

Verwaltungsrecht • Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG

Schoch / Schneider

3. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-76161-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

setzender Organe im Rahmen des Art. 20a GG müsse die **Beachtung von Verfahrensvorschriften** durchgesetzt werden.¹²⁹⁸

III. Grundrechtsschutz im und durch Verfahren

308 In seiner „Brokdorf“-Entscheidung vom 14. Mai 1985 hat das BVerfG die **Verfahrensdimension der Grundrechte** geradezu programmatisch zum Ausdruck gebracht. Substanzieller und abgesicherter als in der Mülheim-Kärlich-Entscheidung¹²⁹⁹ (→ Rn. 309) wird die verfassungsrechtliche Doktrin entfaltet, „wonach die Grundrechte nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts beeinflussen, sondern zugleich Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung sowie für eine grundrechtsfreundliche Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften setzen“.¹³⁰⁰ Die letztgenannte Variante knüpft an *existentes* Verfahrensrecht an und weist auf dessen verfassungskonforme Handhabung hin; darin darf eine rechtsnormative Selbstverständlichkeit gesehen werden.

1. Differenzierungsgebote zum prozeduralen Grundrechtsschutz

309 Die Programmatik des BVerfG (→ Rn. 308) veranlasst zu mehreren Differenzierungen. Die **Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften** kann das *Verwaltungsverfahren* ebenso betreffen wie das *Gerichtsverfahren*. Zwischen diesen beiden Verfahrenstypen ist zu unterscheiden (→ Rn. 16 ff., 20 ff.). Deshalb ist es wenig überzeugend, wenn das BVerfG in Bezug auf das atomrechtliche Genehmigungsverfahren in seiner **Mülheim-Kärlich-Entscheidung** zum „Grundrechtsschutz [...] durch die Gestaltung von Verfahren“ von einer „gefestigten Rechtsprechung“ spricht¹³⁰¹ und zum Beleg das *gerichtliche* Verfahren betreffende Entscheidungen¹³⁰² zitiert.¹³⁰³ Speziell beim verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz kommt hinzu, dass zwischen den Einwirkungen des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf das gerichtliche Verfahrensrecht (Prozessrecht) und den Ausstrahlungswirkungen der speziellen Freiheitsgrundrechte auf das Verwaltungsverfahren differenziert werden muss.¹³⁰⁴

310 Für *behördliche* Verfahren hat sich die – zutreffende – Unterscheidung zwischen dem Grundrechtsschutz *im* Verfahren und dem Grundrechtsschutz *durch* Verfahren etabliert.¹³⁰⁵ Diese Kategorisierung erlangt Bedeutung bei der Zuordnung der materiellen Grundrechtsdimensionen zum verfahrensrechtlichen Denken (→ Rn. 315 f.) und konfrontiert den Gesetzgeber mit der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Schaffung von Verfahrensregelungen (→ Rn. 319 ff.). Der **Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren** betrifft behördliche Verfahrensmaßnahmen im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (z. B. Informationsgewin-

¹²⁹⁸ BVerfGE 127, 293 (332 f.) = NVwZ 2011, 289 Rn. 130; zu kritischen Stimmen → Rn. 29 Fn. 137.

¹²⁹⁹ Zur weitgehenden Fokussierung auf diese Entscheidung vgl. *Dolde* NVwZ 1982, 65; *Laubinger* VerwArch 73 (1982), 60; v. *Mutius* NJW 1982, 2150 (2153 ff.); *Schmidt-Aßmann* in: GVwR II, § 27 Rn. 34 f.; *ders.* in: HStR V, § 109 Rn. 22 f.; ausführlich *Held* Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 64 ff.; *Huber* Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, S. 87 ff.; *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen, S. 296 ff.

¹³⁰⁰ BVerfGE 69, 315 (355) = NJW 1985, 2395 (2399).

¹³⁰¹ BVerfGE 53, 30 (65) = NJW 1980, 759 (763).

¹³⁰² BVerfGE 37, 132 (148): verfassungswidrige Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften des Wohnraumbekundigungsschutzgesetzes durch einen Richter; E 39, 276 (294): Missachtung des Gebots wirksamen Rechtsschutzes durch VGH; E 44, 105 (119 ff.): Versagung effektiven Rechtsschutzes durch Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte beim OLG; E 45, 422 (430 ff.): rechtsstaatswidrige vorläufige Amtsenthebung eines Anwaltnotars (Amt als Notar) auf Grund Verfahrensrechtsverletzung seitens LG und BGH; E 46, 325 (335 ff.) und E 49, 220 (225 ff.): verfassungswidrige Anwendung von Verfahrensvorschriften zur Zwangsversteigerung durch AG, LG, OLG; E 51, 324 (344 ff.): Rechtsverstoß bzgl. Verhandlungsfähigkeit eines Beschuldigten im Strafverfahren.

¹³⁰³ Zutreffende Kritik bei *Heidebach* Grundrechtsschutz durch Verfahren, S. 93 f.

¹³⁰⁴ *Held* Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 69 ff. und S. 80 ff.

¹³⁰⁵ *Ossenbühl* FS Eichberger, S. 183 (188); ausführlich *Held* Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 64 ff.; umfangr. Nachw. bei *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen, S. 295 Fn. 359.

nung, Durchsuchung, Ablehnung der Akteneinsicht) und fragt nach deren Vereinbarkeit mit dem einschlägigen Grundrecht; der **Grundrechtsschutz durch Verfahren** fragt nach dem verfahrensrechtlichen Gehalt eines Grundrechts (*neben* dessen materieller Gewährleistung), entwickelt daraus Direktiven für das (Verwaltungs-)Verfahrensrecht und stellt dieses in den Dienst des Grundrechtsschutzes.¹³⁰⁶

Die Bindung der drei Staatsfunktionen an den Verfahrensgehalt von Grundrechten **311** (→ Rn. 296) lässt dem **Gesetzgeber** eine besondere Verantwortung zukommen. Soweit er verfahrensrechtliche Regelungen getroffen *hat*, kann sich die Frage nach deren **Verfassungsmäßigkeit** stellen; bekannte Beispiele insoweit sind im VwVfG § 45 Abs. 2 (*Schneider* → § 45 Rn. 20, 105) und § 46 (*Schneider* → § 46 Rn. 8), auch § 23 Abs. 1 ist in den Fokus gerückt (→ Rn. 303). Nicht minder bedeutsam für das Verwaltungsverfahrensrecht ist die Frage nach der verfassungsrechtlichen **Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung von Verfahrensregelungen**, um dem Grundrechtsschutz hinreichend Genüge zu tun. Deshalb muss die Gesetzgebung hier einbezogen werden (zu Beispielen → Rn. 321).

2. Grundrechtsdogmatik: Rezeption des Verfahrensdenkens

Die **Grundrechtsrelevanz des Verwaltungsverfahrensrechts**, anfänglich mit Ablehnung und Skepsis aufgenommen,¹³⁰⁷ sollte mittlerweile außer Streit stehen.¹³⁰⁸ Wenig überzeugend ist die These, der Rückgriff auf Grundrechte sei entbehrlich, weil sich dieselben Deduktion und Ergebnisse mittels einer Anknüpfung an das **Rechtsstaatsprinzip** (→ Rn. 299 ff.) erzielen ließen.¹³⁰⁹ Dieses vermittelt lediglich objektives Recht, aus den Grundrechten lassen sich dagegen subjektive Berechtigungen gewinnen. Außerdem zeigt die Einzelanalyse (→ Rn. 320 ff. und → Rn. 324 ff.), dass die Direktionskraft der Grundrechte in prozeduraler Hinsicht deutlich konturenschärfer ist als das Rechtsstaatsprinzip. Es geht auch nicht darum, aus *unterschiedlichen* Grundrechten (z. B. Art. 2 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) *identische* Verfahrensrechte (z. B. Anhörung, Akteneinsicht) ableiten zu wollen;¹³¹⁰ sollte sich dies als Ergebnis nach Einzelanalyse so ergeben, wären im Sinne einer „Allgemeinen Lehre“ verfassungsrechtliche Mindeststandards gewonnen, die – wie die EU-Grundrechtecharta mit dem „Recht auf eine gute Verwaltung“ (Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh) zeigt – keineswegs ungewöhnlich wären. Der Einwand, nur vereinzelt ließen sich den Freiheitsgrundrechten für die Ausgestaltung des Verfahrensrechts zwingende Vorgaben entnehmen,¹³¹¹ verfängt nicht; auch bei den grundrechtlichen Schutzpflichten kann nur das „Ob“ des staatlichen Handelns aufgegeben sein, während beim „Wie“ in der Regel Gestaltungs Kompetenzen bestehen.

a) Gleichwertigkeit des prozeduralen Grundrechtsschutzes. Der Grundrechtsbezug **313** des Verwaltungsverfahrensrechts soll nach einer weithin anerkannten **Typologie** auf Grund der Korrelation zwischen Grundrecht und Verfahren kategorial ausdifferenziert werden können. Mit abnehmender Konnexität wird wie folgt unterschieden:¹³¹²

¹³⁰⁶ *Schmidt-Aßmann* in: GVwR II, § 27 Rn. 32 ff.; *ders.* in: HStR V, § 109 Rn. 21.

¹³⁰⁷ *Laubinger* VerwArch 73 (1982), 60 (83 ff.); *Ule/Laubinger* Verwaltungsverfahrensrecht, § 1 Rn. 13; zurückhaltend *Dolde* NVwZ 1982, 65 (68 ff.); *Schenke* VBIBW 1982, 313 (318); *Degenhart* DVBl 1982, 872 (877).

¹³⁰⁸ Von Beginn an z. B. *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (467 f.); v. *Mutius* Jura 1984, 529 (535); ferner z. B. *Schmidt-Aßmann* AöR 142 (2017), 325 (339 ff.); *Knauff* VerwArch 110 (2019), 388 (391 f.); *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen, S. 303; *Wieckhorst* Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, S. 224 ff.; *Hufen/Siegel* Verwaltungsverfahren, Rn. 51.

¹³⁰⁹ *Laubinger* VerwArch 73 (1982), 60 (83 ff.); *Ule/Laubinger* Verwaltungsverfahrensrecht, § 1 Rn. 13; *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 59; *ders.* in: HStR V, § 109 Rn. 28; *ders.* in: GVwR II, § 27 Rn. 39; *ders.* AöR 142 (2017), 325 (347); abl. dazu *Wollenschläger* Verteilungsverfahren, S. 101.

¹³¹⁰ So aber *Laubinger* GS Ule, S. 47 (61); ähnlich *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 60, 61.

¹³¹¹ So *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 71.

¹³¹² *Ossenbühl* FS Eichenberger, S. 183 (184 ff.); dem folgend z. B. v. *Mutius* Jura 1984, 529 (534); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 238 f.; *Huber* Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, S. 65, 70, 80,

- Bei **verfahrensabhängigen Grundrechten**¹³¹³ soll das Verfahren *conditio sine qua non* individueller Grundrechtsausübung sein; wegen der Besonderheit des geschützten Sachbereichs könne von der grundrechtlichen Freiheit nicht schlicht Gebrauch gemacht werden, vielmehr bedürfe es für die Grundrechtsausübung der staatlichen Anerkennung in einem geregelten Verfahren.
- Die **verfahrensgeprägten Grundrechte**¹³¹⁴ könnten ohne ein Minimum staatlicher Organisation und Verfahrensordnung nicht verwirklicht und gesichert werden; im Unterschied zu den auf die individuelle Grundrechtsausübung zielenden verfahrenabhängigen Grundrechten müsse hier der gesamte grundrechtlich geschützte Lebensbereich organisations- und verfahrensrechtlich ausgeformt werden, um funktionsfähig zu werden.
- Zu den **verfahrensbetroffenen Grundrechten**¹³¹⁵ werden Rechtspositionen gezählt, bei denen die Freiheitsbetätigung weder von einer staatlichen Zuteilung noch von einer Anerkennung abhängt, die jedoch von einem konkreten Verfahren betroffen sein könnten.

