

# Funktionaler Zusammenhang oder Zusammenstoß zweier Rationalitäten?

## Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess am Beispiel der jüngeren Verfahrensfehlerlehre

Michael Gerhardt

### Inhaltsübersicht

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| A. Das Grundmodell und seine Konsequenzen               | 414 |
| B. Ursachen                                             | 417 |
| I. Beispiel: Inzidente Normverwerfung durch die Behörde | 417 |
| II. Vorrang der Sachentscheidung                        | 419 |
| III. Der Verwaltungsprozess als Verfahren               | 420 |
| IV. Würdigung der Beschleunigungsgesetze                | 421 |
| C. Relativierungen und Perspektiven                     | 423 |
| D. Fazit                                                | 427 |

Die folgenden Erwägungen gehen an die Frage, ob das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess einem Trennungsprinzip folgt oder inwiefern ein funktionaler Zusammenhang besteht<sup>1</sup>, in drei Schritten heran. Zunächst wird anhand einer modellhaften Darstellung in Erinnerung gerufen, warum Mängel des Verwaltungsverfahrens für gerichtliche Entscheidungen kaum maßgeblich sind. Anhand eines Beispiels soll in einem zweiten Abschnitt die richterliche Sicht erläutert werden; dabei ist auf die jüngere Verfahrensfehlerlehre einzugehen. Ein dritter Abschnitt ist einerseits bestehenden Relativierungen des erwähnten Befundes gewidmet. Andererseits stellt sich die Frage, inwiefern die Verwaltungsgerichte zur Stärkung des Verfahrensgedankens im Verwaltungsrecht eingesetzt werden können und sollen.

1 E. Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 305 f.

## A. Das Grundmodell und seine Konsequenzen

Das Verwaltungsverfahren wird beschrieben als ein planvoll geordneter Vorgang der Informationsgewinnung und -verarbeitung, der in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung abläuft und der Hervorbringung einer administrativen Entscheidung dient<sup>2</sup>. Das Verwaltungsverfahren ist, soweit hier von Interesse, grundsätzlich durch folgende Merkmale gekennzeichnet<sup>3</sup>:

- (1) das Postulat der anfänglichen Offenheit in Bezug auf die zu treffende Entscheidung;
- (2) seine Strukturierung, d.h. dass die Entscheidung in einem gestreckten, gegliederten Vorgang vorbereitet wird, der phasenspezifischen Anforderungen unterliegt;
- (3) die Vielfalt der zu erfüllenden Vorgaben.

Das Verwaltungsverfahren soll nicht nur eine rechtmäßige, zweckrichtige und den politischen Vorgaben entsprechende Entscheidung produzieren, sondern es soll auch schnell, billig und effizient sein, die Selbstachtung aller Beteiligten einschließlich der Bediensteten wahren, eine angemessene Problem- und Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit anstreben und deren Reaktionen berücksichtigen sowie – nicht zuletzt – auf Befriedung und Akzeptanz der Entscheidung hinwirken. Das Verwaltungsverfahren unterliegt dementsprechend verschiedenen Vorgaben und Kontrollen<sup>4</sup>. Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt nur Teilaspekte, und zwar im Wesentlichen die Anforderungen an die Erarbeitung der (Sach-)Entscheidung im Hinblick auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit.

Die Verwaltungsgerichte haben die Grundaufgabe, subjektive Rechte des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Verwaltung durchzusetzen<sup>5</sup>. Auch soweit, wie in der Regel, nachträglich Rechtsschutz gegen eine behördliche Entscheidung begehrt wird, verpflichtet der verfassungsrechtliche Auftrag das Gericht zu einer unmittelbaren Anwendung des Rechts als des für ihn alleinigen Prüfungsmaßstabs auf den vom Gericht selbst überprüften und festgestellten Sachverhalt. Die Aufgabe der Gerichte auch in Verwaltungsstreitsachen ist daher vornehmlich in der Entscheidung eines Streits zwischen Rechtssubjekten, also in bestimmten Rechtsverhältnissen zu sehen<sup>6</sup>.

2 E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 1996, § 70 Rn. 1.

3 Vgl. G.F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, 783 ff., 795 ff.

4 Vgl. zusammenfassend E. Schmidt-Aßmann und W. Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, 2001, S. 9 ff. bzw. 325 ff.

5 E. Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Einl. Rn. 167 ff.

6 R. Pitschas, Leistungsgrenzen gerichtlicher Entscheidungen – am Beispiel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Hof/Schulte, Wirkungsforschung zum Recht III, 2001, S. 129.

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst, dass Vorgaben für das Verwaltungsverfahren, die nicht unmittelbar auf das konkrete Rechtsverhältnis bezogen sind, vor den Verwaltungsgerichten grundsätzlich ohne Bedeutung bleiben. Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz kann nur in den richterlichen Blick kommen, soweit subjektive Rechte eines Beteiligten, in der Regel des Klägers, betroffen sind<sup>7</sup>. Ferner ist mit der behördlichen Entscheidung als Ergebnis und Abschluss des Verwaltungsverfahrens keine für die gerichtliche Rechtsanwendung wesentliche Zäsur verbunden. Daher gibt es kein modellbedingtes Hindernis dafür, dass die Behörde das Rechtsverhältnis während des Prozesses weiter gestaltet, etwa erkannte Mängel beseitigt und ihre Erwägungen ergänzt oder aktualisiert. Der Behauptung eines derartigen Hindernisses ist das Bundesverwaltungsgericht wiederholt entgegen getreten, etwa im Vereinsrecht (Ermittlungsbefugnisse der Verbotsbehörden nach Erlass der Verbotsverfügung)<sup>8</sup> oder im Prüfungsrecht (Erläuterung von Bewertungen durch den Prüfer im gerichtlichen Verfahren)<sup>9</sup>. Die daneben bestehende Pflicht des Gerichts, durch eigenes Tun, namentlich durch erforderliche Nachermittlungen, die Sache spruchreif zu machen, kann daher durch Inanspruchnahme der Behörde als Streitbeteiligten und zugleich Inhaberin der Sachherrschaft erfüllt werden.

