

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

Gerichte als Reparaturhelfer für fehlerhafte Verwaltungsentscheidungen?

Vortrag

69. Deutscher Anwaltstag in Mannheim

7. Juni 2018

1. Fragestellung

Prozesse, die Klagen gegen Zulassungsbescheide für Infrastrukturvorhaben betreffen, decken praktisch immer größere oder kleinere Fehler auf: Fehler im Verwaltungsverfahren, im Abwägungsvorgang, in der Ausübung des Genehmigungs- oder Planungsermessens. Einige dieser Fehler sind irreparabel; der Zulassungsbescheid muss dann aufgehoben werden. Andere Fehler hingegen lassen sich nachträglich reparieren. Nur von solchen heilbaren Mängeln ist im Folgenden die Rede.

Dabei soll die Unterscheidung zwischen heilbaren und nicht heilbaren Fehlern als solche nicht problematisiert werden - also weder dass es überhaupt heilbare Fehler gibt noch ob die Grenzlinie zwischen beiden Kategorien überall zutreffend gezogen wird. Das soll hier vorausgesetzt werden; es würde sonst den Rahmen sprengen. Ebenfalls soll hier als gegeben vorausgesetzt werden, dass die Reparatur noch während des laufenden Prozesses und auch noch nach

dessen Abschluss erfolgen kann. Es interessiert allein, welche Rolle das Gericht hierbei spielt, und welche Auswirkung dies auf die Stellung des Gerichts und des Richters hat.

Die einschlägigen Vorschriften des Verwaltungsverfahrens- und des Prozessrechts betreffen praktisch durchgängig umweltrelevante Verwaltungsentscheidungen. Einige finden sich im Planfeststellungsrecht oder im Umweltrechtsbehelfsgesetz, was ihren Anwendungsbereich von vornherein definiert. Andere finden sich im allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und -prozessrecht. Sie sind deshalb auch außerhalb des Umwelt- und Planungsrechts anwendbar. Das besitzt aber keine prinzipielle Relevanz; nur im Umwelt- und Planungsrecht tragen sie zu der besonderen Problematik bei, von der hier die Rede sein soll.

2. Fallgestaltungen

Dass die Behörde eine als mangelhaft erkannte Verwaltungsentscheidung, wo dies rechtlich möglich ist, noch nachträglich repariert, ist nichts Besonderes. Interessant ist, wie ihre Erkenntnis der Mangelhaftigkeit zustande kommt. Natürlich mag die Einsicht einmal selbst gewonnen werden. Auch kann der Klagevortrag die Behörde überzeugen. All dies ist unproblematisch. Problematisch ist, wenn die Erkenntnis auf Hinweise des Gerichts zurückgeht.

Solche Hinweise sind geradezu alltäglich. Vier Fallgestaltungen lassen sich unterscheiden. Von hinten nach vorne: Entweder die Hinweise finden sich im prozessbeendenden Urteil; dann wird die Verwaltungsentscheidung nicht aufgehoben, sondern lediglich für nicht vollziehbar erklärt, solange die Behörde nicht die beanstande-

ten Mängel behoben hat. Denkbar sind auch Beanstandungen im erstinstanzlichen Urteil, wenn die Behörde zum Zwecke der Fehlerbehebung Berufung einlegen kann. Hinweise kann das Gericht drittens auch in einem förmlichen Hinweisbeschluss geben, der nach der mündlichen Verhandlung erlassen wird, sofern die Sache - etwa wegen einer ausstehenden Vorabentscheidung des EuGH - noch nicht entscheidungsreif ist, wie dies im Prozess um die Elbvertiefung geschah. Oder schließlich das Gericht gibt schon im vorbereitenden Verfahren Hinweise, die die Behörde zu Heilungsmaßnahmen veranlassen.

Im ersten Fall erfolgt die Reparatur erst nach beendetem Prozess, in den anderen während des laufenden Prozesses. Im vierten Fall kommt der Hinweis oft nur von einem Mitglied des Spruchkörpers, zumeist vom Berichterstatter, und schon im vorbereitenden Verfahren, in den übrigen Fällen vom Kollegium insgesamt und aufgrund mündlicher Verhandlung. Ein prinzipieller Unterschied besteht gleichwohl nicht. Stets geht es um eine Reparatur; überall wird der Reparaturbedarf vom Gericht identifiziert; und auch im ersten Fall besteht der Zusammenhang mit dem Prozess - trotz dessen Beendigung - fort: Die Sache wird nicht etwa wieder neu aufgesetzt, vielmehr beschränkt sich das ergänzende Verfahren auf die bemängelten Punkte und auf die hiervon Betroffenen; alle anderen Einwände gegen die Zulassungsentscheidung sind rechtskräftig abgewiesen. Dass kein prinzipieller Unterschied besteht, heißt nicht etwa, dass auch in praxi keine Unterschiede bestünden. Es werden aber dieselben prinzipiellen Fragen aufgeworfen.