Diese Typologie soll die verfassungsrechtlich unterschiedlich zu bewertende **Grundrechtsrelevanz von Verfahren** zum Ausdruck bringen.¹³¹⁶

314 Die vorstehend skizzierte Typologie (→ Rn. 313) ist grundrechtsdogmatisch nicht tragfähig¹³¹⁷ und für die Erfassung der Grundrechtsrelevanz verwaltungsverfahrensrechtlicher Regelungen daher nicht brauchbar (vgl. auch → Rn. 324). Es gibt keine *per se* (wegen angeblicher „Besonderheiten“ des Sachbereichs) verfahrenabhängigen Grundrechte. Asylrecht und Kriegsdienstverweigerungsrecht sind ebenso exemplarisch wie kontingent:

- Die Ausübung des Berufs des Rechtsanwalts (Art. 12 Abs. 1 GG) setzt juristische Staatsprüfungen und ein Zulassungsverfahren nach der BRAO voraus, das Gebrauchmachen von der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) durch den Bau eines Hauses hängt von einem bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren mit positivem Resultat (Baugenehmigung) ab; dies belegt die **Verfahrenabhängigkeit** beliebiger Grundrechte.¹³¹⁸
- Prinzipiell kann **jedes Grundrecht** mit einem Zulassungsregime verknüpft werden, so dass die Freiheitsausübung von einem **vorherigen Kontrollverfahren** abhängig gemacht würde;¹³¹⁹ man denke z. B. an die Einreise in das Bundesgebiet (Art. 11 Abs. 1 GG) oder an das Versammlungsrecht (Art. 8 Abs. 1 GG) bei Umformung des Anzeigevorbehalts (§ 14 VersG) in einen Genehmigungsvorbehalt oder – außerhalb des VwVfG – an das Erfordernis einer richterlichen Genehmigung für die Fixierung von Patienten in der Psychiatrie.¹³²⁰
- Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung ist nicht notwendigerweise verfahrenabhängig; es ist vom **positiven Recht** so ausgestaltet (gewesen), verlöre aber seine **Verfahrensab-**

82; *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen, S. 294 f.; *Hufen/Siegel* Verwaltungsverfahren, Rn. 56.

¹³¹³ Genannt werden insbesondere das Recht auf Kriegsdienstverweigerung (Art. 4 Abs. 3 GG), das Grundrecht auf Asyl (Art. 16a GG/Art. 16 Abs. 2 S. 2 a.F. GG), das Recht zur Errichtung von Privatschulen (Art. 7 Abs. 4 GG) und der Hochschulzugang bzgl. der Zuteilung von Studienplätzen (Art. 12 Abs. 1 GG).

¹³¹⁴ Angeführt werden vor allem die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) und die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), aber auch die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) und sogar die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG).

¹³¹⁵ In diese Kategorie sollen das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) fallen (bzgl. Enteignungsverfahren, Zwangsversteigerung) und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) einzuordnen sein.

¹³¹⁶ *Ossenbühl* FS Eichenberger, S. 183 (188); v. *Mutius* Jura 1984, 529 (535).

¹³¹⁷ *Stern* Staatsrecht III/1, S. 973; *Wieckhorst* Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, S. 227 ff. – *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 40, erkennt in der Typologie (→ Rn. 313) „erste Orientierungen“; *Bergner* Grundrechtsschutz durch Verfahren, S. 108 f., meint, „ein erster Schritt“ sei getan.

¹³¹⁸ *Denninger* in: HStR IX, § 193 Rn. 39. – *Stern* Staatsrecht III/1, S. 973: Nahezu alle Grundrechte weisen mehr oder minder intensive Verfahrensbezüge auf.

¹³¹⁹ *Held* Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 165.

¹³²⁰ BVerfGE 149, 293 Rn. 81 ff. = NJW 2018, 2619.

hängigkeit – ebenso wie das Asylrecht – im Falle einer Umgestaltung des *Procedere* sofort.¹³²¹

Die wenigen Beispiele belegen bereits, dass der Schluss von der aktuellen Befindlichkeit des Verwaltungsrechts auf die **Verfahrensabhängigkeit** eines bestimmten Grundrechts grundrechtsdogmatisch unzulässig ist.¹³²² Dass die Kreation **verfahrensgeprägter Grundrechte** willkürlich agiert und die Kategorie **verfahrensbetroffener Grundrechte** kein spezifisches Abgrenzungskriterium enthält und damit alle Grundrechte umfasst, ist ein-drucksvoll nachgewiesen worden.¹³²³

b) Gleichwertigkeit der Grundrechtsdimensionen. Gibt es demnach – in einem kategorialen Sinne – apriori keine „verfahrensnäheren“ und „verfahrensferneren“ Grundrechte, sollten auch bei den **Grundrechtsdimensionen** statische Typenbildungen und Differenzierungen unterbleiben. Die These, die Wirkungsweise der Grundrechte im Verfahren lasse sich nur über die **grundrechtliche Schutzpflicht** des Staates erschließen, so dass es um die Ableitung positiver Leistungen des Staates aus Grundrechten gehe und nicht etwa um Eingriffsabwehr,¹³²⁴ greift zu kurz. Ist eine behördliche Verfahrenshandlung als Grundrechtseingriff zu qualifizieren, ist die **Abwehrfunktion** des betreffenden Grundrechts angesprochen;¹³²⁵ gemäß überkommener Grundrechtsdogmatik ist die Frage nach dem Gesetzesvorbehalt aufgeworfen.¹³²⁶

In der Perspektive des Verwaltungsverfahrensrechts stellt die Verfahrensdimension der Grundrechte eine **eigenständige Grundrechtsfunktion** dar.¹³²⁷ Sie ist nicht etwa an abwehrrechtliche Situationen gekoppelt, nicht auf eine Schutzpflichtkonstellation angewiesen und auch nicht lediglich in Fällen von Teilhabe- oder Leistungsansprüchen anwendbar, sondern sie liegt „quer“ zu den grundrechtlichen Wirkungsdimensionen, kann sich also gleichermaßen auf Eingriffsabwehr, Schutzpflichten, Teilhabe und Leistung erstrecken.¹³²⁸ Damit ist die **Kompatibilität** grundrechtlicher Verfahrensanforderungen mit dem Verwaltungsverfahrensrecht gesichert; auch dieses steht – je nach Fallgestaltung – im Dienste von Eingriffsabwehr und Schutzgewährung sowie der Generierung von Teilhabe an staatlichen Leistungen und Leistungsgewährung.

c) Unterscheidung von Verfassungsrecht und Gesetzesrecht. Die Unterscheidung von Verfassungsrecht und Gesetzesrecht steht nach dem Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht in Frage. Die Redeweise von der **Grundrechtsrelevanz des Verfahrensrechts** droht den Rangunterschied zwischen Verfassung und Gesetz allerdings zu verwischen.¹³²⁹ Dazu tragen auch Versuche bei, das Verwaltungsverfahrensrecht und in Sonderheit das VwVfG zu überhöhen. Gesprochen wird von der **Konstitutionalisierung des Verwaltungsverfahrensrechts**,¹³³⁰ ferner werden das VwVfG des Bundes und die entsprechenden Gesetze der Länder als **konkretisiertes Verfassungsrecht** apostrophiert,¹³³¹ und propagiert wird ein **konstitutionelles Verständnis des VwVfG**, um diesem auf Dauer neue Interpre-

¹³²¹ Ausführlich *Deminger* in: HStR IX, § 193 Rn. 37 f. (mit dem Beispiel der Anerkennung eines Kriegsdienstverweigerers schon dann, wenn dieser dem Einberufungsbefehl nicht folgt).

¹³²² Umfassend *Held* Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 164 ff.

¹³²³ *Deminger* in: HStR IX, § 193 Rn. 40, 41.

¹³²⁴ In diesem Sinne *Grimm* NVwZ 1985, 865 (867, 869).

¹³²⁵ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 233; *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 10.

¹³²⁶ *Laubinger* GS Ule, S. 47 (57).

¹³²⁷ *Pietzcker* VVDStRL 41 (1983), 193 (219 f.); *Wiedehorst* Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, S. 397; *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 47.

¹³²⁸ *Dreier* in: Dreier, GG, Vorb Rn. 105; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Vorb Art. 1 Rn. 10 ff.; *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 9 ff.; ausführlich *Goerlich* Grundrechte als Verfahrensgarantien, S. 186 ff., 194 ff., 200 ff., 204 ff.

¹³²⁹ *Grimm* NVwZ 1985, 865 (868).

¹³³⁰ *Voßkuhle* in: Burgi/Schönenbroicher, Verwaltungsverfahrensrecht, S. 13 (17).

¹³³¹ *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, Einf I Rn. 17; *Schönenbroicher* in: NK-VwVfG, § 1 Rn. 20; *Schwarz* in: HK-VerwR, Einl VwVfG Rn. 113.

tationsmöglichkeiten und neue Anwendungsfelder zu erschließen.¹³³² Eine Art Symbiose zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht wird mit der These erreicht, im Grunde sei „ein ordnungsgemäßes Verfahren die einzige Möglichkeit, Grundrechte durchzusetzen oder wirksam zu gewährleisten“.¹³³³

- 318 Schon die millionenfache tägliche Grundrechtsausübung (von der allgemeinen Handlungsfreiheit über Glauben, Gewissen, Meinung, Kunst bis hin zum Eigentumsgebrauch) *ohne* verfahrensrechtliche Vorkehrungen belegt, dass Freiheitsbetätigung losgelöst von einem „ordnungsgemäßen Verfahren“ tatsächlich stattfindet und auch problemlos praktiziert werden kann. Unabhängig davon lässt die gesetzliche Bindung der Wahrnehmung von Grundrechten an eine vorherige behördliche Zulassung (z. B. durch ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) die **Unterscheidbarkeit von Grundrechten und gesetzlichem Verfahrensrecht** nicht obsolet werden.¹³³⁴ Verwaltungsverfahrensrechtliche Regelungen mögen noch so sehr verfassungsgeprägt sein, sie sind und bleiben (einfaches) Gesetzesrecht.¹³³⁵ Zum „Schwur“ kommt es bei den Verfahrensfehlerfolgen und der Frage, ob jeder Verstoß gegen eine gesetzliche Verfahrensvorschrift zugleich einen Verfassungsverstoß darstellt (dazu → Rn. 368 ff.).

3. Gesetzgebung: Prozeduralisierung des Grundrechtsschutzes

- 319 Es gehört(e) zu den überkommenen „Glaubenssätzen“ des deutschen Staatsrechts, dass der **Gesetzgeber** nichts anderes schulde als das Gesetz,¹³³⁶ insbesondere keine Begründung (dazu bereits → Rn. 15). Dieses Credo mag die Einschätzung befördert haben, der Grundrechtsschutz durch Verfahren sei hauptsächlich an die **Exekutive** zu adressieren.¹³³⁷ Für das Verwaltungsrecht ist das im Kern zutreffend (wobei die Judikative nicht in Vergessenheit geraten darf). Blicke es ausnahmslos dabei, entstünden jedoch (mindestens) zwei prozedurale Schutzlücken:

- Die Verwaltung könnte Grundrechte mittels Verfahren(svorkehrungen) lückenlos und auf hohem Niveau nur schützen, wo der **Gesetzgeber** Verfahrensrecht tatsächlich geschaffen hat.¹³³⁸
- Trifft der Gesetzgeber selbst abschließend Entscheidungen, die von der Verwaltung nur noch „technisch“ umzusetzen sind (z. B. bei Geldleistungen, → Rn. 320 ff.), ist die Frage aufgeworfen, welchen grundrechtlichen Direktiven der **Gesetzgeber** in *seinem* (Gesetzgebungs-)Verfahren unterworfen ist.

Da das „Ob“ der Bindung aller Staatsfunktionen an die verfahrensrechtlichen Gehalte der Grundrechte nicht zweifelhaft ist (→ Rn. 296), stellen sich in Bezug auf den Gesetzgeber Fragen nach dem „Wie“ und dem „Wieweit“.¹³³⁹

¹³³² Häberle FS Boorberg Verlag, S. 47 (51).

¹³³³ Sondervotum *Böhmer* BVerfGE 49, 228 (235); gleichsinnig zur Mülheim-Kärlich-Entscheidung Sondervotum *Simon* und *Heußer* BVerfGE 53, 69 (76).

