungsermessen, *siehe* Regulierungsermessen
 - Standardisierungsermessen 179, 182, *siehe auch* Standardisierungsspielraum
- Ermittlungs- und Bewertungspflichten
 - Anforderungen 308
 - bei administrativen Letztentscheidungsbefugnissen 101 f.
 - bei der Anhebung der sog. absoluten Obergrenze 222f.
 - bei der Festlegung des Existenzminimums 221 f.
 - bei der Finanzausgleichsgesetzgebung 225 f.
 - bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Privatschulfinanzierung 223 ff.
 - bei der gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs 220 f.
 - bei kommunalen Neugliederungen 212 f.
 - bei Legalplanungen 213 f.
 - beim Erlass wirtschaftslenkender Gesetze 214 f.
 - der Verwaltung 101 ff.
 - des Besoldungsgesetzgebers 222
 - des Gesetzgebers 211 ff.
 - des Haushaltsgesetzgebers 217 ff.
 - des Wahlrechtsgesetzgebers 216 ff.
 - im Gesundheitsrecht 111 ff.
 - im öffentlichen Wirtschaftsrecht 103 ff.
 - im Polizeirecht 105 ff.
 - im Umweltrecht 108 ff.
 - inhaltliche Abhängigkeit vom materiellen Recht 104
 - Kompensationsfunktion 101 f., 104, 106, 214 f.
 - Kompensationswirkung 288 f., 307 f., 319 f.
 - Selbststand 102
 - und Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG) 219 f.
 - Zusammenwirken mit Konzeptpflichten 104
- Ersetzungsbefugnis 490 f., 509, 510
- Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG) 64, 534 ff.
 - Berücksichtigung des Entscheidungsverfahrens 536 ff.
 - Berührenerfordernis 351 ff.
 - Beschränkung auf Änderungen des GG 350 f.
 - Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 79 Abs. 3 GG 373 ff.
 - Gleichlauf mit Art. 28 Abs. 1 GG 354
 - Prozeduralisierung 534 ff.
 - Verfassungsvorbehalt aus Art. 79 Abs. 3 GG 387 ff.
- Existenzminimum 203, 243 f., 256 f.
 - Prozeduralisierung 203, 204 f.
- Fachaufsicht 126 ff., 348
 - unionsrechtlicher Ausschluss 348 mit Fn. 9
- Feststellungsklage 463 f.
- Finalprogramm 4, 359, 363, 366 f., 375, 381, 398 f.