Dieses Modell würde allerdings erlauben, Fragen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zum selbständigen Gegenstand der gerichtlichen Streitentscheidung zu machen. Dies ist nach deutschem Recht im Bereich des subjektiven Rechtsschutzes jedoch nur ganz ausnahmsweise zulässig. Vielmehr geht mit dem skizzierten Modell das Verständnis einher, dass grundsätzlich allein materielle Rechtspositionen wehrfähig sind. Zusammen mit der Absage an einen verwaltungsverfahrensbegleitenden Rechtsschutz (§ 44 a VwGO) führt dies dazu, dass im Verwaltungsprozess das Verwaltungsverfahrensgesetz nur dann zu thematisieren ist, soweit eine materiellrechtliche Vorgabe für das Handeln der Behörde fehlt, der Gesetzgeber also die Gewähr für die Richtigkeit der behördlichen Entscheidung dem Verfahren anvertraut hat.

Ungeachtet der methodischen Einsicht, dass das Recht grundsätzlich der Konkretisierung auf den jeweiligen Einzelfall hin bedarf und dass das Verwaltungsverfahren das dafür primär vorgesehene Instrument ist, haben sich die Verwaltungsgerichte – freilich geleitet durch das Bundesverfassungsgericht<sup>10</sup> – einer steten Ausweitung der sachlichrechtlichen Prüfungsmaßstäbe verschrieben.

7 C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, 1999, S. 356 ff.

8 BVerwG DVBl 2001, 643.

9 BVerwG Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 398; NVwZ 2001, 922.

10 Vgl. Nachw. bei E. Schmidt-Aßmann (Fn.5), Rn. 183.

Stichwortartig zu nennen sind:

- (1) Volle Justiziabilität unbestimmter Rechtsbegriffe unter Zurückdrängung behördlicher Beurteilungsspielräume;
- (2) Entfaltung und Differenzierung der rechtlichen Maßstäbe für das behördliche Ermessen und behördliche Abwägungsentscheidungen; vor allem Aufklärungsmängel und Gehörsverletzungen verlieren dadurch weitgehend an Relevanz;
- (3) Ermessensreduzierungen auf Null, sei es im Einzelfall, sei es gesetzlich intendiert für typische Fälle;
- (4) Erheblichkeitsprüfung, also im Kern die Prüfung, ob die konkrete Möglichkeit besteht, dass sich ein Verfahrensmangel auf die Sachentscheidung ausgewirkt hat. Es handelt sich um eine materiellrechtliche Prüfung dahingehend, ob sich die Entscheidungsgrundlage der Behörde bei Meidung des Verfahrensmangels nach den gegebenen Umständen so weit verändern könnte, dass bei realistischer Betrachtung eine andere Entscheidung in Betracht kommt.

Spielen Mängel im Verwaltungsverfahren für die gerichtliche Überprüfung demnach ohnehin keine große Rolle, darf es nicht verwundern, dass die Vorschriften über die Heilung von Verfahrensmängeln während des Prozesses keine praktische Bedeutung haben. Sie sollten auch akademisch nicht überbewertet werden<sup>11</sup>.

Der grundlegende Einwand, in diesem Modell werde zu wenig berücksichtigt, dass den Verwaltungsgerichten im Verhältnis zur Verwaltung eine Kontrollaufgabe und nicht die primärer Rechtsanwendung zukomme<sup>12</sup>, übersieht zweierlei. Zum einen hat der Prozessrechtsgeber namentlich durch die Institute der Untätigkeits- und der Verpflichtungsklage sowie etwa in § 113 Abs. 3, § 114 VwGO eine Systementscheidung für dieses Modell getroffen. Zum andern sind die materiellrechtlichen Anweisungen für das administrative Handeln mit den Maßstäben für die gerichtliche Kontrolle im Grundsatz identisch. Von einer Kontrolle im Sinne einer distanziert-reduzierten Nachprüfung durch die Gerichte kann nur dort die Rede sein, wo etwa durch behördliche Beurteilungsspielräume die Handlungsanweisung und der Kontrollmaßstab auseinander fallen.

11 Vgl. *R. Rudisile*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 94 Rn. 69 ff.; s. nunmehr Art. 1 Nr. 10, 11 RmBereinVpG.

12 Vgl. *U. Ramsauer*, in: AK-GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 103 ff.

## B. Ursachen

Aus der Perspektive des Rechtsschutzes hat das Verwaltungsverfahren also, wie eine gängige Wendung sagt, dienende Funktion und bleibt deshalb, ungeachtet der von ihm sonst erbrachten Leistungen, von geringer Bedeutung. Es bestehen erhebliche Schwierigkeiten, Verfahrensfunktionen, insbesondere »entscheidungsexterne« Verfahrensfunktionen, in den Verwaltungsprozess rechtskonstruktiv einzubeziehen.