¹³³⁴ *Goerlich* NJW 1981, 2616; *Dolde* NVwZ 1982, 65 (70); *Degenhart* DVBl 1982, 872 (876 f.); *Wahl* VVDStRL 41 (1983), 151 (169); *Pöcker* DÖV 2003, 980 (983 f.).

¹³³⁵ *Wahl* in: Blümel, Vereinheitlichung, S. 19 (49 f.).

¹³³⁶ *Geiger* in: Berberich/Holl/Maaß, Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 131 (141 f.): „Der Gesetzgeber schuldet den Verfassungsorganen und Organen im Staat, auch den Verfassungsgerichten, nichts als das Gesetz. Er schuldet ihnen weder eine Begründung noch gar die Darlegung aller seiner Motive, Erwägungen und Abwägungen. Eine Begründung zum Entwurf des Gesetzes ist üblich, auch nützlich; Protokolle über die Beratungen der Ausschüsse können Erklärungen der Abgeordneten festgehalten haben. All dies geschieht aber nicht, weil irgendjemand darauf einen Anspruch hätte, weil es etwa Gerichte fordern könnten oder weil es objektiv rechtlich geboten wäre.“

¹³³⁷ *Huber* Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, S. 187.

¹³³⁸ Außer Betracht bleiben im vorliegenden Zusammenhang verfahrensrechtliche Mindeststandards, die z. B. unmittelbar dem Rechtsstaatsprinzip (→ Rn. 299 ff.) entnommen werden könnten.

¹³³⁹ Entwicklungen zusammenfassend *Kempny/Krüger* SächsVBl 2014, 153 ff.

mutbar erschwert.¹⁵¹⁶ Die Rechtsschutzperspektive bestätigt die Notwendigkeit der behördlichen Dokumentationspflicht (→ Rn. 358) und der Pflicht zur Mitteilung über den Ausgang des Auswahlverfahrens (→ Rn. 359). Ohne Unterrichtung zum Verfahrensergebnis kann der unterlegene Mitbewerber rechtsschutzlos gestellt werden.¹⁵¹⁷ Sind die Gründe für die getroffene Auswahlentscheidung nicht aktenkundig gemacht worden, wird der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verkürzt.¹⁵¹⁸ Die Vorwirkungen für das Verwaltungsverfahren zeitigen fassbare Ergebnisse aber auch in ganz anderer Hinsicht. So ist die erstmalige Darlegung der Gründe für die Auswahlentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren als **unzumutbare Rechtsschützerschwerung** gewertet worden.¹⁵¹⁹ Dasselbe gilt für die im späteren Gerichtsverfahren erfolgte vollständige Auswechslung der im Widerspruchsbescheid niedergelegten Auswählerwägungen.¹⁵²⁰

IV. Zwischenbilanz: Aufwertung des Verfahrensgedankens durch Verfassungsrecht

Teil C dieser Einleitung hat die Verfassungsgeprägtheit des Verwaltungsverfahrenrechts skizziert und analysiert. Spektakuläre Ergebnisse sind nicht zu verlautbaren. Darauf kommt es auch gar nicht an. Zu registrieren sind eine **Rechtsprechungsentwicklung** und – begleitend – ein **wissenschaftlicher Diskurs**, die noch lange nicht abgeschlossen sind. Das zeigt etwa die „Entdeckung“ verfahrensrechtlicher Direktiven des Verfassungsrechts für den Gesetzgeber (→ Rn. 319 ff.); über Inhalt und Umfang besteht in der Judikatur (noch) keine Einigkeit (→ Rn. 324). Im Verwaltungsrecht ist der Grundrechtsschutz im und durch Verfahren eine anerkannte dogmatische Kategorie; nach dem Stand der Doktrin ist die (mühevoll) „Kleinarbeit“ am einzelnen Grundrecht angezeigt (→ Rn. 366). Mehr als eine Zwischenbilanz ist beim gegenwärtigen Entwicklungsstand nicht möglich.

1. Rechtsgüterschutz durch Verfahren

Konstatieren lässt sich – quasi auf der Metaebene – eine signifikante **Aufwertung verfahrensrechtlichen Denkens** im Öffentlichen Recht. Der Anteil des Verfassungsrechts an dieser Entwicklung ist kaum quantifizierbar, er ist jedoch unübersehbar. Deutlich wird dies bei einer Weitung des Blicks auf eher „entfernte“ Bereiche:

- Im Kommunalrecht hat das BVerfG aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den „Rechtsgüterschutz durch Verfahren“ abgeleitet und daraus im Falle der Verlagerung von Aufgaben mit relevanter gemeindlicher Bedeutung auf eine andere (höhere, staatliche) Ebene ein Mitwirkungsrecht betroffener Gemeinden entwickelt.¹⁵²¹
- Im kommunalen Finanzverfassungsrecht fehlen handhabbare materielle Maßstäbe für die Ermittlung der „aufgabenangemessenen Finanzausstattung“ der Kommunen; zur Gewährleistung der kommunalen Finanzgarantie (und zwecks Abwendung eines puren Dezisionismus der Landesgesetzgeber) wird auf die Prozeduralisierung der Finanzierungsverantwortlichkeit zurückgegriffen.¹⁵²²
- Im Informationsfreiheitsrecht gibt die Behörde dem durch den Antrag auf Informationszugang betroffenen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 8 Abs. 1 S. 1 IFG); diese

¹⁵¹⁶ BVerfG-K NVwZ 2007, 1178 (1179); NVwZ 2016, 59 Rn. 38; NVwZ-RR 2016, 187 = NJW 2016, 309 Rn. 14; E 143, 22 Rn. 20 = NVwZ 2017, 313 = NJW 2016, 3425 (m. Anm. Gärditz).

¹⁵¹⁷ Einzelheiten zur Rechtsschutzproblematik bei *Schoch* in: Schoch/Schneider → VwGO § 123 Rn. 39 ff.

¹⁵¹⁸ BVerfG-K NVwZ-RR 2016, 187 = NJW 2016, 309 Rn. 16.

¹⁵¹⁹ BVerfG-K NVwZ 2007, 1178 (1179).

¹⁵²⁰ BVerfG-K NVwZ 2016, 59 Rn. 39.

¹⁵²¹ BVerfGE 138, 1 Rn. 60 = NVwZ 2015, 728 (m. umfangr. Nachw.).

¹⁵²² Zusammenfassend dazu *Höfling* FS Wendt, 2015, S. 585 ff.

prozedurale Vorkehrung, die primär dem Schutz des Dritten dient,¹⁵²³ ist als „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ apostrophiert worden.¹⁵²⁴

Diese Beispiele zeigen, dass das **verfahrensrechtliche Denken** in der Rechtsordnung sehr verbreitet ist und kategoriale Züge trägt. Für die Rechtsfindung im konkreten Fall kommt es stets darauf an, ob der Verfahrensgedanke in „kleiner Münze“ ausgeprägt werden kann und damit als Mittel zur Konfliktlösung zur Verfügung steht.

2. Verfahrensdimension der Grundrechte

- 364** Prägnanzen des Verwaltungsverfahrensrechts durch das Verfassungsrecht finden in unterschiedlicher „Härte“ statt. Staatsorganisationsrechtliche Vorgaben sind für die Gesetzgebungskompetenzen (z. B. für das VwVfG) relativ eindeutig (→ Rn. 298), während mit Deduktionen aus Staatsstrukturmerkmalen und Staatszielbestimmungen (→ Rn. 299 ff.) Zurückhaltung geboten ist; ergiebig ist am ehesten das Rechtsstaatsprinzip. Im Mittelpunkt steht der „Grundrechtsschutz durch Verfahren“. Zutreffend ist der *prozedurale Grundrechtsschutz* als ein **allgemeines Prinzip des Grundrechtsschutzes** qualifiziert worden.¹⁵²⁵ Die Kritik an diesem Ansatz, die Formel vom „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ sei wenig griffig und kaum handhabbar,¹⁵²⁶ ihre Heranziehung bleibe in der Regel ohne greifbares Ergebnis,¹⁵²⁷ verfängt nur begrenzt. Selbstverständlich können aus jener „Großformel“ keine schlichten Deduktionen geleistet werden. Dies ist auch gar nicht angezeigt, weil zunächst nur ein *Prinzip* beschrieben worden ist.
- 365** Auf der *operativen Ebene*, d. h. im Verwaltungsverfahrensrecht, stellt sich die rechtliche Problematik mehrschichtig dar. **Verfassungsunmittelbare Gebote zum Verwaltungsverfahrensrecht** lassen sich den Grundrechten im Sinne konkreter Direktiven kaum entnehmen.¹⁵²⁸ Folglich bestehen Unsicherheiten darüber, ob eine bestimmte Gestaltung im Verwaltungsverfahrensrecht grundrechtlich *geboten* ist.¹⁵²⁹ Wenn Vieles in diesem Bereich „plausibel“ sein mag, „aber mit den herkömmlichen juristischen Auslegungsregeln kaum zu greifen“ ist,¹⁵³⁰ muss der Grundrechtsschutz *durch* Verfahren in erster Linie dem **Gesetzgeber** überantwortet werden. Dafür spricht auch, dass der Grundrechtsschutz durch Verfahren nur *ein* Element (neben Regeln zum materiellen Recht und ggf. zur Organisation) des Grundrechtsschutzes darstellt¹⁵³¹ und eine Verfahrenssteuerung regelmäßig eine Kontextsteuerung ist, so dass nicht linear-kausal in subsumtionsfähigen Einzelschritten gedacht werden kann.¹⁵³²
- 366** Schafft der Gesetzgeber zum Grundrechtsschutz prozedurale Vorkehrungen, kommt ihm eine weite Gestaltungsbefugnis zu. *Generell* gilt, dass sich aus den materiellen Grundrechten nur **elementare, rechtsstaatlich unverzichtbare Verfahrensanforderungen** ableiten lassen;¹⁵³³ das sind die dem Rechtsstaatsprinzip (→ Rn. 299 ff.) und der Menschenwürdegarantie (→ Rn. 327 ff.) zugeschriebenen Verfahrensstandards,¹⁵³⁴ die sich in der Sache mit den

¹⁵²³ Näher zum Normzweck *Schoch* IFG, § 8 Rn. 6 ff.

¹⁵²⁴ BVerfG NVwZ 2016, 1014 (m. Anm. *B. Huber*) Rn. 22 (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten waren möglicherweise betroffen).

¹⁵²⁵ So SächsVerfGH SächsVBl 2014, 83 (91).

¹⁵²⁶ Vgl. zu derartiger Kritik z. B. *Bethge* NJW 1982, 1 (2); *Degenhart* DVBl 1982, 872 (877); *Wolff* FS Scholz, S. 977 (984 f.).

¹⁵²⁷ *Bergner* Grundrechtsschutz durch Verfahren, S. 123 ff.

¹⁵²⁸ *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (468); *Wahl* VVDStRL 41 (1983), 151 (168); *Grimm* NVwZ 1985, 865 (868); *Gurlit* VVDStRL 70 (2011), 227 (241); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 240; *Schmidt-Aßmann* in: HStR V, § 109 Rn. 26.

¹⁵²⁹ BVerfGE 53, 30 (61) = NJW 1980, 759 (762) hat die Frage ausdrücklich unentschieden gelassen; kritisch dazu *Grimm* NVwZ 1985, 865 (868); *Heidebach* Grundrechtsschutz durch Verfahren, S. 95.

¹⁵³⁰ So *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 12.

¹⁵³¹ *Gurlit* VVDStRL 70 (2011), 227 (241): „Steuerungsmix“.

¹⁵³² So *Schmidt-Aßmann* in: HStR V, § 109 Rn. 26.

¹⁵³³ BVerfGE 60, 253 (295) = NJW 1982, 2425 (2428).

¹⁵³⁴ *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen, S. 315 f.

Vorgaben des Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh decken. Für die Gewinnung – zusätzlicher – spezieller Vorkehrungen zum Grundrechtsschutz führt an der Interpretation einzelner Grundrechte kein Weg vorbei;¹⁵³⁵ die Einzelanalyse (→ Rn. 330 ff.) bestätigt diese Einsicht.

