

Daniela Thurnherr

Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale)

Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln

**Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien
prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen
der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten**

DIKE

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XXVI
Materialien	LXXIII
Abkürzungsverzeichnis	LXXIV
§ 1 Einleitung	1
I. Entwicklungsrückstand des verfahrensbezogenen Denkens im Verwaltungsrecht	1
II. Fragestellung	2
III. Gliederung	6
1. Teil Prozeduraler Bezugsrahmen	
§ 2 Nichtstreitiges Verwaltungsverfahren	11
I. «Verwaltung» und «Verfahren» –ein Kompositum	11
II. «Verwaltungsverfahren» –Umschreibungen unterschiedlicher Reichweite	16
III. Konstitutive Begriffselemente	22
IV. Analytische Verfahrenstypenbildung	28
§ 3 Vom faktischen zum rechtsnormativen Verfahren: Eine Bestandesaufnahme	47
I. Verwaltungsverfahren als Realgeschehen, Ordnungsmodell und Regelungsobjekt	47
II. Fokussierung auf selektive Verfahrensarten	49
III. Verfahren auf Erlass einer Verfügung	50
IV. Verfahren auf Abschluss eines Verwaltungsvertrags	55
V. Verfahren im Vorfeld von Realakten – Realakte im Umfeld von Verfahren	66
VI. Umfang und Grenzen des Formenwählermessens	102
VII. Fazit	106

2. Teil Grundfunktionen der Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit im Kontext

§4 Bedeutung des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens	111
I. Im Verhältnis zum materiellen Recht	111
II. Im Verhältnis zum Verwaltungsprozess	118
III. Konsequenz: Postulat stärkerer Gewichtung des Verfahrens im Verwaltungsrecht	121
§5 Grundfunktionen der Verfahrensgarantien	125
I. Gewährleistung von Fairness und Gerechtigkeit	125
II. Individualrechtsschutz	127
III. Förderung von Akzeptanz und Legitimation	131
§ 6 Kontextualisierung bezüglich weiterer Verfahrensfunktionen und -anforderungen	141
I. Unmittelbarkeit des Ergebnisbezugs als Differenzierungskriterium für ergänzende Direktiven	141
II. Parallele Stossrichtungen	150
III. Konfliktfelder	153
IV. Kriterien für die Gewichtung der Verfahrensfunktionen	156

3. Teil Grundlagen und Schutzniveau der Verfahrensgarantien im Verwaltungsrecht

§ 7 Rechtsgrundlagen	165
I. Bundesverfassung	165
II. Kantonales Verfassungsrecht	185
III. Völkerrechtliche Übereinkommen	186
§ 8 Verfahrensgrundrechtliches Schutzniveau <i>de iurisdictione lata</i>	197
I. Indikatoren für die Gewichtung der Verfahrensfunktionen	197
II. Terminologische Vorbemerkungen	203
III. Sachlicher Geltungsbereich	206
IV. Persönlicher Geltungsbereich	224
V. Normativer Gehalt	237
VI. Fehlerfolgenregime	274
VII. Würdigung	283

4. Teil Geltung und Tragweite der Verfahrensgrundrechte angesichts der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten

§ 9 Rahmenbedingungen einer Ausdehnung des verfahrensgrundrechtlichen Schutzes	319
I. Grundrechtsinterpretation als Konkretisierung	319
II. Geltungskriterien	331
§ 10 Verwaltungsverträge	371
I. Vertragspartner	371
II. Drittbetroffene	424
III. Fazit	450
§ 11 Realakte als intendiertes Verfahrensergebnis	453
I. Implikationen aufgrund von Art. 25a VwVG für die Geltung der Verfahrensgrundrechte	453
II. Unilaterale Genese	459
III. Konsensuale Genese	528
§ 12 Realakte im Umfeld förmlicher Verwaltungsverfahren	567
I. Unilaterale Genese	567
II. Konsensuale Genese	587
Schlussbetrachtungen	
§ 13 Abschliessende Würdigung	627
I. Stärkung des Verfahrensgedankens im Verwaltungsrecht	627
II. Expansion des Geltungsbereichs der Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit	629
III. Flankierende Wirkungen	633
Sachregister	645