### I. Beispiel: Inzidente Normverwerfung durch die Behörde

Diese Schwierigkeiten seien zunächst beispielhaft an einer Entscheidung zur bekannten Frage der behördlichen Normverwerfungsbefugnis, also aus einem eher ungewohnten Blickwinkel erläutert. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>13</sup> hatte unlängst über die Gültigkeit einer Rechtsverordnung einer höheren Naturschutzbehörde zu befinden, mit der ein Naturschutzgebiet ausgewiesen worden war. Für die zugrunde liegende Abwägungsentscheidung kam es darauf an, ob erfasste Grundstücke Baulandqualität hatten. Diese hätte ein vorhandener Bebauungsplan vermittelt, der aber nichtig war. Davon ist auch der Verordnungsgeber ausgegangen. Der betroffene Grundeigentümer machte geltend, die höhere Naturschutzbehörde hätte bis zur Beseitigung des Bebauungsplans durch eine dafür autorisierte Stelle von seiner Gültigkeit ausgehen müssen. Dieses Vorbringen wirft folgende Fragen auf:

(1) Zunächst stellt sich die Vorfrage, ob die Verwerfungskompetenz nach den Rechtssätzen über die Folgen von Rechtsverstößen beim Erlass von Normen, also nach materiellem Recht zu beurteilen ist oder ob es sich um eine Frage des Verfahrensrechts handelt. Das Bundesverwaltungsgericht hat aus der umfassenden Reichweite des Nichtigkeitdogmas, das durch die Planerhaltungsvorschriften des Baugesetzbuchs bestätigt worden ist, abgeleitet, ein Normverwerfungsverbot könne sich allenfalls aus Verfahrensrecht ergeben. Hier von Interesse ist, dass die Zuordnung einzelner Fragen zum materiellen oder zum Verfahrensrecht nicht ohne weiteres vorgegeben ist; darauf ist später zurückzukommen.

(2) Die Frage, aus welchen Rechtssätzen sich ein behördliches Normverwerfungsverbot ableiten ließe, führt zwangsläufig zur Erwägung, in wessen Interesse es stehen könnte. Bei den betroffenen Grundeigentümern geht es

13 BVerwG NVwZ 2001, 1035.

lediglich dahin, rechtzeitig von der Haltung der Behörden unterrichtet zu werden. Das Interesse der Gemeinde an der Wahrung ihrer Planungshoheit gebietet, dass die Gemeinde informiert und ihr genügend Zeit gegeben wird, die städtebaulichen Konsequenzen aus der Nichtigkeit des Bebauungsplans zu ziehen – mehr nicht. Dem Interesse der Allgemeinheit an durch Publizität vermittelte Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber, wie die Ausgestaltung des § 47 VwGO namentlich im Fehlen eines Verwerfungsmonopols zeigt, kein überragendes Gewicht beigemessen. Eine behördliche Vorlagepflicht an das Oberverwaltungsgericht ist daher nicht leicht konstruierbar. Im Übrigen wird Rechtssicherheit in der behördlichen Entscheidungspraxis über den Gleichheitssatz hergestellt. Insgesamt zeigt sich, dass die berührten Bedürfnisse selbständig befriedigt werden können und – vor allem über Sekundäransprüche – sanktioniert sind. Es ist daher schwierig, durch die Konstruktion eines strikten Normverwerfungsverbots eine umfassende, gewissermaßen zweckunabhängige Sanktionierung zu rechtfertigen. Derartige Sanktionen anzuordnen, muss wohl dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

(3) Das Bundesverwaltungsgericht konnte im entschiedenen Fall sämtliche erwähnten Interessen – jedenfalls durch Verfahrensäquivalente – für gewahrt ansehen. Es hat dabei auf ein vor allem im Prozessrecht gängiges, aber nicht darauf beschränktes Argumentationsmuster zurückgegriffen. Danach bleibt in der Regel der Verstoß gegen eine Norm folgenlos, wenn der Normzweck auf andere Weise erreicht wird<sup>14</sup>. Das Beharren auf strikte Normbefolgung gilt als unakzeptable »Förmelei«.

(4) Schließlich sind die möglichen Folgen des Verstoßes gegen ein behördliches Normverwerfungsverbot anzusprechen. Hätte die höhere Naturschutzbehörde ohne konkrete Ermittlungen den Bestand bestimmter zu schützender Pflanzen behauptet, wäre das Gericht auf entsprechende Rüge verpflichtet, selbst den Bestand zu ermitteln. Wird er festgestellt, hat die Behörde »Glück gehabt«. Warum sollte anderes gelten, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidung von der Nichtigkeit eines Bebauungsplans ausgeht und das Gericht erkennt, dass diese Annahme zutrifft? Anders gewendet: Über die Gültigkeit untergesetzlicher Normen zu befinden, ist eine der Gerichtsbarkeit anvertraute Aufgabe. Lässt es sich damit vereinbaren, um der Durchsetzung eines bestimmten, aus Gründen jenseits des konkreten Rechtsstreits angeordneten Gangs des Verwaltungsverfahrens und um der Wahrung behördlicher Kompetenzen willen die Erfüllung dieser Aufgabe zu verweigern?

14 Vgl. C. Ladenburger (Fn. 7), S. 198 ff., 282, 313 ff.

## II. *Vorrang der Sachentscheidung*

Das Beispiel dürfte das Dilemma der Verwaltungsgerichtsbarkeit deutlich gemacht haben. Der Durchsetzung und Wahrung abstrakter Anliegen des Verwaltungsfahrens im konkreten Verwaltungsprozess den Vorrang einzuräumen, auch wenn eine Sachentscheidung möglich und – das kann gar nicht deutlich genug hervorgehoben werden – sowohl vom redlichen Rechtsschutzsuchenden als auch von der Behörde gewünscht ist, steht nicht nur in Widerstreit zur deutschen Verwaltungsrechtstradition, es gibt auch gute Gründe für den generellen Vorrang der Sachentscheidung.

