

MARKUS PÖCKER

# Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik

*Jus Publicum*

170

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 170





Markus Pöcker

# Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik

Von der rationalistischen Rechtsvorstellung  
zu einer rechtstheoretisch angeleiteten  
Dogmatik des Öffentlichen Rechts

Mohr Siebeck

*Markus Pöcker*, geboren 1968; Studium der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/Main; 2000 Promotion; 2006 Habilitation; Privatdozent an der Universität Frankfurt/Main.

e-ISBN PDF 978-3-16-151251-3

ISBN 978-3-16-149287-7

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2006 als Habilitationsleistung durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main angenommen. Die veröffentlichte Fassung ist auf dem Stand vom Juni 2007.

Prof. Dr. Georg Hermes, an dessen Lehrstuhl die Arbeit entstanden ist, hat mich als seinen Mitarbeiter stets vielfältig unterstützt und stand immer wieder für Diskussionen zur Verfügung. Prof. Dr. Thomas Vesting hat nicht nur das Zweitgutachten erstattet, er hat auch immer wieder mit mir diskutiert und viele wichtige Anregungen gegeben.

Die Arbeit in verschiedenen Phasen gelesen und kommentiert haben Dr. Manuela Rottmann und Dr. Michael Droege.

In ganz unterschiedlichen Formen anderweitig unterstützt haben mich Dr. Florian Wildschek, Luise Mehrling, Dagmar Jug, Mark Birkner, Dr. Martin Otto, Dr. Nina Arndt, Dr. Alexander Dorn, Jens Michel, Harald Heller, Bernadette Boot, Monika Krupar sowie meine Eltern, Armin und Heidelinde Pöcker.

Ihnen allen möchte ich an dieser Stelle ganz herzlich danken.

Frankfurt am Main, den 28. 6. 2007

Markus Pöcker



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Einleitung . . . . .	1
1. Teil: Grundlegende Figuren der gegenwärtigen Rechtsdogmatik und ihre gemeinsame Sinnreferenzgröße . . . .	5
1. Kapitel: Grundlegende Figuren der gegenwärtigen Rechtsdogmatik . . . . .	7
A. Der Vorrang des Gesetzes. . . . .	7
B. Verfahrensfehlerfolgerelativierungen . . . . .	9
I. Vorbemerkung . . . . .	9
II. Konkrete Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Verfahrensergebnis. . . . .	10
III. Möglichkeitsbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Verfahrensergebnis . . . . .	14
C. Der „unbestimmte Rechtsbegriff“ . . . . .	19
D. Rechtsquellenlehre. . . . .	20
E. Die sprachliche Form der Abfassung von Urteilen und Verwaltungsentscheidungen . . . . .	21
I. Das Urteilsrubrum: Die „hat für Recht erkannt“-Formel . . . .	21
II. Die sprachliche Form der Urteilsgründe – Darstellung einer Deduktion aus dem Gesetz als Erkenntnis des richtigen Rechts . . . . .	23
III. Identischer Befund für die Abfassung von Verwaltungsentscheidungen . . . . .	25



2. Kapitel: Die Sinnreferenzgröße der dogmatischen Figuren: Regel-Anwendungs-Vorstellung der Erzeugung rechtlicher Verbindlichkeit . . . . .	27
A. Charakteristika der Regel-Anwendungs-Vorstellung der Rechtserzeugung als Sinnreferenzgröße der dogmatischen Figuren . . . . .	27
B. Insbesondere: Die binäre Kategorienbildung „materielles Recht“ und „formelles Recht“ . . . . .	31
I. Grundlagen . . . . .	31
II. Näheres zum „dienenden“ Charakter des formellen Rechts . . . . .	35
1. Konzeptionelles . . . . .	35
2. Die Tragweite der Vorstellung der „dienenden“ Funktion am Beispiel des Verfahrensrechts . . . . .	40
III. Materielles und formelles Recht: tertium non datur . . . . .	49
3. Kapitel: Die Regel-Anwendungs-Vorstellung des Rechts. Implikationen und Voraussetzungen im Rationalismus . . . . .	51
A. Der Gesetzesbegriff als rationalistische Konzeption. . . . .	51
I. Zum Rationalismus . . . . .	51
II. Der Gesetzesbegriff des Rationalismus. Das Gesetz als Hypothese der normativen Wahrheit. . . . .	53
B. Die Erkenntnisvorstellung als das Rechtsanwendungsparadigma des Rationalismus . . . . .	59
2. Teil: Sinnhaftigkeit von Veränderung . . . . .	63
1. Kapitel: Verlust sinnstiftender Einheitsvorstellungen des Rationalismus und Theorien-Konkurrenz. Dogmatisches „social experiment“ als Ausweg . . . . .	65
2. Kapitel: Experimentelle Präferenz: Sinnreferenz zur Systemtheorie . . . . .	72
I. Veränderungen in der Gesellschaft und ihrer theoretischen Reflexion seit dem Ende des Rationalismus . . . . .	73
II. Gegenwartsbeschreibung der „Gesellschaft“ und Konzept des reflexiven Rechts . . . . .	74
III. „Normanwendung“ und „Normgebung“ als zirkulär-dynamischer Prozeß . . . . .	80

IV. Prozedurale Vorstellung der fallbezogenen Erzeugung rechtlicher Verbindlichkeit . . . . .	84
3. Kapitel: Die Problematik der rationalistischen Sinnreferenz der gegenwärtigen Dogmatik . . . . .	92
4. Kapitel: Die notwendige Kappung der Sinnreferenz. Die Problematik des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes . . . . .	98
A. Allgemeines: Der steuerungswissenschaftliche Ansatz . . . . .	98
I. Vorbemerkung . . . . .	98
II. Selbstcharakterisierung des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes. . . . .	99
B. Die Konzepte von „Steuerung“ und „Steuerungsarrangements“ im steuerungswissenschaftlichen Ansatz . . . . .	101
C. Prämissen des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes: Gesetzesvorstellung und steuerungswissenschaftlicher Steuerungs begriff . . . . .	103
D. Konzeptionelle Spannungen und Relativierungen im steuerungswissenschaftlichen Ansatz . . . . .	105
3. Teil: Die bisherige Immunität der Sinnreferenzen gegen Irritationen . . . . .	109
1. Kapitel: Das Problem der Abwägungsentscheidungen und seine Bewältigung durch die „normative Ermächtigungstheorie“ . . . . .	110
A. Das Problem der Abwägungsentscheidungen und sein kritisches Potential . . . . .	110
B. Die Bewältigung des kritischen Potentials durch die „normative Ermächtigungstheorie“ . . . . .	113
C. Einordnung und Bewertung des Befundes . . . . .	117
2. Kapitel: Gesetzliche Verweise auf gesellschaftlich produzierte Normen im Umwelt- und Technikrecht und ihre Bewältigung durch die Lehre von der „normkonkretisierenden Verweisung“ . . . . .	118
A. Das Problem und sein kritisches Potential . . . . .	119

B. Die Bewältigung des kritischen Potentials durch die Lehre von der „normkonkretisierenden Verweisung“ . . . . .	121
C. Einordnung und Bewertung . . . . .	123
3. Kapitel: Das Scheitern der hermeneutisch orientierten Methodenliteratur. . . . .	125
A. Das kritische Potential der Methodenlehrbücher <i>Friedrich Müllers</i> und <i>Karl Larenz</i> ' . . . . .	126
I. <i>Friedrich Müllers</i> „strukturierende Rechtslehre“ . . . . .	126
II. <i>Karl Larenz</i> ' Methodenlehre . . . . .	133
B. Die weitgehend unterbliebene Rezeption der hermeneutisch orientierten Methodenliteratur in der Praxis . . . . .	135
C. Das Scheitern der Bemühungen um eine hermeneutisch orientierte Methodenlehre. Einordnung und Bewertung des Befundes . . . . .	138
4. Kapitel: Zusammenfassung und Schlüsse . . . . .	139
4. Teil: Die Stabilität der Sinnreferenzen der Dogmatik zur rationalistischen Rechtsvorstellung. Der Magnetismus des status quo und seine Hintergründe . . . . .	141
1. Kapitel: Die Stabilität der Sinnreferenzen durch Kommunikationsroutine . . . . .	143
A. Struktur rechtsdogmatischer Kommunikation entlang der Sinnreferenzen zur rationalistischen Rechtsvorstellung . . . . .	144
B. Von der Kommunikationsstruktur zur Stabilisierung der Sinnreferenzen durch Routine . . . . .	149
2. Kapitel: Weitere Beobachtungen zu Hintergründen und Effekten der Kommunikationsroutine. . . . .	153
A. Das Selbstbild der heutigen juristischen Dogmatik. . . . .	153
B. Der „dunkle Drang zum festen Punkt“ in der hermeneutisch orientierten Methodenliteratur. . . . .	157
C. Die konzeptionelle Abschottung des „steuerungswissenschaftlichen Ansatzes“. . . . .	160

