

Christian Bickenbach

## Evaluationen und (Sozial-)Verwaltungsverfahrenrecht Dargestellt am SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe

### 1 Einleitung

Evaluationen gelten als modern. Ihre Funktion als Instrument des Politik- und Verwaltungshandelns ist schon in den 70iger Jahren zu Zeiten der Planungseuphorie entdeckt worden, aber die Diskussionen über das New Public Management (NPM), das Neue Steuerungsmodell (NSM)<sup>1</sup> und die Privatisierung von Verfahrensbereichen<sup>2</sup> (insbesondere der Sachverhaltsmittlung) haben zu einer Renaissance geführt. Gemeinsam ist allen Evaluationen ihr bewertender Charakter und das Ziel, Erkenntnisse zu gewinnen. Evaluationen sollen z. B. Sparpotentiale aufzeigen, um die eigene Wirtschaftlichkeit oder die Effizienz eines Dritten zu ermitteln und zu steigern. Sie lassen sich als Controllinginstrument, im Qualitätsmanagement<sup>3</sup> oder zum Leistungsvergleich einsetzen. Letzteres gilt z. B. für Evaluationen nach § 6 HRG, die Aussagen über die Qualität von Forschung und Lehre ermöglichen sollen<sup>4</sup>. Evaluieren lässt sich auch, wie sich die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen auf die Kriminalitätsbekämpfung<sup>5</sup> oder der Bevölkerungsrückgang auf die Landkreise auswirkt<sup>6</sup>.

Evaluationen sind verwaltungswissenschaftlich gesehen ein Mittel, um die Steuerungsleistung hoheitlicher Maßnahmen zu bewerten. Sie sind aber seit längerem selbst Forschungsgegenstand der Sozialwissenschaften<sup>7</sup>. Die Rechtswissenschaft hat sich mit ihnen bisher nur punktuell beschäftigt. Sie hat sich auf die Umweltverträglichkeitsprüfung und die Gesetzesfolgenabschätzung konzentriert<sup>8</sup>. Beiträge zu den verwaltungs- und sozialverfahrenrechtlichen Problemen gibt es – soweit ersichtlich – noch nicht. Im Stichwortverzeichnis der gängigen Kommentare zum VwVfG und SGB X ist der Begriff »Evaluation« erst gar nicht enthalten. Die sozialwissenschaftliche Dominanz in der Evaluationsforschung dürfte der unterschiedlichen methodischen Herangehensweise geschuldet sein. Für Sozialwissenschaftler ist es normal, Daten zu erheben und auszuwerten. Juristen dagegen konzentrieren sich auf normative Vorgaben und Rahmenbedingungen. Für sie sind Daten auf eine Sache oder Person bezogene Informationen, deren Beschaffung und Verarbeitung rechtliche Probleme aufwirft. Das Informationsverwaltungsrecht ist ein Ausschnitt aus dem rechtsgebietsübergreifenden Informationsrecht und selbst ein Querschnittsgebiet innerhalb des Verwaltungsrechts<sup>9</sup>.

1 Zum NSM und Verwaltungsverfahren *Ziekow*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 349 ff.

2 Aus einer Vielzahl von Veröffentlichungen *Voßkuhle*, *VerwArch.* 92 (2001), S. 184 (208 f.); *Burgi*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 155 ff.

3 *Buß/Gumbel*, *Media Perspektiven* 2000, S. 194 ff.

4 Dazu *Battis*, FS für Schiedermaier (2001), S. 681 ff.; *Tinnefeld*, *DuD* 2001, S. 21 ff.

5 *Merkle*, *Kriminalistik* 2004, S. 93 ff.

6 FAZ v. 23.04.2004, S. 9 und S. 39.

7 Siehe nur *Schwarz*, *Kontrolle von politisch-administrativen Programmen* (1983).

8 *Smeddinck*, *DÖV* 2004, S. 103 ff.; *ders.*, *ZNER* 2002, S. 295 ff.

9 Dazu *Gurlit*, *DVBbl.* 2003, S. 1119 ff.

Der folgende Beitrag konzentriert sich auf sozialverfahrensrechtliche Fragestellungen, die durch externe Evaluationen<sup>10</sup> vor Erlass (ex ante<sup>11</sup>) eines Verwaltungsakts entstehen können. So ist z. B. unklar, nach welchen Kriterien Evaluatoren auszuwählen sind, welchen Status und was für Kompetenzen diese haben, was eine Evaluation rechtlich gesehen überhaupt ist etc.<sup>12</sup>. Die Verfahren, anhand derer dieses »Neuland« betreten und erläutert werden soll, stammen aus dem SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe): Erteilung einer Pflegeerlaubnis gemäß § 44 SGB VIII<sup>13</sup>, Genehmigung für den Betrieb einer Einrichtung gemäß § 45 SGB VIII<sup>14</sup>, örtliche Prüfung gemäß § 46 SGB VIII<sup>15</sup>. Am Anfang steht das Bemühen, den Evaluationsbegriff normativ einzugrenzen und rechtlich relevante Charakteristika herauszuarbeiten (2). Anschließend wird untersucht, inwieweit sich Evaluationen als Teil von Genehmigungsverfahren in das Sozialverwaltungsverfahrenrecht einordnen lassen (3) und somit auch Aussagen über Verfahrensfehler möglich sind (4). Die Ergebnisse und ein vorläufiges Fazit bilden den Schluss (5).

## 2 Evaluation – eine begriffliche Annäherung

Sozialwissenschaftlich gesehen, ist eine Evaluation ein »Analyseverfahren, das darauf gerichtet ist, die Wirkungen und Wirksamkeit, die Kosten und Nutzen politischen und administrativen Handelns zu erfassen und diese in den Prozess der Politikformulierung und -implementation zurückzumelden<sup>16</sup>.« Anders ausgedrückt: Eine » Ex-ante-Bewertung von Programmen oder Projekten zum Zwecke der Auswahl der günstigsten Alternative oder die nachträgliche Erfolgskontrolle bereits durchgeführter Maßnahmen<sup>17</sup>.« Evaluationen sind Konzepte zur »Messung der Wirksamkeit staatlicher Aktivität (z. B. Programme, Projekte, punktuelle Eingriffe)<sup>18</sup>.« Diese Definitionen sind instruktiv, stellen Juristen aber nicht zufrieden, weil sie die W-Fragen nicht hinreichend beantworten: Was ist eine Evaluation und wer oder was wird wie und warum durch wen evaluiert?

Die Frage nach dem Was macht eine begriffliche Annäherung notwendig. Eine Evaluation ist zunächst ihrem Wortsinn nach eine Bewertung, enthält also eine Aussage, ohne jedoch zugleich ein reines Werturteil zu sein. Dieses zeichnet sich durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens aus. Es kommt nicht darauf an, ob die Wertung »richtig« oder »falsch« ist. Eine Evaluation dagegen basiert auf einer Untersuchung und vergleicht mittels Indikatoren, ob eine Person, ein Objekt, eine Handlung, ein Projekt, ein Programm etc. vorgegebene Erfolgs- und Zielwerte erfüllt. Sie hat somit nicht nur ein bewertendes, sondern auch ein kontrollierendes Element. Dazu muss man sich von einem engen, auf die gerichtliche Arbeit bezogenen Kontrollbegriff lösen. Kontrolle ist nicht nur eine nachträgliche, auf vorhandenen Tatsachen aufbauende Tätigkeit und bezeichnet weder einen inhaltlich fest umrisse-

10 Gemeint sind Evaluationen durch öffentlich-rechtliche Institutionen oder Private, die organisatorisch nicht in die mit der Entscheidung betrauten Behörde eingegliedert und dieser auch hierarchisch nicht über- oder untergeordnet sind; dazu auch *Wollmann*, *VerwArch.* 93 (2002), S. 418 (424 f.).

11 *Wollmann*, *VerwArch.* 93 (2002), S. 418 (423 f.).

12 Ähnl. *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz* (2002), S. 9 (58 f.).

13 Dazu *Wiesner*, in: *Wiesner/Mörsberger/Oberloskamp/Struck*, *SGB VIII*, 2. Aufl. (2000), § 44 Rdnr. 18 ff.

14 *Mörsberger*, in: *Wiesner/Mörsberger/Oberloskamp/Struck*, *SGB VIII*, 2. Aufl. (2000), § 45 Rdnr. 44 ff.

15 *Mörsberger*, in: *Wiesner/Mörsberger/Oberloskamp/Struck*, *SGB VIII*, 2. Aufl. (2000), § 46 Rdnr. 2 ff.

16 *Wollmann*, *VerwArch.* 93 (2002), S. 418.