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXVI
Materialien	LXXIII
Abkürzungsverzeichnis	LXXIV
§ 1 Einleitung	1
I. Entwicklungsrückstand des verfahrensbezogenen Denkens im Verwaltungsrecht	1
II. Fragestellung	2
A. Erkenntnisziel	2
B. Eingrenzungen	5
III. Gliederung	6
1. Teil Prozeduraler Bezugsrahmen	
§ 2 Nichtstreitiges Verwaltungsverfahren	11
I. «Verwaltung» und «Verfahren» – ein Kompositum	11
A. Schlaglichter auf den Verfahrensbegriff	11
B. Definitionen der Verwaltung	13
1. Verwaltung im organisatorischen Sinn	13
2. Verwaltung im materiell-funktionalen Sinn	13
3. Konsequenz: Pluralität der Verwaltungsträger und Verwaltungsfunktionen	15
II. «Verwaltungsverfahren» – Umschreibungen unterschiedlicher Reichweite	16
A. Verfügungszentrierte Ansätze	16
B. Erweiterte Begriffsverständnisse	17
C. Umfassende Definitionen	19
III. Konstitutive Begriffselemente	22
A. Viergliedrige Definition	22
B. Zu den Elementen im Einzelnen	22
1. Vorgang der Informationsgewinnung und -Verarbeitung	22
2. Träger der öffentlichen Verwaltung	23
3. Tathandlung oder Entscheidung als Verfahrensziel	23
4. Abgrenzung gegenüber dem streitigen Verwaltungsverfahren	27
C. Fazit	27
IV. Analytische Verfahrenstypenbildung	28
A. Potentielle Anknüpfungspunkte	28

B. Handlungsform als primäres Typisierungskriterium	30
1. Handlungsformen und Handlungsformenlehre	30
2. Einwände und deren Entkräftung	34
2.1. Relation zwischen Form und Verfahren	34
2.2. Abstraktionshöhe und fehlender Aufgabenbezug	36
2.3. Zuordnungsproblematik und Instrumentenmix	37
C. Handlungsformenkanon	39
1. Wandel der Staatsaufgaben und Bedürfnis nach flexiblen Handlungsmodi	39
2. Offener Kanon mit Kernelementen	41
§ 3 Vom faktischen zum rechtsnormativen Verfahren: Eine Bestandesaufnahme	47
I. Verwaltungsverfahren als Realgeschehen, Ordnungsmodell und Regelungsobjekt	47
II. Fokussierung auf selektive Verfahrensarten	49
III. Verfahren auf Erlass einer Verfügung	50
A. Hoher Regulierungsgrad als Ergebnis eines längeren Entwicklungsprozesses	50
B. Rechtszersplitterung	53
C. Grundtypus und Modifikationen des Verfahrensrechtsverhältnisses	53
IV. Verfahren auf Abschluss eines Verwaltungsvertrags	55
A. Terminus und Erscheinungsformen	55
B. Abgrenzung gegenüber der Verfügung	57
C. Regelungsdefizit	59
D. (Analoge) Geltung obligationenrechtlicher Normen	62
E. Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes	63
V. Verfahren im Vorfeld von Realakten – Realakte im Umfeld von Verfahren	66
A. Terminus und Typenbildung	66
1. Ausrichtung auf einen Taterfolg als Primärmerkmal	66
2. Alternative Begrifflichkeiten	67
2.1. Schlichtes und tatsächliches Verwaltungshandeln	67
2.2. Informales bzw. informelles Verwaltungshandeln	68
3. Typisierungskriterien	71
3.1. Ansätze in der Literatur	71
3.2. Matrixgliederung	72
3.2.1. Problemadäquanz der Typenbildung	72
3.2.2. Vorspalte: Situierung innerhalb des Verfahrensablaufs	74
3.2.3. Kopfzeile: Modus der Genese	76
3.2.4. Ergänzende Ausdifferenzierung	78
B. Abgrenzungen	78
1. Perspektivenabhängigkeit des Begriffsverständnisses	78

2. Realakt und Verfügung – ein nur teilweise geklärtes Verhältnis	80
2.1. Limiten der Anknüpfung am Rechts- bzw. Taterfolg: Kontrovers diskutierte Konstellationen	80
2.2. Realakte mit individuell-konkreter Regelungsstruktur als hybrider Typus	83
2.2.1. Begründung	83
2.2.2. Erscheinungsformen	85
3. Konsensuales Agieren ...	86
3.1. ... zwischen Gehörsrecht und eigenständiger Handlungsform	86
3.1.1. Absprachen als Surrogate rechtsförmigen Handelns	86
3.1.2. Vorabsprachen und Verständigungen als Verfügungsgrundlage	87
3.1.2.1. Vorabbindungswirkung als ausschlaggebendes Kriterium	87
3.1.2.2. Beurteilung einzelner Erscheinungen	89
3.2. ... zwischen Realakt und Vertrag	92
3.2.1. Intendierte Rechtswirkungen als Differenzierungs- merkmal	92
3.2.2. Umstrittene Qualifikation der Verständigung	93
C. Regelungsdefizit	96
1. Absenz allgemeiner Verfahrensbestimmungen	96
2. Punktuelle Regelungen prozeduraler Natur	98
D. Legislatorische Fokussierung auf den nachträglichen Rechtsschutz	100
VI. Umfang und Grenzen des Formenwählermessens	102
1. Stand der Literatur	102
2. Kombination von Auslegung und Ermessensbetätigung	103
VII. Fazit	106