Mit Blick auf das **VwVfG** gilt der prozedurale Grundrechtsschutz als folgenlos, weil die verfassungsrechtlich geforderten Mindeststandards eingehalten seien.¹⁵³⁶ Das ist nicht zu beklagen. Eventuell dennoch auftretende Probleme werden auf die Ebene der **verfassungskonformen Auslegung** von VwVfG-Bestimmungen verlagert.¹⁵³⁷ Dadurch kann der Grundrechtsschutz *im* Verfahren gewahrt werden. 367

3. Fehlerfolgenregime

Trifft der Gesetzgeber verfahrensrechtliche Vorkehrungen zum Grundrechtsschutz und unterläuft der Behörde ein **Verstoß gegen das Verfahrensrecht**, liegt zunächst einmal eine Gesetzeswidrigkeit vor, die nicht zwangsläufig auch als Grundrechtsverletzung zu deuten ist.¹⁵³⁸ Dagegen wird eingewandt, dass ein Verstoß gegen grundrechtsrelevantes Verfahrensrecht die **Vermutung eines Grundrechtseingriffs** in sich trägt.¹⁵³⁹ Selbst wenn dem so wäre, ist noch nichts zu den **Verfahrensfehlerfolgen** ausgesagt. Wenn dem Gesetzgeber die Gestaltungsmacht zur Ausformung des grundrechtsrelevanten Verwaltungsverfahrens zukommt, hat er auch die Kompetenz zur Bestimmung der Folgen von Verfahrensfehlern und kann daher Relativierungen vornehmen.¹⁵⁴⁰ Die Schrankenvorbehalte der Grundrechte decken ein solches Vorgehen. Für das VwVfG rückt damit § 46 in den Mittelpunkt der Fragestellung (*Schneider* → § 46 Rn. 8) 368

Das BVerfG hat – bezogen auf das atomrechtliche Massenverfahren – erklärt, dass nicht jeder Verfahrensfehler als Grundrechtsverletzung zu beurteilen sei; eine **Grundrechtsverletzung** komme allerdings in Betracht, wenn die Behörde solche **Verfahrensvorschriften** außer Acht lasse, die der Staat in Erfüllung seiner **Schutzpflicht** nach Art. 2 Abs. 2 GG erlassen habe.¹⁵⁴¹ Dieser Hinweis gibt „Steine statt Brot“, weil offen bleibt, welche Verfahrensbestimmungen in jenem Sinne *grundrechtsgeboden* sind und welche nicht.¹⁵⁴² Später hat das Gericht – zum Asylverfahrensrecht – bestätigt, dass nicht jeder Verfahrensfehler zugleich einen Grundrechtsverstoß darstelle; verfassungsrechtlich relevant seien jedoch Verstöße gegen solche Regelungen, die nach dem **Willen des Gesetzgebers** den Bestand des Asylrechts grundlegend sicherten.¹⁵⁴³ Diese These sieht sich dem Einwand ausgesetzt, dass es auf den „Willen“ der Grundrechte selbst ankommt und nicht auf den Willen des Gesetzgebers.¹⁵⁴⁴ Zudem bleibt offen, welche Gesetzesbestimmungen konkret gemeint sind. 369

Zustimmung verdient eine neuere Auffassung, die sich einer Ausdehnung der Fehlerfolgen auf Grund des Grundrechtsbezugs von Verfahrensrecht widersetzt. Das Gesetzesrecht mit seinen Fehlerfolgenregelungen gilt. Das BVerfG selbst räumt ein, Verfassungsrecht verlange *nicht*, dass die **Verletzung grundrechtsrelevanter Verfahrensvorschriften** (kon- 370

¹⁵³⁵ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 236 f.; *Wahl* in: Blümel, Vereinheitlichung, S. 19 (49). – In diesem Sinne auch BVerfGE 84, 34 (46) = NJW 1991, 2005 (2006) zum prozeduralen Grundrechtsschutz nach Art. 12 Abs. 1 GG im Prüfungsrecht (→ Rn. 340): „Ob und inwieweit Garantien für das Verwaltungsverfahren grundrechtlich gefordert sind, richtet sich zum einen nach Art und Intensität des Grundrechtseingriffs, zum anderen danach, inwieweit der Grundrechtsschutz durch die nachträgliche Kontrolle der Gerichte gewährleistet ist.“

¹⁵³⁶ *Schmidt-Aßmann* in: HStR V, § 109 Rn. 24; *ders.* in: HGR II, § 45 Rn. 15.

¹⁵³⁷ *Hufen/Siegel* Verwaltungsverfahren, Rn. 54; *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 1 Rn. 51.

¹⁵³⁸ *Held* Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 237 ff., 241.

¹⁵³⁹ *Hufen/Siegel* Verwaltungsverfahren, Rn. 61.

¹⁵⁴⁰ BVerfG-K Beschl. v. 24.10.2017 – 1 BvR 1026/13, BeckRS 2017, 134894 Rn. 43; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 243.

¹⁵⁴¹ BVerfGE 53, 30 (65 f.) = NJW 1980, 759 (763); bestätigend BVerfG-K NVwZ-RR 2000, 487 (488).

¹⁵⁴² Vgl. zur Kritik *Pietzcker* VVDStRL 41 (1983), 193 (220).

¹⁵⁴³ BVerfGE 56, 216 (242) = NJW 1981, 1436 (1438): Dazu gehöre die gesetzliche Zuweisung der Kompetenz zur Entscheidung über die Asylanerkennung an das Bundesamt.

¹⁵⁴⁴ *Grimm* NVwZ 1985, 865 (869); *Held* Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, S. 109.

kret: Öffentlichkeitsbeteiligung nach der AtVfV) stets als **absoluter Verfahrensfehler** ohne Rücksicht auf seine Erheblichkeit für die Sachentscheidung gewertet werden müsse.¹⁵⁴⁵ Dies deutet auf die „reguläre“ Verarbeitung des Verfahrensfehlers im Rahmen des § 46 hin. Die Unterscheidung von Gesetzesrecht und Verfassungsrecht bleibt gewahrt. Der Grundrechtsschutz erfolgt – unter Einbeziehung weiterer Belange – *im* Verfahren.¹⁵⁴⁶

D. Europäisierung und Internationalisierung des Verwaltungsverfahrensrechts

Schrifttum: (vgl. auch → Schrifttum vor Rn. 1 und allg. Literaturverzeichnis): *Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer* (Hrsg.) Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Die Verwaltung Beiheft 10, 2010; *Cremer* Der Einfluss des Europarechts auf die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens in den Mitgliedstaaten, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Verwaltung unter dem Einfluss des Europarechts*, 2006, S. 207; *Gärditz* Die Verwaltungsdimension des Lissabon-Vertrags, *DÖV* 2010, 453; *Gundel* Der beschränkte Anwendungsbereich des Charta-Grundrechts auf gute Verwaltung, *EuR* 2015, 80; *Haibach* Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, *NVwZ* 1998, 456; *Held* Umweltrechtliche Verfahrensfehler im Lichte der neuesten Rechtsprechung, *DVBl* 2016, 12; *Henneke* Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, *ZG* 2001, 71; *Hering* Eine Fehlerfolgenlehre für das europäische Eigenverwaltungsrecht, *Der Staat* 57 (2018), 601; *Hermes* Europäisierung und Internationalisierung des Verwaltungsverfahrens, *FS Wahl*, 2011, S. 689; *Hofmann* Das Verwaltungsverfahren unter dem Einfluss des Europarechts, *FS H.-J. Koch*, 2014, S. 211; *Huck* Das System des rechtlichen Gehörs im europäisch geprägten Verwaltungsverfahren, *EuZW* 2016, 132; *Kahl* Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, *VerwArch* 95 (2004), 1; *ders.* 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, *NVwZ* 2011, 449; *Schmidt-Aßmann* Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union*, 1998, S. 131; *ders.* Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, *FG 50 Jahre BVerwG*, 2003, S. 487; *Schoch* Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 279; *ders.* Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts, *JURIDICA INTERNATIONAL* 21/2014, 102; *Schwarze* Die Rechtsprechung des EuGH zur Relevanz von Fehlern im Verwaltungsverfahren, *FS Würtenberger*, 2013, S. 1203; *U. Stelkens* Europäische Rechtsakte als „Fundgruben“ für allgemeine Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts, *ZEuS* 2004, 129; *Sydow* Europäisierte Verwaltungsverfahren, *JuS* 2005, 97; *ders.* Verwaltungsvollzugsordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, 2014, § 12; *Wahl* Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, *DVBl* 2003, 1285. – **Monographien:** *Bilow* Die Relativierung von Verfahrensfehlern im Europäischen Verwaltungsverfahren und nach §§ 45, 46 VwVfG, 2007; *K. D. Classen* Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, 2008; *Deißler* Gewährleistung von Informationsqualität in europäischen Informationssystemen, 2018; *Grünewald* Die Betonung des Verfahrensgedankens im deutschen Verwaltungsrecht durch das Gemeinschaftsrecht, 2010; *Haselmann* Delegation und Durchführung gemäß Art. 290 und 291 AEU, 2012; *Hegels* EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 2001; *Kment* Nationale Umbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften und Europäisches Recht, 2005; *Krönke* Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013; *Mader* Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsverwaltungsverfahren, 2006; *Mangold* Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht – Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, 2011; *Nehl* Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002; *Nöhmer* Das Recht auf Anhörung im europäischen Verwaltungsverfahren, 2013; *Saurer* Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014; *Siegel* Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012; *Wittkopp* Sachverhaltsermittlung im Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 1999.

Spezialschrifttum zu IV. Europäischer Verwaltungsverbund: *Eifert* Europäischer Verwaltungsverbund als Lernverbund, in: *Spiecker/Collin* (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, 2008, S. 159; *Gassner* Europäisches Arzneimittelverwaltungsverfahrensrecht – Praxisdefizite und Reformoptionen, *PharmR* 2019, 209 und 273; *Groß* Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, *EuR* 2005, 54; *ders.* Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, *VVDStRL* 66 (2007), 152; *P. M. Huber* Das Kooperationsverhältnis von Kommission und nationalen Verwaltungen beim Vollzug des Unionsrechts, *FS Brohm*, 2002, S. 127; *Kahl* Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, *Der Staat* 50 (2011), 353; *ders.* Lücken und Ineffektivitäten im Europäischen Verfahrensverbund am Beispiel des Rechts auf Anhörung, *DVBl* 2012, 602; *Klement* Netzneutralität: der Europäische Verwaltungsverbund als Legislative, *EuR* 2017, 532; *Kugelmann* Europäische Polizeiliche Kooperation, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, 2013; *Mager* Die

¹⁵⁴⁵ BVerfG-K NVwZ-RR 2000, 487 (488).

¹⁵⁴⁶ *Schmidt-Aßmann* in: HGR II, § 45 Rn. 65.

§ 45 Heilung von Verfahrens- und Formfehlern

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

1. der für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
2. die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
3. die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
4. der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird;
5. die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

(3) ¹Fehlt einem Verwaltungsakt die erforderliche Begründung oder ist die erforderliche Anhörung eines Beteiligten vor Erlass des Verwaltungsaktes unterblieben und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsaktes versäumt worden, so gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet. ²Das für die Wiedereinsetzungsfrist nach § 32 Abs. 2 maßgebende Ereignis tritt im Zeitpunkt der Nachholung der unterlassenen Verfahrenshandlung ein.

Parallelvorschriften: § 126 AO; § 41 SGB X.

Abweichendes Landesrecht: → Rn. 24.

Leitentscheidungen: EuGH Urt. v. 15.1.2013 – C-416/10 – (Krizan) = NVwZ 2013, 347; Unterbliebene Öffentlichkeitsbeteiligung; EuGH Urt. v. 10.9.2013 – C-383/13 PPU – (G. u. R.) = EZAR NF 57 Nr. 30; Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör; EuGH Urt. v. 26.7.2017 – C-196/16 – (Corridonia) = NVwZ 2017, 1611; Heilung der UVP; BVerfG-K NVwZ 2001, 1392; Verfassungsrechtliche Grenzen bei unterbliebener Anhörung; BVerfG-K NVwZ 2016, 524; Abwägungsfehler im Strafenrecht; BVerfG-K NVwZ 2018, 573; Verfassungsrechtliche Grenzen bei Verfahrensfehlern im Planfeststellungsverfahren; BVerwGE 66, 184 = NJW 1983, 2044; keine Anhörung vor Versagung einer beantragten Vergünstigung; BVerwGE 68, 189 = BeckRS 1983, 30986697; Mitwirkung des Personalrats; BVerwG Beschl. v. 9.4.2002 – 4 B 20/02, BeckRS 2002, 22140; Wesensänderung bei Begründung; BVerwGE 131, 352 = NVwZ 2008, 1349; Heilung durch nachträgliche UVP; BVerwG NVwZ-RR 2010, 157; keine Heilung der Unzuständigkeit; BVerwGE 137, 199 = NVwZ 2011, 115; Anforderungen an eine nachzuholende Anhörung; BVerwGE 142, 205 = NJW 2012, 2823; Pflicht zur substantiellen Information über den Verfahrensgegenstand, Anhörungsmangel bei Gefahr in Verzug, Anforderungen an eine nachzuholende Anhörung; BSG (GS) E 75, 159 = NVwZ 1996, 824; keine Anhörungspflicht bei ersetzendem VA im Sozialrecht.