17 *Schwarz*, *Kontrolle von politisch-administrativen Programmen*, S. 3.

18 *Schwarz*, *Kontrolle von politisch-administrativen Programmen*, S. 4.

nen Begriff noch eine eindeutig bestimmte Funktion. Im weitesten Sinn handelt es sich um einen »Vergleich zwischen gesollten Vorgaben und tatsächlichen Gegebenheiten<sup>19</sup>.« Eine solche Gegenüberstellung setzt Informationen voraus. Zur Kontrolle gehört daher auch die »Informationsbeschaffung in Entscheidungsprozessen<sup>20</sup>.« Zu diesen zählen Verwaltungsverfahren gemäß § 8 SGB X und § 9 VwVfG.

Wer oder was wird wie und warum durch wen evaluiert? Die Antworten auf diese Fragen sind bereits teilweise angeklungen. Gegenstand einer Evaluation kann nahezu alles sein. Viel schwieriger ist es, Aussagen über das Wie zu machen, wenn Verwaltungs- oder Dienstleistungen bewertet werden sollen, z. B. die Qualität der Kinderbetreuung in einem Kindergarten oder die persönliche Eignung einer Pflegeperson. Die Beurteilung beschränkt sich oft auf harte Faktoren, die sich messen und zahlenmäßig ausdrücken lassen. Qualitätskriterien für weiche Faktoren wie Einfühlungsvermögen, Erziehungsleistung oder Gewährleistung des Kindeswohls zu finden, ist schwierig, aber für einen Vergleich der vorhandenen Betreuungsmöglichkeiten und -leistungen mit den in § 44 I SGB VIII und § 45 II SGB VIII enthaltenen Vorgaben unerlässlich. Jede Evaluation ist daher nur so gut, wie das ihr zugrunde liegende Konzept. Dieses hängt wiederum entscheidend davon ab, wie qualifiziert und erfahren die Einrichtung oder Person ist, die mit der Planung und Bewertung betraut ist, also durch wen die Evaluierung erfolgt. Daraus folgt zugleich, dass die über diese Frage zu entscheidende Stelle einen geeigneten Evaluator auswählen muss. Warum evaluiert wird, ist bereits deutlich geworden. Ziel ist es, Erkenntnisse zu gewinnen und Entscheidungen vorzubereiten.

Angesichts der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten ist es schwierig, den Begriff »Evaluation« juristisch zu definieren. Statt einer Begriffsbestimmung erfolgt daher nur eine Umschreibung: Eine Evaluation ist eine (auf die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen bezogene) Selbst- oder Fremdbewertung tatsächlicher und/oder persönlicher Gegebenheiten anhand eines Konzepts mit dem Ziel, Erkenntnisse zu gewinnen und zu verwerten<sup>21</sup>. Der Begriff »Evaluation« umfasst dabei das Verfahren und das Ergebnis. Eine Evaluation kann im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens nach § 8 SGB X oder § 9 VwVfG erfolgen oder als planvoll geordneter Vorgang zur Gewinnung und Verarbeitung von Informationen bei der Bewältigung öffentlicher Aufgaben<sup>22</sup> selbst ein Verwaltungsverfahren sein.

### 3 Evaluationen im (Sozial-)Verwaltungsverfahren

#### 3.1 Die behördliche Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung

Die Behörde ist gemäß § 20 I 1 SGB X verpflichtet, den Sachverhalt zu ermitteln. Während sie grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheidet, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt<sup>23</sup>, kommt ihr hinsichtlich des Ob der Sachverhaltsermittlung kein Entscheidungsspielraum zu. Gemäß §§ 20 I 2, 21 I SGB X hat sie aber großen Einfluss auf das Wie. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen, ist an das Vorbringen sowie die

19 *Strößenreuther*, Die behördeninterne Kontrolle (1991), S. 39.

20 *Strößenreuther*, Die behördeninterne Kontrolle (1991), S. 38.

21 Inwieweit Evaluationen von Personen unter § 2 III Nr. 2 VwVfG fallen, ist sehr fraglich, da sie regelmäßig nicht auf höchstpersönlichen Äußerungen oder Tätigkeiten in einer Prüfungssituation aufbauen; siehe *Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 2 Rdnr. 120 f. Das SGB X enthält keine entsprechende Vorschrift und ist daher insgesamt anwendbar.

22 Dazu *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, in: dies., *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 5.

23 Auf Antrag muss tätig werden – § 18 S. 2 Nr. 1 2. Alt. SGB X; ausführlich zum Beginn des Verfahrens *Ule/Laubinger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl. (1998), § 20 Rdnr. 1 ff.

Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden und bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem (Verfahrens-)Ermessen zur Erforschung des Sachverhalts für erforderlich hält<sup>24</sup>. Ein solches Beweismittel kann auch eine Evaluation sein. Das gilt unabhängig von der noch zu beantwortenden Frage, ob ein Evaluationsbericht eine Form der Sachverständigenäußerung gemäß § 21 I 2 Nr. 2 SGB X ist oder als ungenanntes Beweismittel unter § 21 I 1 SGB X fällt. Solange die Behörde dem Bürger gegenüber verantwortlich bleibt für das Verfahrensergebnis, ist der Untersuchungsgrundsatz offen für neue Formen der Informationsgewinnung- und verarbeitung<sup>25</sup>.

Die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren ist § 86 I VwGO und dem prozessrechtlichen »Vollständigkeitsideal« nachgebildet. Die Behörde muss alle bedeutsamen Umstände berücksichtigen. Dabei ist zu beachten, dass Verwaltungsverfahren – abgesehen von Vorverfahren gemäß § 68 VwGO – auf ein zukünftiges Handeln gerichtet sind<sup>26</sup>. Der Verfahrensgegenstand ist daher selbst dann keine ganz feststehende Größe, wenn ein Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts vorliegt. Gerade in der von Ermessensspielräumen geprägten Leistungsverwaltung steht der Verfahrensausgang oftmals nicht fest. Das Verfahren dient der Wissensgenerierung<sup>27</sup>, formt das Ergebnis und trägt zur Entscheidungsfindung bei<sup>28</sup>. Die Ausgestaltung der Sachverhaltserforschung wirkt sich daher unmittelbar auf das Ergebnis aus.

Der Untersuchungsgrundsatz folgt aus dem öffentlichen Interesse an einer zutreffenden Sachverhaltsermittlung. Er beruht auf dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem Rechtsstaatsprinzip<sup>29</sup>. Die Gleichheit vor dem Gesetz und ein wirksamer Gesetzesvollzug erfordern sachkundige und neutrale Behörden, die die Tatsachen umfassend würdigen und zu einer rechtmäßigen Entscheidung gelangen. Das setzt Kenntnisse von den tatsächlichen Gegebenheiten voraus. Kenntnisse, die sich die Verwaltung entweder selbst verschafft oder über mit der Sachverhaltserforschung beauftragte Dritte erlangt<sup>30</sup>. Gerade weil oftmals erst im Verwaltungsverfahren das Ergebnis *entsteht*, muss man sich von der Vorstellung verabschieden, die Untersuchungsmaxime diene allein der objektiven Rechtmäßigkeit hoheitlicher Entscheidungen und beinhalte für den Bürger nur einen Rechtsreflex. Der Antragsteller und der von einem Eingriffsakt bedrohte Bürger haben gleichermaßen ein subjektives Interesse an der Tatsachenermittlung<sup>31</sup>.

Evaluationen stehen somit unter dem Vorbehalt der staatlichen Garantenstellung für die Sachverhaltsermittlung<sup>32</sup>. Die für den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zuständige Behörde ist zwar nicht verpflichtet, den Sachverhalt durch einen eigenen Vollzugsapparat zu ermitteln. Sie muss aber gewährleisten, dass die In-

24 BVerwG, NVwZ 1999, S. 535 (536); P. Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 26 Rdnr. 6.

25 Holoubek, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 193 (208).

26 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. (2003), § 24 Rdnr. 10.

27 Kahl, VerwArch. 95 (2004), S. 1 (27).

28 Gegen eine allein dienende Funktion des Verwaltungsverfahrenrechts auch Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 8 u. 117; Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 9 (22, 25).

29 Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 24 Rdnr. 1.

30 Holoubek, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 193 (210).

31 Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 118.

32 Ausführliche rechtliche Begründung bei Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsverfahren (2000), S. 39–194.

formationen, die sie über externe Stellen oder Gremien in das Verfahren einführt, unmittelbar, neutral und rechtmäßig ermittelt worden sind. Dieser Gewährleistungsverantwortung kann sich die Behörde nicht durch eine partielle Verfahrensprivatisierung entziehen<sup>33</sup>. Gleichzeitig hat sie die Erfüllungsverantwortung für eine sachgerechte Auswahl des Evaluators und die Pflicht, das Evaluationsergebnis zu würdigen<sup>34</sup>.