In aller Regel hat vor dem Verwaltungsprozess einungsverfahren stattgefunden, das ungeachtet möglicher Mängel doch die Entscheidungsgrundlagen aufbereitet hat. Fehler, die das Verfahren insgesamt hinfällig erscheinen lassen, gibt es kaum und würden im Prozess nicht unberücksichtigt bleiben<sup>15</sup>. Die Struktur des Verwaltungsverfahrens, soweit es durch das Verwaltungsverfahrensgesetz gesteuert wird, unterscheidet sich nicht grundlegend vom Verwaltungsprozess (darauf ist noch gesondert einzugehen). Eine problemangemessene Erörterung durch das Gericht ersetzt Defizite des Verwaltungsverfahrens; sie erfüllt Funktionen der Information der Öffentlichkeit sowie der Befriedung und Akzeptanz der Entscheidung. Die Legitimationswirkung des gerichtlichen Verfahrens ist wohl immer noch höher als die des Verwaltungsverfahrens und wird von der Exekutive auch genutzt.

Kann das Verwaltungsverfahren im Verwaltungsprozess äquivalent nachgeholt werden, so könnte doch die anfängliche Ergebnisoffenheit des Verwaltungsverfahrens dafür sprechen, Mängel zum Anlass für seine Wiederholung zu nehmen. Die Erwägung trifft allenfalls in seltenen und atypischen Fällen zu.

Erstens schränkt sich die Entscheidungsfreiheit mit zunehmender Stoffsammlung ein. Beispielsweise ergibt sich aus dem Material zur Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden praktisch zwingend, wie das Erstreckungsermessen nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO auszuüben ist. M.a.W. ist das Verwaltungsverfahren auf Sachgesetzmäßigkeiten bezogen, die bei einem entsprechenden Tatsachenbefund einem unbefangenen Handelnden kaum noch Entscheidungsfreiheiten belassen. Verbleibende volitive Elemente können zum Gegenstand der gerichtlichen Erörterung gemacht werden; damit werden Beweggründe aufgedeckt und diskursfähig. An einer Entscheidung allein deshalb festzuhalten, weil sie einmal getroffen worden ist, dürfte wohl keine Behörde imstande sein.

Zweitens sind die Vorgaben des Verwaltungshandelns zu berücksichtigen. Ganz abgesehen von den internen und durch den Gleichbehandlungsgrund-

15 C. Ladenburger (Fn. 7), S. 273 ff.

satz nach außen gekehrten Bindungen bestehen normative Vorgaben nach meinem Eindruck in viel größerem Umfang als gemeinhin angenommen wird. Zwei Beispiele: In Vereinsverbotsachen wird regelmäßig geltend gemacht, bei Gewährung rechtlichen Gehörs hätte die Behörde auf das Verbot verzichtet und sich jedenfalls mit einem milderen Mittel begnügt, um Missstände zu beheben. Dabei wird verkannt, dass der Verbotsbehörde kein umfassendes Entschließungsermessen zusteht, sondern nur ein gewissermaßen taktisches Verschonungsermessen, weshalb die Entscheidung für ein Vereinsverbot nicht hinterfragt werden kann<sup>16</sup>. Der – bekanntlich gescheiterte – Versuch namentlich des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, der Umweltverträglichkeitsprüfung im Planfeststellungsrecht zu eigenständiger Bedeutung zu verhelfen, hatte in concreto zum Ziel, Kriterien für die Entscheidung zwischen zwei Trassenkonfigurationen zu gewinnen. Das Bundesverwaltungsgericht sah die Straßenausbauplanung auch insoweit für verbindlich an. Damit verlor die Umweltverträglichkeitsprüfung so gut wie jede Bedeutung, weil diesbezügliche Defizite keinesfalls die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Trassenvorgabe begründet hätten, und es war sachgerecht, die vorhabenbezogene Relevanz der Mängel bei der Umweltverträglichkeitsprüfung zu verneinen<sup>17</sup>.

### III. *Der Verwaltungsprozess als Verfahren*

Als Verwaltungsrichter kann man sich des Eindrucks kaum erwehren, dass denjenigen, die sich dafür aussprechen, Rechtsfehler des Verwaltungsverfahrens müssten in weiterem Umfang als nach gegenwärtiger Praxis zu einer »Zurückverweisung« der Sache an die Verwaltung führen, nicht in gebotenem Maße klar ist, was in einem Verwaltungsprozess vorgeht. Insbesondere in gerichtlichen Verfahren, die Ermessens-, Prognose- oder Abwägungsentscheidungen zum Gegenstand haben, werden die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen der behördlichen Entscheidungen Punkt für Punkt erörtert und untersucht (»nachgearbeitet«)<sup>18</sup>. Die im Verwaltungsverfahren angelegte Richtigkeitsgewähr wird in das gerichtliche Verfahren hinein fortgedacht. Dieses dient dazu, Stichhaltigkeit und Belastbarkeit behördlicher Ermittlungen, Bewertungen, Gewichtungen und Abwägungen zu eruieren. Punktuelle Mängel des vor Gericht ausgebreiteten Abwägungsgeflechts kann das Gericht grundsätzlich deshalb beheben, weil ihm in der Regel gleiche Erkenntnismittel wie der Behörde zur Verfügung stehen (deshalb geht der Vergleich mit der Zurückverweisung einer Sache durch das Revisionsgericht an die Tatsachen-