2. Teil Grundfunktionen der Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit im Kontext

§ 4 Bedeutung des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens	111
I. Im Verhältnis zum materiellen Recht	111
A. Inadäquanz der ausschliesslich dienenden Funktion	111
B. Eigenwert des Verfahrens	113
1. Komplexität der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen	113
2. Reduzierte Steuerungskraft des materiellen Rechts	114
2.1. Wechselbeziehung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht	114
2.2. Bedeutungszuwachs der autonomen Steuerungsfunktion des Verfahrens	115
II. Im Verhältnis zum Verwaltungsprozess	118

A. Funktionale Betrachtung	118
B. Limiten des Rechtsschutzes ex post	119
III. Konsequenz: Postulat stärkerer Gewichtung des Verfahrens im Verwaltungsrecht	121
§5 Grundfunktionen der Verfahrensgarantien	125
I. Gewährleistung von Fairness und Gerechtigkeit	125
II. Individualrechtsschutz	127
A. Anerkennung und Schutz von Würde und Subjektqualität des Individuums	127
B. Reichweite	128
1. Instrumenteller und autonomer Individualrechtsschutz	128
2. Gleichbehandlung als spezifisches Fairnessgebot	130
III. Förderung von Akzeptanz und Legitimation	131
A. Materielles Legitimationspotential der Verfahrensgrundrechte	131
B. Erklärungsansätze	134
1. Abkehr von der technischen Legitimationskonzeption LUHMANNs	134
2. Normative Begründung: Diskursive Verfahrensgestaltung	135
3. Empirische Bestätigung: <i>Procedural-Justice-Forschung</i>	138
§ 6 Kontextualisierung bezüglich weiterer Verfahrensfunktionen und -anforderungen	141
I. Unmittelbarkeit des Ergebnisbezugs als Differenzierungskriterium für ergänzende Direktiven	141
A. Überblick	141
B. Effektivität: Realisierung des konkreten Normzwecks	143
C. Effizienz: Verfahrensökonomische Perspektive	145
D. Interdependenzen	147
1. Hierarchieverhältnis	147
2. Limitierter Erkenntniswert der ökonomischen Analyse	149
II. Parallele Stossrichtungen	150
A. Individualrechtsschutz als Reflexwirkung von Effektivität und Effizienz	150
B. Verfahrensgrundrechte als Garanten von Effektivität und Effizienz	151
III. Konfliktfelder	153
IV. Kriterien für die Gewichtung der Verfahrensfunktionen	156
A. Herstellung praktischer Konkordanz als oberstes Ziel	156
B. Relatives Gewicht der Verfahrensgrundrechte	158
C. Konstellationen mit Modellcharakter	159
1. Kollisionen mit dem Effektivitätsgebot bzw. konträren Drittinteressen	160
2. Austarierung mit dem Effizienzanliegen	160

3. Teil Grundlagen und Schutzniveau der Verfahrensgarantien im Verwaltungsrecht

§7 Rechtsgrundlagen	165
I. Bundesverfassung	165
A. Das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 4 BV 1874 als «due process-Klausel»	165
B. Kodifizierung der «allgemeinen Verfahrensgarantien» (Art. 29 BV)	168
1. Entkoppelung vom Rechtsgleichheitsgebot	168
2. Überblick über die einzelnen Garantien	169
C. Verfahrensgrundrechte als Minimalgarantien	173
1. Bedeutung des Mindeststandards	173
2. Verhältnis zum Kerngehalt	175
D. Abgrenzung gegenüber materiellen Grundrechten	175
1. Willkürverbot	176
2. Treu und Glauben	177
3. Sprachenfreiheit	177
4. Exkurs: Der <i>status activus processualis</i> als verfahrensrechtliche Seite grundrechtlicher Freiheit	179
E. Potential für eine Weiterentwicklung des verfahrensgrundrechtlichen Schutzes	182
1. Offenheit gegenüber richterlicher Rechtsfortbildung	182
2. Modifizierte Geltung der existierenden Verfahrensgrundrechte	182
3. Anerkennung ergänzender Verfahrensgrundrechte	183
4. Justiziabilität des Fairnessgrundsatzes	184
II. Kantonales Verfassungsrecht	185
III. Völkerrechtliche Übereinkommen	186
A. Europäische Menschenrechtskonvention	186
1. Verfahrensgarantien der EMRK	186
2. Expansion des Geltungsbereichs auf verwaltungsrechtliche Streitigkeiten	188
3. Limitierte Bedeutung für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren	191
B. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	194
C. Exkurs: Innovative Ansätze in Dokumenten des Ministerkomitees des Europarats	195
§ 8 Verfahrensgrundrechtliches Schutzniveau <i>de iurisdictione lata</i>	197
I. Indikatoren für die Gewichtung der Verfahrensfunktionen	197
A. Methode der einzelfallweisen Aktualisierung verfahrensgrundrechtlichen Schutzes	197
B. Vier Kristallisationspunkte des Schutzniveaus	200