### 3.2 Die Einbeziehung externer Evaluatoren in die Sachverhaltsermittlung

Die staatliche Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung und die in der Praxis bestehenden Tendenzen, sich dabei vermehrt (privater) Dritter zu bedienen, werfen die Frage nach der verfahrensrechtlichen Stellung des mit einer Evaluation Beauftragten auf. Diese wirkt sich aus auf die Kompetenzen im Bewertungsverfahren und beeinflusst die behördlichen Auswahl-, Gestaltungs- und Aufsichtsmöglichkeiten ebenso wie die entsprechenden Pflichten.

Der rechtliche Status natürlicher oder juristischer Personen des Privatrechts ist von besonderem Interesse, wenn sie in die Sachverhaltserforschung gemäß § 20 SGB X oder § 24 VwVfG einbezogen sind. Sie wirken zwar am Verfahren mit, sind aber keine Beteiligte. § 12 SGB X und § 13 VwVfG normieren einen engen und formellen Beteiligtenbegriff, was für den Träger der Evaluation unproblematisch ist, weil er vom Verfahrensergebnis nicht betroffen ist<sup>35</sup>. Daher ist auch eine Hinzuziehung nicht möglich. Orientiert man sich an den vorhandenen Kategorien, um die Einbeziehung Privater in Verwaltungsverfahren zu kennzeichnen, können Evaluatoren Beliehene, Verwaltungshelfer oder Sachverständige sein.

Beliehene sind Einzelpersonen oder juristische Personen des Privatrechts, die Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen selbständig hoheitlich wahrnehmen<sup>36</sup>. Innerhalb ihres Kompetenzbereichs sind sie Verwaltungsträger und Behörde im Sinne von § 1 II SGB X oder § 1 IV VwVfG. Sie bleiben aber ihrem Status nach Privatrechtssubjekte<sup>37</sup>. Da durch eine Beleihung Hoheitsrechte übertragen werden, muss sie durch Gesetz oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erfolgen<sup>38</sup>. Ein Privater als Träger einer Evaluation ist daher regelmäßig schon mangels gesetzlichem Verleihungsakt kein Beliehener. Die gesetzliche Grundlage ist jedoch kein Begriffsmerkmal der Beleihung, sondern Bedingung für ihre Rechtmäßigkeit<sup>39</sup>. Zieht sich die Behörde komplett aus dem Verfahren zurück, überlässt sie dem Evaluator »das Feld« und gibt seinem Bericht nur die hoheitliche Form, liegt eine rechtswidrige faktische Beleihung vor<sup>40</sup>.

Die mit einer Evaluation betraute Person oder Institution bringt ihr Fachwissen in das Verwaltungsverfahren ein und unterstützt die behördliche Sachverhaltsermittlung. Das lässt sie als einen Verwaltungshelfer<sup>41</sup> erscheinen. Dieser unterstützt die Behörde als Erfüllungshilfe bei der Aufgabenwahrnehmung und ist nicht selbständig tätig. Sein Handeln wird der

33 *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 126.

34 BVerwGE 80, 224 (227); *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 92; zur Verantwortungsteilung *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 9 (32 f.).

35 Dazu *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 162 ff.

36 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2002), § 23 Rdnr. 56.

37 *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 25.

38 *Burgi*, FS für Maurer (2001), S. 581 (588).

39 *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (272 f.).

40 Deutlich *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 32.

41 Dazu *Burgi*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 155 (163 f.).

Behörde zugerechnet. Verwaltungshelfer sind in die Erfüllung staatlicher Aufgaben integriert, haben aber anders als Beliehene keine eigene verwaltungsrechtliche Kompetenz<sup>42</sup>. Das Bild des im Auftrag und nach behördlicher Weisung handelnden Verwaltungshelfers passt aber nicht mehr, sobald externe Evaluatoren die behördliche Sachverhaltsermittlung nicht bloß unterstützen, sondern teilweise oder überwiegend eigenständig durchführen. Von einem untergeordneten Beitrag kann nicht mehr die Rede sein, wenn der »Verwaltungshelfer« die Art und Weise der Sachverhaltserforschung (mit-)konzipiert und selbständig umsetzt – was für Bewertungsverfahren zutreffen *kann*<sup>43</sup>.

Einem vielschichtigen Phänomen begegnet man am besten, indem man es unter einen zwar offenen, gesetzlich aber eingeführten Begriff bringt. Dafür bietet sich hier der Begriff des »Sachverständigen« geradezu an. VwVfG und SGB X enthalten keine Legaldefinition, sondern setzen den Begriff z.B in § 21 I 2 Nr. 2 SGB X voraus. Allgemein wird unter einem Sachverständigen eine natürliche oder juristische Person verstanden, die auf Grund ihrer Sachkunde »feststellende oder bewertende Aussagen über einen bestimmten – dem Sachverständigen vorgegebenen oder von ihm selbst erfassten – Sachverhalt«<sup>44</sup> trifft. Eine Evaluation erfordert eine ähnliche persönliche Qualifikation und ist inhaltlich vergleichbar. Auch ein Evaluator muss sachkundig sein und trifft feststellende oder bewertende Aussagen. Zudem bestehen funktionale Parallelen, die es rechtfertigen, den Träger einer Evaluation den für Sachverständige geltenden Regeln zu unterwerfen. Beide sind private Zuarbeiter der Verwaltung und erbringen Leistungen, die eigentlich von der zuständigen Behörde erbracht werden müssten<sup>45</sup>. Die Bandbreite reicht vom unselbständigen Informationsmittel bis zur konzeptionellen Verfahrensführung, wobei die Übergänge fließend sind<sup>46</sup>.

Externe Evaluatoren können ebenso wie Sachverständige auch öffentliche Stellen oder Behörden sein<sup>47</sup>. Solche öffentlichen Stellen können z. B. Forschungseinrichtungen, Institute oder Fakultäten sein. Behörden sind nur dann als extern zu betrachten, wenn sie mit der für die Sachentscheidung zuständigen Behörde organisatorisch nicht verbunden sind und keine Aufsichts- oder Weisungsbefugnisse haben<sup>48</sup>. Gehören Evaluationen zu den gesetzlichen Aufgaben der Behörde, liegt wegen § 3 II Nr. 2 SGB X keine Amtshilfe vor<sup>49</sup>.

### 3.3 Evaluation als Teil der Sachverhaltsermittlung

#### 3.3.1 Die Entscheidung für eine Evaluation und ihre Konsequenzen

Der behördliche Entschluss, eine Evaluation durchzuführen, markiert den Beginn des Bewertungsverfahrens. Er kann, muss aber nicht zeitnah zur Entscheidung über die Einleitung eines Bewertungsverfahrens erfolgen. Das Bedürfnis oder Interesse an einer Evaluation kann sich für die mit der Genehmigungserteilung oder Überwachung betrauten Behörde auch erst im Verfahren ergeben. Die Behörde hat wegen § 21 I 1 SGB X bezüglich des Ob und Wann ei-

42 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2002), § 23 Rdnr. 60; Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 30.

43 Siehe unten 3.3.2.

44 Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 7.

45 Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 23.

46 Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 31.

47 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. (2003), § 26 Rdnr. 31; P. Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 26 Rdnr. 70; str.

48 Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 26 Rdnr. 71.

49 Skouris, AöR 107 (1982), S. 215 (221).

nen weiten Ermessensspielraum. Ein Evaluationsverfahren einzuleiten, ist nur dann ermessensfehlerhaft, wenn es unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geeignet ist, zur Sachverhaltsermittlung beizutragen und das Verwaltungsverfahren voranzutreiben, der Aufwand in einem eklatanten Missverhältnis zum möglichen Ertrag steht, eine Evaluation im Hinblick auf § 9 S. 2 SGB X von vornherein zu kompliziert, unzweckmäßig oder zeitaufwendig wäre. Daher muss die Behörde die Evaluationsaufgabe schon in diesem frühen Stadium grob spezifizieren und den für die Datenerhebung und -auswertung erforderlichen Aufwand abschätzen<sup>50</sup>. Ersteres ist im Rahmen von Genehmigungsverfahren relativ einfach, weil der Verfahrens- und der Evaluationsgegenstand durch den Antrag und die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen festgelegt sind.