- Folgerichtigkeit, Pflicht zur 208 ff.,
333 f. in Fn. 217, *siehe auch* Konsistenz-
anforderungen
- als Pflicht zur Konzepttreue 209
 - prozedurale Elemente 209
 - Systemwechsel 207 in Fn. 836
- Framing 298, 525
- Funktionell-rechtliche Grenzen der
Rechtsprechung 62
- Funktionelle Selbstverwaltung 129 f., 161
in Fn. 610
- Funktionen des materiellen Rechts 49 ff.
- Begrenzungs- bzw. Abgrenzungs-
funktion 53 f., 60 f., 305 ff.
 - einfaches Gesetzesrecht 51 ff.
 - Entlastungsfunktion 52 f., 60, 322 f.
 - Freiheitsfunktion 61
 - Gleichheitsfunktion 56 f., 316 ff.
 - Integrationsfunktion 64
 - Konstitutionsfunktion 57
 - Kontrollfunktion 55, 61 ff., 283 ff.
 - Legitimationsfunktion 52, 59, 326 ff.
 - Leitbildfunktion 63
 - Organisations- und Ordnungsfunk-
tion 57
 - Orientierungsfunktion 55 f., 62 f.,
310 ff.
 - Stabilisierungsfunktion 63 f.
 - Steuerungsfunktion 51 f., 58 f., 273 ff.
 - Verfassungsrecht 57 ff.
- Funktionen des Verfahrens, *siehe*
Verfahrensfunktionen
- G10-Kommission 118, 120 in Fn. 400
- GBA
- Aufsicht über den GBA 128 ff.
 - Beobachtungspflichten 195 f.
 - Beurteilungsspielräume 162, *siehe*
auch Beurteilungsspielraum
 - demokratische Legitimation 129 f.,
161
 - Dokumentations- und Begründungs-
pflichten 181 ff.
 - Einbeziehung sachverständiger
Stellen 146 ff.
 - Richtlinien, *siehe* Richtlinien des GBA
- Gebietshoheit 137
- Geiger, Willi 3
- Generalklauseln 4, 8, 370
- verfassungsrechtliche Zulässigkeit 370
mit Fn. 107
- Gentechnikrecht
- Behördenbeteiligung 136 ff.
 - Beobachtungspflichten 193 ff.
 - Einbeziehung wissenschaftlichen
Sachverständs 144 f.
 - Öffentlichkeitsbeteiligung 158 ff.
- Gesamtanalogie 372
- Gesetz
- Allgemeinheit 56, 139 f.
 - als Handlungsgrenze 54
 - als Informationsträger 53
 - und Ausgestaltung grundrechtlicher
Freiräume 54
- Gesetzesbefristung, *siehe* Auslaufklausel,
gesetzliche
- Gesetzesvorbehalt, *siehe* Vorbehalt des
Gesetzes
- Gesetzgebungslehre 1, 557
- Gesetzgebungsmethodik, optimale 3
- Gestaltungsspielraum des Gesetz-
gebers 120, 203, 206, 220, 223, 224,
245, 248, 362, 405 f.
- Abgrenzung von Einschätzungs-
spielräumen 362
- Gesundheitsrecht
- Beteiligung der Fach- bzw. Rechts-
aufsicht 128 f.
 - Einbeziehung wissenschaftlichen
Sachverständs 146 f.
 - Ermittlungs- und Bewertungs-
pflichten 111 ff.
 - Konzeptpflichten 97 f.
 - Öffentlichkeitsbeteiligung 160 ff.
- Gewaltenteilung 61, 391 ff.
- als Grenze legislativer Verfahrens-
pflichten 545 ff.
 - als Maßstab für gesetzliche Unbe-
stimmtheit 391 ff.
 - als Maßstab für Unbestimmtheit
des Verfassungsrechts 395 ff.
 - Änderungsfestigkeit 395
 - Funktionsgerechtigkeit 393, 418
 - Gewaltenverschränkungen 392
 - Kernbereichslehre 392 f., 499
 - Organadäquanz 393, 429

- Überlagerung durch Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitslehre 394
- verfassungsrechtlicher Grundsatz 391 ff.
- Gonsior, Florian 427 f., 516 f., 529 f.
- Gostomzyk, Tobias 507
- Grimm, Dieter 286
- Grundrechtsschutz durch Verfahren 157, 158 f., 161, 173, 240, 259, 285, 304, 424 ff.
- Grundsatzrevision 414

- Habermas, Jürgen 332
- Hamburger Deichordnungsgesetz-Urteil 425
- Handlungsnorm vs. Kontrollnorm 55, 61, 101 f., 421 in Fn. 325
- Hayek, Friedrich August von 152 in Fn. 558
- Heimliche Grundrechtseingriffe 117, 119 f., 124 f., 184 f., 363, 431
- Hesse, Konrad 516
- Hoffmann-Riem, Wolfgang 479 ff.

- Identitätskontrolle 349
- Immissionsschutzrecht
 - Behördenbeteiligung 136 ff.
 - Beobachtungspflichten 191 ff.
 - Beteiligte Kreise 155 f.
 - Einbeziehung wissenschaftlichen Sachverständs 143 f.
 - Konzeptpflichten 95
 - Öffentlichkeitsbeteiligung 155 ff.
 - Überprüfungspflichten 191 ff.
 - Vorsorgeprinzip 93 f.
- Industrie-Emissions-Richtlinie 192
- Informationsvorsorge 70
- Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen 147 ff., 320 f.
- Isensee, Josef 386

- Jestaedt, Matthias 404, 411
- Jochum, Heike 515
- Justiziabilität 111, 226, 251 f., 369, 373, 375, 460, 535