II.	Terminologische Vorbemerkungen	203
	A. Anforderungen an die behördlichen Entscheidungsträger	203
	B. Vom rechtlichen Gehör zu den Garantien verfahrensrechtlicher Kommunikation	205
III.	Sachlicher Geltungsbereich	206
	A. Unbefangenheitsanspruch	206
	B. Rechtliches Gehör	209
	1. Verfahren auf Erlass von Verfügungen	209
	1.1. Erste Phase: Limitierung auf den Zivil- und Strafprozess	209
	1.2. Zweite Phase: Expansion auf selektive Verwaltungsbereiche	210
	1.3. Dritte Phase: Bedingte Geltung unter Vorbehalt konträrer Interessen bzw. umfassender nachträglicher Überprüfung	212
	1.4. Vierte Phase: Uneingeschränkte Anerkennung	215
	2. Verfahren der exekutiven Rechtsetzung	216
	3. Verfahren auf Erlass von Hoheitsakten durch andere als Administrativorgane	218
	4. Verfahren der Raumplanung	219
	5. Verfahren auf Abschluss und Auflösung von Verwaltungsverträgen	220
	6. Verfahren im Vorfeld von Realakten	222
IV.	Persönlicher Geltungsbereich	224
	A. Kongruenz bezüglich Unbefangenheits- und Gehörsanspruch	224
	B. Parteistellung als Kernkriterium	226
	1. Verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Parteibegriff	226
	2. Legislatorische Konzeption der Parteistellung	229
	3. Ergänzendes Kriterium der besonderen Beziehungsnähe bei Allgemeinverfügungen	232
	C. Nichtakzessorietät zu einem materiellrechtlichen Anspruch	233
	1. Konsequenzen	233
	2. Konnex zur formellen Natur	235
V.	Normativer Gehalt	237
	A. Unbefangenheitsanspruch	237
	1. Differenzierte Handhabung aufgrund von Funktionsakkumulationen?	237
	2. Teilaspekte des Unbefangenheitsanspruchs	238
	2.1. Unzulässige Interessenkonflikte	239
	2.1.1. Aufgrund persönlicher Involvierung	239
	2.1.2. Aufgrund der Wahrnehmung öffentlicher Interessen	240
	2.2. Unzulässige Vorbefassung	241
	2.3. Reichweite und ergänzende Ansprüche	242
	3. Organimmanente Reduktionen des Schutzniveaus	243
	B. Rechtliches Gehör	246
	1. Zur Analyse des Konkretisierungsprozesses	246

2.	Gehörsrechtliche Grundgehalte	249
2.1.	Interdependenzen und Systematisierung	249
2.2.	Akteneinsichtsrecht	250
2.3.	Anspruch auf vorgängige Äusserung und Anhörung (rechtliches Gehör i.e.S.)	252
2.4.	Anspruch auf Mitwirkung bei der Beweiserhebung	254
2.5.	Anspruch auf Begründung	255
3.	Einzelfällweise Konkretisierung	257
3.1.	Determinierende Faktoren	257
3.1.1.	Vier Parameter zur Bemessung von Umfang und Gehalt des Gehörsanspruchs	257
3.1.2.	Relevanz nachträglicher Überprüfbarkeit	259
3.2.	Konträre Interessen und deren Gewichtung	261
3.2.1.	Erreichung des Normzwecks	262
3.2.2.	Verfahrensökonomie	263
3.2.2.1.	Tragweite und Verhältnis zur Praktikabilität	263
3.2.2.2.	Bedeutung bezüglich der einzelnen Teilgehalte	266
3.2.3.	Schutz legitimer verfahrensexterner Interessen	269
4.	Organimmanente Reduktionen des Schutzniveaus	271
VI.	Fehlerfolgenregime	274
A.	Formelle Natur als Bekenntnis zur prozessualen Durchsetzbarkeit des Funktionsdualismus	274
B.	Limiten des Individualrechtsschutzes	276
1.	Deduktion des rechtlich geschützten Interesses aus der Berechtigung zur Verfahrensteilnahme	276
2.	Teilgehaltsspezifisches Erfordernis einer Berechtigung in der Sache	278
3.	Heilung von Verletzungen der Verfahrensgrundrechte	279
3.1.	Partielle Abkehr vom autonom individualrechtsschützenden Zweck	279
3.2.	Kausalität der Konzeption nachträglichen Rechtsschutzes	282
VII.	Würdigung	283
A.	Grundsätzliches Bekenntnis zum Funktionsdualismus	283
B.	Plurale Anknüpfungspunkte für Relativierungen	286
1.	Brennpunkt (1): Heilungskonzeption	287
2.	Brennpunkt (2): Beschränkter sachlicher Geltungsbereich	292
2.1.	Verfügungsfokussiertheit der Judikatur	292
2.2.	Mutmassliche Konsequenz: Schutzdefizit	295
2.2.1.	Indizien	295
2.2.2.	Rechtsvergleichende Erkenntnisse	296
2.3.	Limiten komplementärer Schutzmechanismen	297
2.3.1.	Begriff und Abgrenzungen	297