Schrifttum: *Allesch* Neue Chancen für die missglückte Vorschrift des § 45 III VwVfG?, NVwZ 2003, 444; *Bilow* Die Relativierung von Verfahrensfehlern im Europäischen Verwaltungsverfahren und nach §§ 45, 46 VwVfG, 2007; *Durner* Die behördliche Befugnis zur Nachbesserung fehlerhafter Verwaltungsakte, VerwArch 97 (2006), 345; *Fehling* Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), 278; *Guckelberger*, Deutsches Verwaltungsverfahren unter unionsrechtlichem Anpassungsdruck, 2017; *Gurlit* Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), 227; *Hufen* Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler? Zur verfassungskonformen Auslegung der §§ 45 und 46 VwVfG, NJW 1982, 2160; *Ingold/Münkler* Fehlerfolgen und Verbandsklagesystematik im umweltbezogenen Rechtsschutz, EurUP 2018, 468; *Kischel* Folgen von Begründungsfehlern, 2004; *Kraft* Änderungsbescheide im Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß, BayVBl. 1995, 519; *Langenbach* Der Anhörungseffekt, 2017; *Messerschmidt* Zur Heilung und Folgenlosigkeit von Verfahrens- und Formfehlern bei Verwaltungsakten gem. §§ 45 und 46 VwVfG, NVwZ 1985, 877; *Riischen* Vom Anspruch auf Gehör für fachgerichtliche Argumente vor dem BVerfG, NVwZ 2002, 428; *W.-R. Schenke* Die Heilung von Verfahrensfehlern gem. § 45 VwVfG, VerwArch 97 (2006), 592; *Schmidt-Aßmann/Krämer* Das Verwaltungsverfahren und seine Folgen, Europ. Zeitschrift des öffentlichen Rechts – Sonderheft 1993, 99; *Schoch* Heilung unterbliebener Anhörung im Verwaltungsverfahren durch Widerspruchsverfahren?, NVwZ 1983, 249; *ders.* Nachholung der Begründung und Nachschieben von Gründen, DÖV 1984, 401; *Schwerdfeger* Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010; *Seibert* Die Fehlerbehebung durch ergänzendes Verfahren nach dem UmwRG, NVwZ 2018, 97.

Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines	1–40
I. Entstehungsgeschichte der Norm sowie historische Entwicklung der Sanktionierung und Relativierung formeller Fehler im deutschen Verwaltungsrecht	2
II. Systematische Stellung im deutschen System der Folgen formeller Fehler	5
1. Verfahrensfehlerfolgen im deutschen Verwaltungsrecht	5
2. Verhältnis des § 45 zu anderen Regelungen von Fehlerfolgen	13
III. Normzweck und verfassungsrechtlicher Hintergrund	19
1. Normzweck	19
2. Verfassungsrechtlicher Hintergrund	20
IV. Aufbau der Vorschrift	23
V. Landesverwaltungsverfahrensgesetze	24
VI. Europäisches und internationales Recht	25
1. Internationalrechtliche Vorschriften	25
2. EU-Eigenverwaltungsrecht	26
3. Unionsrechtliche Einwirkungen auf das nationale Recht	31
a) Unionsrechtliche Vorgaben für das Umweltverfahrensrecht	33
b) Unionsrechtliche Vorgaben für das Migrations- und Zollverfahrensrecht	35
4. Rechtsvergleich	37
VII. Theoretische Vorbemerkungen zum deutschen Verfahrensfehlerfolgenregime ..	38
B. Einzelerläuterung	41–110
I. Anwendungsbereich	42
1. Beschränkung auf wirksame Verwaltungsakte	43
2. Das Verhältnis von § 45 Abs. 1 zur allgemeinen behördlichen Nachbesserungsbefugnis	46
a) Der funktional formulierte Fehlerkatalog des § 45 Abs. 1 und fachrechtliche Anwendungsregelungen	48
b) Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der allgemeinen Nachbesserungsbefugnis	51
3. Sonderregeln und das Verhältnis zum UmwRG	56
4. Unheilbare Verfahrens- und Formfehler	58
II. Heilung von Verfahrensfehlern nach Absatz 1	60
1. Das Gebot der realen Fehlerheilung und allgemeine Anforderungen an Nachbesserungsverfahren	61
a) Das Gebot der realen Fehlerheilung	61
b) Heilung durch die zuständige Behörde	64
c) Nachbesserungsverfahren und Nachbesserungsentscheidung	67
2. Die Rechtsfolgen einer Nachholung von Verfahrenshandlungen und Formerfordernissen	69
3. Nachträgliche Antragstellung gemäß Nr. 1	74
4. Nachholung einer Begründung gemäß Nr. 2	78
a) Formelle und materielle Begründungsmängel: Abgrenzung und Wechselbezüglichkeiten	79
b) Heilung formeller Begründungsmängel	82
c) Nachbesserung materieller Begründungsmängel durch Nachschieben von Gründen	85
d) Kombinationen der Nachbesserung formeller und materieller Begründungsmängel	88
e) Bilanz	89
5. Nachholung einer Anhörung gemäß Nr. 3	90
a) Anforderungen realer Fehlerheilung bei Anhörungen i. S. v. § 28	91
b) Heilung von sondergesetzlichen Anhörungserfordernissen	94
c) Unionsverwaltungsrechtliche Überformung der Heilung umweltrechtlicher Anhörungserfordernisse	97
6. Nachträgliche Beschlussfassung eines Ausschusses gemäß Nr. 4	98
7. Nachholung einer Behördenbeteiligung gemäß Nr. 5	101
III. Die Heilungsfrist gemäß Absatz 2	103
IV. Unterlassene Verfahrenshandlungen und Rechtsbehelfsfristen (Absatz 3)	107
C. Sonderverfahrensrecht	111
D. Fazit und Entwicklungsperspektiven des deutschen Verfahrensfehlerfolgenregimes ..	112–116

A. Allgemeines

§ 45 gehört gemeinsam mit § 46 und mit § 44a VwGO zu den **prägenden Elementen** **1** **der einfachgesetzlichen Ausgestaltung** von Folgen formeller Fehler. Die Norm klärt zuvor hoch umstrittene Rechtsfragen (→ Rn. 2), steht in einem systematischen Zusammenhang mit Vorschriften des allgemeinen und besonderen Verwaltungsfahrens- und Verwaltungsprozessrechts (→ Rn. 5 ff.) und stellt die Balance zwischen dem Gebot der Restitution von formellen Fehlern einerseits und dem Gebot einer effizienten Verfahrensgestaltung andererseits (→ Rn. 19) her. Bei diesem Interessenausgleich bietet das Verfassungsrecht normative Orientierung, trifft aber keine exakten Ausgestaltungsvorgaben (→ Rn. 20 ff.). Ähnliches gilt in Bezug auf das Unionsverwaltungsrecht (→ Rn. 31 ff.). Dieser rechtliche Rahmen begründet keine durchschlagenden Einwände gegen die heutige Ausgestaltung der Norm, verlangt aber, die in der Norm angelegten Gebote, wie das der realen Fehlerheilung, ernst zu nehmen (→ Rn. 62), namentlich bei Anhörungsmängeln (→ Rn. 91 ff.). Dies gilt insbesondere bei einer seit 1996 möglichen Heilung während eines Gerichtsverfahrens (→ Rn. 103 ff.). Besondere Beachtung verdient das Zusammenspiel zwischen einer Heilung benannter Verfahrensfehler gemäß § 45 (→ Rn. 74 ff.) mit der daneben (fort-)bestehenden behördlichen Befugnis zur Nachbesserung anderer formeller und vor allem materieller Mängel (→ Rn. 46 ff.), wie namentlich von materiellen Begründungsmängeln (→ Rn. 79 ff., 85 ff.). Erhebliche Auslegungsprobleme wirft die Regelung einer erleichterten Wiedereinsetzung in § 45 Abs. 3 auf (→ Rn. 107 ff.).

I. Entstehungsgeschichte der Norm sowie historische Entwicklung der Sanktionierung und Relativierung formeller Fehler im deutschen Verwaltungsrecht

Vor dem Erlass des VwVfG waren die Folgen von Verfahrensfehlern **in hohem Maße** **2** **inhaltlich streitig**; zudem bestanden erhebliche terminologische Unsicherheiten.¹ Ausgangspunkt war eine verbreitete Unterscheidung zwischen Verstößen gegen (unwesentliche) „Ordnungsvorschriften“, die die Rechtmäßigkeit des fehlerhaft erlassenen Verwaltungsakts von vornherein nicht tangierten, besonders schwerwiegenden formellen Fehlern, die ausnahmsweise eine Nichtigkeit im Sinne der Unwirksamkeit des Verwaltungsakts zur Folge hatten, sowie der dazwischen angesiedelten Kategorie der zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führenden (normalen) formellen Fehler. Sowohl die genauen Abgrenzungskriterien wie die Klassifizierung einzelner Fehler waren, von Ausnahmen abgesehen, umstritten. So wurde für die Klassifizierung als Ordnungsvorschrift teilweise auf die explizite oder implizite gesetzliche Ausgestaltung als bloße Soll-Vorschrift abgestellt.² Andere hielten vor allem Kausalitätserwägungen für maßgeblich. Dabei changierten allerdings die genauen dogmatischen Konsequenzen zwischen der Klassifizierung als unwesentlicher Ordnungsvorschrift oder dem bloßen Ausschluss der gerichtlichen (oder behördlichen) Aufhebbarkeit ebenso wie die exakten Kausalitätsanforderungen.³ Schließlich war für manche (auch) die Evidenz des Verfahrensfehlers maßgeblich.⁴ Besonders unklar waren die Möglichkeiten einer Heilung, wobei eine solche zumindest nach der Rechtsprechung auch noch während eines Gerichtsverfahrens denkbar war.⁵

¹ Vgl. aus der zeitgenössischen Literatur *Kopp* VerwArch 61 (1970), 219; s. ferner EVwVerfG 1963, S. 158 ff.; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 17 f.; *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 9, § 46 Rn. 13.

² *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 18 m. w. N.

³ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 17 f.; *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 9, § 46 Rn. 13.

⁴ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 18 m. w. N.

⁵ Vgl. BVerwGE 24, 23 (29) = VerwRspr 1967, 598; E 27, 295 (299) = BeckRS 1967, 524 Rn. 18; differenzierend E 17, 279 (283 f.) = BeckRS 1963, 30426508; E 21, 240 = BeckRS 1965 30438173; vgl. allg. zur Heilung vor 1976 ausführlich *Kopp* VerwArch 61 (1970), 219 (228, 230 ff.); s. auch *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 9.