- Koalitionsfreiheit 237
- Koch, Hans-Joachim 402

- Kognitive Dissonanz 276
- Kommunale Neugliederungen
 - Dokumentations- und Begründungspflichten 240 f.
 - Pflicht zur Anhörung der Gemeinden und Gemeindebewohner 234 f.
 - Sachverhaltsermittlungs- und Abwägungspflichten 212 f.
- Kompensation
 - als Gestaltungsressource 557
 - als Reaktion auf ein Defizit 31
 - als Rechtsargument 555
 - als Verfahrensfunktion 554
 - außerjuristische Voraussetzungen 272
 - Begriff 29
 - Erscheinungsformen 38
 - Flexibilisierungswirkung 37 f.
 - Funktionslogik 35 ff.
 - Grundelemente 31 ff.
 - Legitimationseffekt 36
 - materielle Kompensation 41 ff.
 - prozedurale Kompensation 41 ff.
 - suspendierende Wirkung 36 f.
 - von defizitären Rechtszuständen 39 f.
- Kompensationslage 31 ff.
 - Änderungsfestes Verfassungsrecht als Maßstab 349 ff.
 - Erforderlichkeit eines normativen Beurteilungsmaßstabs 32 f., 346
 - Funktionszusammenhang zur Kompensationsleistung 33 ff.
 - Homogenitätsgebot (Art. 28 Abs. 1 GG) als Maßstab 353 f.
 - Integrationsfestes Verfassungsrecht als Maßstab 348 f.
 - Unionsrecht als Maßstab 355 ff.
 - Völkerrecht als Maßstab 355 ff.
- Kompensationsleistung 33
 - als Surrogat 33
 - Funktionszusammenhang zur Kompensationslage 33 ff.
- Konkurrierende Gesetzgebung 219 ff.
- Können vs. Dürfen 472 in Fn. 2
- Konsistenzanforderungen 12, 333 f. in Fn. 217
- Konsistenzvermutung 374, 390
- Konsolidierungsverfahren 135, 448
- Konsultationsverfahren 153 f.

- Kontrolldichte, gerichtliche 50, 266, 361 f.,
siehe auch administrative Letztentscheidungsbefugnisse, legislative Letztentscheidungsbefugnisse
- als Kompetenzfrage 361
 - Einschränkungen 396 ff., 444 ff.
- Kontrolle, rechtliche
- Begriff 284
 - Zweck 284 ff.
- Konzentrationswirkung 136 f., 363 f.
- Konzepte, administrative
- Begriff 73 ff.
 - Funktion 73 f.
 - GBA-Richtlinien als Konzepte 98
 - Kompensationsfunktion 74
 - Nahverkehrsplan als Konzept 84 in Fn. 210, 85
 - polizeiliche Lagebilder als Konzepte 86 f.
 - Rechtsnatur 75 f.
 - Regulierungskonzepte 78 ff.
 - Steuerungsleistung 275 ff.
 - und Selbstprogrammierung der Verwaltung 75
 - Unterscheidung zu Konzeptpflichten 74 mit Fn. 153 f.
 - Vorsorgekonzepte 95
- Konzepte, gesetzgeberische
- Maßstäbengesetz als Konzept 201
 - Selbstbindung 200, 205
- Konzeptpflichten
- als Form prozeduraler Kompensation 74 f.
 - bei der Festlegung des Existenzminimums 203 ff.
 - bei der Finanzausgleichsgesetzgebung 200 ff.
 - bei der Klimaschutzgesetzgebung 205 ff.
 - der Verwaltung 73 ff.
 - des Gesetzgebers 193 ff.
 - Folgerichtigkeitsgebote als Konzeptpflichten 208 ff.
 - im Gesundheitsrecht 96 ff.
 - im Immissionsschutzrecht 95 f.
 - im Personenbeförderungsrecht 82 ff.
 - im Polizeirecht 86 ff.
 - im Recht der Telekommunikationsmärkteregulierung 78 ff.
 - im Vergaberecht 76 ff.
 - Kompensationsfunktion 82, 85, 90 f., 92, 95 f., 200, 204
 - Kompensationswirkung 275 ff., 287 ff., 306 f., 311 f., 317 f., 333 ff.
 - Steuerungsfunktion 275 ff.
 - zur Quantifizierung verfassungsrechtlicher Leistungspflichten 199 f., 210
- Kunig, Philip 482
- Ladeur, Karl-Heinz 448, 449, 507
- Lagebeurteilung, *siehe* Lagebild, polizeiliches
- Lagebild, polizeiliches 86 f., 89, 105 f., 174
- ermessenslenkende Funktion 87 f.
 - Kompensationsfunktion 105 f.
- Länderfinanzausgleich 200 ff., 225 f.
- Lassahn, Philipp 500
- Legalplanung
- Anhörungspflicht 236
 - Ermittlungs- und Bewertungspflichten 213 f.
 - Möglichkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes 463 f.
 - Rechtsschutz einschränkungen 462 ff.
- Legislative Letztentscheidungsbefugnisse 405 ff.
- als Kompetenzfrage 406 f.
 - Begründung 421
 - Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers 229, 242, 258, 362, 405 f.
 - Erfordernis normativer Ermächtigung 422
 - Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers 120, 203, 206, 220, 223, 224, 245, 248, 362, 405 f.
 - Prognosespielraum des Gesetzgebers 258, 405
 - unklare Typologie 405 f.
 - Vereinbarkeit mit dem grundrechtsimmanenten Rechtsschutzgebot 429 f.
 - Vereinbarkeit mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes 418 ff.
- Legitimation 52
- autonome 161
 - Begriff 326 f.
 - durch Deliberation 332 f.