16 Vgl. zur Normstruktur BVerwG Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 30 S. 15 f.

17 Vgl. im einzelnen BayVGH DVBl 1994, 1198 ff.; BVerwGE 100, 238; 100, 370.

18 Nachw. bei E: Schmidt-Aßmann (Fn. 1), S. 188 ff., 200 f.



instanz bei Verfahrensmängeln fehl). Soweit dies ausnahmsweise nicht möglich ist – sei es dass das Gericht keine vergleichbaren Erkenntnismöglichkeiten hat, sei es dass die behördliche Abwägung wegen des Mangels insgesamt hinfällig ist –, kommt eine Fehlerkompensation im gerichtlichen Verfahren nicht in Betracht, und die Sache bedarf erneuter Befassung durch die Behörde. In der Logik dieses Überprüfungssystems liegt es, dass punktuelle Mängel, die auch nach gerichtlicher Befassung maßgeblich bleiben, in einem ergänzenden Verfahren behoben werden.

Die Unterscheidung von Verfahrensmängeln und Fehlern in der Anwendung materiellen Rechts verliert demnach vor Gericht weithin an Bedeutung. Vornehmlich werden Verstöße in Bezug auf die Gewährung rechtlichen Gehörs und Sachaufklärungspflichten häufig im gerichtlichen Verfahren aufgefangen. Das Verwaltungsverfahren wird nur scheinbar gerichtlicherseits negiert, und erst recht werden nicht etwa administrative Entscheidungsbefugnisse usurpiert. Vielmehr dürfte die starke Relativierung des Verfahrensgedankens von daher zu erklären sein, dass sich die normativen Vorgaben auf bestimmte Sachgesetzmäßigkeiten beziehen und deren Zusammenspiel – trotz vordergründig lediglich finaler Steuerung des Verwaltungshandelns – im Einzelfall tatsächlich eine hohe Regelungsdichte bewirkt. Behördliche Entscheidungen haben rational und diskursfähig zu sein. Als solche stehen sie vor Gericht auf dem Prüfstand. Ergibt der Diskurs vor und mit dem Gericht, dass kein Beteiligter vernünftige Gründe für ein alternatives Verhalten der Behörde angeben kann – man spricht nicht ohne Grund von der »erschöpfenden Erörterung« –, wäre es schwerlich rational, gleichwohl die strittige Verwaltungsentscheidung zu kassieren<sup>19</sup>.

#### IV. *Würdigung der Beschleunigungsgesetze*

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der deutsche Verwaltungsprozess ist so ausgestaltet, dass Mängel des Verwaltungsverfahrens in ihm weithin aufgefangen werden können. Das Verwaltungsverfahren ist als primäres Medium der Rechtsverwirklichung unverzichtbar. Kommt es aber zum Rechtsstreit, tritt es zurück und fungiert der Sache nach als »Vorverfahren«. Eine Neuauflage des Verwaltungsverfahrens kommt nur dann und insoweit in Betracht, als das behördliche Ausgangsverfahren im Prozess keine äquivalente Fortsetzung finden konnte.

Der Gesetzgeber hat in der Beschleunigungsgesetzgebung diese Strukturen aufgegriffen und damit die Idee und Wirklichkeit verwaltungsgerichtlichen

19 Als Beispiel dafür, daß Sachgesetzmäßigkeiten Ermessensräume fordern, vgl. BVerwGE 108, 1.

Prozedierens besser erfasst als die meisten seiner Kritiker. Dass er damit im Interesse der Verwirklichung des materiellen Rechts zugleich die Verwaltungsgerichte in die Pflicht genommen hat, kann schwerlich missbilligt werden – der Verdacht, dass behördliche Verfahrensfehler sowohl dem bequemen wie dem übereifrigen Richter willkommen sein könnten, dürfte nicht zur Gänze unbegründet gewesen sein.

Der Einwand, die Heilungsvorschriften etwa der ehemaligen § 87 Abs. 1 Nr. 7, § 94 Satz 2 VwGO machten das Gericht zum Streithelfer der Behörde – Verletzung der Waffengleichheit – und untergruben das Vertrauen in die Neutralität der Rechtsprechung, übersieht nicht nur die allseitige und umfassende prozessuale Fürsorgepflicht des Gerichts, sondern verfängt vor allem vor der modellprägenden Prämisse nicht, dass das Gericht die Übereinstimmung des streitigen Rechtsverhältnisses mit dem materiellen Recht herstellen soll. Die These, Heilungsmöglichkeiten und Unbeachtlichkeitsvorschriften verführten die Bediensteten zu einem laschen Umgang mit dem Verfahrensrecht, verkennt die Einbindung der Bediensteten in das behördliche Handlungs- und Verantwortungsgeflecht und die damit verbundenen formellen – etwa des Dienst- und des Haftungsrechts – wie vor allem der informellen Kontrollen – etwa über Beschwerden und die Öffentlichkeit. Deshalb büßt auch die Erwägung an Überzeugungskraft ein, aus dem Fehlen einer Primärsanktion sollte um größerer Ehrlichkeit willen auf die Normierung rechtsstaatlich nicht gebotener Verfahrensanforderungen verzichtet werden<sup>20</sup>.