D. „Defekte“ Rechtsgeschichte: Konditionierung der kognitiven Erfäßbarkeit performativ-oraler Rechtsvorstellung . . . . .	163
E. Die These von der „Verfassungswidrigkeit“ der Systemtheorie . .	168
3. Kapitel: Der zeitliche Aspekt der Routine. . . . .	171
A. Die Ablösung vom Aktionendenken. . . . .	171
B. Effekte der Kommunikationsroutine bereits im 19. Jahrhundert?	173
4. Kapitel: Prinzipielle Desintegrierbarkeit der Routine . . . . .	180
5. Teil: Eine Methode der Kappung rationalistischer Sinnreferenzen und der Ermöglichung experimenteller Dogmatik unter den Bedingungen der Kommunikationsroutine . . . . .	183
1. Kapitel: Die Kehrseite der Sinnreferenzen: Aporien, Sinnbrüche, <i>Paradoxie</i> . . . . .	184
2. Kapitel: Die rationalistische Regel-Anwendungs-Vorstellung vom Recht und ihre „Formulierung“ der Rechtsparadoxie. Der rechtliche Bestand rechtswidriger Entscheidungen (Rechtskraft und „Bestandskraft“) . . . . .	191
A. Bestand nur der materiell-rechtlichen Entscheidung. . . . .	191
B. Bestand nur der materiell <i>richtig erkannten</i> Entscheidung und davon ausgehende Paradoxie „formulierung“ der rationalistischen Rechtsvorstellung . . . . .	193
C. Kontrollüberlegung: Kein in der rationalistischen Rechtsvorstellung aufhebbarer Widerspruch . . . . .	194
3. Kapitel: Auf die Paradoxie „formulierung“ zurückverweisende dogmatische Aporien als Thema dogmatikinterner Kommunikationsstrategien: Zwei Wege . . . . .	196
A. „Weg 1“: Die Breite der aporetischen Durchsetzung der Dogmatik – am Beispiel der Aporien der Begrifflichkeit „formelles/materielles Recht“ . . . . .	199
I. Zuordnungsaporien bei Rechts- und „Bestands“kraftregeln	200

II. Aporien bei Fristen und ihrer Sanktionierung über Präklusionsvorschriften . . . . .	207
III. Aporien bei der Zuordnung absoluter Verfahrensrechte . . . . .	211
IV. Zuordnungsaporien bei Ausnahmen von klar als Verfahrens- recht identifizierbaren Normen über die Sachverhalts- herstellung . . . . .	216
V. Die unklare Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Spiegel der Zuordnungsaporien . . . . .	220
VI. Aporien bei der Festlegung des Verfahrensgegenstandes im Planungsrecht. . . . .	222
VII. Zusammenfassung und weitere Kommunikationsoptionen auf „Weg 1“ . . . . .	228
B. „Weg 2“: Aufzeigen von Aporien und Rekonstruktionen in systemtheoretischer Sinnreferenz . . . . .	228
I. Die Auslegung „contra legem“ als methodisches Vehikel der dogmatischen Diskursöffnung und der beginnenden Rekonstruktion. . . . .	229
II. Rekonstruktionsoptionen bei Figuren, die auf der Dichotomie „materielles Recht/formelles Recht“ basieren – zwei Beispiele. . . . .	232
1. § 46 VwVfG und andere Verfahrensfehlerfolge- relativierungen . . . . .	232
2. Art. 84 GG bzw. die Verteilung von Kompetenzen und Mitwirkungsrechten im Bundesstaat. . . . .	235
III. Das Demokratieprinzip . . . . .	238
1. Die aporetische Seite der Figur von Regel und Anwendung und ihr Niederschlag in der Dogmatik des Demokratieprinzips . . . . .	239
2. Entwicklungsmöglichkeiten einer Demokratie- anschauung systemtheoretischer Sinnreferenz . . . . .	244
IV. Art. 87e GG – Die Re-formulierung der „systemtheoretischen Eisenbahn“ . . . . .	247
V. § 80 VwGO: Aufschiebende Wirkung und sofortige Vollziehbarkeit „revisited“ . . . . .	249
Zusammenfassung – 25 Thesen . . . . .	253
Literaturverzeichnis . . . . .	269
Stichwortverzeichnis . . . . .	279

# Einleitung

Die Rede von „dem“ Recht als einer Einheit ist heute nicht mehr berechtigt. Rechtsrelevantes theorieorientiertes Arbeiten auf der einen und dogmatisch arbeitende Rechtspraxis auf der anderen Seite sind heute Zusammenhänge, die weitgehend voneinander isoliert sind und nebeneinander herlaufen. Die Kommunikation im Sinne einer substantiellen Austauschs- und Beeinflussungsbeziehung zwischen beiden Zusammenhängen – sprich: Kommunikationszusammenhängen – ist weitgehend blockiert.

Der theorieorientierte Kommunikationszusammenhang versteht sich heute zunehmend als *Theoriedesign* auf erheblicher Abstraktionshöhe, als allgemeine Kulturwissenschaft mit entsprechendem Reichtum an Verweisungen auf rechtsexterne Zusammenhänge, als eine Art umfassender Humanwissenschaft, die *auch* Aussagen zum Recht treffen kann. Wie solche Theoriebildungen sich rechtsdogmatisch niederschlagen könnten, ist kaum Gegenstand der Überlegungen bzw. wird bisweilen explizit aus dem Erkenntnisinteresse ausgeschieden. Ein Beispiel: In der Zusammenfassung der Ergebnisse einer im Jahre 2003 veranstalteten Arbeitsgemeinschaft „Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft“ heißt es etwa: „Deutlich wurde, daß sich die Rechtswissenschaft dem trans- und interdisziplinären Gespräch nicht durch den Verweis auf die Aufgabe, die Rechtspraxis durch die Speicherung und Reflexion praktischen Wissens anzuleiten, entziehen kann. Dementsprechend können und sollen sich die Erwartungen nicht in einem instrumentellen Sinne darauf richten, wie durch eine Öffnung für kulturelles Wissen die Rechtspraxis zu verbessern ist.“ Daß der Erkenntnisgewinn dieser Bemühungen an die Praxis rückgebunden werden kann, wird nur für „nicht ausgeschlossen“ gehalten.<sup>1</sup>

Auf der anderen Seite, im dogmatisch orientierten Kommunikationszusammenhang, werden diese Aktivitäten kaum wahrgenommen, geschweige denn rezipiert. Dogmatik wird heute in der Breite selbstgenügsam und theorieabstinent betrieben. Die dogmatische Rechtswissenschaft herkömmlicher Prägung dreht sich zunehmend um sich selbst. Ihr Publikationsprofil zeigt es deutlich: Kommentare und Lehrbücher erscheinen in immer kürzeren Abständen neu, wobei

---

<sup>1</sup> Im Internet veröffentlicht ([http://www.uni-bielefeld.de/\(en\)/ZIF/AG/2003/04-04-Haltern.html](http://www.uni-bielefeld.de/(en)/ZIF/AG/2003/04-04-Haltern.html); zuletzt geöffnet am 8. 4. 2005). Die Arbeitsgemeinschaft wurde von *Ulrich Haltern* und *Christoph Möllers* geleitet.

sich eigentlich nie etwas Grundlegendes ändert, sondern allenfalls neues Gesetzesmaterial und neue Rechtsprechung nachgetragen wird. Die Themen monographischer Arbeiten wiederholen sich ebenfalls in immer kürzerem Turnus, ohne daß es in dem Otto Mayer zugeschriebenen Wort jedesmal „wesentlich Neues nachzutragen“ gäbe. Dies gilt vor allem für das Staatsrecht. Oder die Arbeiten werden, wie im Verwaltungsrecht, immer kleinteiliger und spezieller – mit der Folge, daß der jeweils erarbeitete Fortschritt für Forschung und Wissenschaft immer geringer wird und sich oft nur – sozusagen selbstreferentiell – an den immer breiter werdenden Teilen zur „Bestandsaufnahme“ festmachen läßt.<sup>2</sup>