- durch Kontrolle 328 f.
- durch Partizipation 329 ff.
- durch Wahl 327 f.
- individuelle 286 f.
- Messbarkeit 326 f.
- organisatorisch-personell 328
- sachlich-inhaltliche 328
- Legitimationskette 328
- Lerche, Peter 516

- Maßstäbengesetz 201
- Mayen, Thomas 172
- Menschenwürde 374
- Merkel, Adolf Julius 27
- Mitbestimmungsurteil 214 f., 221
- Möllers, Christoph 442, 448, 449
- Mühlenstrukturgesetz-Beschluss 214
- Mühlheim-Kärlich-Entscheidung 158 f., 497

- Nachsorge, gesetzgeberische 249
- Nahverkehrsplan 84 f., 127
 - als administratives Konzept 85
 - Anzeigepflicht an die Rechtsaufsichtsbehörde 127
- Negative Vorgreiflichkeit 147 mit Fn. 532
- Normative Ermächtigungslehre 361 in Fn. 73, 412, 416, 422
- Normative Konnexität 515
- Normenklarheit 276, 310
- Normenkontrollrat 228 f.
- Normsetzungsverfahren, administrative 68

- Objektive Werteordnung 63
- Obliegenheiten, gesetzgeberische 53 in Fn. 115, 87 in Fn. 226, 239 in Fn. 1020, 242, 243 f.
- Offenheit, normative 5 f., 48, 358
 - Abgrenzung zu Unbestimmtheit 358 f.
 - als Gegenstand des Ausgleichs durch Verfahren 9, 48
 - Gründe 8 f., 68 f.
 - grundrechtlicher Schutzpflichten 220 f.
 - im Gesundheitsrecht 96 f.
 - im Immissionsschutzrecht 95
 - im Telekommunikationsregulierungsrecht 79 f.
 - im Vergaberecht 77 f.
- Öffentlichkeitsbeteiligung 149 ff.
 - als Grundrechtsschutz durch Verfahren 157, 158 f., 161
 - Begriff 150 f.
 - im Gentechnikrecht 158 ff.
 - im Gesetzgebungsverfahren 233 ff.
 - im Gesundheitsrecht 160 ff.
 - im Immissionsschutzrecht 155 ff.
 - im Telekommunikationsregulierungsrecht 153 ff.
 - im Vergaberecht 151 ff.
 - Kompensationsfunktion 149 f., 152 f., 154, 156, 159
 - Kompensationswirkung 289 ff., 309, 312 ff., 324 f., 336 ff.
 - Legitimationswirkung 336 ff.
 - Zeitpunkt 290 f.
- Ordnungsvorschrift 1 in Fn. 2
- Organisationsautonomie des Parlaments 548

- Parlamentarische Kontrolle 121 f., 123 in Fn. 418, 124, 131, 169, 328 f., 335
- Parlamentarisches Kontrollgremium 121
- Parteienfinanzierung 222 f., 245
- Partizipative Verfahren, *siehe* Beteiligungspflichten
- Personenbeförderungsrecht
 - Behördenbeteiligung 133 f.
 - Beobachtungspflichten 190
 - Ermittlungs- und Bewertungspflichten 101 ff.
 - Konzeptpflichten 82 ff.
 - öffentliche Verkehrsinteressen 82 f.
- Planungsermessen 108 in Fn. 339, 362, 398 f.
- Polizeirecht
 - Begründungspflichten 176 ff.
 - Berichtspflichten zugunsten unabhängiger Kontrollorgane 119 ff.
 - Berichtspflichten zugunsten von Parlamenten 122 ff.
 - Beteiligung der Fachaufsicht 127 f.
 - Dokumentationspflichten 174 ff.
 - Ermittlungs- und Bewertungspflichten 105 ff.
 - Evaluationspflichten 190 f.