2.3.2.	Grundprinzipien des Verwaltungshandelns	299
2.3.3.	Nicht-verfahrensakzessorische Informationsrechte	301
2.3.3.1.	Verdichtung des Informations- und Kommunikationsgeflechts	301
2.3.3.2.	Parallele Existenz von Transparenzbestimmungen: Legislatorisches Konzept	302
2.3.3.3.	Kritische Würdigung	305
2.4.	Reflexionsdefizit in der Rechtswissenschaft	308
2.4.1.	Allgemeine Grundrechtsliteratur	308
2.4.2.	Verfahrensgrundrechtliche Erörterungen aus spezifisch verwaltungsrechtlicher Perspektive	309
2.4.3.	Thematisierung von Schutzdefiziten ausserhalb des Grundrechtsdiskurses	313

4. Teil Geltung und Tragweite der Verfahrensgrundrechte angesichts der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten

§ 9	Rahmenbedingungen einer Ausdehnung des verfahrensgrundrechtlichen Schutzes	319
I.	Grundrechtsinterpretation als Konkretisierung	319
A.	Ausgangspunkt: Grundrechtsbindung staatlichen Handelns	319
B.	Neudefinition des sachlichen Geltungsbereichs	321
1.	Gebot kontinuierlicher Aktualisierung	321
2.	Limiten des tradierten Methodenkanons	322
3.	Rechtsstaatliche Unentbehrlichkeit als Leitkriterium	324
C.	Spezifische Herausforderungen	325
1.	Konsensualität	326
2.	Mangelnde Rechtsverbindlichkeit	328
3.	Informalität	328
4.	Kombination förmlicher Verfahren mit Realhandeln	330
II.	Geltungskriterien	331
A.	Methodischer Vierschritt	331
1.	Orientierung am Rechtsschutzinteresse	331
2.	Kriterienkatalog	333
B.	Subjektives Schutzinteresse	335
1.	Synthese von sachlichem und persönlichem Geltungsbereich	335
1.1.	Aktualisierung des kaskadenartigen Schutzzwecks	335
1.2.	Auslösendes Moment	337
2.	Erstes Element: Verhältnis spezifisch gearteter Subordination bezüglich des Verfahrensgegenstands	340

3.	Zweites Element: Materielle Betroffenheit	342
3.1.	Wirkungsorientierte Betrachtung ex ante	342
3.2.	Intensität	343
3.2.1.	Erfordernis des Individualbezugs	343
3.2.2.	Arten der Betroffenheit: direkte und indirekte, unmittelbare und mittelbare, aktuelle und virtuelle	344
3.2.3.	Verfahrensrechtliche Bewältigung der Betroffenheit unterhalb der erforderlichen Intensitätsschwelle (Exkurs)	346
3.2.3.1.	Exekutive Rechtsetzung	346
3.2.3.2.	Rechtsanwendung als Rechtsetzung	350
3.3.	Qualität	351
3.3.1.	Limiten der tradierten Rechtsverhältnislehre	351
3.3.2.	Vier-Felder-Matrix variabler Betroffenheitskonzeptionen	354
3.3.3.	Relevanz als Gewichtungskriterium	355
C.	Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	356
1.	Verfahrensgrundrechtliches Potential konsensualer Entscheidungsfindung	356
1.1.	Konsensualität als Chance ...	356
1.2.	...und Gefahr	358
2.	Kooperationsverhältnisse i.w.S.	358
D.	Objektive Schutzwürdigkeit	359
1.	Postulat flexibler Grundrechtshandhabung	359
2.	Typen- und einzelfallspezifische Kriterien	360
2.1.	Notwendigkeit einer Unterscheidung	360
2.2.	Grenzen einer Formalisierung	361
3.	Reichweite und Relativierung des prozeduralen Gleichbehandlungsgebots	364
3.1.	Interne Gerechtigkeitsverwirklichung und Verfolgung externer Zwecke	364
3.2.	Zweistufige Prüfung	367
E.	Justiziabilität	368

§ 10 Verwaltungsverträge 371

I.	Vertragspartner	371
A.	Subjektives Schutzinteresse	371
1.	Materielle Betroffenheit	371
2.	Spezifisch geartete Subordination	372
2.1.	Ausgangspunkt: Konsensuale Genese	372
2.2.	Komplementäre rechtsstaatliche Sicherungen	373
2.2.1.	Geltung und Tragweite des Legalitätsprinzips	373
2.2.2.	Bindung an materielle Grundrechte	375