- 3 Bereits der **Musterentwurf von 1963** enthielt in seinen §§ 35 und 36 Regelungen über die Heilung bzw. Folgen von Verfahrens- und Formfehlern. Dabei stimmte § 35 weitgehend mit der heutigen Auflistung von heilbaren Fehlern in § 45 Abs. 1 überein, erstreckte sich aber zusätzlich auf die Heilung nicht hinreichend bestimmter Verwaltungsakte.⁶ Im Rahmen seiner Auflistung beschränkte der Entwurf nur die Heilung von Mängeln in Bezug auf die Anhörung, die Bestimmtheit oder die Mitwirkung von Ausschüssen auf das Widerspruchsverfahren und verzichtete damit auf eine einheitliche Regelung wie im heutigen § 45 Abs. 2 ebenso wie auf die Vorgaben des Absatzes 3. Der **Regierungsentwurf von 1970** behielt die Auflistung noch vollständig bei, gliederte jedoch die zeitliche Grenze der Heilung in der Sache übereinstimmend mit der später beschlossenen Fassung in einen Absatz 2 aus.⁷ Der **Regierungsentwurf von 1973** entsprach der letztlich beschlossenen Fassung von § 45 Abs. 1 sowie – abgesehen von einer redaktionellen Angleichung an § 126 Abs. 2 AO – auch von dessen Absatz 2,⁸ während Absatz 3 erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens unter Bezugnahme auf das Vorbild in § 126 AO eingefügt wurde.⁹ Bemerkenswert ist die erst in diesem Entwurf vorgenommene Begrenzung einer Heilung bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens bzw. bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage, womit sich der Gesetzgeber unter Berufung auf ein vertieftes Verständnis des Rechtsstaatsprinzips bewusst von der bis dahin herrschenden verwaltungsfreundlicheren Meinung absetzte.¹⁰
- 4 Mit der **Beschleunigungsgesetzgebung** setzte sich **1996** in Bezug auf § 45 Abs. 2 wieder die frühere behördenfreundliche Sichtweise durch, indem die Heilung „bis zum Abschluß eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden“ konnte. Dabei sollte die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit allerdings im Rahmen der Kostenentscheidung berücksichtigt werden.¹¹ Ab dem **1.2.2003** wurde die Heilung, wie vom Bundesrat bereits 1996 vorgeschlagen,¹² mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Revisionsverfahrens auf den Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens beschränkt.¹³

II. Systematische Stellung im deutschen System der Folgen formeller Fehler

1. Verfahrensfehlerfolgen im deutschen Verwaltungsrecht

- 5 § 45 ist wie § 46 und § 44a VwGO ein **Eckstein der gesetzlichen Fehlerfolgenarchitektur** für formelle Fehler.¹⁴ *Quabeck* spricht plastisch von einer „**Abschirmungstrias**“.¹⁵ Diese Umschreibung akzentuiert die mit den drei Vorschriften verbundene Relativierung von Verfahrensfehlern und die damit zusammenhängende traditionelle Fokussierung der deutschen Verwaltungsrechtsordnung auf die materiell–rechtliche Richtigkeit der Sachentscheidung. Dabei ermöglicht § 45 im ersten Schritt eine Heilung von Verfahrensfehlern auch noch während eines laufenden Gerichtsverfahrens (→ Rn. 104). Soweit eine Heilung gesetzlich für bestimmte formelle Fehler nicht vorgesehen ist oder die Behörde auf eine Heilung verzichtet, kann der fortbestehende Verfahrensfehler nach § 46 bei offensichtlich fehlender Ergebniskausalität dennoch unbeachtlich sein (*Schneider* → § 46 Rn. 48 ff.). Abgerundet wird die Abschirmungswirkung durch § 44a VwGO, der von Ausnahmen abgesehen

⁶ § 35 Nr. 3 EVwVerfG 1963, S. 26, 159 ff.; zur Genese des § 46 vgl. *Schneider* → § 46 Rn. 2 ff.

⁷ § 35 VwVfG-RegE 1970, BT-Drs. VI/1173 S. 13, 52 f.

⁸ § 41 VwVfG-RegE 1973, BT-Drs. 7/910 S. 17, 65 f. sowie S. 58 zum Verzicht auf die Heilungsoption bei unzureichender Bestimmtheit; BT-Drs. 7/4494 S. 9, 25.

⁹ BT-Drs. 7/4494 S. 9, 25.

¹⁰ VwVfG-RegE 1973, BT-Drs. 7/910 S. 66 sowie S. 110 gegen einen partiell großzügigeren Änderungsvorschlag des BRats; s. ferner → Rn. 103 ff.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 13/3995 S. 4, 8, 16.

¹² BT-Drs. 13/3995 S. 11.

¹³ BT-Drs. 14/9000 S. 8, 34; s. ferner → Rn. 103.

¹⁴ Ebenso *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 1, 11 sowie ausführlich § 46 Rn. 2 ff.

¹⁵ *Quabeck* Prozeduralisierung, S. 61; s. ferner *Ekardt* NVwZ 2012, 530 (532): „Hindernis-Kaskade“.

eine isolierte gerichtliche Geltendmachung von Verfahrensfehlern vor dem Erlass der Sachentscheidung ausschließt.¹⁶ Erwähnenswert ist zudem das traditionell subjektiv-rechtliche Rechtsschutzkonzept des deutschen Verwaltungsrechts, das für die Anwendbarkeit des § 46 wichtige Vorbedingungen etabliert (*Schneider* → § 46 Rn. 32 ff.). **Begrenzt wird die Abschirmungswirkung** dieser Normtrias durch die auch aufgrund eines formellen Fehlers mögliche Nichtigkeit des Verwaltungsakts (→ Rn. 44) sowie durch die Qualifizierung eines Verfahrensfehlers als absolut, sodass dieser auch im Fall mangelnder Ergebniskausalität beachtlich ist (*Schneider* → § 46 Rn. 22, 38 ff.) und teilweise sogar die Nachholung von Verfahrenshandlungen ausgeschlossen ist (s. → Rn. 59). In der Gesamtbilanz und unter der Einbeziehung weiterer Bausteine bietet das deutsche Recht eine differenzierte und *bei Beachtung verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Vorgaben* (→ Rn. 20 ff., 31 ff.) im Wesentlichen ausgewogene Fehlerfolgenarchitektur. Diese ist zwar nicht alternativlos, gehört aber ebenso wenig in die „Antiquitätensammlung“¹⁷ des Verwaltungsrechts. Sie muss keineswegs dringend grundlegend modernisiert werden. Vielmehr genügt die strikte Beachtung der gesetzlichen Vorgaben des § 45 in Bezug auf das Gebot realer Fehlerheilung (→ Rn. 61 ff.) insbesondere bei fehlerhaften Anhörungen (→ Rn. 92) oder der in § 46 für eine Unbeachtlichkeit von Fehlern vorausgesetzten „offensichtlichen Nichtbeeinflussung“ der Sachentscheidung (*Schneider* → § 46 Rn. 48 ff.).¹⁸ Rechtspolitisch diskussionswürdig ist allerdings die seit 1996 wieder eröffnete Heilungsoption während eines laufenden Verwaltungsprozesses (→ Rn. 103 ff.).

§§ 45, 46 regeln manche Grundsatzfragen des Fehlerfolgenregimes nicht explizit, weshalb 6 insofern bis heute Meinungsverschiedenheiten existieren. Ausgangspunkt der nachfolgenden systematisch-übergreifenden Ausführungen ist der **verfassungsrechtliche Spielraum**, der dem Gesetzgeber in Bezug auf die Sanktionierung von formellen Fehlern eingeräumt ist (→ Rn. 21).

Nicht explizit im VwVfG geregelt sind die **Auswirkungen formeller Fehler auf die 7 Rechtmäßigkeit des erlassenen Verwaltungsakts**. § 44 bezieht sich allein auf den Ausnahmefall der Nichtigkeit (→ Rn. 44) und die §§ 45, 46 beantworten direkt nur Anschlussfragen der möglichen Fehlerheilung bzw. der Grenzen eines Aufhebungsanspruchs. **In der Literatur** stehen sich im Wesentlichen **drei Positionen** gegenüber: Während manche aus formellen Fehlern stets auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts schließen,¹⁹ verneinen andere gemäß einer traditionellen Sichtweise (→ Rn. 2) die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ausnahmsweise bei Missachtung – als unwesentlich qualifizierter – formeller Ordnungsvorschriften.²⁰ Eine dritte Position differenziert zwischen der Rechtswidrigkeit des behördlichen Verhaltens und des abschließenden Rechtsakts,²¹ ordnet Form- und Verfahrensfehler zunächst der Verhaltensebene zu und klärt eigenständig, ob das rechtswidrige Verhalten so wesentlich ist, dass auch der Verwaltungsakt als Rechtsakt als rechtswidrig zu qualifizieren ist. Die Wesentlichkeit der formellen Fehler auf Rechtsaktebene wird dabei als eine begründungsbedürftige Auslegungsfrage der missachteten Form- und Verfahrensvorschriften angesehen.²² Die **Rechtsprechung** neigt zu den beiden zuletzt genannten Meinungen, wobei die genaue Positionierung oft unklar bleibt.²³

¹⁶ P. Stelkens/W. Schenk in: Schoch/Schneider → VwGO § 44a Rn. 19 ff.

¹⁷ Zu dieser Formel in Bezug auf das VwVfG generell *Kersten* Die Verwaltung 46 (2013), 87 (90); für den vorliegenden Zusammenhang aufgegriffen von *Emmenegger* in: NK-VwVfG, § 46 Rn. 16.

¹⁸ Abweichend *Emmenegger* in: NK-VwVfG, § 46 Rn. 16 ff.

¹⁹ *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 133 ff.; *Bunke* in: GVwR II, § 35 Rn. 159 mit Fn. 502, Rn. 189.

²⁰ *Schmidt-Aßmann/Krämer* Europ. Zeitschrift des öffentlichen Rechts – Sonderheft 1993, 99 (105); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 427 f.; wohl auch *Bilow* Relativierung von Verfahrensfehlern, S. 344 ff.

²¹ Zu Recht an dieser Differenzierung zweifelnd *Bunke* in: GVwR II, § 35 Rn. 159 mit Fn. 502; damit wird die steuerungstheoretisch nützliche Differenzierung zwischen verschiedenen Funktionen von Verfahrensnormen als Verhaltens- und als Kontrollnormen, s. *Wahl* VVDStRL 41 (1983), 151 (156), dogmatisch übersteigert.

²² *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Rn. 5 ff., 116 ff.

²³ Vgl. die Darstellung und Analyse bei *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 126 ff. m. w. N.

- 8 **Keine Einigkeit** herrscht auch hinsichtlich der **Abgrenzungskriterien zwischen wesentlichen und unwesentlichen Fehlern**.²⁴ Fragwürdig ist es jedenfalls, wenn ungeachtet der seit 1976 geltenden gesetzlichen Vorgaben in § 46 weiterhin auf eine fehlende Ergebniskausalität abgestellt wird.²⁵ Die offensichtlich fehlende Ergebniskausalität ist nämlich gemäß § 46 zunächst implizit²⁶ (*Schneider* → § 46 Rn. 49) und seit 1996 auch explizit maßgeblich für den die Rechtswidrigkeit unberührt lassenden (*Schneider* → § 46 Rn. 62) Ausschluss des Aufhebungsanspruchs. Aus demselben Umstand noch weitergehende Rechtsfolgen abzuleiten, würde die Fehlerfolgenregelung des § 46 zu Lasten der Bürger umgehen und die Bedeutung des Verfahrensrechts zusätzlich schwächen. Soweit auf eine objektive Geringfügigkeit des Verfahrensfehlers rekurriert wird,²⁷ benennt dies lediglich die Auslegungsaufgabe, bietet aber kein Abgrenzungskriterium. Gleiches gilt für die Auffassung, Verfahrensvorschriften als bloße Ordnungsvorschriften zu qualifizieren, wenn sich diese ihrem Regelungsgehalt nach nur auf die Verfahrenshandlung beziehen.²⁸ Entscheidend ist für diese Position letztlich eine teleologische Auslegung der missachteten Verfahrensnorm. Sie ist eine bloße Ordnungsvorschrift, wenn sie weder für den grundsätzlichen Verfahrensablauf noch für die Entscheidung relevant ist.²⁹ Auf die Bedeutung für den grundsätzlichen Verfahrensablauf abzustellen, ist jedoch allzu unbestimmt³⁰ und ebenfalls geeignet, das differenzierte gesetzliche Fehlerfolgenregime zu unterlaufen. Fehlende Entscheidungsrelevanz meint offenbar etwas anderes als fehlende Entscheidungskausalität.³¹ Klarer und inhaltlich sachgerecht wäre es, insoweit von **Verfahrens- und Formanforderungen ohne Bezug zur Entscheidungsfindung** zu sprechen. Dieser Bezug fehlt etwa bei dem Erfordernis, korrekt verfasste Prüfungsprotokolle auch zu unterzeichnen, den bereits erlassenen Verwaltungsakt zuzustellen oder einem Verwaltungsakt eine Rechtsmittelbelehrung beizufügen.³² Das letztgenannte Beispiel verdeutlicht allerdings zugleich, dass die Redeweise von der unwesentlichen Ordnungsvorschrift unpassend sein kann. Es handelt sich vielmehr um eine für die Dauer der Widerspruchs- und Klagefrist sehr wohl wesentliche Formvorschrift, deren Verletzung allerdings mangels Bezug zur Entscheidungsfindung die Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung als solche nicht tangieren kann.³³
- 9 **Systematik und Genese des VwVfG** sprechen vor diesem Hintergrund dafür, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts aus **jedlichem Verstoß gegen formelle Vorgaben** der Rechtsordnung **mit Bezug zur Entscheidungsfindung** und somit als Ergebnis formell rechtswidrigen Verhaltens abzuleiten. Hiermit übereinstimmend schließt die Regierungsbeurteilung aus einer Verletzung von Form- und Verfahrensvorschriften ohne erkennbare Einschränkung auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und erwähnt erst daran anschließend die differenzierten Rechtsfolgen in den heutigen §§ 45, 46.³⁴ Systematisch ist zudem auf § 44 Abs. 2, 3, § 59 Abs. 2 Nr. 2 und insbesondere § 46 hinzuweisen, die zum Teil explizit die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts mit Form- und Verfahrensfehlern

²⁴ Vgl. auch *Bülow* Relativierung von Verfahrensfehlern, S. 346 ff.