Die Neufassung der Unbeachtlichkeitsklausel des § 46 VwVfG (»wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat«) sowie die korrespondierenden fachrechtlichen Bestimmungen tragen dem Umstand Rechnung, dass, wie angedeutet, die Entwicklung der Ermessens- und Abwägungskontrolle zu einer weitgehenden Durchdringung des Entscheidungsstoffs vor Gericht führt und die Vorgaben für die behördliche Entscheidung sehr dicht sind. Die Sachkunde der Richter und eine »erschöpfende« Erörterung durch das Gericht tragen dazu bei, dass Fälle praktischer Alternativenlosigkeit häufig anzutreffen sind. Der anfängliche Verdacht, Gerichte könnten namentlich im Großvorhabensrecht eigene Vernünftighkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen durchsetzen, hat sich nicht bestätigt. Vielmehr argumentieren die Gerichte bei der Anwendung dieser Klauseln erkennbar innerhalb der Sachlogik der behördlichen Entscheidungen, also innerhalb dessen, was die demokratisch legitimierte Verwaltung an Erwägungen vorgegeben hat.

Auf eines ist allerdings vorsorglich noch hinzuweisen: Die Praxis des Verwaltungsverfahrens entspricht in aller Regel rechtsstaatlichen Grundanforderun-

20 Vgl. J. Pietzcker, Verfahrensrechte und Folgen von Verfahrensfehlern, FS Maurer, 2001, S. 695, 707 ff.

gen, und Probleme entstehen eher im Ziselierungsbereich. Die Zurücknahme verwaltungsgerichtlicher (Primär-) Kontrolle trägt dem Rechnung. Die einschlägigen Bestimmungen erlauben aber flexible Reaktionen. Sollten sich – etwa bei planerischen Abwägungen – zunehmend Mängel einstellen, kann und muss nach dem Gesagten die richterliche Auffangtätigkeit reduziert werden.

### *C. Relativierungen und Perspektiven*

Bereits ein kursorischer Blick in die Kommentare zum Verwaltungsverfahrenrecht zeigt, dass die Judikatur ungeachtet der dargelegten Relativierungen diesem Rechtsgebiet die wesentlichen Impulse gibt. Auf der anderen Seite wird die »Justizlastigkeit« des Verwaltungsverfahrenrechts beklagt. Erwägungen zur Frage, inwiefern die Verwaltungsgerichte zur Stärkung des Verfahrensgedankens im Verwaltungsrecht eingesetzt werden können und sollen, stehen vor einem gewissen Dilemma. Es geht wohl nicht an, die Emanzipation des Verwaltungsverfahrens von der Justiz zu fordern und diese zugleich durch einen Ausbau des Regimes der Verfahrensfehlerfolgen zu dessen Durchsetzung nutzbar zu machen. Im Folgenden werden daher lediglich einige Anmerkungen aus der Sicht eines Richters angedeutet.

Nach geltendem Recht diszipliniert bereits die Möglichkeit eines Anfechtungsstreits das behördliche Vorgehen, weil in der Spruchpraxis häufig Verfahrensfehler untersucht und erst danach ihre Heilung oder Unbeachtlichkeit dargelegt werden. Die Behörde muss also mit einer öffentlichen Erörterung rechnen. Wir haben es mit dem in der Rechtsordnung und auch im Umgang mit den Gerichten wohl nicht seltenen Phänomen zu tun, dass ein Akteur sich zu einem bestimmten Verhalten veranlasst sieht, weil das Verhalten eines anderen Akteurs ungewiss ist. Dabei kann es bewenden.

Das Verwaltungsverfahrenrecht ist aber auch in nicht zu unterschätzendem Umfang zum selbständigen Gegenstand gerichtlicher Überprüfung gemacht, und zwar bezeichnenderweise außerhalb des Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG. Zu erwähnen sind etwa kommunale und universitätsinterne Organstreitverfahren, das für die Aufgabe der Verwaltungsreform bedeutsame Personalvertretungsrecht sowie gesetzliche Verbandsbeteiligungen, die absolute Verfahrensrechte vermitteln. Wesentlich verfahrensrechtlich geprägte Materien wie das (nichtstaatliche) Wahl- oder das Parteienfinanzierungsrecht weisen bereits größere Nähe zum herkömmlichen Rechtsschutz auf. Klarstellungen in der Art des § 97 Abs. 7 GWB (»Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren

einhält«) finden sich meines Wissens in den den Verwaltungsgerichten anvertrauten Materien nicht. Vor diesem Hintergrund dürften rechtspolitische Ansätze im Sinne verschärfter Verfahrensfehlerfolgen allenfalls materienbezogen in Betracht kommen.

Als Hindernis für eine wirksame – im Sinne einer umfassenden – Verfahrensrechtskontrolle werden nicht selten die Subjektivierung des Rechtsschutzes und die damit verbundene Einengung des gerichtlichen Blickwinkels genannt. Ob diesem Gesichtspunkt neben den zuvor erörterten wirklich erhebliches Gewicht zukommt, ist zu bezweifeln. Davon abgesehen, ist bereits der Ausgangspunkt zu relativieren. Die Bestimmung der Klagebefugnis nach der Möglichkeitstheorie erlaubt die Untersuchung von Verfahrensrecht auch ohne Bezug zum subjektiven Recht, wenn auch nicht die Feststellung eines Verstoßes. So ist z.B. das Bundesverwaltungsgericht bei der Klärung der Antragsabhängigkeit von Leistungen zur Parteienfinanzierung vorgegangen<sup>21</sup>. Ferner ist auf die Antragsbefugnis nach § 47 VwGO hinzuweisen, die jedenfalls im Bauplanungsrecht entgegen der Intention des Gesetzgebers nach wie vor im Sinne einer Interessentenklage gehandhabt wird und zu einer objektiven Verfahrenskontrolle führt<sup>22</sup>. Auch bietet die Bestimmung wehrfähiger subjektiver Rechte, namentlich von Ansprüchen auf Einbeziehung schutzwürdiger Interessen in die behördliche Abwägung manchen Spielraum<sup>23</sup>.