3. Die Unabhängigkeit des Gerichts und die Neutralität des Richters

Hinweise des Gerichts an die Verwaltung berühren die Unabhängigkeit des Gerichts und die Neutralität des Richters. Beide Aspekte, die häufig mit dem Schlagwort von der richterlichen Unabhängigkeit zusammengefasst werden, sollten deutlich unterschieden werden.

Mit dem Begriff der Unabhängigkeit soll die institutionelle Geschiedenheit der rechtsprechenden Gewalt von der vollziehenden Gewalt und damit ein Element des Grundsatzes der Gewaltenteilung bezeichnet werden. Auf dem Prüfstand stehen insofern die allgemeinen Rechtsnormen, welche das beiderseitige Verhältnis bestimmen. Zu diskutieren sind also die Vorschriften, welche richterliche Hinweise an die Verwaltung erlauben oder geradezu vorsehen. Die Hinweise durch Urteil, welche ein ergänzendes Verfahren veranlassen, regeln § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG und § 214 Abs. 4 BauGB. Dass die Behörde auf Hinweise im erstinstanzlichen Urteil in einem Berufungsverfahren reagieren kann, ermöglichen § 45 Abs. 2 VwVfG und § 114 Satz 2 VwGO. Bei richterlichen Hinweisen schon während des Prozesses liegt die Sache verwickelter. Mit der 6. VwGO-Novelle war mit Wirkung von Anfang 1997 an die Möglichkeit begründet worden, das gerichtliche Verfahren auf Antrag nicht nur, aber auch der Behörde zum Zwecke der Fehlerheilung auszusetzen (§ 94 Satz 2 VwGO a.F.). Diese Möglichkeit wurde Ende 2001 wegen rechtsstaatlicher Bedenken wieder beseitigt, fünf Jahre später aber für den engeren Anwendungsbereich des Umweltrechtsbehelfsgesetzes wieder erwähnt (§ 4 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 UmwRG a.F.) und 2017 erneut ausdrücklich vorgesehen (§ 4

Abs. 1b Satz 3 UmwRG). Ob der Aussetzungsantrag der Behörde durch richterliche Hinweise veranlasst werden darf, wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, dürfte aber hinzuzudenken sein; § 87 Abs. 1 Nr. 2 VwGO und § 86 Abs. 3 VwGO erlegen dem Gericht ja die Pflicht zur offenen Erörterung der Sache nicht erst im Verhandlungstermin auf. Insgesamt geht das Gesetz also zumindest im Bereich des Umwelt- und Planungsrechts von der Zulässigkeit richterlicher Hinweise zur behördlichen Fehlerheilung aus, und es fragt sich, ob dies mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar ist.

Neben die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit tritt die individuelle Neutralität des Richters. Der Richter muss unbeteiligter Dritter sein, muss also Distanz zu den Beteiligten wahren, die zum einen gegenüber beiden Streitparteien grundsätzlich gleich und zum anderen hinlänglich groß ist. Das ist ein allgemeines Gebot der gerichtlichen Rechtspflege, welches durch die Vorschriften über den Ausschluss und die Ablehnung von Gerichtspersonen wegen der Besorgnis der Befangenheit geregelt und im Übrigen durch ungeschriebene Regeln des richterlichen Berufsethos geprägt wird. Es liegt nahe, dass Hinweise des Gerichts an die eine Seite - an die in aller Regel beklagte Behörde - Fragen zur richterlichen Neutralität aufwerfen können.

4. Planerhaltung und Gewaltenteilung

a) Betrachten wir zunächst den Grundsatz der Gewaltenteilung. Hier geht es nicht um individuelle Grenzüberschreitungen, sondern um die Ordnung des institutionellen Verhältnisses zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung. Gerade bei den Verwaltungsgerichten ist dieses Verhältnis tendenziell prekär; erinnert sei nur an die

institutionellen Verschränkungen in manchen Ländern außerhalb Deutschlands, namentlich in den Ländern mit dem französischen Staatsratsmodell. Wir wissen, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung in besonderem Maße der gesetzlichen Ausgestaltung unterliegt und zahlreiche Durchbrechungen zulässt, solange er als Grundsatz noch erkennbar bleibt, dass aber gerade im Verhältnis der politisch aktiven „Gewalten“ der Legislative, der Regierung und der Verwaltung zu der prinzipiell unpolitischen und passiven Rechtsprechung die Trennlinie schärfer gezogen werden muss. Auch dann aber sind die Maßstäbe hochabstrakt und produzieren nicht unvermittelt eindeutige Ergebnisse. Es bedarf einer genaueren Analyse.