Es ist Grundüberzeugung und Movens dieser Arbeit, daß die heutige Blockade des substantiellen Austauschs von Dogmatik und Theorie höchst unproduktiv ist, mehr noch, eine längst überfällige, durch zeitgemäße Theorie angeleitete Neuorientierung der Grundlagen der Dogmatik verhindert. Beide Zusammenhänge sind auch heute unauflösbar aufeinander bezogen. Zum ersten: Auch die heutige Dogmatik ist ohne theoretische Fundierung undenkbar, auch wenn dies in ihrem Selbstbild kaum noch vorkommt. Zum zweiten: Die heute noch aktuelle Theorie der Dogmatik ist in ihren sinnstiftenden Grundlagen eine theoretisch längst überholte Schöpfung des 19. Jahrhunderts, während moderne Theoriebildung vielfältige Möglichkeiten anbietet, die die fällige Weiterentwicklung der Dogmatik heute anleiten könnten – wobei, zum dritten, die Pointe darin liegt, daß angesichts der auf der Theorieebene nicht auflösbaren Vielfalt der Theorieangebote nur die Dogmatik selbst im Handeln als explizites „social experiment“ die Entscheidung herbeiführen kann, in die Richtung welchen Theorieangebots sie sich neu orientiert. Und diese fällige Neuorientierung verhindert die Kommunikationsblockade. Andere – neue – Möglichkeiten zu rechtlicher Problembearbeitung bleiben einer sich wie bisher nur um sich selbst drehenden Dogmatik unzugänglich.

Deswegen will die Arbeit Voraussetzungen und Möglichkeiten der Überwindung der Blockade thematisieren. Dazu ist sie darauf angewiesen, weder „Dogmatik“ noch „Theorie“ zu sein. Sie muß etwas Drittes schaffen, um darauf hinzuwirken, daß sich Dogmatik und Theorie als getrennte Kommunikationen wieder verbinden. Dazu oszilliert der Text gewissermaßen zwischen mehreren kommunikativen Situiertheiten. Er soll einerseits ein rechtstheoretischer Text über Dogmatik sein, andererseits soll er aber auch selbst ein dogmatischer Text sein. Im dogmatischen Kommunikationszusammenhang situiert er sich vor allem performativ als kommunikative *Handlung*, als eine kommunikative Proposition, die auf eine Veränderung der dogmatischen Kommuni-

---

<sup>2</sup> Indessen wird im dogmatisch-rechtswissenschaftlichen Kommunikationszusammenhang eine „Reform-“ oder Veränderungsbedürftigkeit der Dogmatik zunehmend gesehen. Maßgeblich hierfür sind die von *Eberhard Schmidt-Aßmann* und *Wolfgang Hoffmann-Riem* angestoßenen Überlegungen zur „Reform“ des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Dazu näher unten 2. Teil 4. Kapitel.

kation im Sinne der Verknüpfung mit rechtstheoretischer Kommunikation gerichtet ist. Natürlich liegt es außerhalb der Macht eines solchen Textes, die intendierten Veränderung der dogmatischen Kommunikation selbst herbeizuführen. Dazu muß erst an diesen Text entsprechend angeschlossen werden. Allerdings liegt dem Explizitmachen des Handlungsbezugs die Hoffnung zu Grunde, daß die Anschlußchancen sich dadurch verbessern.

Diese Anlage hat Konsequenzen für die textlich-konzeptionelle Gestaltung der Arbeit. Sie präsentiert bekannte Phänomene in anderen als den üblichen dogmatischen oder rechtstheoretischen Verkettungen, die „das Recht“ ohne Reflexion kommunikativer Binnendifferenzierung als einheitlichen Kommunikationsraum setzen und so schlicht von dem Vorhandensein bestimmter Äußerungen in bestimmten Kontexten darauf schließen, daß „das Recht“ im Sinne solcher Äußerungen als Ganzes „verändert“ sei. Sie wird daher den diese üblichen Verkettungen gewohnten (und zudem möglicherweise ungeduldigen) Leser des öfteren fragen lassen, ob die hier an bestimmten Punkten der Überlegungen gewählte Darstellung von Einzelphänomenen nicht einseitige Verkürzungen enthält, weil er weiß, daß es in Dogmatik oder Theorie noch andere Phänomene „gibt“, die eben üblicherweise in einem anderen Zusammenhang als dem in der Arbeit gerade verhandelten erörtert werden. Wenn etwa als Bestandteil der Hintergrundannahmen gegenwärtiger Dogmatik eine Vorstellung von *Rechtserkenntnis* identifiziert wird, die „klassisch rationalistisch“ mit Subjekt und Objekt und dem Konzept der *adaequatio intellectus et rei* arbeitet, dann wird die Frage nahe liegen, was denn nun mit neueren hermeneutischen Konzeptionen der Rechtsanwendung<sup>3</sup> ist, also etwa den Methodenlehren *Friedrich Müllers* und *Karl Larenz*.<sup>3</sup> Diese bleiben nicht etwa unerwähnt, sondern sie werden in einem späteren Teil der Arbeit als Kommunikationsversuche dargestellt, die trotz eines nicht geringen kritischen Potentials in der Dogmatik nicht oder kaum rezipiert wurden und die daher in ihrem Anliegen gescheitert sind, die Rechtsanwendungsvorstellung der dogmatischen Praxis zu verändern. Oder: Wenn die Arbeit sich mit der Verfahrensfehlerfolgerelativierung als dogmatischer Figur beschäftigt, so bleibt die „gegenteilige“ Figur des absoluten Verfahrensrechts zunächst unerwähnt – aber nicht, um deren „Existenz“ zu verschweigen, sondern um sie später als Figur vorzustellen, die in der Dogmatik kommunikativ aktiviert werden kann, um zur Grundparadoxie der Rechtsdogmatik in ihrer „rationalistischen Formulierung“ vorzustoßen. Wegen ihrer in ihrem Anliegen begründeten Textform bedarf die Arbeit also nicht nur vollständiger Lektüre, sondern auch der Bereitschaft des Lesers, sich auf andere argumentative Verkettungen als die gewohnten zumindest probeweise einzulassen, und schließlich auch einer gewissen Geduld.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Wer sich dennoch vorab einen Überblick verschaffen will, was wie verknüpft wird, sei auf die Gliederung und die zusammenfassenden 25 Thesen am Ende des Textes verwiesen.



Wenn der Befund der Ausdifferenzierung von Theorie und dogmatischer Praxis und der kommunikativen Blockade zwischen beiden Zusammenhängen zutrifft, so ist dieses Vorgehen freilich trotz des Appells an den Leser und trotz aller textkonzeptionellen Bemühungen auch mit dem Risiko behaftet, statt eine Brücke zu schlagen, am Ende genau zwischen den Stühlen zu landen. Da beiden Kommunikationszusammenhängen inzwischen tendenziell inkongruente Vorstellungen von Rechtswissenschaft zu Grunde liegen und damit auch andere Vorstellungen von z. B. Methode oder der Gestaltung wissenschaftsgerechter Texte, besteht immer noch das Risiko, daß die Arbeit vom theoretischen Standpunkt aus als eine Art verflachender dogmatischer Vulgärrezeption betrachtet oder mit dem Vorwurf unangemessener Geltungsfixiertheit belegt wird, daß sie also mit dem Bestehen auf dem „Herunterdeklinieren“ von Theorie in dogmatische Folgerungen die Freiheiten der modernen kulturwissenschaftlich orientierten Theoriebildung verkennt. Im dogmatisch orientierten Kommunikationszusammenhang besteht das umgekehrte Risiko, als theoretisierende Feuilletonistik mißverstanden und ignoriert zu werden. Vor dem Hintergrund dieser „Skylla und Charybdis“-Situation liegt die Chance der Arbeit darin, die Sinnhaftigkeit der Etablierung einer neuen Verkettung (systemtheoretisch inspiriert: einer „strukturellen Kopplung“) zwischen „Dogmatik“ und „Theorie“ in einer für beide Kommunikationszusammenhänge möglichst überzeugenden Weise vorzuführen und darauf zu hoffen, daß diese Demonstration in einer Weise gelingt, die den Verzicht auf Reaktionen der eben skizzierten Weise nahe legt. Damit würde es in letzter Konsequenz vielleicht auch möglich, wieder zu einem umfassenderen, „Dogmatik“ und „Theorie“ besser integrierenden Verständnis von Rechtswissenschaft beizutragen, wie es etwa im 19. Jahrhundert bestanden haben muß – auch wenn es heute nun darum gehen muß, in unserer Dogmatik die Ergebnisse genau dieser umfassenderen Form von Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts wieder zu überwinden.