Die behördliche Entscheidung, eine Evaluation durchzuführen, hat keine Regelungs- und Außenwirkung. Es handelt sich um einen verwaltungsinternen Organisationsakt (eine Vorentscheidung), der unabhängig von § 44a VwGO gerichtlich nicht angefochten oder mit einem Unterlassungsbegehren gestoppt werden kann. Ursächlich hierfür ist die fortwirkende tradierte deutsche Lehre, nach der Verfahrenshandlungen zum für den Bürger impermeablen staatlichen Bereich gehören. Nur in den beschriebenen Extremfällen kann schon die Entscheidung für eine Evaluation §§ 9 S. 2, 21 SGB X verletzen. Das darf jedoch nicht dazu führen, dass die Behörde unterschätzt, wie sich ihre Entscheidung auswirkt. Zum einen kann durch eine Evaluation aus dem Staat-Bürger-Verhältnis eine Dreieckskonstellation entstehen. Das trifft besonders auf die Fälle zu, in denen die bewertende Stelle unmittelbaren Kontakt mit der zu bewertenden Einrichtung oder Person hat. Zum anderen kann eine Evaluation aus einem einfachen Genehmigungsverfahren faktisch eine mehrstufige Entscheidung machen, mit allen damit verbundenen Problemen der Beratung, Anhörung, Beteiligung, Begründung und Bindungswirkung der Evaluation<sup>51</sup>. Der Unterschied zu einem echten mehrstufigen Verwaltungsverfahren besteht darin, dass der Evaluator keine Entscheidungskompetenz hat und keine Behörde sein muss<sup>52</sup>.

### 3.3.2 Erarbeitung eines Evaluationskonzepts

Hat sich die Behörde für eine Evaluation entschieden und ist die Evaluationsaufgabe durch Tatbestandsmerkmale sowie den Verfahrensgegenstand spezifiziert, folgt der wichtigste und schwierigste Verfahrensabschnitt. Es gilt, ein Bewertungskonzept zu erarbeiten und das methodische Vorgehen festzulegen. Insbesondere in alltäglichen Verfahren, in denen zukünftig Evaluationen durchgeführt werden (sollen), z. B bei der Erteilung von Erlaubnissen gemäß §§ 44 I, 45 I SGB X, ist die Musterkonzeption wesentlich für den Erfolg. Zielsystem für das der Bewertung zugrunde liegende Konzept sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlaubnis und die Normzwecke. Eine Pflegeerlaubnis gemäß § 44 I SGB X darf nur erhalten, wer persönlich geeignet ist<sup>53</sup>. Nach § 45 I 1 SGB X muss eine Einrichtung vorliegen, in der Kinder oder Jugendliche betreut werden oder Unterkunft erhalten. Die Betreuung muss gemäß § 45 II SGB X durch geeignete Kräfte gesichert und das Wohl der Kinder oder Jugendlichen gewährleistet sein<sup>54</sup>. Diese Tatbestandsmerkmale sind zwar kennzeichnende Größen, aber was macht geeignete Kräfte aus? Was ist das Wohl des Kindes? Diese Parameter werden nicht nur

50 Zum Ablauf einer Evaluation G. Schwarz, Kontrolle von politisch-administrativen Programmen, S. 30.

51 Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 391 ff.

52 Zu den Merkmalen mehrstufiger Entscheidungen Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 390.

53 Zusammenstellung der Kriterien bei Kunkel, Grundlagen des Jugendhilferechts, 4. Aufl. (2001), Rdnr. 156.

54 Siehe dazu auch § 22 Abs. 1 AGKJHG Rheinland-Pfalz.

durch unbestimmte Rechtsbegriffe verkörpert, sondern müssen auch durch Indikatoren (zustandsbezogene Maßeinheiten) abbildbar sein<sup>55</sup>. Letztere müssen definiert und operationalisiert werden<sup>56</sup>. Da persönliche Fähigkeiten, Eigenschaften usw. (weiche Faktoren) nur schwer messbar sind, beschränken sich Evaluationen oftmals auf Fakten und zahlenmäßig darzustellende Größen (harte Faktoren). Gerade Erstere sind aber ausschlaggebend dafür, ob eine geeignete Kraft i.S. von § 45 II SGB X vorhanden ist. Außerdem ist es u. U. kompliziert, alle Gesetzeszwecke zu ermitteln und Indikatoren dafür zu entwickeln, inwieweit eine Einrichtung oder Person zukünftig die Gewähr dafür bietet, dass sie die Gesetzeszwecke verwirklicht. Die Indikatoren müssen sich unmittelbar sowie möglichst exakt auf das Evaluationsobjekt beziehen (lassen) und dürfen nicht sachfremd oder willkürlich sein.

Die Erarbeitung des Evaluationskonzepts kann durch die Genehmigungsbehörde oder den Evaluator erfolgen. Entschließt sich die Behörde, die konzeptionelle Arbeit zu delegieren, so ist sie verpflichtet, die Arbeit des Evaluators zu überwachen und das Konzept zu überprüfen. Je mehr Tätigkeiten die Behörde abgibt, desto stärker macht sich ihre auf der Gewährleistungsverantwortung für die Sachverhaltsermittlung beruhende Garantienstellung bemerkbar. Idealerweise arbeiten beide Seiten zusammen und vermeiden Unklarheiten, die die Einführung des Evaluationsverfahrens in die Verwaltungsroutine verzögern könnten. Außerdem besteht ansonsten die Gefahr, dass die Ergebnisse falsch sind und Anträge zu Unrecht abgelehnt werden oder die gemäß §§ 44, 45 SGB X erteilten Erlaubnisse rechtswidrig sind<sup>57</sup>. Die Erlaubniserteilung steht wegen §§ 44 II, 45 II SGB X nicht im Ermessen der Behörde<sup>58</sup>. Die fehlerhafte Erteilung kann sich jedoch gravierend auswirken. Personen oder Einrichtungen, die regelmäßig sowie längerfristig Kinder oder Jugendliche betreuen oder bei sich aufnehmen, sind verantwortlich für die Entwicklung sowie für das körperliche und seelische Wohlbefinden der ihnen anvertrauten Personen. Eine sorgfältige Auswahl ist für die Kinder lebenswichtig und langfristig im Interesse der Gesellschaft.

### 3.3.3 Bestimmung des Evaluators, Auswahlkriterien und Ausschluss vom Verfahren

Rein zeitlich betrachtet, könnte die Behörde erst einen Evaluator auswählen, um diesem dann die Erarbeitung des Evaluationskonzepts ganz oder teilweise zu übertragen. Je nachdem, wie anspruchsvoll eine Evaluation zeitlich und inhaltlich ist, besteht aber die Gefahr, dass der Evaluator überfordert ist und sich das Verwaltungsverfahren entgegen § 9 S. 2 SGB X unnötig in die Länge zieht. Nicht jede Einrichtung oder Person kann eine ambitionierte Bewertung durchführen. Außerdem drohen die soeben beschriebenen Folgen, wenn ein untauglicher Evaluator das Konzept erarbeitet und nicht der an den gesetzlichen Anforderungen ausgerichtete vorläufige behördliche Entwurf die Suche nach dem geeigneten Träger bestimmt. Die Behörde muss daher grundsätzlich zuerst die quantitativen und qualitativen Anforderungen der Evaluation grob definieren, bevor sie den Evaluator bestimmt und mit diesem gemeinsam das endgültige Konzept entwirft. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die beauftragte Einrichtung – z. B. ein renommiertes Forschungsinstitut – offensichtlich nahezu jede Evaluation durchführen kann, etwa weil sie in der Vergangenheit bereits ähnliche Verfahren erfolgreich betreibt hat.

55 Dazu Schwarz, Kontrolle von politisch-administrativen Programmen, S. 61.

56 Wollmann, VerwArch. 93 (2002), S. 418 (421).

57 Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 392.

58 Kunkel, Grundlagen des Jugendhilferechts, 4. Aufl. (2001), Rdnr. 155, 160.

Damit sind zugleich schon wesentliche Auswahlkriterien genannt. Fachwissen und Leistungsfähigkeit – auch hinsichtlich der weichen Faktoren – müssen vorhanden sein<sup>59</sup>. Des weiteren ist jede Behörde gut beraten, einen Evaluator zu beauftragen, der mit der zu bewertenden Einrichtung oder Person konstruktiv und vertrauensvoll zusammenarbeiten kann. Anderenfalls ist nicht zu erwarten, dass die Datenerhebung reibungslos verläuft und der Antragsteller eine ablehnende Entscheidung klaglos akzeptiert. Die Behörde muss aus verfahrensrechtlicher Sicht die §§ 16, 17 SGB X beachten. Diese sind Ausdruck einer rechtsstaatlichen und damit objektiven, unparteiischen und unbefangenen Verwaltungstätigkeit<sup>60</sup>. Die Behörde ist auch im Rahmen der Sachverhaltsermittlung verpflichtet, Interessenkollisionen und den »bösen Schein« der Vetterwirtschaft zu vermeiden. Sie muss daher schon die Mitwirkung ausgeschlossener oder befangener Personen verhindern<sup>61</sup>.