- Konzeptpflichten 86 ff.
- Polizeiverordnung 127 f.
- Poscher, Ralf 415
- Primacy effect 292
 - Neutralisierung durch Begründungspflichten 298
- Primäreffekt, *siehe* primacy effect
- Privatschulfinanzierung 223 ff., 245 f., 259, 354
- Prognoseentscheidung 251, 254, 260, 267, 281, 303, 361 in Fn. 72
- Prognosespielraum des Gesetzgebers 258, 405 *siehe auch* Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers
- Prozeduraler Grundrechtsschutz, *siehe* Grundrechtsschutz durch Verfahren
- Prozedurales Recht 7
- Prozeduralisierung des Rechts 6 ff.
 - als Krisenreaktion 9
 - Entwicklungsnarrativ 7 ff.
 - Kerngedanke 6 f.
 - Parallelität der Formen 46
 - und Fehlerfolgenlehre 12
 - und Kompensationsgedanke 9 ff.
- Quantifizierung von Verfassungsrecht 199 f., 210, 258
- Rawls, John 202
- Rechtsanalogie 372
- Rechtsaufsicht 126 ff.
- Rechtsbefolgung 275 f.
- Rechtskonkretisierungskonzept 99
- Rechtsschutzgarantie
 - als Ausfluss prozeduralen Grundrechtsschutzes 424 ff.
 - als Garantie wirksamen Gerichtsschutzes 407 ff., 512, 528
 - als Grenze der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen 511 ff.
 - Änderungsfestigkeit 423, 430
 - Anwendbarkeit auf Akte formeller Gesetzgebung 418 f., 426
 - Anwendbarkeit auf staatliche Vergabeentscheidungen 452 f.
 - Erfordernis vollständiger Nachprüfung 408
 - erweitertes Verständnis 411 ff.
 - Flexibilität 513
 - im Völker- und Unionsrecht 356
 - inhaltsbedingte Beschränkungen 431 ff.
 - Inzidentrechtsschutz 464
 - Maßstab praktischer Wirksamkeit 408
 - öffentliche Gewalt 418 f., 426
 - Rechtfertigungsanforderungen 416, 436
 - Teleologie 518 ff.
 - und administrative Letztentscheidungsbefugnisse 356, 409 ff.
 - und Belastungsbeseitigung 434 ff., 438 f.
 - und legislative Letztentscheidungsbefugnisse 418 ff.
 - unionsrechtliche Überlagerung 450
 - Verfahrensgestaltung als Faktor der Dogmatik der Rechtsschutzgarantie 514 ff., 517 ff., 526 ff.
 - verfassungsimmanente Schranken 416, 436, 454
 - Vorwirkungen auf das Gesetzgebungsverfahren 437 f.
 - Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren 433 ff.
- Rechtsweggarantie 351, *siehe auch* Rechtsschutzgarantie
- Recency effect 291
 - Neutralisierung durch Begründungspflichten 298
- Regel- vs. Sachverhaltenswissen 140
- Regelungsdichte 6, 71, 126, 197, 336, 358, 379, 380, 382, 385, 386 f., 442, 492, 495
- Regulierungsermessen 80 f., 154 f., 362, 399 f., 446, 447
- Reimer, Philipp 24
- Rezenzeffekt, *siehe* recency effect
- Richtervorbehalt 115 ff.
- Richtlinien des GBA
 - als administrative Konzepte 98
 - Beanstandungsrecht des Bundesministeriums für Gesundheit 128 f.
- Rollenerwartung 299
- Sachverhaltsermittlungspflicht, *siehe* Ermittlungs- und Bewertungspflichten
- Schenke, Wolf-Rüdiger 514