Schließlich sei noch Folgendes bemerkt: Auch wenn rechtsvergleichende Betrachtungen, etwa mit den USA, oder die Einbeziehung der europäischen Perspektive geeignet erscheinen, die hier zu entwickelnden Thesen zu überprüfen, (möglicherweise) zu stützen oder weiter zu entwickeln (zu denken ist insofern vor allem an bereits jetzt zu konstatierende tendenziell dezisiv-prozedurale Strukturen des Gemeinschaftsrechts), soll der Fokus dieser Abhandlung im Interesse der Textknappheit und damit der Rezipierbarkeit ausschließlich auf die deutsche Situation gerichtet bleiben. Mit diesem Hinweis ist allerdings gleichzeitig die Perspektive angedeutet, die Forschungen wählen müßten, die an diese Arbeit anschließen.

## 1. Teil:

# Grundlegende Figuren der gegenwärtigen Rechtsdogmatik und ihre gemeinsame Sinnreferenzgröße

Ausgangspunkt der Überlegungen ist eine Bestandsaufnahme grundlegender Figuren der gegenwärtigen Dogmatik des Rechts. Diese Figuren mögen zunächst unzusammenhängend erscheinen, sie stehen aber in Referenz zu einer sie verbindenden Größe: Der Vorrang des Gesetzes, die in in allen gerichtlichen Verfahrensordnungen zu findenden Relativierungen der Sanktion von Verfahrensfehlern, die Dogmatik des unbestimmten Rechtsbegriffs, die Rechtsquellenlehre, die Form und der sprachliche Stil justizieller Urteilsbegründungen und Verwaltungsentscheidungen finden als grundlegende Figuren der Dogmatik ihre gemeinsame Sinnreferenz in einer Vorstellung der Erzeugung rechtlicher Verbindlichkeit, die davon ausgeht, daß das Gesetz die Lösung rechtlicher Konflikte enthält, und daß diese Lösung im Erkenntniswege aus dem Gesetz deduktiv gewonnen wird. Diese Vorstellung von Recht ist in der rationalistischen Denkform fundiert, die für das bürgerliche Zeitalter prägend gewesen ist.



# 1. Kapitel:

## Grundlegende Figuren der gegenwärtigen Rechtsdogmatik

Zunächst soll es im Sinne der Bestandsaufnahme darum gehen, die Bedeutungsinhalte der gerade genannten dogmatischen Figuren genauer zu betrachten.

### A. Der Vorrang des Gesetzes

Der Vorrang des Gesetzes ist eine fundamentale Figur der gegenwärtigen Dogmatik. Sie weist in ihrem Kern eine hierarchische Struktur auf. Charakteristikum des Gesetzesvorrangs ist die Trennung zwischen einer mit dem parlamentarischen Gesetz identifizierten Norm- bzw. Maßstabebene und einer Ebene der Anwendung dieses Gesetzes. Für Gerichte und Verwaltung wirkt das Gesetz bindend und ihre Handlungen anleitend, sie müssen ihr Handeln primär<sup>1</sup> am parlamentarischen Gesetz ausrichten. Geschieht dies nicht, wird also gegen das parlamentarische Gesetz verstoßen, bedeutet der Vorrang des Gesetzes, daß diese Akte mit dem Verdikt der Rechtswidrigkeit belegt werden. Der so skizzierte Gehalt des Gesetzesvorrangs, den man noch kürzer fassen kann, indem man das parlamentarische Gesetz als den übergeordneten Maßstab allen anderen staatlichen Handelns faßt, wird normativ im Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG verankert. Der Gesetzesvorrang stellt in dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltungen und Gerichten geradezu den Kerngehalt der Idee des Rechtsstaates im Sinne des Art. 20 GG dar.

Der Vorrang des Gesetzes wird in der Rechtspraxis als dogmatische Figur eher selten explizit benannt. Meist bildet er eher die unausgesprochene Grundregel, nach der verfahren wird. Wenn der Vorrang des Gesetzes explizit benannt wird, so geschieht dies in Wendungen wie den folgenden beispielhaft ausgewählten, die die eben skizzierten Charakteristika der Figur deutlich ausprechen. Zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen vor unanfechtbarer Entscheidung im Asylanerkennungsverfahren hat das Bundesverfassungsgericht

---

<sup>1</sup> Zwar kommt der Verfassung der Vorrang vor dem parlamentarischen Gesetz zu, doch zwingt der Anwendungsvorrang des parlamentarischen Gesetzes dazu, Verwaltungs- und Gerichtshandeln vorrangig am parlamentarischen Gesetz zu orientieren.

im Jahre 1981 ausgeführt, daß das darin liegende Unterlaufen der Regelungen der §§ 29 ff. AuslG gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoße, weil das Verhalten der Verwaltung dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers widerspreche und deshalb mit dem Vorrang des Gesetzes nicht vereinbar sei.<sup>2</sup> Zur Zurückweisung von Asylsuchenden an der Grenze hat das Gericht 1992 in sehr ähnlicher Weise geäußert, daß der Verstoß gegen die in § 18 I AsylVfG festgelegte Weiterleitungspflicht gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoße, weil das Verhalten der Grenzschutzbehörde ebenfalls dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers widerspreche und daher mit dem Vorrang des Gesetzes nicht vereinbar sei.<sup>3</sup> Im Jahre 1988 hat das Bundesverfassungsgericht zum Verhältnis zwischen parlamentarischem Gesetz und Rechtsverordnung judiziert, daß die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Verhältnis zum Ordnungsgeber im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes nicht mehr gewahrt werde, wenn die erteilte Verordnungsmächtigung es dem Adressaten überläßt, nach Belieben von ihr Gebrauch zu machen, und wenn erst dadurch das Gesetz anwendbar wird.<sup>4</sup> Vom Bundesverwaltungsgericht stammt die Aussage zur Gleichbehandlung bei der dienstlichen Beurteilung, daß der Gleichheitssatz keinen Anspruch auf Wiederholung eines rechtswidrigen Verwaltungshandelns („Gleichheit im Unrecht“) verleihe, weil eine durch rechtswidrige Verwaltungsübung erzeugte Pflicht der Verwaltung zu weiterem rechtswidrigem Handeln dem Vorrang des Gesetzes zuwiderlaufen würde.<sup>5</sup>

Aus der Kommentarliteratur zum Grundgesetz stammen die folgenden Aussagen: Der Vorrang des Gesetzes sei der zentrale Grundsatz des Rechtsstaatsgedankens;

„gefordert ist einerseits die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung i. S. einer Orientierung der Verwaltung am Gesetz, andererseits der Vorrang des Gesetzes i. S. einer Kollisionsregel, nach der alle untergesetzlichen Rechtsnormen und Rechtsakte dem parlamentarischen Gesetz nicht widersprechen dürfen. Das Ausmaß der Bindung richtet sich allein nach dem formellen und materiellen Geltungsumfang der jeweiligen Rechtsnormen: In diesem Umfang darf das Handeln der vollziehenden Gewalt (wie auch der Rechtsprechung) dem Geltungsbefehl der Rechtsnormen nicht widersprechen, geboten ist, bestehende Gesetze anzuwenden (Befolgungsgebot), verboten ist, von ihrem Inhalt abzuweichen (Abweichungsverbot).“<sup>6</sup>

An anderer Stelle heißt es, der Vorrang des Gesetzes bedeute, daß die verfassungsmäßige gesetzliche Willensäußerung über der gesamten übrigen Staatstätigkeit stehe. „Das Gesetz kann rechtlich auf keinem anderen Wege aufgehoben, abgeändert und unwirksam gemacht werden und hebt andererseits alle

<sup>2</sup> NJW 1981, S. 1436, mit Verweis auf BVerfGE 8, 155 (169) = NJW 1959, 235.