§ 16 SGB X enthält ein individuelles, nicht aber ein institutionelles Betätigungsverbot<sup>62</sup>, was für Evaluationsverfahren in ideologisch oder politisch aufgeladenen Bereichen bedeutend sein kann. Die zu bewertende Einrichtung oder Person kann sich nicht darauf berufen, eine Institution (z.B. Forschungseinrichtung) dürfe nicht tätig werden, weil ihre Grundausrichtung kein neutrales Urteil erwarten lasse. Sie kann die Verletzung von § 16 SGB X rügen, hat aber kein Ablehnungsrecht<sup>63</sup> und kann wegen § 44a VwGO einen Verstoß gegen § 16 SGB X nicht selbständig geltend machen<sup>64</sup>. Der Wortlaut »für eine Behörde« ist weit formuliert und umfasst alle an der Sachverhaltsermittlung oder Meinungsbildung beteiligten Personen, »sofern sie auf Grund einer von der verfahrensführenden Behörde ausgehenden Initiative zur Mitwirkung auf Seiten der Behörde aufgefordert worden sind, um sie bei der Entscheidungsfindung im VwVf zu unterstützen (...)«<sup>65</sup>. Evaluatoren sind daher für eine Behörde tätig und können gemäß § 16 I 1 Nr. 6 und Satz 2 SGB X vom Verfahren ausgeschlossen sein. Eine Bewertung darf z. B nicht durch Personen erfolgen, die unmittelbare finanzielle Vorteile von der Erteilung einer Betriebserlaubnis haben.

§ 17 SGB X hat den gleichen Anwendungsbereich wie § 16 SGB X und wirkt durch die mögliche Einzelfallprüfung ergänzend. Besorgnis der Befangenheit besteht bei einem gegenständlichen, vernünftigen Grund, der die Beteiligten befürchten lassen kann, dass der für eine Behörde Tätige nicht unparteiisch sachlich, insbesondere nicht unbefangenen und objektiv entscheiden, sondern sich von Vorurteilen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lassen könnte<sup>66</sup>. Dieser ursprünglich für gerichtliche Verfahren entwickelte Begriff der Befangenheit lässt sich auf Verwaltungsverfahren übertragen, da § 17 SGB X Ausdruck eines allgemeinen

59 Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 137.

60 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 16 Rdnr. 1; Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 20 Rdnr. 1.

61 Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht (2000), S. 143, der eine direkte oder analoge Anwendung von §§ 20, 21 VwVfG ablehnt und auf den Zweck der Sachverständigenhinzuziehung abstellt.

62 Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 20 Rdnr. 8 zur vergleichbaren Vorschrift im VwVfG.

63 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 16 Rdnr. 3.

64 Das SGG enthält zwar keine mit § 44a VwGO vergleichbare Vorschrift, aber für Streitigkeiten nach dem SGB VIII ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

65 Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 20 Rdnr. 26; siehe auch von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 16 Rdnr. 4; a. A. Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. (1998), § 12 Rdnr. 4., nur Bedienstete und ehrenamtlich Tätige, unter Hinweis auf § 65 I 2 VwVfG; eine Vorschrift, die mit § 21 III 3 im SGB X ein Pendant hat.

66 BVerwGE 29, 70; OVG Lüneburg, NVwZ 1996, S. 606 (609); Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 21 Rdnr. 10.

rechtsstaatlichen Grundsatzes ist. So besteht z. B. die Besorgnis der Befangenheit, wenn der Evaluator einer Pflegeperson mit dieser befreundet oder verfeindet ist.

### 3.3.4 Datenübermittlung durch die Behörde und Akteneinsicht durch den Evaluator

Sobald die Behörde das Bewertungskonzept grob umrissen und einen geeigneten Evaluator damit beauftragt hat, das Verfahren durchzuführen, muss sich dieser inhaltlich und organisatorisch vorbereiten. Die Ausarbeitung des Konzepts, das methodische Vorgehen festzulegen und die Evaluation durchzuführen, erfordern Kenntnisse über die zu bewertende Person oder Einrichtung. Würde die Genehmigungsbehörde die Bewertung durchführen, könnte sie Auskünfte einholen, Akten beziehen oder auf die Antragsunterlagen zurückgreifen. Beauftragt die Behörde jedoch einen Dritten, den Antragsteller vor der Erlaubniserteilung oder ein Heim vor einer Heimeinweisung zu evaluieren, stellt sich die interessante und praktisch wichtige Frage, wie sich der Evaluator informieren und auf das Verfahren vorbereiten kann. Damit sind die sensiblen Themen Datenübermittlung und Akteneinsicht angesprochen.

Eine Datenübermittlung an Dritte nach Maßgabe der unübersichtlichen §§ 67a ff. SGB X und §§ 61 ff. SGB VIII ist möglich. Sie muss aber gemäß § 69 I Nr. 1 SGB VIII erforderlich sein für die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben der Behörde. Ausgangspunkt dieser These ist das Sozialgeheimnis in § 35 I 1 SGB I. Danach dürfen Leistungsträger Daten nicht unbefugt übermitteln. § 37 S. 2 SGB I erweitert den Anwendungsbereich der Norm auf das Jugendamt<sup>67</sup>, zudem enthält § 61 I SGB VIII eine entsprechende Regelung. Sozialdaten sind laut § 67 I 1 SGB X Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer *natürlichen Person*, die vom Jugendamt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Der Begriff »Sozialdaten« ist umfassend zu verstehen<sup>68</sup>. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – z. B. von Betreuungseinrichtungen – fallen unter § 67 I 2 SGB X und stehen gemäß § 35 IV SGB I Sozialdaten gleich. Laut § 67 VI 2 Nr. 3 SGB VIII bedeutet Verarbeiten von Sozialdaten auch das Übermitteln an Dritte im Sinne von § 67 X 2 SGB X. Externe Evaluatoren sind solche Dritte. Sie stehen außerhalb der verantwortlichen Stelle (§ 67 IX 1 SGB X). Sie werden zwar im Auftrag der Verwaltung tätig, sind aber nicht in die behördliche Organisation eingebunden. Sie müssen weisungsfrei arbeiten können, wenn ihre Bewertung einen erhöhten Akzeptanzwert haben soll. Zudem ist die in § 80 SGB X geregelte Auftragsdatenverarbeitung auf Rechenzentren zugeschnitten. Insgesamt ist nicht zu übersehen, dass die partielle Verfahrensprivatisierung und die Forderung, externen Sachverstand verstärkt nutzbar zu machen, einen »datenschutzrechtlichen Preis« haben.

Nach § 64 I SGB VIII dürfen Sozialdaten nur zu dem Zweck übermittelt werden, zum dem sie erhoben worden sind. Soweit Daten mit einem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis erhoben worden sind, dürfen sie an den Evaluator weitergegeben werden, denn die Bewertung erfolgt im Hinblick auf die Erlaubniserteilung. § 64 I SGB VIII ergänzt jedoch nur die Vorschriften über die Datenübermittlung im SGB X, geht ihnen aber nicht vor<sup>69</sup>. Die in §§ 68–75 SGB X enthaltenen Übermittlungsbefugnisse bestehen fort. Vorhandene Daten, die zuvor zu anderen Zwecken erhoben worden sind, dürfen daher gemäß § 69 I Nr. 1 SGB X übermittelt werden. Zu den gesetzlichen Aufgaben der übermittelnden Stelle gehört es auch, Erlaubnis-

67 Kunkel, Grundlagen des Jugendhilferechts, 4. Aufl. (2001), Rdnr. 260.

68 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 67 Rdnr. 2; str.; a. A. Binne, NZS, 1995, S. 97 (98).

69 Kunkel, Grundlagen des Jugendhilferechts, 4. Aufl. (2001), Rdnr. 264 unter Hinweis auf § 37 S. 2 SGB I; Binne, NZS 1995, S. 97 (98).

verfahren durchzuführen oder zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis weiterhin bestehen. Die Übermittlung der Daten muss erforderlich, d. h. verhältnismäßig sein<sup>70</sup>. Dem Evaluator dürfen nur die Akten und Dateien zugänglich gemacht werden, die er für sein Bewertungskonzept und methodisches Vorgehen braucht. Die Erforderlichkeit der Datenübermittlung bezieht sich nur auf die Bewertung an sich, nicht auch auf die Vorfrage, ob fremder Sachverstand notwendig ist, um die gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen. Andernfalls wären externe Evaluationen nicht an § 21 I SGB X zu messen, sondern an datenschutzrechtlichen Vorschriften, die nicht dazu dienen, die Einbeziehung Dritter in Sozialverwaltungsverfahren zu steuern.