- Schleier des Nichtwissens 202
 Schleierfahndung 88 ff., 175, 440 ff.
 Schmidt-Aßmann, Eberhard 435
 Schmidt, Walter 402
 Schwangerschaftsabbruch 220
 Schwarze, Jürgen 515 f., 521, 530 f.
 Selbstkontrolle
 – der Verwaltung 165, 167 f., 295, 303
 – des Gesetzgebers 239, 240, 244, 258, 295, 303
 Selbststeuerung, gesellschaftliche 7
 Selbstverwaltungsgarantie, kommunale 212, 235 f.
 Solange-Vorbehalt 349
 Sperrklausel, wahlrechtliche 215 ff., 254 f.
 Standardisierungsspielraum 109 f.
 Standortwahlgesetz 229 f., 231
 Status quo-bias 282 f.
 Steuerung 51
 – Begriff 273
 – durch Beobachtungs- und Überprüfungspflichten 278 ff.
 – durch Konzeptpflichten 275 ff.
 – Messbarkeit 274 f.
 – und Gesetzesbindung 51
 Streikrecht 237, 364
 Stufenbau der Rechtsordnung 401
 Summationsschäden 93 mit Fn. 266
 Sunset clause, *siehe* Auslaufklausel, gesetzliche
 Systementscheidung, gesetzgeberische 209
 Systemtheorie 8 f.
 Tarifaufonomie 237
 Telekommunikationsregulierungsrecht
 – Begründungspflichten 172 f.
 – Behördenbeteiligung 134 ff.
 – Berichtspflichten 124
 – Dokumentationspflichten 171 f.
 – Ermittlungs- und Bewertungspflichten 101 ff.
 – Konsolidierungsverfahren 135
 – Konsultationsverfahren 153 f.
 – Konzeptpflichten 78 ff.
 – Öffentlichkeitsbeteiligung 153 ff.
 – Regulierungsermessen 80 f.
 – Regulierungskonzepte 78 ff.
 – Überprüfungspflichten 189 f.
 – unionsrechtliche Determinierung 448
 – Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht 135
 – Verwaltungsverbund 448
 – Wissensgenerierung 140 f.
 Temporalisierung von Entscheidungen 191
 Überprüfungspflichten
 – Abgrenzung zu Beobachtungspflichten 249 f.
 – der Verwaltung 186 ff.
 – des Gesetzgebers 249 ff.
 – im Immissionsschutzrecht 191 ff.
 – im Telekommunikationsregulierungsrecht 189 f.
 Ultra vires-Kontrolle 349
 Unabhängiger Kontrollrat 119
 Unbestimmtheit des Rechts 358 f., 365 ff., 440 ff., 459 ff.
 – dogmatische Erscheinungsformen 359, 366 ff.
 Unconscious Thought Theory 299 f.
 Vagheit 50, 359 f.
 – Abgrenzung zur Weite normativer Bestimmungen 360 f.
 Verbal overshadowing effect 301
 Verbände
 – Beteiligung im Gesetzgebungsverfahren 232, 233
 Verfahren
 – als Rationalitätsgarant 3
 – als Weg 21
 – äußeres Verfahren 24
 – Begriff 20 ff.
 – Dienende Funktion 1 f.
 – Eigenwert 2
 – Ergebnisoffenheit 23, 311
 – Funktion, *siehe* Verfahrensfunktionen
 – inneres Verfahren 24
 – Intentionalität 21
 – Kompensationsgedanke 9 ff.
 – Regelgeleitetheit 23
 – Selbststand 4
 – Ungewissheitsabsorption 23
 Verfahrensdauer 541 f.