<sup>3</sup> BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 1992, S. 973.

<sup>4</sup> BVerfGE 78, 249 ff.

<sup>5</sup> BVerwG, NVwZ 1982, S. 101 mit Verweis auf BVerwGE 34, 278 (282 f.).

<sup>6</sup> Helmut Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92.

bereits vorhandenen staatlichen Willensäußerungen auf, welche mit anderem Inhalte ihm entgegenstehen.<sup>7</sup> Der Vorrang des Gesetzes sei danach eine Kollisionsnorm.<sup>8</sup> Die wichtigste „Kraft“ des Gesetzes bestehe in seiner „Fähigkeit“, Rechtssätze aufzustellen.<sup>9</sup> Diese Wirkung des Gesetzes begründe die Pflicht, die Anordnungen des Gesetzes als bindend anzuerkennen, sie zu befolgen oder sonst in ihrer Wirksamkeit zu respektieren.

## B. Verfahrensfehlerfolgerelativierungen

### I. Vorbemerkung

Die zweite hier interessierende grundlegende dogmatische Figur ist die Verfahrensfehlerfolgerelativierung. In ihr wird eine Beziehung zwischen zwei Begriffen hergestellt, einerseits dem Begriff des materiellen Rechts, andererseits dem des Verfahrensrechts. Zentrale Annahme dieser Verknüpfung ist der Topos der rechtmäßigen Anwendung des materiellen Rechts, von dem aus auf die Gebotenheit der Sanktionierung von verfahrensrechtswidrigen Akten geschlossen wird: Verfahrensrechtsverstöße bleiben nach dieser Figur ohne Sanktion, wenn sie sich auf die materielle Rechtmäßigkeit des Verfahrensergebnisses nicht auswirken. In anderen Worten: Ein Verfahrensrechtsverstoß kann niemals allein für sich die Änderung eines Verfahrensergebnisses rechtfertigen. Nur wenn der Verfahrensfehler die rechtswidrige Anwendung des materiellen Rechts bewirkt, also auch zur materiellen Rechtswidrigkeit des Verfahrensergebnisses führt, bedarf es der (gerichtlichen) Abänderung dieses Verfahrensergebnisses – dann aber gerade nicht mehr allein wegen seiner Verfahrensrechtswidrigkeit, sondern wegen der auf diese zurückgehenden Auswirkung auf die materielle Rechtskonformität.

Es lassen sich zwei Varianten solcher relativer Rechtsfiguren unterscheiden, die hinsichtlich der Fassung der Kausalbeziehung zwischen dem Verfahrensrechtsverstoß und der materiellen Rechtswidrigkeit des Verfahrensergebnisses differieren (und jeweils der Dichte der materiellen Determinierung der Ent-

<sup>7</sup> Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 72, daran anknüpfend Michael Sachs, in: ders. (Hrsg.) GG-Kommentar, 4. Aufl. 2007, Rn. 112 zu Art. 20 GG.

<sup>8</sup> Soweit Michael Sachs, in: ders. (Hrsg.) GG-Kommentar, 4. Aufl. 2007, Rn. 112 zu Art. 20 GG; ähnlich ders., in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage 2001, § 44 VwVfG Rn 44. Allerdings meint Sachs, diese Kollisionsnormeigenschaft des Gesetzesvorrangs sei „nur grundsätzlicher Natur und in ihren Konsequenzen im einzelnen gesetzlichen Ausgestaltung zugänglich“, die Raum dafür lasse, daß gesetzeswidrige Entscheidungen der 2. und 3. Gewalt aus Gründen der Rechtssicherheit endgültig wirken können. Hier ist allerdings Vorsicht geboten: Hinter dieser – bruchlos nicht begründbaren – These steht die Grundparadoxie der gegenwärtigen Dogmatik. Siehe dazu näher unten 5. Teil 2. Kapitel.

<sup>9</sup> Auch hier zitiert Sachs Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 76 ff., 81 ff.

scheidung korrelieren). Nach der einen Fassung der Relativierung ergibt erst die Notwendigkeit (materiell-rechtliche Gebotenheit) eines anderen Ergebnisses bei hypothetischer rechtmäßiger Verfahrensdurchführung – oder im Bereich des Ermessens die konkrete Kausalität des Verfahrensfehlers für das gefundene Ergebnis – die Grundlage für die Annahme, der Verfahrensfehler mache das Verfahrensergebnis (auch) materiell rechtswidrig und liefere so die Rechtfertigung für die Abänderung dieses Aktes. Diese Beziehung kann man konkrete Kausalbeziehung nennen. Nach der anderen Fassung dieser Beziehung, man kann sie Möglichkeitsbeziehung nennen, reicht bereits die Möglichkeit eines anderen materiell rechtmäßigen Ergebnisses bei hypothetischer rechtmäßiger Verfahrensdurchführung für die Annahme aus, der vorgekommene Verfahrensfehler affiziere das Verfahrensergebnis und mache es materiell rechtswidrig.

## *II. Konkrete Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Verfahrensergebnis*

Grundannahme der konkret kausal gedachten Verfahrensfehlerfolgerelativierung ist der Gedanke, daß ein Verfahrensrechtsverstoß nur dann zur Änderung eines Verfahrensergebnisses führen kann, wenn feststeht, daß ohne den Verfahrensrechtsverstoß nach dem einschlägigen materiellen Recht ein anderes Verfahrensergebnis geboten gewesen wäre. Nach dieser Relativierung kann ein Verfahrenrechtsverstoß niemals zur Abänderung eines Verfahrensergebnisses führen, wenn der jeweilige Fall, in dem der Verfahrensrechtsverstoß vorgekommen ist, nach dem einschlägigen materiellen Recht so entschieden werden mußte, wie er entschieden wurde. Nur wenn feststeht, daß bei hypothetischer rechtmäßiger Verfahrensdurchführung z. B. eine neue tatsächliche Grundlage für die Entscheidung gefunden worden wäre, die unter den Gesichtspunkten des dann einschlägigen materiellen Rechts relevant gewesen wäre und eine andere Entscheidung als einzig rechtmäßige Anwendung des materiellen Rechts hätte erscheinen lassen, kann ein Verfahrensfehler die Notwendigkeit der Abänderung des gefundenen Verfahrensergebnisses bewirken, weil er zu dessen materieller Rechtswidrigkeit führt. Besteht kein materielles Recht, das eine bestimmte Entscheidung geboten erscheinen läßt, sondern (qua Ermächtigung<sup>10</sup>) ein Entscheidungsspielraum wie das Ermessen, so kommt es nach dem Prinzip der konkret kausal verstandenen Relativierung darauf an, ob sich der Nachweis führen läßt, daß der dann Relevanz erlangende Wille der entscheidenden Stelle bei rechtmäßiger Durchführung des Verfahrens anders ausgeübt worden wäre.

---

<sup>10</sup> Dazu genauer unten 3. Teil 1. Kapitel.

Eine in diesem Sinne konzipierte Verfahrensfehlerfolgerelativierung findet sich im Revisionsrecht der Verwaltungsgerichtsordnung.