²⁵ So aber BVerwGE 105, 328 (330) = NVwZ 1998, 636, für die nicht ergebniskausale Missachtung einer Korrekturfrist; s. auch *Bumke* in: GVwR II, § 35 Rn. 195; eine uneinheitliche Verwendung des Begriffs der Kausalität kritisiert *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 46 Rn. 22 f.

²⁶ Vgl. BVerwGE 75, 214 (228) = NVwZ 1987, 578; s. auch BVerwG Urt. v. 21.4.1982 – 8 C 57.80 = BeckRS 1982, 31256590.

²⁷ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 428; *Bumke* in: GVwR II, § 35 Rn. 195.

²⁸ *Schmidt-Aßmann/Krämer* Europ. Zeitschrift des öffentlichen Rechts – Sonderheft 1993, 99 (105).

²⁹ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 427.

³⁰ Krit. zur Unbestimmtheit der Qualifizierung unwesentlicher Verfahrensfehler *Breuer* FS Sendler, S. 357 (383).

³¹ Zu letzterem ablehnend *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 428.

³² Vgl. für diese Beispiele *Hill* Fehlerhaftes Verfahren, S. 428; *Schmidt-Aßmann/Krämer* Europ. Zeitschrift des öffentlichen Rechts – Sonderheft 1993, 99 (105).

³³ Hierzu präzise *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 199.

³⁴ BT-Drs. 7/910 S. 65; BVerwGE 24, 23 (32) = VerwRspr 1967, 598 (606); E 29, 282 (283 ff.) = NJW 1968, 1736.

verknüpfen oder diese implizit voraussetzen.³⁵ Schließlich ist an das Zusammenspiel mit § 44a VwGO zu erinnern. Können Verfahrensfehler nur gemeinsam mit der Klage gegen die Sachentscheidung geltend gemacht werden und kann die Klage gemäß § 113 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 VwGO nur bei Rechtswidrigkeit der Sachentscheidung begründet sein, müssen Verfahrensfehler – vorbehaltlich abweichender Unbeachtlichkeitsregeln – zur Rechtswidrigkeit der Sachentscheidung durch Verwaltungsakt führen, soll das Verfahrensrecht nicht komplett leerlaufen.³⁶

Die nach diesen Maßstäben festzustellende formelle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts schließt eine **differenzierte Ordnung von weiteren Fehlerfolgen** nicht aus.³⁷ Grundlegend ist dabei die – keineswegs überschneidungsfreie³⁸ – Unterscheidung zwischen

- besonders schwerwiegenden formellen Fehlern mit der Folge der Nichtigkeit gemäß § 44 (→ Rn. 44; *Goldhammer* → § 44 Rn. 49 ff.),
- absoluten Form- und Verfahrensfehlern, die aufgrund spezialgesetzlicher Vorgaben nicht geheilt werden können, vor allem aber unabhängig von ihrer Ergebniskausalität zwingend einen Aufhebungsanspruch begründen (→ Rn. 58 f.; *Schneider* → § 46 Rn. 38 ff.),
- relativen Form- und Verfahrensfehlern, die unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen wie der offensichtlich fehlenden Ergebniskausalität i. S. v. § 46 unbeachtlich bleiben (*Schneider* → § 46 Rn. 22, 26 ff., 48 ff.),
- heilbaren Form- und Verfahrensfehlern, bei denen die Nachholung der Verfahrenshandlung gemäß § 45 die formelle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts entfallen lässt (→ Rn. 48) oder die in einem ergänzenden Verfahren beseitigt werden können (→ Rn. 14), und
- rügepflichtigen Fehlern, deren Geltendmachung präkludiert sein kann, wenn sie nicht rechtzeitig geltend gemacht werden (*Schneider* → § 46 Rn. 6).

Die Rechtsordnung umfasst diverse weitere Regelungen von Fehlerfolgen, wie etwa die Umdeutung gemäß § 47 (→ Rn. 17; *Schneider* → § 47 Rn. 11) oder die oft ergänzend anwendbare Amtshaftung.³⁹ Sanktionswirkung sollen auch Kostenregelungen entfalten, die bei einer nachträglichen Heilung im Widerspruchs- oder Klageverfahren zugunsten der Rechtsbehelfsführer greifen (§ 80 Abs. 1 S. 2; § 161 Abs. 2 VwGO; → Rn. 11, 73). Für Fehler in der Amtsermittlung sind die Verpflichtungen der Verwaltungsgerichte gemäß § 86 VwGO zur eigenen Amtsermittlung und zur Herstellung von Spruchreife sowie die in § 113 Abs. 2, 3 VwGO normierten Schranken für eine Zurückverweisung an die Behörde zur ergänzenden Sachverhaltsermittlung bedeutsam (*Schneider* → § 24 Rn. 160, 165 f.). Besonderheiten gelten auch beim Umgang mit Ermittlungsverböten, die zunächst nur ein Verwertungsverbot begründen, sodass erst dessen Missachtung zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führt (*Schneider* → § 24 Rn. 89 ff.). Komplex ist das Zusammenspiel zwischen der Heilung durch Nachholung einer fehlenden Begründung und dem Nachschieben von Gründen bei einer inhaltlich unzureichenden Begründung (→ Rn. 85 ff.; *Schuler-Harms* → § 39 Rn. 4). Schließlich ist das Institut der Berichtigung offener Unrichtigkeiten im Sinne von § 42 erwähnenswert (→ Rn. 15; *Baer* → § 42 Rn. 10). Besondere Beachtung verdient das umweltverfahrensrechtliche Sonderregime nach dem UmwRG (→ Rn. 57; *Schneider* → § 46 Rn. 35 f., 39 ff., 67).

Ein wichtiger Faktor zur Differenzierung von Fehlerfolgen ist das **Verwaltungsprozessrecht**. Bereits erwähnt wurde der weitgehende Ausschluss einer selbständigen Anfechtbar-

³⁵ Vgl. die feinsinnige Analyse von *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 135 ff.

³⁶ Gleichsinnig *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 2, § 46 Rn. 2: Verknüpfung der Sachentscheidung mit dem Verfahrensablauf durch § 44a VwGO als „Sanktionsentscheidung“.

³⁷ Vgl. hierzu mit teilweise abw. Systematisierung *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 218 ff.; *Bunke* in: GVwR II, § 35 Rn. 155 ff.

³⁸ Zum Verhältnis von § 45 und § 46 *Schneider* → § 46 Rn. 5.

³⁹ Vgl. beispielsweise *Schneider* → § 24 Rn. 177; *Schneider* → § 28 Rn. 86; *Schneider* → § 29 Rn. 91; *Schneider* → § 30 Rn. 48; skeptischer zur Sanktionswirkung der Amtshaftung gemäß der bisherigen Rspr. *Quabek* Prozeduralisierung, S. 80 f.

keit von Verfahrensmängeln durch § 44a VwGO (→ Rn. 5). Bedeutsam ist daneben die grundsätzliche Beschränkung einer gerichtlichen Verfahrenskontrolle auf die Verletzung subjektiver Verfahrensrechtspositionen durch § 42 Abs. 2 VwGO (*Schneider* → § 46 Rn. 32 ff.).⁴⁰ § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO gewährt die Möglichkeit einer isolierten Geltendmachung von Verletzungen wesentlicher Verfahrensvorschriften bei der Durchführung des Widerspruchsverfahrens.⁴¹ Schließlich ist das durch Widerspruchs- und Klagefristen etablierte Institut der Bestandskraft formell rechtswidriger Verwaltungsakte zu beachten, deren Eintritt eine Heilung nach § 45 ausschließt.⁴² Umgekehrt ermöglichen die flexiblen Kostenregelungen der VwGO eine Sanktionierung von Verfahrensmängeln auch im Fall einer Heilung nach Klageerhebung (→ Rn. 73).

- 12 Bedeutsam für das Fehlerfolgenregime ist die **Zuweisung von Kontrollkompetenzen**. Diese reichen von der Selbstkontrolle (§§ 48 ff.)⁴³ über Maßnahmen von Aufsichtsbehörden und Disziplinarbehörden oder – soweit in Deutschland überhaupt etabliert – von Bürgerbeauftragten bis hin zu der traditionell im Vordergrund stehenden Gerichtskontrolle, die sich jedoch vor allem auf das materielle Recht fokussiert.⁴⁴

2. Verhältnis des § 45 zu anderen Regelungen von Fehlerfolgen

- 13 Für die Heilung erwächst aus diesem differenzierten Fehlerfolgenregime die **Notwendigkeit der Abgrenzung** zu funktionell vergleichbaren Instituten (zum Nachschieben von Gründen → Rn. 85 ff.) sowie zu Fällen der Nichtigkeit gemäß § 44 (→ Rn. 44).⁴⁵ Zum Rechtsverzicht, zur Verwirkung und zur materiellen Präklusion *Schneider* → § 46 Rn. 6.
- 14 Die größte Übereinstimmung besteht mit dem ursprünglich im Planungsrecht angesiedelten Institut des **ergänzenden Verfahrens**, das durch § 4 Abs. 1b S. 1 UmwRG inzwischen auch in das Genehmigungsrecht Eingang gefunden hat (→ Rn. 57). Ursprünglich war das BVerwG noch davon ausgegangen, dass Verfahrensfehlerfolgen durch §§ 45, 46 abschließend geregelt seien und daher in einem ergänzenden Verfahren ausschließlich materielle Fehler, nicht aber Verfahrensfehler geheilt werden könnten.⁴⁶ Seit dem PIVereinHG vom 31.5.2013 ist in § 75 Abs. 1a in Übernahme entsprechender Vorschriften des Fachplanungsrechts⁴⁷ jedoch angeordnet, dass in einem ergänzenden Verfahren auch Verfahrens- und Formfehler behoben werden können. Die §§ 45, 46 bleiben unberührt.⁴⁸ Heute findet das ergänzende Verfahren daher subsidiär Anwendung auf die Heilung von Verfahrensfehlern jenseits der durch Absatz 2 gesetzten zeitlichen Grenzen sowie auf nicht in § 45 Abs. 1 gelistete Verfahrens- und Formfehler.⁴⁹ Während § 45 eine Heilung von Verfahrensfehlern gemäß Absatz 2 nur bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgewichtlichen Verfahrens vorsieht, was vorbehaltlich einer Erledigungserklärung (→ Rn. 106) zur Klageabweisung führt, zielt das ergänzende Verfahren grundsätzlich auf eine Nachbesserung durch die Behörde im Anschluss an das Gerichtsverfahren. Dabei hebt das Gericht abweichend von § 113 Abs. 1 VwGO die ursprüngliche fehlerhafte Behördenentscheidung nicht auf, sondern stellt lediglich deren Rechtswidrigkeit und (temporäre) Nichtvollziehbar-

⁴⁰ S. auch *Bumke* in: GVwR II, § 35 Rn. 191 f.