b) Diese muss zunächst die Zwecke der in Rede stehenden Vorschriften in den Blick nehmen. Die Gesetzesmaterialien nennen die **Stichwörter** „Verfahrensbeschleunigung“ und „Planerhaltung“. Obwohl sie in engem Zusammenhang miteinander stehen, kennzeichnen sie doch unterschiedliche Aspekte:

Beschleunigt werden sollte nicht der singuläre Prozess, sondern das gesamte Verfahren zur Zulassung eines Vorhabens. Das Mittel der Beschleunigung ist, wo irgend möglich, die Konzentration der gerichtlichen Überprüfung in nur einem Prozess. Vermieden werden soll ein Ping-Pong zwischen Verwaltung und Gericht, was sich schon wegen des regelmäßig immensen Verfahrensaufwands und wegen der Bedeutung von Infrastrukturvorhaben für die Allgemeinheit schlechterdings nicht rechtfertigen ließe. Das Gericht soll veranlasst werden, sich nicht auf einen Kassationsgrund zu beschränken, sondern die Sache sogleich umfassend zu prüfen. Zugleich soll möglichst vermieden werden, dass die Verwaltungsge-

richte durch wiederholende Klagen zur Totalverhinderung von Infrastrukturvorhaben instrumentalisiert werden.

Heilbare von unheilbaren Fehlern zu unterscheiden und die Reparatur heilbarer Fehler noch während des Prozesses oder in einem ergänzenden Verfahren zu erlauben, akzentuiert dabei noch den Gedanken der Planerhaltung. Das stellt nicht zuletzt eine Reaktion auch auf Komplexität - und damit auf die Fehleranfälligkeit - von Großverfahren dar; Fehler passieren hierbei praktisch immer, und nicht alle Fehler haben dasselbe Gewicht. Es stellt aber auch eine Reaktion auf die Flexibilität und Entwicklungsoffenheit der Rechtsprechung dar. Diese Flexibilität ist erwünscht; sie ist geradezu ein Merkmal der gerichtlichen Rechtspflege in Deutschland. Ihr Preis ist freilich eine verminderte Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Prozesses; nicht selten kommen dem Gericht erst im Prozess neue Ideen, mit denen die Beteiligten zuvor nicht rechnen konnten oder mussten. Auch dies spricht dafür, es mit den Folgen solcher Innovationen nicht zu übertreiben.

c) Diesen Zwecken der gesetzlichen Regelung müssen deren Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Exekutive und Judikative gegenübergestellt werden. Auch insofern lassen sich zwei Aspekte hervorheben, die in Zusammenhang stehen:

Zum einen fällt die zeitliche Dimension ins Auge: Der Prozess ist nicht länger allein nachgängige Kontrolle von etwas Abgeschlossenem, sondern gerät zugleich zu einer Art begleitenden Kontrolle. Das darf allerdings lediglich Nachsteuerungen, Randkorrekturen und kleinere Ergänzungen betreffen; die Verwaltungsentscheidung muss im Kern dieselbe bleiben. Insofern bleibt das Vorher-Nachher

von Verwaltungsentscheidung und gerichtlichem Urteil im Grundsatz gewahrt.

Zum anderen verschiebt sich die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das strenge Vorher-Nachher weist der Behörde nicht nur die erste, sondern die einzige Gemeinwohlformulierung zu; das Gericht überprüft diese allein auf deren Gesetzmäßigkeit hin, nach deutschem Modell im Wege der kontradiktorischen Streitentscheidung. Hierzu wird der Streitstoff mit dem Klageeingang fixiert und gegen nachträgliche Veränderungen immunisiert. Werden nachträgliche Veränderungen zugelassen, so erschwert dies zunächst nur die gerichtliche Beurteilung. Wirkt das Gericht aber in irgendeiner Form an der nachträglichen Veränderung mit, so gerät es insoweit vom Kontrolleur zum Miturheber der Verwaltungsentscheidung.

Dieser Funktionswandel läuft mit Anstößen parallel, die der deutsche Verwaltungsprozess jedenfalls im Sachbereich des Umweltrechts durch das Unionsrecht empfängt. Hier wird der klassische kontradiktorische Streit, der klagenden Bürger und beklagte Behörde auf Augenhöhe einander gegenüber- und ein Gericht als unabhängigen Dritten dazwischen oder darüber stellt, tendenziell durch ein Modell nur begleitender gerichtlicher Verwaltungskontrolle wenn nicht ersetzt, so doch ergänzt und tendenziell überlagert, dessen Augenmerk zwar auf die Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gerichtet ist, aber nicht obendrein darauf, dass derjenige am Ende gewinnt, der am Anfang schon die besseren Karten hatte. Allerdings, das sei eingeräumt, geht das Unionsrecht von weniger diskursfreudigen Richtern aus, als in Deutschland heutzutage üblich.

d) Mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung ist alles dies nur dann vereinbar, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind.