Im einzelnen stellt sich die Rechtslage wegen der in der Verwaltungsgerichtsordnung mittlerweile generell geltenden Notwendigkeit der Zulassung der Revision gewissermaßen zweistufig dar, wobei sich die im konkret kausalen Sinne relative Rechtsfigur in der zweiten Stufe findet: Ob ein Verfahrensmangel überhaupt vorliegt, ist nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO als Voraussetzung der Zulassung der Revision zu prüfen. Daneben muß es für die Zulassung der Revision auch „möglich“ sein, daß der Verfahrensrechtsverstoß sich auf die Entscheidung ausgewirkt hat.<sup>11</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor und ist die Revision zugelassen, so ist sie nach § 137 Abs. 1 VwGO dann begründet, wenn das angefochtene Urteil des vorinstanzlichen Gerichts auf der Verletzung der revidiblen Verfahrensvorschrift *beruht*. Dieses auch in anderen gerichtlichen Verfahrensordnungen vorkommende, dort aber weit interpretierte<sup>12</sup> Erfordernis wird vom Bundesverwaltungsgericht im Sinne einer engen Verfahrensfehlerfolgerelativierung interpretiert, d. h. es ist erfüllt, wenn das Urteil der Vorinstanz materiell wegen des Verfahrensfehlers unzutreffend ist,<sup>13</sup> wenn das Urteil also nicht trotz des Verfahrensrechtsverstoßes nach dem materiellen Recht rechtmäßig war.<sup>14</sup>

Diese Figur findet sich in zahlreichen Judikaten, von denen hier einige kurz beispielhaft erwähnt werden sollen. So hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, daß zur ordnungsgemäßen Rüge des Verfahrensmangels der Versagung des rechtlichen Gehörs im Hinblick auf das „Beruhen“ die Darlegung gehören, daß die angefochtene Entscheidung ohne den geltend gemachten Verfahrensmangel anders ausgefallen wäre.<sup>15</sup> Vorausgesetzt ist eine konkret kausal gedachte Beziehung zwischen Verfahrensfehler und Ergebnis auch in Äußerungen wie der, daß eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung wegen ihrer zeitlichen Stellung nach dem eigentlichen Entscheidungsvorgang kein Verfahrensmangel sein kann, auf dem das Urteil der Vorinstanz im Sinne der §§ 132 Abs. 2 Nr. 3, 137 Abs. 1 VwGO beruhen kann.<sup>16</sup> Ein Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO soll nur ein dem Verfahren der Berufungsinstanz anhaftender Mangel sein können.<sup>17</sup> Ein Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens, der sich im Berufungsverfahren nicht „fortgesetzt“ hat, sondern ohne Einfluß auf das zweitinstanzliche Verfahren geblieben ist, soll nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO nicht mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision

<sup>11</sup> Zu diesem Begriff BVerwGE 80, 228 ff.

<sup>12</sup> Dazu näher unten 1. Teil 1. Kapitel II.

<sup>13</sup> *Kopp/Schenke*, VwGO, § 132 VwGO Rn. 21a, § 137 VwGO Rn. 23.

<sup>14</sup> Siehe etwa das Urteil vom 14. Oktober 1997, Az: 9 B 676/97 (nicht veröffentlicht).

<sup>15</sup> *Buchholz* 310 § 132 VwGO Nr. 84.

<sup>16</sup> *Buchholz* 310 § 137 VwGO Nr. 61.

<sup>17</sup> BVerwG, Urteil vom 21. Juni 1995, Az: 8 B 53/95 (nicht veröffentlicht).



geltend gemacht werden können, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts darauf nicht beruhen könne.<sup>18</sup>

Die praktisch wohl wichtigste konkret kausal konzipierte Verfahrensfehlerfolgerelativierung des Verwaltungsrechts findet sich aber im Verwaltungsverfahrensrecht, nämlich in § 46 VwVfG.

Nach § 46 VwVfG wird der Verstoß gegen eine Norm des Verwaltungsverfahrensrechts für unbeachtlich erklärt.<sup>19</sup> Dies geschieht regelungstechnisch, indem der Gesetzgeber den Aufhebungsanspruch, den § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO hinsichtlich eines angefochtenen rechtswidrigen Verwaltungsaktes eröffnet, der den Kläger in Rechten verletzt, specialiter wieder ausschließt.<sup>20</sup> Dabei verbleibt dem Gericht bei solchen Fehlern auch kein Ermessen, den Verwaltungsakt aufzuheben; es ist an seiner Aufhebung gehindert.<sup>21</sup> Nach der alten Fassung der Vorschrift waren Verfahrensfehler in diesem Sinne unbeachtlich, wenn die Entscheidung in der Sache die einzig zulässige war – klar eine Verfahrensfehlerfolgerelativierung im konkret kausalen Sinne. Nach der neuen Fassung des § 46 VwVfG, die aber über den Anwendungsbereich der alten Fassung nur hinausgehen und ihn auf den Fall des Ermessens erweitern soll,<sup>22</sup> sind Verfahrensverstöße unbeachtlich, die offensichtlich keinen Einfluß auf das Ergebnis des Verfahrens – den Verwaltungsakt – hatten. Ein Verstoß gegen Verwaltungsverfahrensrecht soll also die Aufhebung des Verwaltungsaktes durch das Verwaltungsgericht bewirken können, wenn er auf das in concreto gefundene Ergebnis – den Verwaltungsakt – durchgeschlagen hat. Dies ist der Fall, wenn er die Entscheidung materiell rechtswidrig macht, wenn also eine andere Entscheidung materiellrechtlich geboten ist, oder bei Ermessensakten erkennbar ist, daß die Entscheidung ohne den Fehler tatsächlich anders getroffen worden wäre. Deswegen soll ein Verstoß nur gegen Verwaltungsverfahrensrecht nicht zur Aufhebung des Verwaltungsaktes durch das Verwaltungsgericht führen können, weil in diesem Falle das materielle Ergebnis des Verfahrens – die durch

<sup>18</sup> BVerwG, Urteil vom 21. Juni 1995, Az: 8 B 53/95 (nicht veröffentlicht).

<sup>19</sup> Es handelt sich bei § 46 VwVfG – anders als bei § 45 VwVfG – nicht um eine Vorschrift, die die Heilung eines Rechtsverstoßes bezweckt. § 46 bewirkt keine Änderung des Rechtswidrigkeitsverdikttes. § 45 VwVfG und andere Heilungsvorschriften etwa des Fachplanungsrechts sind selbst nicht als Verfahrensfehlerfolgerelativierungen einzuordnen, da bei ihnen die Folgenlosigkeit von Verfahrensrechtsverstößen nicht über den hier interessierenden Begriff der „richtigen“ Anwendung des materiellen Rechts vermittelt wird, sondern nur über die nachträgliche Erreichung des Zwecks der Verfahrensrechtsvorschrift, gegen die verstoßen wurde. Siehe dazu näher *Markus Pöcker*, Die Rechtsfolgen der Einlegung von Widerspruch und Anfechtungsklage, 2001, S. 157.

<sup>20</sup> *Michael Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Rn. 10 zu § 46 VwVfG; ; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 46 VwVfG Rn. 1.

<sup>21</sup> So zutreffend *Karl-August Bettermann*, in: *Hans-Uwe Erichsen* (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln 1985, S. 709 (S. 713), gegen *Volkmar Götz*, NJW 1976, S. 1429.

<sup>22</sup> *Michael Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 46 VwVfG, Rz. 79ff.

den Verwaltungsakt getroffene inhaltliche Regelung – zutreffend ist, also der einschlägigen materiellen Rechtsgrundlage entspricht. Zugespitzt formuliert: „Warum sollte man noch auf Verfahrensverstöße zurückkommen, wo doch ein für allemal feststeht, daß alle solchen Beanstandungen letztlich an der einzig richtigen Entscheidung nichts ändern und das Beharren auf der Korrektur „bloß formeller“ Rechtsmängel für alle Teile nur eine Zeit-, Kraft- und Geldverschwendung bedeutet?“<sup>23</sup> Man sieht also: Es handelt sich bei § 46 VwVfG um eine konkret kausal gedachte Verfahrensfehlerfolgerelativierung.<sup>24</sup>

Auf derselben, im konkret kausalen Sinne relativierenden Linie wie § 46 VwVfG liegt eine nicht gesetzlich, sondern durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geprägte Praxis, die die verwaltungsverfahrensrechtliche Verfahrensfehlerfolgerelativierung in Zusammenhang mit der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht stellt, präziser: die aus der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht eine Verfahrensfehlerfolgerelativierung ableitet. Nach dieser Praxis sollen verletzte verfahrensrechtliche Individualrechte nicht isoliert im Wege eines Rechtsschutzverfahrens rügefähig sein, sondern nur dann, wenn das Verfahrensrecht „als Annex einer materiell-rechtlichen Rechtsposition fungiert“<sup>25</sup>. Hintergrund ist die auch in § 46 VwVfG zum Ausdruck kommende Betrachtungsweise, daß Rechte im Verwaltungsverfahren nur die rechtmäßige Anwendung des materiellen Rechts bezwecken und deshalb nur verfahrenswidrige Akte nie isoliert wegen ihrer Verfahrenswidrigkeit aufgehoben werden dürfen.<sup>26</sup> Aus dieser Aussage wird abgeleitet, daß zu einer verwaltungsgerichtlichen Klage nur befugt sei, wer darlegen könne, daß sich ein gerügter Verfahrensfehler auf seine materiell-rechtliche Rechtsposition auswirken haben könnte.<sup>27</sup> Systematisch verhält sich diese Rechtsprechung zu § 46

---

<sup>23</sup> So – allerdings mit kritischem Unterton – die Zusammenfassung des Grundgedankens des § 46 VwVfG durch *Hans Heinrich Rupp*, in: *Günther Püttner* (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984, München 1984, S. 151 (S. 164). Ähnlich – indes unkritisch – *Karl-August Bettermann*, in: *Hans-Uwe Erichsen* (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985 S. 709 (S. 710f.; S. 728): Die Aufhebung eines inhaltlich richtigen Verwaltungsaktes allein wegen eines Verfahrensfehlers gebe dem Kläger „Steine statt Brot“.