2.3.	Rechtliche Gleichordnung hinsichtlich des Vertragsabschlusses und fiktive Zustimmungsfreiheit	378
2.3.1.	Limiten der Abschlussfreiheit aufgrund von Machtasymmetrien	378
2.3.2.	Subordinatorische Prägung des materiellen Rechtsverhältnisses	380
2.4.	Konstellationen	381
2.4.1.	Verträge unter dem Damoklesschwert der Verfügung	381
2.4.2.	Alternativlose Verträge	385
2.4.3.	Aktivierende Verträge	388
2.5.	Ergänzende Abgrenzungskriterien	388
2.5.1.	Rechtsnatur des Vertrags	388
2.5.2.	Qualifikation der zu erfüllenden Aufgaben	389
2.5.3.	Kontext des Vertragshandelns	391
2.5.3.1.	Konsequenzen marktwirtschaftlicher Rationalität	391
2.5.3.2.	Leistungsverwaltung im Infrastruktur- und Versorgungsbereich	393
2.5.3.3.	Öffentlicher Dienst	394
2.5.3.4.	Öffentliches Beschaffungswesen	397
B.	Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	398
1.	Interaktion und Gehörsanspruch	398
1.1.	Interessenkonvergenz als Charakteristikum konsensualer Handlungsmodi	398
1.2.	Reichweite funktionaler Äquivalenz	399
1.3.	Sonderfall <verhandlungsloser> Verträge	401
2.	Verbleibende und ergänzende Schutzbedürfnisse	402
3.	Konnex zu den vorvertraglichen Pflichten des Zivilrechts	404
C.	Objektive Schutzwürdigkeit	405
1.	Relevante Kriterien	405
2.	Partikularitäten vertraglichen Handelns	406
2.1.	Partielle Substituierbarkeit durch die Verfügung	406
2.2.	Existenz eines Aushandlungsprozesses	406
2.2.1.	Grundsatz: Negation ergänzender Geheimhaltungsinteressen	406
2.2.2.	Ausnahme: Berücksichtigung legitimer ökonomischer Interessen	408
2.3.	Absenz verfahrensgesetzlicher Bestimmungen	409
2.4.	Grad generell-abstrakter Determinierung	410
2.4.1.	Vertragshandeln zwischen Gestaltungspotential ...	410
2.4.2.	... und fehlenden Verhandlungsspielräumen	410
D.	Unilaterale Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten	411
E.	Verletzung der Verfahrensgrundrechte	415

1. Modalitäten der Geltendmachung	415
1.1. Vorbemerkungen	415
1.2. Vor Vertragsschluss	416
1.3. Nach Vertragsschluss	418
1.3.1. Konsequenzen der formellen Natur	418
1.3.2. Regelfall der verwaltungsrechtlichen Klage	419
1.3.3. Unilaterale Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten	420
2. Fehlerfolgenregime	421
II. Drittbetroffene	424
A. Konstellationen der Drittbetroffenheit	424
B. Tangierte Dritte	426
1. Subjektives Schutzinteresse	426
2. Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	427
3. Objektive Schutzwürdigkeit	427
3.1. Tragweite des prozeduralen Gleichbehandlungsgebots	427
3.2. Modus operandi verfahrensgrundrechtlichen Drittschutzes	431
3.2.1. Umfassende Interessenberücksichtigung	431
3.2.2. Terminierung und Ausgestaltung des Gehörsrechts	431
4. Verletzung der Verfahrensgrundrechte	434
4.1. Modalitäten der Geltendmachung	434
4.1.1. Vorbemerkung	434
4.1.2. Vor Vertragsschluss	434
4.1.3. Nach Vertragsschluss	437
4.2. Fehlerfolgenregime	438
4.3. Reichweite des Bestandesschutzes bei Ermessensbetätigungen	440
C. Am Abschluss desselben Vertrags interessierte Dritte	442
1. Verteilungsverfahren als besonderer Typus	442
1.1. Spezifika und Konstellationen	442
1.2. Divergierende Regulierungsgrade	443
1.3. Bausteine und Strukturelemente von Ausschreibungsverfahren	445
2. Tragweite der Verfahrensgarantien	446
2.1. Anforderungen an das Auswahlstadium	446
2.2. Konnex zum anschließenden Vertragsabschlussverfahren	449
III. Fazit	450
§ 11 Realakte als intendiertes Verfahrensergebnis	453
I. Implikationen aufgrund von Art. 25a VwVG für die Geltung der Verfahrensgrundrechte	453
A. Legislatorischer Ausschluss des Gehörsrechts im Vorfeld von Realakten?	453