Zum einen muss die gerichtliche Verwaltungskontrolle im Grundsatz nachgängige Verwaltungskontrolle bleiben. Nachbesserungen während des Prozesses dürfen also nur Randfragen betreffen und müssen den Kern der angefochtenen Verwaltungsentscheidung unberührt lassen.

Zum zweiten müssen sich richterliche Hinweise zweifelsfrei auf Fragen der Rechtmäßigkeit beschränken und Fragen der Zweckmäßigkeit oder andere Wertungsfragen ausklammern. Besonders in materiellrechtlichen Fragen der Ausübung des Genehmigungs- oder Planungsermessens ist Zurückhaltung angesagt.

Schließlich sind Hinweise auf Gesetzesverletzungen erlaubt, Empfehlungen zur Fehlerkorrektur hingegen nicht. Die Kontrolle beschränkt sich darauf, Defizite zu identifizieren; ihre Aufgabe ist es nicht, dafür zu sorgen, dass die Defizite auch beseitigt, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung also erst hergestellt wird. Vor allem ist es nicht ihre Aufgabe, die Verwaltung darin zu beraten, auf welchem Wege dies am besten und sinnvollsten zu bewerkstelligen wäre.

5. Machen Hinweise befangen?

Der Richter muss unbeteiligter Dritter sein. Es muss also neutral, darf nicht parteiisch sein. Gesichert wird dies durch die Regeln über den Ausschluss und - was hier interessiert - die Befangenheit von Richtern.

Auch die Befangenheitsregeln weisen wiederum zwei Aspekte auf. Sie verbieten zunächst die Einseitigkeit. Richterliche Hinweise dürfen nicht nur zugunsten eines Beteiligten ergehen. Das Gericht muss gleichen Abstand wahren; das zählt zum Kern des richterlichen Berufsethos. Richterliche Hinweise sind deshalb auch der Klägerseite zu erteilen, wo solche nützlich oder sogar geboten sind. Davon gehen auch § 86 Abs. 3, § 87 Abs. 1 Nr. 2 VwGO aus. Dass die weiteren Vorschriften des § 94 Satz 2 VwGO a.F., § 4 Abs. 1b Satz 3 UmwRG besonders die Behörde (und den Vorhabenträger) adressieren, hat die beschriebenen anderen Gründe, erlaubt aber keine größere Nähe des Gerichts zur Verwaltung.

Daneben gebieten die Befangenheitsregeln Distanz, verbieten zu große Nähe, selbst wenn diese zu beiden Seiten gleichermaßen besteht. Auch deshalb darf der Richter die Parteien nicht „beraten“. Das hat hier freilich keinen institutionellen, sondern einen individuellen Bezug, adressiert nicht das Gericht als solches, sondern den einzelnen Richter. Dieser steht oft in einem Dilemma. Einerseits müssen die Parteien ihren Prozess selbst führen: Sie müssen ihre Prozessziele autonom definieren, müssen über das Ob und das Was des Prozesses disponieren, müssen auch ihre Prozesstaktik selbst festlegen, die vielleicht ihre Gründe jenseits des Prozesses hat. Auf der anderen Seite hat das Gericht das Recht und sogar die Pflicht, jeder der beiden Parteien „auf die Sprünge zu helfen“, wenn diese das Terrain selbst nicht überblickt. Das bewusste Prozesshandeln der Parteien muss das Gericht akzeptieren, den Irrtum der Partei darf und muss es korrigieren. Diese prozessuale Fürsorgepflicht wird häufiger gegenüber Laien als gegenüber Fachleuten praktisch; doch kommt auch bei Behörden vor, dass sie einzelne Punkte über-

sehen oder falsch einschätzen. Dann macht ein Hinweis nicht befangen; er ist im Gegenteil geradezu geboten.

6. Schluss

Unsere Überlegungen lassen sich dahin zusammenfassen, dass zwar eine institutionelle Funktionenverschiebung in der gerichtlichen Verwaltungskontrolle feststellbar ist, die vielleicht schlagwortartig am ehesten mit einem Wandel vom Vorher-Nachher zu einer - freilich begrenzten - begleitenden Gleichzeitigkeit beschrieben werden kann, dass damit allein die Verwaltungsgerichtsbarkeit aber noch nicht zum „Reparaturbetrieb der Verwaltung“ denaturiert. Hinweise sind und bleiben freilich heikel; sie dürfen auch im Einzelfall nicht zur Verwaltungsberatung geraten.