<sup>24</sup> Diese Rechtsfigur gilt auch für Verstöße gegen Beweiserhebungsverbote. Die Nichtgeltung von § 46 VwVfG für solche Verstöße – also die bisweilen behauptete Sonderrolle von Verstößen gegen Beweiserhebungsverbote – wird mit der grundrechtlichen Aufladung des Verwaltungsverfahrenrechts im Gefolge der Mülheim-Kärlich-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründet (etwa *Hans Peter Hüsch*, Verwertungsverbote im Verwaltungsverfahren, 1991, S. 232 ff.). Dabei wird aber übersehen, daß diese grundrechtliche Aufladung allgemein nicht so weit verstanden wird, daß sie sich gegen die Verfahrensfehlerfolgerelativierung des § 46 VwVfG durchsetzt (siehe dazu *Dieter Grimm*, NVwZ 1985, S. 865).

<sup>25</sup> So die Ausdrucksweise *Rüdiger Breuers*, in: *Everhardt Fraßßen/Konrad Redeker/Otto Schlichter/Dieter Wilke* (Hrsg.), Bürger – Richter – Staat, Festschrift für Horst Sendler, 1991, S. 357 (S. 387).

<sup>26</sup> So ausdrücklich BVerwGE 75, S. 285 (S. 291).

<sup>27</sup> BVerwGE 75, S. 285 (S. 291).

VwVfG so, daß § 46 VwVfG von vorneherein nur solche Verfahrensrechte erfaßt, die in dem dargelegten Sinne dem Schutz einer materiell-rechtlichen Rechtsposition dienen. Die Verletzung aller anderen – also isolierter Verfahrensrechte – fällt nicht unter § 46 VwVfG, sondern führt mit dieser Rechtsprechung bereits zum Ausschluß der Klagebefugnis, also zur Unzulässigkeit der Klage.<sup>28</sup>

Faßt man die Befunde über die Konzeption der eng zu verstehenden Verfahrensfehlerfolgerelativierungen zusammen, so bestätigt sich die an den Anfang dieses Abschnittes gestellte Analyse, daß die Entscheidung über den Fortbestand eines gegen verfahrensrechtliche Vorschriften verstoßenden Aktes jeweils davon abhängig gemacht wird, ob bei hypothetisch rechtmäßiger Handhabung der verfahrensrechtlichen Vorschriften nach dem materiellen Recht ein anderes Ergebnis hätte gefunden werden müssen. Ist das gefundene Ergebnis trotz des Verfahrensfehlers nach dem materiellen Recht rechtmäßig, bleibt nach den Rechtsfiguren der engen Relativierung der jeweilige Akt trotz seiner Verfahrensrechtswidrigkeit bestehen. Die Antwort auf die Frage, ob ein verfahrensfehlerhafter Akt abgeändert werden muß, wird also von dem Topos der nach materiellem Recht rechtmäßigen Lösung des Falles abhängig gemacht.

### *III. Möglichkeitsbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Verfahrensergebnis*

Grundlage der Möglichkeitsbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Verfahrensergebnis ist die Einsicht, daß – ex ante betrachtet – ein Verfahrensrechtsverstoß dazu führen kann, daß materiell-rechtlich relevantes Tatsachenmaterial „unentdeckt“ bleibt und auf diese Weise die Gefahr begründet wird, daß die Entscheidung deshalb materiell rechtswidrig wird. Dieses Argument führt z. B. bei nur rahmenmäßiger materiell-rechtlicher Determinierung wie im Planungsrecht oder bei für den Betroffenen sehr schwerwiegenden Rechtsfolgen der Entscheidung (Strafrecht), aber auch im Zivilprozeß zu einem Kausalitätserfordernis in dem Sinne, daß die Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Verfahrensergebnis bereits dann angenommen wird, wenn nur die „konkrete Möglichkeit“ besteht, daß sich der formell-rechtliche Fehler im materiellen Ergebnis niedergeschlagen hat, daß es also nicht ausgeschlossen werden kann, daß bei korrekter Verfahrensdurchführung materiell-rechtlich abweichend entschieden worden wäre.<sup>29</sup> An dem Grundprinzip, daß ein Verfahrensfehler

<sup>28</sup> Michael Sachs, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 46 VwVfG Rn. 30.

<sup>29</sup> Hans-Jürgen Papier, *Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt*, 1973, S. 13; Wolfgang Grunsky, in: *Stein/Jonas* (Begr.), *ZPO Band 5 Teilband 1*, 21. Auflage 1994, Rz. 48 zu §§ 549, 550 ZPO.

nicht allein einem Rechtsbehelf zum Erfolg verhelfen kann, sondern eine materiellrechtliche Relevanz dazukommen muß, ändert diese weitere Fassung des Kausalitätserfordernisses nichts.<sup>30</sup> Diese Annahme bleibt vielmehr nach wie vor Prämisse der Rechtsfigur, denn die Konsequenz, den Verfahrensrechtsverstoß allein ausreichend sein zu lassen, um das Verfahrensergebnis aufhebbar zu machen, wird nicht gezogen. Die Modifikation im Vergleich zur konkret kausalen Relativität liegt nur im Bereich der Kausalitätsmaßstäbe, unter denen man annimmt, die Verfahrensrechtswidrigkeit affiziere die materielle Rechtmäßigkeit des Verfahrensergebnisses.

Zivil- und Strafprozeßordnung regeln nicht nur die Voraussetzungen, unter welchen eine Revision zum Erfolg führen kann, wenn sie auf die Rüge eines Verfahrensmangels in der oder den Vorinstanzen gestützt ist, in inhaltlich übereinstimmender Weise im Sinne einer solchen Relativierung, sondern auch die Praxis der Anwendung dieser Voraussetzungen ist in beiden Fällen von sehr weit gehender Ähnlichkeit geprägt. Im einzelnen stellt sich die Rechtslage<sup>31</sup> wie folgt dar: Im Revisionsrecht der ZPO liegt das Anwendungsfeld der Relativierung von Verfahrensfehler und Ergebnis in der Begründetheitsprüfung der Revision. § 545 ZPO verlangt – wie auch die Regelung der VwGO – für die Begründetheit der Revision, daß das angefochtene Urteil auf einer Verletzung revisiblen Rechts *beruht*. Dieses Tatbestandsmerkmal ist auch hier sedes materiae der relativierten Fehlersanktion für Verfahrensrechtsverletzungen. Die Entscheidung beruht allerdings im Zivilprozessrecht bei Verletzung von Verfahrensrecht auf einer Gesetzesverletzung bereits dann, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, daß die Entscheidung ohne den Verfahrensmangel anders ausgefallen wäre.<sup>32</sup> Diese Formel läßt sich im Zivilprozeßrecht bereits auf das Reichsgericht zurückführen.<sup>33</sup>

Beispiele für die Handhabung des Beruhenserfordernisses sind auch in der neueren Rechtsprechung häufig zu finden. In einer im Jahre 1990 veröffentlichten Entscheidung<sup>34</sup> führt der Bundesgerichtshof Folgendes aus:

„Für die Revisionsinstanz muß deshalb davon ausgegangen werden, daß dem Berufungsgericht ein Verfahrensfehler unterlaufen ist. Ein solcher Fehler begründet die Revision bereits dann, wenn die angefochtene Entscheidung auf ihm beruhen kann.“<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> So auch *Hans-Jürgen Papier*, *Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt*, 1973, S. 13.