Das Verhältnis von §§ 67 ff. SGB X zu § 25 SGB X regelt § 37 S. 3 SGB I. Erstere gehen Letzterem vor, »soweit sich die Ermittlung des Sachverhalts auf Sozialdaten erstreckt.« Soweit ein Evaluator Kenntnis von Sozialdaten mittels Akteneinsicht erlangen will, ist § 25 SGB X nicht anwendbar. Die Vorschrift gilt aber für Daten über juristische Personen (Ausnahme: Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, s. o.), Familienangehörige und sie gewinnt an Bedeutung, wenn man den Begriff »Sozialdaten« eng definiert<sup>71</sup>. In Sozialverwaltungsverfahren gilt das Prinzip der begrenzten Aktenöffentlichkeit. Danach haben Beteiligte zwar *während* des Verfahrens grundsätzlich einen Anspruch auf Akteneinsicht<sup>72</sup>. Ansonsten gewährt die Behörde Akteneinsicht aber nur bei berechtigtem Interesse und nach pflichtgemäßem Ermessen<sup>73</sup>. Ist das Verfahren beendet, sind die Akten selbst für die ehemaligen Verfahrensbeteiligten im allgemeinen geschlossen. Evaluatoren haben aber schon gar keinen Anspruch auf Akteneinsicht gemäß § 25 I 1 SGB X, weil sie keine Beteiligte i. S. von § 12 SGB X sind<sup>74</sup>. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist nicht eröffnet. Gleichzeitig ist aber das Verfahren noch nicht abgeschlossen. Fraglich ist daher, ob und ggf. in welchem Umfang die Behörde dem Evaluator Einsicht gewähren kann.

Die Behörde muss dazu eine Ermessensentscheidung treffen und mehrere Belange berücksichtigen. Zum einen sind der Antragsteller oder die betroffene Einrichtung keine Verfahrensobjekte und haben für gewöhnlich ein subjektives Interesse an einer korrekten Sachverhaltsermittlung. Sie werden daher an einer Einsichtnahme durch den Evaluator interessiert sein, soweit sie sich auf die für die Bewertung notwendigen Aktenteile beschränkt. Private Belange, die für das Bewertungsverfahren bedeutungslos sind, darf die Behörde – unabhängig von §§ 67 ff. SGB X – zum Schutz von Art. 2 I GG i.V. mit Art. 1 I GG nicht offenlegen. Zum anderen ist auch die Behörde an einer gut vorbereiteten Evaluation interessiert. Sie ist für das Ergebnis und die Folgen von Fehlentscheidungen verantwortlich. Der Evaluator darf daher Teile der Akten einsehen.

Neben der Datenübermittlung und Akteneinsicht gibt es eine weitere Möglichkeit, den Evaluator mit Informationen zu versorgen. Die Behörde kann sich vertraglich verpflichten, Daten bereitzustellen. Sie darf dabei aber nicht die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verletzen. Zivilrechtliche Gestaltungen lockern nicht die Bindung an Recht und Gesetz. Die Behörde darf mit dem Evaluator auch keinen Vertrag zu Lasten Dritter abschließen. Persönliche Daten und geschäftsbezogene Angaben darf sie nur weitergeben, wenn die zu evaluierende Einrichtung oder Person einwilligt. Hier bestehen bei Beteiligung aller Parteien vertragliche Gestaltungs-

70 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 69 Rdnr. 3 ff.

71 Siehe von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 67 Rdnr. 2 f.

72 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 25 Rdnr. 2.

73 Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 29 Rdnr. 18 u. 32.

74 Siehe oben 3.2.

möglichkeiten, die die Datenweitergabe, aber auch die Geheimhaltung und Aufbewahrung von Unterlagen betreffen können. Innerhalb der – teilweise sehr engen – rechtlichen Grenzen sind Vereinbarungen möglich, die das Verfahren beschleunigen können und effizienter machen.

### 3.3.5 Durchführung der Evaluation

#### 3.3.5.1 Kooperation und Transparenz

Mit der Kooperation aller Mitwirkenden ist ein verfahrenübergreifender Grundsatz angesprochen, der für die Vorbereitung, aber auch für die Durchführung einer Bewertung bedeutsam ist<sup>75</sup>. Eine Evaluation macht es oftmals erforderlich, Daten zu erheben und auszuwerten. Das gilt z. B. für die Bewertung einer Pflegestelle. Nach Aktenlage lässt sich kaum beurteilen, ob eine Pflegeperson geeignet ist, Kinder zu betreuen. Dafür ist ein Gespräch mit dem Antragsteller notwendig. Die charakterliche und sittliche Eignung oder pädagogischen Fähigkeiten lassen sich – wenn überhaupt – nur unmittelbar überprüfen<sup>76</sup>. Eine Unterredung ist aber nicht ohne weiteres erzwingbar. Die Datenerhebung erfordert daher häufig die freiwillige Mitwirkung der zu bewertenden Person oder Einrichtung.

Auch wenn derjenige, der an einer Erlaubnis interessiert ist, regelmäßig mit der Behörde zusammenarbeiten wird, so ist doch nicht zu unterschätzen, dass die Mitwirkungsbereitschaft auch vom Vertrauen in die Neutralität und fachliche Kompetenz des Evaluators abhängig ist. Dieses Vertrauen kann nur entstehen, wenn das Verfahren beginnend mit der Auswahl des Evaluators bis zur Erstellung des Evaluationsberichts für den Antragsteller durchschaubar und vorhersehbar ist<sup>77</sup>. Sinn und Zweck der Bewertung, vorhandene Parameter und gewählte Indikatoren müssen verständlich und nachvollziehbar sein, soll es nicht zu Blockaden kommen. Diese würden die Datenerhebung erschweren, das Verfahren verzögern und letztlich im Fall von abgelehnten Anträgen die Wahrscheinlichkeit von Prozessen erhöhen.

#### 3.3.5.2 Mitwirkungsobliegenheiten der zu bewertenden Einrichtung oder Person

Kooperationsbereitschaft, Vertrauen und Transparenz allein gewährleisten aber nicht die Mitarbeit der Betroffenen. Das gilt besonders dann, wenn eine belastende Verfügung erlassen werden soll. Die Beteiligten *sollen* daher gemäß § 21 II SGB X bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken und insbesondere die ihnen bekannten Tatsachen und Beweismittel angeben. Die Evaluation gehört zur Sachverhaltsermittlung. § 21 II SGB X begründet somit eine Mitwirkungsobliegenheit, von der die Beteiligten nur ausnahmsweise freigestellt sind<sup>78</sup>. Die Vorschrift gilt nur im Verhältnis Behörde – Bürger/Einrichtung, weil der Evaluator mangels gesetzlichem Übertragungsakt keine hoheitlichen Kompetenzen hat. Er darf daher nicht selbst auf die Mitwirkung dringen, sondern muss sich an die Behörde wenden.

§ 21 II SGB X begründet nur eine Obliegenheit und keine Rechtspflicht, weil der Betroffene nicht gezwungen werden darf, für ihn ungünstige Tatsachen offenzulegen<sup>79</sup>. Der Grundsatz »nemo tenetur se ipsum accusare/prodere« gilt für jede staatlich veranlasste Sachver-

75 Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 9 (41 ff.).

76 Allgemein dazu Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 124.

77 Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 52.

78 Zum Inhalt von Soll-Vorschriften Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2002), § 7 Rdnr. 11.

79 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 21 Rdnr. 11; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 126.

haltsermittlung. Die Behörde darf aber die verweigerte Mitwirkung bei der Beweiswürdigung berücksichtigen<sup>80</sup>. Die Verletzung von Obliegenheiten wirkt wie ein »Verschulden« gegen sich selbst. Ein Antragsteller, der eine Pflegeerlaubnis erhalten möchte und z. B. seine wirtschaftlichen Verhältnisse oder religiösen Anschauungen nicht offen legen will, muss damit rechnen, dass die Behörde seine Eignung zur Kinderbetreuung verneint und einen ablehnenden Bescheid erlässt.