Dies führt zur Erwägung, Verbandsklagemöglichkeiten zu erweitern. Voraussetzung ist, dass dies nur punktuell erfolgt. Ferner muss der Gesetzgeber das gerichtliche Prüfprogramm klar festlegen und so das gerichtlicher Kontrolle immanente Gebot strikter Selektivität sichern. Nur unter diesen Voraussetzungen kann das mit Verbandsklagen verbundene Legitimationsproblem einigermaßen bewältigt werden. Die Diskussion beispielsweise der Klagebefugnis der Nutzer von Telekommunikationsdienstleistungen gegen die nachträgliche Regulierung von Entgelten gemäß § 30 TKG weist auch insoweit auf die Besonderheiten der Materie und also in das Fachrecht<sup>24</sup>.

Im Zusammenhang mit der Bewältigung von Mängeln des Verwaltungsvorgangs wird immer wieder vorgetragen, die Gerichte müssten dafür sorgen, dass eine der ursprünglich ergebnisoffenen Ausgangslage möglichst nahe kommende Situation hergestellt wird, und dies erfordere grundsätzlich die »Zurückverweisung« an die Behörde; insbesondere, wird argumentiert, dürfe der Zeitablauf der Behörde nicht zugute kommen. Abgesehen davon, daß, wie erwähnt, die Prämisse meist nicht zutrifft, fragt sich jedoch, ob die Rechtsordnung nicht eher an den tatsächlichen Gegebenheiten orientiert sein sollte, auch

21 BVerwGE 111, 175.

22 Vgl. BVerwGE 107, 215.

23 Vgl. BVerwGE 95, 25; 102, 12; 112, 51; gegenläufig allerdings BVerwG NVwZ 2001, 427 – Sperrgrundstück.

24 Vgl. VG Köln vom 26. Oktober 2000 – 1 K 3378/99.

wenn dabei gewisse Einbußen an Normerfüllung in Kauf zu nehmen sind. Niemand steigt zweimal in denselben Fluss, und bereits der Umstand, dass die Behörde eine bestimmte Entscheidung getroffen hat, hat die Gesamtlage verändert. Ist danach – von extremen Fällen wie nichtigen Verwaltungsakten abgesehen – nicht eine diskursive Erörterung vor Gericht in der geschilderten Art mit der forensischen Möglichkeit flexibler Korrekturen (Kompensationen, Ergänzungen, vergleichswisen Leistungen usw.) einer rigiden Verfahrenskontrolle vorzuziehen, deren Erfolglosigkeit in der Sache auf der Hand liegt?

Der Umstand, dass die Abwägungskontrolle nach deutschem Recht die Kontrolle des Abwägungsvorgangs umfasst, führt, wie schon angedeutet, zu einer Überlagerung materieller und formeller Prüfungsmaßstäbe. Das Gebot etwa, dass das behördliche Abwägungsmaterial für eine sachgerechte Problembewältigung hinreichend konkret sein muss, enthält implizit Verfahrensanweisungen, die aber im Rahmen gerichtlicher Kontrolle materiellrechtlich abgearbeitet werden. Entsprechendes gilt für die das materielle Recht in das Verfahrensrecht umsetzenden Gebote etwa der Betroffenenermittlung und -beteiligung. Die zunächst für Planabwägungen entwickelte prozesshafte Bewältigung des Streitstoffs vor Gericht bildet ein Grundmuster für die gerichtliche Überprüfung jeder Art final gesteuerten Verwaltungshandelns. Die Weiterentwicklung und praktische Entfaltung dieses Ansatzes dürfte der Sache und allen Beteiligten mehr dienen als rechtspolitische Maßnahmen zugunsten einer reinen Verfahrensüberprüfung.

Zu unterstreichen ist allerdings, dass im Verfahrensrecht angelegte Differenzierungen nicht im Einheitstopf der Abwägungskontrolle untergehen dürfen. So bestehen nach wie vor Zweifel, ob es der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) gerecht wird, sie als Verfahrensinstrument ohne eigenständige Bedeutung zu verstehen mit der Konsequenz, dass sich die gerichtliche Überprüfung nicht von der allgemeinen Abwägungskontrolle unterscheidet. Wenn das Recht der UVP hingegen auch auf das materielle Recht Einfluss nimmt, indem es etwa die Entwicklung bestimmter Standards verlangt und insoweit der Behörde besondere Beurteilungsermächtigungen einräumt, die diese wahrnehmen muss, sind der gerichtlichen Nachbearbeitung andere und engere Grenzen als bei der allgemeinen Abwägungskontrolle gesetzt<sup>25</sup>. Es handelt sich jedoch zuzugebendermaßen nur um einen graduellen Unterschied, der die Eignung der Abwägungskontrolle nicht in Frage stellt, gerade den Überschneidungsbereich zwischen Verfahrens- und materiellem Recht handhabbar zu machen.

25 So BayVGH DVBl 1994, 1198 ff.; für die Gegenposition *E. Hien*, Die Umweltverträglichkeitsprüfung in der gerichtlichen Praxis, in: Gesellschaft für Umweltrecht, Dokumentation zur 20. Umweltrechtlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 1997, S. 141 ff.; s. auch *C. Ladenburger* (Fn. 7), S. 275 f., 311 ff.