B.	Parallele Existenz	454
	1. Entstehungsgeschichte von Art. 25a VwVG	454
	2. Defizite einer exklusiv nachträglichen Rechtsschutzkonzeption	456
II.	Unilaterale Genese	459
A.	Strukturvielfalt als Herausforderung für die Dogmatik	459
B.	Subjektives Schutzinteresse	460
	1. Spezifisch geartete Subordination	460
	2. Materielle Betroffenheit	460
	2.1. Qualität	460
	2.1.1. Potential tatsächlichen Handelns zur Tangierung Privater	460
	2.1.2. Kongruenz im Verhältnis zum nachträglichen Rechtsschutz?	462
	2.1.2.1. Grundüberlegungen	462
	2.1.2.2. Judikatur und Literatur zum «Berührtsein in Rechten und Pflichten»	462
	2.1.3. Berücksichtigung rechtlicher wie faktischer Interessen	465
	2.1.3.1. Defizite einer Limitierung auf subjektive Rechte	465
	2.1.3.2. Gegenargumente und deren Entkräftung	468
	2.2. Intensität	469
	2.2.1. Variable Grade	469
	2.2.2. Spezifische Anforderungen bei einer Mehrzahl Betroffener	471
C.	Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	473
D.	Objektive Schutzwürdigkeit	473
	1. Partikularitäten unilateralen Realhandelns	473
	2. Praktikabilitätserwägungen	475
	2.1. Implikationen aufgrund der behördlichen ex-ante-Perspektive	475
	2.2. Schonende Berücksichtigung legitimer Effizienzanliegen	477
E.	Verletzung der Verfahrensgrundrechte	479
	1. Modalitäten der Geltendmachung	479
	1.1. Im Vorfeld des Realakts	479
	1.2. Im Nachgang zum Realakt	480
	2. Fehlerfolgenregime	481
	3. Staatshaftungsrechtliche Konsequenzen	484
F.	Illustration anhand exemplarischer Konstellationen	487
	1. Ergänzende Ausdifferenzierung angesichts der heterogenen Phänomenologie	487
	2. Realakte mit individuell-konkreter Regelungsstruktur	488
	2.1. Geltung der Verfahrensgrundrechte als Paradox?	488
	2.2. Verfügungsvertretende Realakte	490
	2.3. Anordnungen im Rahmen besonderer Rechtsverhältnisse	491

2.3.1. Relativierung der Unterscheidung zwischen der Innen- und der Aussenrechtssphäre	491
2.3.2. Partikularitäten organisatorischer Anordnungen	493
2.3.2.1. Verfahrensgrundrechtliches Schutzbedürfnis der Adressaten	493
2.3.2.2. Reflexhafte Betroffenheit Dritter	494
3. Verfügungsvermeidende Realakte	499
3.1. Verfügungsbezug von Warnungen und Empfehlungen	499
3.2. Subjektives Schutzinteresse	500
3.3. Objektive Schutzwürdigkeit	504
3.4. Verfahrensfehlerfolgen	506
4. Realakte ohne funktionalen Verfügungskonnex	506
4.1. Vorbemerkung	506
4.2. Bearbeiten von Personendaten	508
4.2.1. Potential zur Tangierung Privater	508
4.2.2. Beschaffen personenbezogener Informationen	509
4.2.3. Bekanntgabe personenbezogener Informationen	511
4.2.3.1. Aktive und passive Information der Öffentlichkeit	511
4.2.3.2. Informationelle Amtshilfe	513
4.2.4. Inventarisierungen sowie Kataster- und Register- eintragungen	517
4.3. Kontrollverfahren	520
4.4. Administrativuntersuchungen	523
4.5. Behördeninterne Mitteilungen mit Personenbezug	525
G. Fazit	526
III. Konsensuale Genese	528
A. Absprachepartner	528
1. Subjektives Schutzinteresse	528
1.1. Spezifisch geartete Subordination: Mangelnde Freiwilligkeit hinsichtlich der Normbefolgung	528
1.2. Materielle Betroffenheit: Faktische Bindungswirkung	529
2. Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	531
2.1. Absprachen als Antwort auf das Steuerungsdefizit des Rechts	531
2.2. Absorbierung verfahrensgrundrechtlicher Anforderungen	531
3. Objektive Schutzwürdigkeit	533
3.1. Relevante Kriterien	533
3.2. Informalität als zentrales Charakteristikum	534
3.2.1. Limiten hoheitlicher Rechtsdurchsetzung	534
3.2.2. Erweiterung der Steuerungsoptionen	535
3.2.3. Konsequenzen für den verfahrensgrundrechtlichen Schutz	538
4. Verletzung der Verfahrensgrundrechte	540