### 3.3.5.3 Anhörung vor Abgabe des Evaluationsberichts

Eine Anhörung schützt das rechtliche Gehör, verhindert Überraschungsentscheidungen und dient der Sachverhaltsermittlung<sup>81</sup>. Die Behörde muss daher gemäß § 24 I SGB X einen Beteiligten anhören, bevor sie einen belastenden Verwaltungsakt erlässt. Gleiches gilt, wenn sie einen Antrag auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts ablehnen will<sup>82</sup>. Die auf die Gesetzesmaterialien gestützte Auffassung des BSG, es handele sich in diesen Fällen nicht um einen Eingriff in die Rechte eines Beteiligten, ist abzulehnen. Das ergibt sich zum einen aus § 24 II Nr. 3 SGB X, wonach eine Anhörung nur dann nicht erfolgen muss, wenn von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten *nicht* zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll<sup>83</sup>. Zum anderen ist ein Ablehnungsbescheid ein belastender Verwaltungsakt, der in bestehende Rechtspositionen in Form von Leistungsansprüchen eingreift. Dazu zählt auch das subjektive Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung<sup>84</sup>.

Die zeitliche Abfolge (Stufung) von Evaluation und Sachentscheidung ist für den Betroffenen gefährlich, weil es zu einer faktischen Bindung kommen kann<sup>85</sup>. Die Behörde ist sich u. U. ihres Ergebnisses sicher, sobald sie das Resultat der Bewertung kennt, obwohl sie noch keine Sachentscheidung getroffen hat. Die Anhörung wird dann zur Formsache, weil der Sachverhalt feststeht und der Betroffene die behördliche Willensbildung kaum noch beeinflussen kann. Im Hinblick auf Evaluationen stellen sich somit zwei Fragen: Erstens, ob die Behörde auf eine zusätzliche Anhörung durch den Evaluator dringen muss? Zweitens, ob die Behörde zumindest den Zeitpunkt der Anhörung in das Evaluationsverfahren vorziehen muss? Die Antworten hängen davon ab, inwieweit eine Evaluation die Sachentscheidung vorwegnimmt und ob zum Zeitpunkt der Anhörung das Verfahren noch offen sein muss.

Das Bewertungsergebnis kann das behördliche Urteil antizipieren, wenn es im wesentlichen das einzige Beweismittel ist oder die Verwaltung seinen Beweiswert besonders hoch einschätzt. Die Behörde bedient sich gemäß § 21 I 1 SGB X der Beweismittel, die sie für erforderlich hält, um den Sachverhalt zu ermitteln. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass sie einzig mit einer Evaluation den Sachverhalt erforschen lässt. Vor dem Hintergrund von Verfahrensprivatisierungen und möglicher Kostenersparnisse ist es dann nur konsequent, auf weitere behördliche Untersuchungen zu verzichten. Der Beweiswert einer Evaluation lässt sich nicht pauschal feststellen. Ein aufwendiges Bewertungsverfahren und ein angesehener Evaluator dürften jedoch die Faktoren sein, die den Beweiswert bestimmen. Insgesamt ist somit die Gefahr der Vorwegnahme der Entscheidung nicht ausgeschlossen.

80 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 21 Rdnr. 11.

81 Ausführlich Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 178.

82 von Wulffen, in: Schroeder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 24 Rdnr. 3.

83 Laubinger, VerwArch. 75 (1984), S. 55 (72 f.); Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 181.

84 Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. (1998), § 24 Rdnr. 2.

85 Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 391.

Im Zeitpunkt der Anhörung könnte daher für den Bürger eine Situation eingetreten sein, in der das Verfahren nicht mehr offen ist. Die Anhörung würde dann als eines der wichtigsten Verfahrensrechte ihre Wirkung größtenteils verlieren, weil sie erst vor der behördlichen Bescheidung erfolgt, die Sachverhaltsermittlung aber mit der Evaluation im wesentlichen beendet ist. Für faktisch oder rechtlich gestufte Verfahren gilt daher das Gebot der Wirkungschance von Verfahrensrechten<sup>86</sup>. Eine Anhörung gemäß § 24 I SGB X muss auf der Stufe erfolgen, auf der die Entscheidung fällt. Das Gebot der Wirkungschance ergibt sich aus der Funktion von Verwaltungsverfahren als Instrument der Informationssammlung und -verarbeitung, aus der Natur eigenständiger Verfahrensrechte sowie dem notwendigen Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte der Bürger.

Die Behörde kann die Wirkungschance der Anhörung wahren, indem sie den Evaluator vertraglich verpflichtet, den Antragsteller zu beteiligen und ihm damit erlaubt, seine Sicht der Dinge darzulegen<sup>87</sup>. Diese Form der Beteiligung macht zwar die Anhörung durch die Behörde vor der eigentlichen Sachentscheidung nicht entbehrlich, weil vertragliche Gestaltungen nicht gesetzliche Pflichten entfallen lassen<sup>88</sup>. Die vielleicht entscheidende Anhörung durch den Evaluator erfolgt aber zu einem Zeitpunkt, in dem das Verfahren noch offen und der Meinungsbildungsprozess nicht abgeschlossen ist. Kommt der Evaluator seinen vertraglichen Pflichten nicht nach, macht er sich u. U. gegenüber dem Betroffenen schadensersatzpflichtig, denn es handelt sich insofern um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter<sup>89</sup>.

Die Behörde ist jedoch nicht gezwungen, den Evaluator vertraglich zu verpflichten, den Antragsteller oder einen sonstigen Betroffenen anzuhören. Es spricht zwar viel dafür, die Sachaufklärung durch den Evaluator mit einer Anhörung zu verbinden, zumal diese auch dazu dient, den Sachverhalt zu erforschen. Die Behörde kann aber auf eine solche Vertragsklausel verzichten. Das hat jedoch Folgen für die Zeitpunkt der Anhörung gemäß § 24 I SGB X. Diese muss – soll ihre Wirkungschance nicht beeinträchtigt sein – erfolgen, solange das Verfahren offen ist und Betroffene das Verfahren beeinflussen kann. Die behördliche Anhörung muss daher in diesem Fall parallel zur Evaluation erfolgen, damit sie in das Bewertungsverfahren eingehen kann. Anderenfalls verletzt die Behörde das Recht auf rechtliches Gehör und handelt verfahrensfehlerhaft.

#### 3.3.5.4 Dokumentationspflicht

Der Evaluator muss verpflichtet werden, das Bewertungsverfahren und sein Ergebnis zu dokumentieren und zu begründen. Die rechtliche Grundlage einer solchen Pflicht ist sinnvollerweise eine vertragliche Abrede zwischen Verwaltung und Evaluator. Zum einen ist die Dokumentation notwendig für die Behörde und ihre Aktenführung. Sie kann so das tatsächliche Vorgehen mit dem Bewertungskonzept vergleichen und kontrollieren, ob der Evaluator die in ihn gesetzten Erwartungen erfüllt und brauchbare Ergebnisse geliefert hat. Des weiteren braucht sie die Dokumentation, um später den Verwaltungsakt begründen zu können. Zum anderen ist die Dokumentation wichtig für den Antragsteller. Durch Einsicht in die Behördenakten kann er sich informieren und ggf. Einwände erheben. Schließlich ist die Darstellung

86 *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 391.

87 *Burgi*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz (2002), S. 155 (186 f.).

88 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2002), § 14 Rdnr. 31.

89 Einzelheiten bei *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 62. Aufl. (2003), § 328 Rdnr. 13 ff.

von Verfahren und Ergebnis ein wichtiges Beweismittel in eventuellen Widerspruchs- oder Gerichtsverfahren.

### 3.4 Der Evaluationsbericht

Die Pflicht, das Bewertungsverfahren zu dokumentieren, hängt eng zusammen mit der Abgabe der Beurteilung, dem eigentlichen Evaluationsbericht. Dieser schließt die Evaluation ab. Hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen ist bereits deutlich geworden, dass er Aussagen zum Konzept, dem methodischen Vorgehen, der Durchführung sowie ein Urteil enthalten muss. Der Rechtscharakter dieses Urteils ist unklar. Der rechtliche Status des Evaluators erlaubt jedoch eine erste Aussage. Privatpersonen oder private Forschungseinrichtungen erlassen grundsätzlich keine Verwaltungsakte gemäß § 31 S. 1 SGB X. Das gilt selbst für die Fälle, in denen faktisch eine Beleihung vorliegt. Allein das Evaluatoren de facto Verwaltungskompetenzen wahrnehmen, ersetzt nicht die notwendige gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten. Der Evaluationsbericht könnte jedoch einen Verwaltungsakt beinhalten, wenn er durch eine öffentlich-rechtlich organisierte Forschungseinrichtung oder eine Behörde erstellt wird. Dazu müsste er eine Regelung enthalten und auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet sein. Eine Regelung ist auf Setzung einer Rechtsfolge gerichtet, die Rechte und Pflichten begründet, ändert, aufhebt oder verbindlich feststellt<sup>90</sup>. An einer Regelung fehlt es aber bei einer unverbindlichen gutachterlichen Äußerung – selbst wenn diese von einer anderen Behörde stammt<sup>91</sup>. Der Evaluationsbericht enthält daher als eine besondere Form der gutachterlichen Stellungnahme keine Regelung. Faktisch kann ihm zwar eine große Bindungswirkung zukommen, allein die Behörde hat aber zu entscheiden. Sie ist rechtlich nicht an das Evaluationsergebnis gebunden. Des weiteren hat der Bericht keine Außenwirkung. Er richtet sich an die Behörde, die über die Erlaubniserteilung zu entscheiden hat. Der Evaluationsbericht beinhaltet somit keinen Verwaltungsakt, sondern hat informatorischen Charakter (Wissenserklärung) und ist als Realakt einzustufen<sup>92</sup>.