- Verfahrensfunktionen
- Ausgleichsfunktion, *siehe* Kompensationsfunktion
 - dienende Funktion 1 f., 5
 - Kompensationsfunktion 45, 47, 554 f.
- Verfahrensgedanke 1
- Erstarke 1 ff.
- Verfahrenspflichten
- als Rationalitätsanforderungen 3
 - als Reaktion auf Schwächen des materiellen Rechts 4 ff., 10 ff., 47
 - Demokratieprinzip als Grenze legislativer Verfahrenspflichten 542 ff.
 - des Gesetzgebers 3, 198 ff.
 - Gewaltenteilung als Grenze legislativer Verfahrenspflichten 545 ff.
 - kompensatorische 45 ff., 66 ff.
 - Leistungsfähigkeit 271 ff.
- Verfahrensrecht
- Begriff 25 ff.
- Verfahrenstypen, verwaltungsrechtliche 45, 67 f.
- Verfassungsablösung 350
- Verfassungsänderung, *siehe auch* Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG)
- „Berührung“ änderungsfester Grundsätze 351 ff.
 - Anforderungen 64
 - Durchführungsmodi 390
 - Grenzen 349 ff.
- Verfassungsbeschwerde 462
- Annahmeverfahren 466
 - gegen Planungsgesetze 465 ff.
 - Subsidiarität 464
- Verfassungsklarheit, Grundsatz der 371 f.
- Verfassungsvorbehalt, *siehe auch* Vorbehalt der Verfassung
- Beispiele 383
- Verfassungswidriges Verfassungsrecht 350
- Vergaberecht
- Ausschreibung als Öffentlichkeitsbeteiligung 151 ff.
 - Begründungspflichten 171
 - Dokumentationspflichten 170 ff.
 - Ermittlungs- und Bewertungspflichten 101 ff.
 - Konzeptpflichten 76 ff.
 - Stabilität der Vergabeentscheidung 184, 364
 - Unanfechtbarkeit des Zuschlags 451 ff.
 - Vorabinformationspflicht 184, 451 f., 454
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- sog. großer Verhältnismäßigkeits-test 94 f.
 - sog. kleiner Verhältnismäßigkeits-test 94 f.
 - und Vorsorgegedanke 93 f.
- Verhältnismäßigkeitsprüfung 96, 229
- empirische Befunde 308
- Vertretbarkeitslehre 413 in Fn. 291
- Verwaltungsvorschriften 110
- als Rechtsform von Konzepten 75
 - TA Luft 109 f.
 - Verbindlichkeit 110
- Videüberwachung öffentlicher Plätze 86 f., 125, 174
- Vorbehalt der Verfassung 381 ff.
- Inhalt 383 f.
 - normative Grundlage 382 f., 387 ff.
 - normhierarchische Grenzen 386 f.
 - Übertragung der Wesentlichkeitslehre 384 f.
- Vorbehalt des Gesetzes
- als Gleitformel 380
 - als Grenze der Zulässigkeit prozeduraler Kompensationen 492 ff.
 - Anforderungen 493 f.
 - anforderungsbestimmende Kriterien 494 f.
 - Anwendungsbereich 380 f., 394
 - Begründung im Demokratieprinzip 500 f.
 - Begründung im Grundrechtsschutz 502 f.
 - Begründung im Rechtsstaatsprinzip 499 f.
 - Flexibilität 496 f.
 - Grundlage 376 f., 498 ff.
 - Prozeduralisierung 492 ff., insbes. 496 ff., 507 ff.
 - Teleologie 498 ff.
 - unionsrechtliche Gesetzesvorbehalte 356 f.

- Vereinbarkeit mit unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensnormen und Finalprogrammen 381
- Verfahrensgestaltung als Faktor der Vorbehaltsdogmatik 495, 496 ff., 498 ff.
- verfassungsrechtlicher Gehalt 375 ff.
- völkerrechtliche Gesetzesvorbehalte 356 f.
- Wesentlichkeitstheorie/Wesentlichkeitslehre 377 f., 494 f.
- Vorrang der Verfassung 388 f., 391
- Vorrang des Gesetzes 54, 375 f., 382
- Vorsorgegedanke 69 f., 71, 93

- Waldhoff, Christian 183
- Wendel, Matthias 448
- Wettbewerb als Entdeckungsverfahren 152
- Wieckhorst, Arno 286, 543
- Wiener Schule 401

- Windthorst, Kay 433
- Wirtschaftlichkeitsgebot
 - gesundheitsrechtliches 111, 130
 - vergaberechtliches 77, 152
- Wissenserzeugung, administrative 139 f., 322
- Regel- vs. Sachverhaltenswissen 140
- und Beobachtungspflichten 187 f.
- Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 141
- Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste 141
- Wohlfahrtsstaat 8

- Zentrale Kommission für Biologische Sicherheit 144 f., 158
- Zukunftsorientierung des Rechts 9