<sup>31</sup> Vorbehaltlich systemkonform nicht zu erklärender sogenannter „absoluter Revisionsgründe“, die mit den „absoluten Verfahrensrechten“ im Verwaltungsverfahren verwandt sind. Dazu unten 5. Teil 3. Kapitel III.

<sup>32</sup> Repräsentativ: *Thomas/Putzo*, ZPO, 21. Auflage 1998, Rn. 12 zu § 549 ZPO.

<sup>33</sup> RGZ 118, S. 384: „... wenn wenigstens die Möglichkeit besteht, daß ohne die Gesetzesverletzung anders erkannt worden wäre“.

<sup>34</sup> BGH NJW 1990, S. 121.

<sup>35</sup> Hierfür zitiert der BGH *Richard Zöller*, ZPO, 15. Aufl. 1987, § 549 Rdn. 1.

Das ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat sich entscheidend auf die Aussage des Beklagten zu 2 gestützt, die es nicht hätte verwerten dürfen. Es ist auch nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht die Beweise insgesamt anders gewürdigt hätte, wenn die Klägerin auf die von der Revision im einzelnen aufgezeigten Unstimmigkeiten und Widersprüche hätte hinweisen können.<sup>36</sup>

In einer im Jahre 1995 veröffentlichten Entscheidung ging es darum, daß das Berufungsgericht sein Urteil auf zwei Anlagen („F 11, B 7“) gestützt hatte, die nicht zu den Akten gelangt waren, die daher auch nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht werden durften und auf die deshalb auch das Urteil nicht gestützt werden durfte (§§ 137 Abs. 3, 131 Abs. 1, 128 Abs. 1 ZPO). Dazu heißt es dann:

„Das Berufungsurteil beruht auch auf diesem Verfahrensfehler (§§ 549, 563 ZPO). Denn die Möglichkeit, daß das Berufungsgericht ohne diesen Verfahrensfehler zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, kann revisionsrechtlich nicht ausgeschlossen werden. Das trifft auf die Anlagen F 11 und B 7 zu.“<sup>37</sup>

Im Revisionsrecht der Strafprozeßordnung findet die im Möglichkeitssinne gedachte Verfahrensfehlerfolgerelativierung nicht (wie nach der Verwaltungsgerichtsordnung) Anwendung im (Vor-)Feld der Revisionzulassung, sondern als Bestandteil der Begründetheitsprüfung. § 337 StPO bestimmt in diesem Sinne und mit im entscheidenden Punkt identischer Wortwahl wie VwGO und ZPO, daß die Revision nur darauf gestützt werden kann, daß das angegriffene Urteil auf einer Gesetzesverletzung *beruht*. Für das „Beruhen“ soll auch hier genügen, daß das Urteil ohne die Gesetzesverletzung möglicherweise anders gefällt worden wäre.<sup>38</sup> Der erforderliche Zusammenhang zwischen Rechtsfehler und Urteil soll dann fehlen, wenn sich aus den Urteilsgründen zweifelsfrei ergibt, daß der Tatrichter auch ohne den Fehler zu demselben Ergebnis gelangt wäre.<sup>39</sup> Das Nichtberuhen ist dementsprechend dann anzunehmen, wenn der Verstoß gegen das Verfahrensrecht ersichtlich folgenlos geblieben ist.<sup>40</sup>

An Beispielen zu diesem Tatbestandsmerkmal aus der im Strafrecht besonders reichhaltigen Rechtsprechung lassen sich Judikate anführen, nach denen es dann, wenn mit der Verfahrensrüge gerügt wird, daß das erkennende Strafgericht keine Entscheidung über die Vereidigung eines (erneut vernommenen) Zeugen getroffen hat, in der Revisionsbegründung eingehender Ausführungen dazu bedarf, daß das Urteil auf diesem Verfahrensverstoß *beruht*,<sup>41</sup> daß es re-

<sup>36</sup> BGH NJW 1990, S. 121, 122.

<sup>37</sup> BGH NJW 1995, S. 1841, 1842.

<sup>38</sup> Manfred Maiwald, in: AK StPO, Bd. 3, Neuwied u.a. 1999, § 337 StPO Rz. 20, m. w. N.

<sup>39</sup> Jürgen Detlef Kuckein, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Aufl. 1999, § 337 StPO Rz. 34 f., OLG Hamm, StV 1984, S. 105.

<sup>40</sup> Jürgen Detlef Kuckein, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Aufl. 1999, § 337 StPO Rz. 38.

<sup>41</sup> KG Berlin, StV 2000, S. 189–191.

gelmäßig nicht ausgeschlossen ist, daß das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruht, wenn der Dolmetscher entgegen § 189 GVG in der Hauptverhandlung nicht vereidigt worden ist,<sup>42</sup> daß ein Beruhen zumindest des Strafausspruchs auf der Nichtgewährung des letzten Wortes nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, wenn sich ein Angeklagter in der Hauptverhandlung gar nicht oder geständig geäußert hat,<sup>43</sup> oder daß die Verfahrensrüge daran scheitern kann, daß weder nach dem Inhalt der Akten noch nach dem Revisionsvorbbringen ein Grund für eine „genügende Entschuldigung“ für das Ausbleiben des Angeklagten ersichtlich ist, wenn in einem Verwerfungsurteil nach § 329 Abs 1 StPO die Erörterung eines früher gestellten und abgelehnten Vertagungsantrags fehlt.<sup>44</sup>

Im Bereich der untergesetzlichen Normsetzung, die hier kurz am Beispiel des Rechts der Aufstellung von Bebauungsplänen behandelt werden soll, finden sich bei der auch hier vorgesehenen Relativierung der Rechtsfolgen von Verfahrensrechtsverstößen ebenfalls weit zu verstehende Verfahrensfehlerfolgerelativierungen: Nach § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ist eine Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften des BauGB nur beachtlich, wenn die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und wenn der Mangel offensichtlich und „auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluß“ gewesen ist. § 214 Abs. 3 BauGB bestimmt sodann, daß „im Übrigen“ Mängel im Abwägungsvorgang nur beachtlich sind, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis „von Einfluß“ gewesen sind.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> OLG Düsseldorf, StraFo 1999, 346–347.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 13. April 1999, Az: 4 StR 117/99 (unveröff.).

<sup>44</sup> BayObLG, BayObLGSt 1999, S. 69–73. Im Zusammenhang mit dem „Beruhen“ werden in der Praxis auch Verstöße gegen Beweiserhebungsverbote diskutiert, die zu absoluten Verfahrensrechten (dazu unten 5. Teil 3. Kapitel III.) führen. Verstöße gegen Beweisverwertungsverbote führen aber dann nicht zum „Beruhen“ der Entscheidung auf dem Verstoß, wenn die betroffenen Informationen auch noch auf einem anderen (rechtmäßigen) Weg erlangt wurden. Da durch eine solche Alternativerlangung aber das Rechtmäßigkeitsverdict wegen des Verstoßes gegen das Beweiserhebungsverbot erhalten bleibt, ist die Rechtsfolge keine Heilung. Die Wirkung besteht stattdessen in der Herstellung eines voll verwertbaren Sachverhalts, so daß der Verstoß gegen das Beweisverwertungsverbot bei der vorangegangenen Ermittlung im Ergebnis folgenlos bleibt. Hierbei handelt es sich auch im Falle der rechtmäßigen Alternativermittlung nicht um eine relative Rechtsfigur, da der Eintritt der Unbeachtlichkeitswirkung unabhängig vom Topos der „Richtigkeit“ der materiellen Entscheidung eintritt.

<sup>45</sup> Die übrigen in § 214 Abs. 1 BauGB genannten beachtlichen Rechtswidrigkeitsgründe sind jedoch so gefaßt, daß sie keine relative Rechtsfigur darstellen: Beachtlich ist es danach auch, wenn Vorschriften über die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung (es geht um § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2, §§ 4a und 13 Abs. 2 Nr. 2 und 3, § 22 Abs. 9 Satz 2, § 34 Abs. 6 Satz 1 sowie § 35 Abs. 6 Satz 5) oder über die Begründungspflicht (gemeint sind die §§ 2a, 3 Abs. 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 und Abs. 5, § 9 Abs. 8 und § 22 Abs. 10 BauGB) verletzt worden sind (dabei ist unbeachtlich, wenn die Begründung des Flächennutzungsplans oder der Satzung