## 4 Verfahrensfehler und ihre Folgen

Für Sozialverwaltungsverfahren, in denen Behörden Evaluationen als Beweismittel einsetzen, gelten die Regelungen im SGB X über Verfahrensfehler und ihre Folgen. Die im Zusammenhang mit Evaluationen denkbaren Verfahrensfehler ergeben sich aus den anwendbaren Rechtsvorschriften. So begeht die Behörde einen Verfahrensfehler, wenn sie gegen Verfahrensvorschriften des Ermittlungsvorgangs verstößt, z. B. entgegen § 20 II SGB X ein einseitiges Evaluationskonzept erstellt oder erstellen lässt, einen fachlichen unqualifizierten, vom Verfahren ausgeschlossen oder möglicherweise befangenen Evaluator mit der Bewertung betraut oder den Betroffenen nicht rechtzeitig anhört. Ein Verfahrensfehler liegt aber auch dann vor, wenn sie ohne ausreichende Begründung vom fachlichen Urteil eines Evaluators abweicht<sup>93</sup>. Die Verletzung von Verfahrensvorschriften verstößt gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und führt zur formellen Rechtswidrigkeit und damit grundsätzlich zur Aufhebbarkeit belastender Verwaltungsakte<sup>94</sup>. Eine Unterscheidung nach der Schwere der Verstöße findet im SGB X

90 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2002), § 7 Rdnr. 6; Schroeder-Printzen, in: ders., SGB X, 3. Aufl. (1996), § 31 Rdnr. 20.

91 Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. (1998), § 48 Rdnr. 7.

92 Dazu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2002), § 15 Rdnr. 2.

93 Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 135.

94 Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht (1986), S. 96.

und VwVfG ebensowenig eine Grundlage wie eine funktionsgerechte Illegalität behördlicher Tätigkeit<sup>95</sup>.

An dieser Stelle sollen die Folgen einer unterbliebenen oder verspäteten Anhörung näher betrachtet werden. Nach hier vertretener Ansicht muss die behördliche Anhörung schon während der Evaluation erfolgen, falls sie das alleinige oder einzig nennenswerte Beweismittel ist. Dieses *Vorziehen* ist nur dann nicht erforderlich, wenn der Evaluator die zu bewertende Person oder Einrichtung förmlich »anhört«. Die Verletzung von § 24 I SGB X soll jedoch unbeachtlich sein, wenn die Anhörung gemäß § 41 I Nr. 3 i.V. mit II SGB X bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt wird. Der Verfahrensfehler ist dann mit Wirkung für die Zukunft geheilt<sup>96</sup>. Die Heilung von Verfahrensfehlern und speziell das Nachholen von Anhörungen werfen aber Probleme auf.

Überlegungen zur Heilbarkeit von Verfahrensfehlern haben am Grundsatz der realen Fehlerheilung anzusetzen. Der von einem Verwaltungsakt Betroffene darf nur dann seinen Anspruch auf Aufhebung der behördlichen Entscheidung verlieren, »wenn er insgesamt so gestellt wird, wie er bei korrekter Verfahrensgestaltung gestanden hätte<sup>97</sup>.« Nur dann ist es hinnehmbar, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und den Beseitigungsanspruch des Bürgers hinter Effizienz- und Verhältnismäßigkeitsabwägungen zurücktreten zu lassen. Soweit daher die Entscheidungssituation nach Abgabe des Evaluationsberichts nicht mehr offen ist, spricht viel dafür, dass eine nachträgliche Anhörung keine heilende Wirkung mehr hat. Das gilt erst recht, wenn die Anhörung im Widerspruchsverfahren oder sogar erst während des gerichtlichen Verfahrens erfolgt. Insbesondere bei personenbezogenen Verwaltungsakten – z. B. einer Pflegeerlaubnis – ist die unvoreingenommene Würdigung von Angaben des Antragstellers kaum noch vorstellbar<sup>98</sup>.

Für einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich von § 41 I Nr. 3 i.V. mit § 41 II SGB X spricht auch § 42 S. 2 SGB X. Gemäß § 42 S. 1 SGB X kann zwar die Aufhebung eines – auch mangels Heilungsmöglichkeit – nur verfahrensfehlerhaften Verwaltungsaktes nicht beansprucht werden, wenn offensichtlich ist, dass die Gesetzesverletzung nicht kausal für das Ergebnis war. § 42 S. 2 SGB X nimmt aber die Anhörung ausdrücklich von dieser Regelung aus. Der Gesetzgeber zeigt damit, was für einen hohen Stellenwert die rechtzeitige Gewährung rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren hat. Es wäre höchst widersprüchlich, an die nachträgliche Anhörung geringe Anforderungen zu stellen und dem Betroffenen damit den Anspruch auf Aufhebung der behördlichen Verfügung zu nehmen, wenn zugleich § 42 S. 2 SGB X gerade die Norm einschränkt, die ihm diesen Anspruch von Gesetzes wegen nimmt. § 42 S. 2 X bringt damit zum Ausdruck, dass die Verletzung von § 24 I SGB X grundsätzlich beachtlich ist und zur Aufhebung der behördlichen Entscheidung führt<sup>99</sup>.

95 Krit. auch *Pietzcker*, FS für Maurer (2001), S. 695 (698).

96 *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. (1998), § 58 Rdnr. 16; a. A. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 45 Rdnr. 18.

97 *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 598.

98 *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. (2002), Rdnr. 601.

99 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2002), § 10 Rdnr. 42; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. (2001), § 45 Rdnr. 24; *Wiesner*, in: Schroder-Printzen, SGB X, 3. Aufl. (1996), § 42 Rdnr. 10.

## 5 Ergebnisse und Fazit

Evaluationen sind (auf die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen bezogene) Selbst- oder Fremdbewertungen tatsächlicher und/oder persönlicher Gegebenheiten anhand von Konzepten mit dem Ziel, Erkenntnisse zu gewinnen und zu verwerten. Sie sind eingebettet in die behördliche Untersuchungspflicht und stehen unter dem Vorbehalt der staatlichen Garantstellung für die Sachverhaltsermittlung. Externe Evaluatoren haben den Status von Sachverständigen. Die zuständige Behörde hat einen weiten Ermessensspielraum, ob sie ein Bewertungsverfahren durchführen lässt oder nicht. Soweit sie sich für eine Evaluation entscheidet, ist sie verpflichtet, einen fachlich qualifizierten und neutralen Evaluator mit der Durchführung zu beauftragen sowie §§ 16, 17 SGB X zu beachten. Derartige Bewertungen sind Verfahren innerhalb eines Verwaltungsverfahrens und können aufgrund der zeitlichen Stufung zu einer faktischen Bindung der Behörde durch das Evaluationsergebnis führen. Die Anhörung durch die Behörde muss daher zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem das Verfahren noch offen ist. Etwas anders gilt nur dann, wenn sich der Evaluator gegenüber der Behörde vertraglich verpflichtet hat, eine gleichwertige Anhörung durchzuführen. Der Evaluationsbericht ist eine gutachterliche Äußerung und enthält keine Regelung.

Trotz aller noch bestehenden Unsicherheiten im rechtlichen Umgang mit Evaluationen ist als vorläufiges Fazit festzuhalten, dass das Verwaltungsrecht mittels der Verfahrensgesetze und allgemeiner Grundsätze offen ist für neue Formen der Sachverhaltsermittlung. Seine Speicherfunktion<sup>100</sup> ermöglicht es, auch auf die Einbeziehung externer Evaluatoren angemessen zu reagieren.

*Verf.: Christian Bickenbach, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Mainz FB 03,  
Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staats-  
und Verwaltungsrecht, Jakob-Welder-Weg 9, 55099 Mainz*