Die bisherigen Ausführungen legen nahe, dass ich die Ansicht für verfehlt halte, die Fortsetzungsfeststellungsklage sei gegeben, wenn der Aufhebungsanspruch etwa an § 46 VwVfG scheitert<sup>26</sup>. Ihr ist entgegen zu halten, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in den diskutierten Fällen der Verfahrensfehler nicht streitentscheidend sein soll. Dies steht auch einem gerichtlichen Feststellungstenor entgegen. Auf die verschiedenen Konstruktionen der »Heilungsvorschriften« kommt es nicht an. In dem Vorschlag wird – und deshalb wird er hier erwähnt – eine – es sei der Ausdruck erlaubt – gewissermaßen archaische Sehnsucht nach plakativer Sanktionierung behördlicher Verfahrensfehler sichtbar. Sicherlich stellen Verstöße gegen das Verwaltungsverfahren aus rechtsstaatlicher Sicht ernst zu nehmende Regelverletzungen dar. Dies besagt aber nichts über die angemessene Sanktionierung. Aus der Bezeichnung des Verwaltungshandelns als rechtswidrig lassen sich schwerlich Folgerungen ziehen<sup>27</sup>.

Vorgaben der EG dürften, wie am Beispiel des Vergaberechts<sup>28</sup> zu sehen, die Richtigkeitsgewähr durch Verfahren in den Bereich des subjektiven Rechtsschutzes hinein erweitern. Die Umweltrechtler dürften e.g. darin übereinstimmen, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften auf entsprechende Anfrage hin ein weites subjektives Recht auf Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung für gegeben erachten würde<sup>29</sup>. Ebenso besteht aber auch wohl Einigkeit, dass sich der EuGH einer Prüfung, ob ein etwaiger Fehler überhaupt erheblich geworden ist, nicht verschließen würde; anders dürfte die Entscheidung Großkrotzenburg kaum zu lesen sein<sup>30</sup>. Die Rechtsentwicklung im EG-Recht führt allerdings, soweit dies heute abschätzbar ist, nur zu einer punktuellen Korrektur, zwingt aber nicht zu einem Paradigmenwechsel in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung.

Damit ist noch nicht gesagt, ob sich die Verwaltungsrechtsprechung nicht im Sinne einer Konvergenz der europäischen Kontrollsysteme mehr auf eine Verfahrenskontrolle besinnen und vorhandene Spielräume nach französischem Vorbild nutzen sollte. C. Ladenburger hat in seiner Arbeit über die Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht<sup>31</sup> indes ein äußerst differenziertes Bild gezeichnet, wie in beiden Rechtsordnungen die bei der Bewältigung von Verfahrensfehlern auftretenden Zielkonflikte bewältigt werden, ohne zu signifikant divergierenden Ergebnissen zu kommen. An dieser Stelle ist vornehmlich nochmals an die Entwicklung

26 F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 113 Rn. 107 f. m.w.N.

27 Zum Ganzen E. Schmidt-Aßmann (Fn. 2), Rn. 32 ff.

28 Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989, geändert durch Richtlinie 92/50/EWG vom 18. Juni 1992, sowie Richtlinie 92/13/EWG vom 25. Februar 1992.

29 Vgl. Schoch NVwZ 1999, 457, 462 f., 466 m.w.N.; zur früheren (?) Sicht BVerwGE 100, 238, 251 ff.

30 Entscheidung vom 11. August 1995 – Rs. C 431/92 – Slg 1995, I 2189 = NVwZ 1996, 369.

31 S. Fn. 7.

der Abwägungskontrolle und ihr Potenzial zu erinnern. Inwieweit eine reine Verfahrenskontrolle der Abwägungskontrolle überlegen wäre, ist auch im Rechtsvergleich nicht zu erkennen.

Ein letzter Gesichtspunkt: Das Verwaltungshandeln unterliegt vielfältiger Steuerung. Es besteht ein differenziertes Kontrollsystem mit verschiedenen selbständigen Kontrollinstanzen. Diese erbringen jeweils spezifische Leistungen<sup>32</sup>. Übersanktionierungen (»Kontrolle der Kontrolle der Selbstkontrolle«) können nicht erwünscht sein. Von diesem Ansatz her erscheint es folgerichtiger, die Aufgabe der Verwaltungsgerichte auf ihre Kernaufgabe des Individualrechtsschutzes zurückzuführen – dies ist wohl auch die tatsächliche Tendenz der Gegenwart und im Hinblick auf eine hysterisierbare Öffentlichkeit vielleicht sogar anzustreben – als ihnen weitere zu geben. So dürfte es dem kooperativen Anliegen des Neuen Steuerungsmodells wohl kaum entsprechen, Zielvereinbarungen justiziabel zu machen<sup>33</sup>.

#### D. Fazit

Trennungsprinzip oder funktionaler Zusammenhang – das war sinngemäß die Ausgangsfrage. Nimmt man den Verfahrensgedanken im Verwaltungsrecht ernst, kann er sich nicht auf das Verwaltungsverfahren beschränken, sondern ist auch bei der Handhabung und Würdigung des gerichtlichen Verfahrens zu entfalten. Bei dieser Sichtweise ergänzen sich Verwaltungs- und Gerichtsverfahren – sie sind »integrativ« zu erfassen<sup>34</sup>. Das gerichtliche Verfahren kann Mängel des behördlichen Verfahrens in weitem Umfang kompensieren. Dieser funktionale Zusammenhang findet sich im Verfahrensfehlerrecht wieder. Die viel gescholtene Beschleunigungsgesetzgebung hat das dargestellte, im deutschen Rechtsschutzsystem angelegte Zusammenspiel lediglich entfaltet und bestätigt.

32 Vgl. H. Schulze-Fielitz, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 291 ff.

33 J. Ziekow, Modernisierung des Verfahrensrechts, in: K. König/D. Merten, Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 69, 77.

34 J. Ziekow (Fn. 33), S. 69, 83 f.