4.1. Modalitäten der Geltendmachung	540
4.2. Fehlerfolgenregime	542
B. Drittbetroffene	543
1. Subjektives Schutzinteresse	543
2. Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	544
3. Objektive Schutzwürdigkeit	544
3.1. Unbefangenheitsgebot	544
3.2. Tragweite des prozeduralen Gleichbehandlungsgebots	545
3.3. Modus operandi verfahrensgrundrechtlichen Drittschutzes	548
3.3.1. Umfassende Interessenberücksichtigung	548
3.3.2. Terminierung und Ausgestaltung des Gehörsrechts	551
3.4. Kompensationsmechanismen mit Anreizfunktion	553
3.4.1. Wechselwirkungsverhältnis zwischen den Schutzniveaus	553
3.4.2. Verfahrensrechtliche Konsequenzen des Transparenzgrads	555
3.4.2.1. Geltendmachung materiell widerrechtlicher Absprachen	555
3.4.2.2. Begründungsanforderungen und Beweiswürdigung im Beschwerdeverfahren	556
3.4.2.3. Gerichtliche Prüfdictate	558
3.4.2.4. Kostenfolgen	559
4. Verletzung der Verfahrensgrundrechte	559
4.1. Modalitäten der Geltendmachung	559
4.2. Fehlerfolgenregime	561
4.3. Reichweite des Bestandesschutzes von Ermessens- betätigungen	564
C. Fazit	565
§ 12 Realakte im Umfeld förmlicher Verwaltungsverfahren	567
I. Unilaterale Genese	567
A. Im Vorfeld des Erlasses einer Verfügung	567
1. Realakte als Auslöser eines förmlichen Verfahrens	567
1.1. Abgrenzungen	567
1.2. Möglichkeit des Verfügungserlasses als Kernkriterium	568
2. Realakte als erste Stufe einer gestaffelten Entscheidungsfindung	571
3. Realakte als Bausteine eines förmlichen Verfahrens	572
3.1. Interdependenzen mit dem Gehörsrecht	572
3.2. Interbehördliche Kommunikationsvorgänge	576
B. Im Nachgang zum Erlass einer Verfügung	581
1. Hoher Programmierungsgrad als Grundsatz	581
2. Ergänzende verfahrensgrundrechtliche Schutzbedürfnisse	582
2.1. Vollstreckungsmodalitäten	582

Inhaltsverzeichnis

2.1.1.	Legislatorische Intention	582
2.1.2.	Überwindung des Rechtsschutzdefizits	584
2.2.	Informationelle Amtshilfe im Vollstreckungsstadium	585
C.	Fazit	586
II.	Konsensuale Genese	587
A.	Erscheinungsformen und Abgrenzungen	587
B.	Vorabsprachen	588
1.	Absprachepartner	588
1.1.	Subjektives Schutzinteresse	588
1.2.	Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	590
1.3.	Objektive Schutzwürdigkeit	590
1.3.1.	Handlungsleitende Motive	590
1.3.2.	Kombination von informell-konsensualement mit formell-hoheitlichem Handeln	593
1.3.3.	Konsequenzen für den verfahrensgrundrechtlichen Schutz	593
1.4.	Verletzung der Verfahrensgrundrechte	594
1.4.1.	Modalitäten der Geltendmachung	594
1.4.2.	Fehlerfolgenregime	596
2.	Drittbetroffene	597
2.1.	Subjektives Schutzinteresse	597
2.2.	Objektive Schutzwürdigkeit	597
2.2.1.	Absorption des Schutzbedürfnisses durch das förmliche Stadium?	597
2.2.1.1.	Faktische Vorabbindungswirkung	597
2.2.1.2.	Implikationen für das förmliche Verfahrensstadium	599
2.2.2.	Vorabsprachen als Befangenheit begründende Vorbefassung?	601
2.2.3.	Tragweite des prozeduralen Gleichbehandlungsgebots	603
2.2.4.	Modus operandi verfahrensgrundrechtlichen Drittschutzes	604
2.2.4.1.	Konfligierende Interessen	604
2.2.4.2.	Aktivierung des Potentials der Verfahrensstufung	607
2.2.4.3.	Konsequenzen für die Ausgestaltung des Gehörsrechts im Hauptverfahren	608
2.2.5.	Kompensationsmechanismen mit Anreizfunktion	609
2.3.	Verletzung der Verfahrensgrundrechte	612
C.	Gütliche Einigungen als Verfügungsgrundlage	612
1.	Subjektives Schutzinteresse	612
2.	Funktionale Äquivalenz verfahrensinhärenter Strukturen	614
2.1.	Reichweite	614

2.2.	Konsequenzen der Mehrgliedrigkeit des Verfahrens	615
2.3.	Modellkonstellationen	615
2.3.1.	Partizipation der verfügenden Behörde am Einigungsprozess	615
2.3.2.	Gütliche Einigungen unter ausschliesslicher Parteibeteiligung	616
2.3.3.	Einvernehmliche Regelungen im Kartellverfahren als Exempel für eine spezialgesetzliche Norm	619
3.	Objektive Schutzwürdigkeit	621
4.	Verletzung der Verfahrensgrundrechte	621
D.	Fazit	622

Schlussbetrachtungen

§ 13 Abschliessende Würdigung	627	
I.	Stärkung des Verfahrensgedankens im Verwaltungsrecht	627
II.	Expansion des Geltungsbereichs der Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit	629
III.	Flankierende Wirkungen	633
A.	Modifikation tradierter Dogmenbestände	633
B.	Dogmatische Verarbeitung der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten	635
1.	Profilierung der Konvergenzen und Divergenzen	635
2.	Formulierung konfektionierter Rechtmässigkeitsanforderungen	638
3.	Bewältigung der partiellen gegenseitigen Substituierbarkeit der Handlungsmodalitäten	641
C.	Optimierung der Funktionszuweisung im Instanzenzug	642
Sachregister	645	