⁴¹ *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 22; *Pietzcker* in: Schoch/Schneider → VwGO § 79 Rn. 14.

⁴² Vgl. BVerwG NVwZ 1988, 63; *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 12; s. ferner *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 221 ff.; *Bumke* in: GVwR II, § 35 Rn. 205 ff.

⁴³ *Bumke* in: GVwR II, § 35 Rn. 164 ff.; s. auch *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 225 ff.; *Schoch* → § 48 Rn. 6.

⁴⁴ Statt vieler *Riese* in: Schoch/Schneider → VwGO § 113 Rn. 48.

⁴⁵ *Baumeister* in: Obermayer/Funke-Kaiser, Rn. 18 f.; *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 11 ff.

⁴⁶ BVerwGE 128, 76 Rn. 12 = NVwZ 2007, 581 Rn. 12.

⁴⁷ Die Fachvorschriften wurden zeitgleich aufgehoben, vgl. § 18e Abs. 6 AEG a. F.; § 43e Abs. 4 EnWG a. F.; § 17e Abs. 6 FStRG a. F.; § 10 Abs. 8 LuftVG a. F.; § 2d Abs. 4 MBPlG a. F.; § 14e Abs. 6 WaStRG a. F.

⁴⁸ BGBl 2013 I S. 1388 (1390 ff.); dazu BT-Drs. 17/9666 S. 8, 14, 20.

⁴⁹ *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 14 f.; *Kupfer* → § 75 Rn. 69 f.

keit fest.⁵⁰ Der Verzicht auf die gerichtliche Aufhebung setzt voraus, dass eine konkrete Möglichkeit der Fehlerbehebung in absehbarer Zeit besteht. Bei Verfahrensfehlern ist das oft schwer abzuschätzen.⁵¹ Zudem darf neben dem behebbaren kein zusätzlicher, im ergänzenden Verfahren irreparabler Fehler bestehen, da sich die Rechtskraft des Urteils hierauf erstreckt. Daher ist das Gericht gezwungen, die Rechtmäßigkeit der Behördenentscheidung vollständig zu prüfen, was die prozessökonomischen Vorteile des ergänzenden Verfahrens mindern oder gar aufheben kann.⁵² Die nach § 4 Abs. 1b S. 3 UmwRG mögliche Aussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zur Heilung nach § 45 oder zur Durchführung des ergänzenden Verfahrens beendet zumindest bereichsspezifisch die bislang recht klare zeitliche Differenzierung der Anwendungsbereiche der beiden Nachbesserungsverfahren. Eine trennscharfe Unterscheidung ist nur noch bedingt möglich (*Weiß* → § 73 Rn. 417), was aber angesichts ähnlicher Verfahrensstrukturen (→ Rn. 67) auch keine ernsthaften Probleme nach sich zieht. Das weitere planfeststellungsrechtliche Instrument der **Planergänzung** insbesondere durch zusätzliche Schutzauflagen betrifft prinzipiell allein materiell-rechtliche Mängel und dürfte daher für Verfahrensfehler irrelevant sein.⁵³

Nur im Ergebnis, nicht aber in der dogmatischen Begründung eindeutig ist das Verhältnis zwischen Heilung und **Berichtigung gemäß § 42**.⁵⁴ Anwendbar ist § 42, wenn der Verwaltungsakt offenbar unrichtig ist, weil das von der Behörde offenbar Gewollte und das im Verwaltungsakt seinem reinen Wortlaut nach Ausgedrückte offenbar nicht übereinstimmen (*Baer* → § 42 Rn. 13, 18). Leitet man hieraus mit der h. M. keine Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ab (*Baer* → § 42 Rn. 7, s. aber auch ebd. Rn. 14), schließen sich bereits die Tatbestände der beiden Normen wechselseitig aus. Die von der Rechtswidrigkeit offener Unrichtigkeiten ausgehende Gegenauffassung⁵⁵ muss § 42 als Sonderregel im Verhältnis zu § 45 verstehen.

Eine gegenüber der Heilung klar abzugrenzende behördliche Vorgehensweise stellt die – ggf. nur konkludente – Rücknahme des fehlerhaften Verwaltungsakts in Verbindung mit dem Erlass eines **Änderungsbescheids** dar.⁵⁶ Während die Heilung ohne Wesensänderung den ursprünglichen Verwaltungsakt aufrechterhält und auch dessen Erlasszeitpunkt nicht ändert, wenngleich die Heilung nur *ex nunc* wirkt (→ Rn. 70 ff.), handelt es sich beim Änderungsbescheid um eine wesensändernde Neuregelung ab dem neuen Erlasszeitpunkt. Wird der Änderungsbescheid während des Klageverfahrens erlassen, wird dieser erst aufgrund einer fristwahrenden Klageänderung gemäß § 91 VwGO zum Klagegegenstand.⁵⁷

Diffizil ist das Verhältnis zur **Umdeutung** gemäß § 47. Zunächst kommt eine Umdeutung auch bei formellen Fehlern in Betracht (*Schneider* → § 47 Rn. 11). Ist die Heilung bereits vollzogen, scheidet eine Umdeutung mangels fortbestehender Fehlerhaftigkeit (→ Rn. 18) aus, sofern nicht noch ein zusätzlicher materieller Fehler besteht. Sofern die Umdeutung zu einem Verwaltungsakt führt, für den die missachteten Verfahrens- und Formanforderungen nicht gelten, sperrt die Umdeutung jedoch auch umgekehrt die dann nicht mehr anwendbare Heilung.⁵⁸ Denkbar ist ferner die Kombination der Umdeutung eines auch materiell rechtswidrigen Verwaltungsakts in einen lediglich verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt mit der Heilung des (zunächst fortbestehenden) Verfahrensfehlers. Letzt-

⁵⁰ BVerwGE 120, 276 (283) = NVwZ 2004, 1114; E 162, 114 Rn. 31 = NVwZ 2018, 1647 Rn. 31; *Kupfer* → § 75 Rn. 66.

⁵¹ *Seibert* NVwZ 2018, 97 (100 f.).

⁵² *Seibert* NVwZ 2018, 97 (102 f., 104 f.).

⁵³ Vgl. *Wysk* in: *Kopp/Ramsauer*, § 75 Rn. 31; zwar können durch Planergänzung auch Begründungsmängel behoben werden (*Kupfer* → § 75 Rn. 87), davon ist aber nicht der formelle Mangel einer vollständig fehlenden Begründung (→ Rn. 78) erfasst.

⁵⁴ Zum Folgenden: *Emmenegger* in: *NK-VwVfG*, Rn. 16.

⁵⁵ *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 194 ff.

⁵⁶ Hierzu *Baumeister* Beseitigungsanspruch, S. 383 f.; *Emmenegger* in: *NK-VwVfG*, Rn. 13.

⁵⁷ Vgl. *Meissner/Schenk* in: *Schoch/Schneider* → VwGO § 74 Rn. 38; *Orloff/Riese* in: *Schoch/Schneider* → VwGO § 91 Rn. 23a, 63.

⁵⁸ *Emmenegger* in: *NK-VwVfG*, Rn. 21.

lich bestimmt die Behörde nach ihrem Verfahrensermessen, welches Instrument der Fehlerminimierung sie nutzen will. Im Zweifel gilt kein abstrakter Vorrang des einen oder anderen,⁵⁹ sondern des jeweils effektiveren Instruments. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Umdeutung *ex tunc* wirkt (*Schneider* → § 47 Rn. 14), die Heilung hingegen nur *ex nunc* (→ Rn. 70 ff.).

- 18 Für das **Verhältnis von § 45 zu § 46** geht der Gesetzgeber davon aus, dass die beiden Bestimmungen einander ergänzen.⁶⁰ Dies führt jedoch nicht zu einem getrennten Nebeneinander jeweils exklusiv anwendbarer Vorschriften, sondern zu partiellen Überschneidungen.⁶¹ Bedeutsam sind die unterschiedlichen Rechtsfolgen. Da § 45 die Rechtswidrigkeit *ex nunc* entfallen lässt (→ Rn. 71), schließt eine dem Gebot der realen Fehlerheilung (→ Rn. 61 ff.) genügende und auch im Übrigen wirksam vorgenommene Heilung die Anwendung von § 46 aus (*Schneider* → § 46 Rn. 5).⁶² Bedeutung kommt § 46 in dieser Konstellation nur noch als Ausnahme zur Kostenverteilung gemäß § 80 Abs. 1 S. 2 oder gemäß § 161 Abs. 2 VwGO (→ Rn. 73) zu.⁶³ Spätestens seitdem die frühere Möglichkeit zur Aussetzung gerichtlicher Verfahren gemäß § 94 S. 2 VwGO a. F. beseitigt wurde, um eine Heilung von Verfahrensfehlern zu ermöglichen, schließt eine bloß mögliche, aber noch nicht vollzogene Heilung die Anwendung der Unbeachtlichkeitsfolgen nach § 46 nicht aus.⁶⁴ Ebenso bleibt § 46 aufgrund seines weit gefassten Fehlerkatalogs als Auffangregelung anwendbar, wenn die rechtlichen Voraussetzungen oder die wirksame Vornahme einer Heilung zweifelhaft sind.⁶⁵

III. Normzweck und verfassungsrechtlicher Hintergrund

1. Normzweck

- 19 Zweck der Relativierung von Verfahrensfehlern ist im Interesse der **Verfahrensökonomie** die zügige Stabilisierung des Verfahrensergebnisses, solange nicht gleichzeitig materiellrechtliche Fehler vorliegen.⁶⁶ Dies wird deutlich beim Vergleich mit der auch ohne § 45 bestehenden Möglichkeit für Behörden, nach (konkludenter) Aufhebung des ersten Verwaltungsakts in einem neuen Verwaltungsverfahren eine fehlende Verfahrenshandlung nachzuholen, die weiteren Verfahrenshandlungen zu wiederholen und einen materiell identischen Verwaltungsakt „neu“ zu erlassen.⁶⁷ Der durch die Norm eröffnete Zeitgewinn fördert die Interessen der durch den Verwaltungsakt Begünstigten und die zügigere Verwirklichung der gesetzlich vorgegebenen materiellen Verfahrenszwecke, wobei dieser oft geringer ist als verbreitet unterstellt wird.⁶⁸ Vom Verwaltungsakt belastete Adressaten oder Dritte könnten bei einer Überbetonung der Verfahrensökonomie allerdings an der effektiven Geltendmachung von Verfahrensfehlern gehindert werden, wodurch ebenfalls übergreifende Verfahrenszwecke des multipolaren Interessenausgleichs und Akzeptanzgewinnung verfehlt werden könnten. Deshalb bezweckt die Norm in einer verfassungs- und unionsrechtlich gebotenen Lesart

⁵⁹ Hierzu tendierend, jedoch mit wechselseitig divergierender Vorrangzuweisung einerseits *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 21, die die Vorzüge der Umdeutung herausstellt, und andererseits *Steinweg* Zeitlicher Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes, 2006, S. 217 f. und *Schulz* in: NK-VwVfG, § 47 Rn. 17, die einen Vorrang der Heilung annehmen.

⁶⁰ BT-Drs. 7/910 S. 65; ausführlich EVwVerfG 1963, S. 158 f.

⁶¹ *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 19; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Rn. 18

⁶² BT-Drs. 7/910 S. 66; *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 20; *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, § 46 Rn. 11.

⁶³ *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Rn. 18.

⁶⁴ *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 20; a. A. wohl *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, Rn. 18; Besonderheiten bestehen allein wegen § 4 UmwRG in Umweltverfahren, → Rn. 57.

⁶⁵ *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, § 46 Rn. 11; s. auch EVwVerfG 1963, S. 158.

⁶⁶ *Baumeister* in: Obermayer/Funke-Kaiser, Rn. 3 f.; *Emmenegger* in: NK-VwVfG, Rn. 2; *Ramsauer* in: Kopp/Ramsauer, Rn. 1.

⁶⁷ *Baumeister* in: Obermayer/Funke-Kaiser, Rn. 4.

⁶⁸ Vgl. *Baumeister* in: Obermayer/Funke-Kaiser, Rn. 4.