

Erheblichkeit von Abwägungsmängeln

Von RiVGH Dr. Ingo Kraft, Lehrbeauftragter an der Universität Würzburg

I. Einleitung

Vorbild der fachplanungsrechtlichen Relevanzfilter für Abwägungsmängel ist die bauleitplanungsrechtliche Vorschrift des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB.¹ Sie stand Pate bei der Schaffung der gleich lautenden §§ 36d Abs. 6 Satz 1 BBahnG,² 17 Abs. 6c FStrG,³ 19 Abs. 4 WäStrG,⁴ 10 Abs. 8 LuftVG,⁵ 29 Abs. 8 PBefG,⁶ 20 Abs. 7 AEG,⁷ 5 Abs. 7 MBPlG⁸ und 75 Abs. 1a VwVfG.⁹ Der Wortlaut von bauplanungsrechtlicher und fachplanungsrechtlicher Rechtsfolgenregelung unterscheidet sich im Einleitungssatz geringfügig; die Tatbestandsvoraussetzungen des zweiten Halbsatzes sind identisch formuliert:

Wortlaut:

§ 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB	§ 75 Abs. 1a VwVfG
Mängel im Abwägungsvorgang	Mängel bei der Abwägung der von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange

sind nur erheblich,
wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

Im Vorgriff auf die spätere Interpretation der Tatbestandsvoraussetzungen ist festzuhalten, dass die unterschiedliche Formulierung des ersten Halbsatzes keine inhaltliche Bedeutung besitzt. Mit der Schaffung dieser Vorschriften wurde die vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Dogmatik der Trennung von Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als selbstständigen Prüfungsgegen-

- ¹ BauGB vom 8. 12. 1996, BGBl. I S. 2253; Vorläufernorm war der wortgleiche § 155 b Abs. 2 Satz 2 BBauG 1979 i. d. F. des Gesetzes vom 6. 7. 1979, BGBl. I S. 949.
- ² Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Vereinfachung des Planungsverfahrens für Verkehrswege (Planungsvereinfachungsgesetz – PIVereinfG) vom 17. 12. 1993, BGBl. I S. 2123, aufgehoben durch Art. 8 des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (ENeuOG) vom 27. 12. 1993, BGBl. I S. 2378.
- ³ Art. 2 Nr. 5 g) PIVereinfG vom 17. 12. 1993, BGBl. I S. 2123.
- ⁴ Art. 3 Nr. 6 b) PIVereinfG vom 17. 12. 1993, BGBl. I S. 2123.
- ⁵ Art. 4 Nr. 3 d) PIVereinfG vom 17. 12. 1993, BGBl. I S. 2123.
- ⁶ Art. 5 Nr. 3 c) PIVereinfG vom 17. 12. 1993, BGBl. I S. 2123.
- ⁷ Art. 5 des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (ENeuOG) vom 27. 12. 1993, BGBl. I S. 2378.
- ⁸ Gesetz zur Regelung des Planungsverfahrens für Magnetschwebebahnen vom 23. 11. 1994, BGBl. I S. 3486.
- ⁹ Art. 1 Nr. 9 GenBeschlG vom 12. 9. 1996, BGBl. I S. 1354; aktuell in der Fassung der Bek. vom 23. 1. 2003, BGBl. I S. 102.

ständen¹⁰ gesetzlich festgeschrieben; abweichenden Auffassungen in der Literatur¹¹ war mit dieser legislatorischen Zementierung endgültig der Boden entzogen.

II. Auslegung des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Nachdem die Verfassungsmäßigkeit des § 155 b Abs. 2 Satz 2 BBauG 1979 von gewichtigen Stimmen der Literatur in Zweifel gezogen worden war,¹² sah sich das Bundesverwaltungsgericht anlässlich seiner ersten Befassung mit dieser Vorschrift zu einigen Klarstellungen genötigt: Die Regelung schränke das verfassungsrechtlich durch das Rechtsstaatsprinzip abgesicherte¹³ Abwägungsgebot nicht ein und lasse deshalb das an die Planungsträger gerichtete Gebot unberührt, dass auch der Abwägungsvorgang gerecht sein müsse. Die Vorschrift betreffe (nur) die Rechtsfolgen, die sich aus einer etwaigen Nichtbeachtung des fortbestehenden Gebots gerechter Abwägung ergäben.¹⁴ Rechtssoziologisch betrachtet erscheint diese dogmatisch saubere Abschichtung wie eine Beschwörung der Gemeinden, die ausgedünnte Fehlerrelevanzregelung nur ja nicht als reduzierte Handlungsanweisung zu verstehen. Immerhin erachtete der 4. Senat seine Interpretationsarbeit angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 14, 19 Abs. 4 und 20 Abs. 3 GG als *verfassungskonforme* Auslegung. Offensichtlichkeit und Kausalität wurden, durch die Konjunktion „und“ im Gesetzestext getrennt, als zwei selbstständige Tatbestandsmerkmale gehandhabt; die Offensichtlichkeit wurde nicht etwa auf die Kausalität bezogen.¹⁵

1. Offensichtlichkeit eines Abwägungsmangels

Entgegen den Gesetzesmaterialien, die den Gerichten die Kontrolle „aller Einzelheiten und Umstände der politischen Meinungsbildung und Beschlussfassung bei der gerichtlichen Nachprüfung von Bauleitplänen als Übergriff in die Planungshoheit der Gemeinden“ (sic!) abschneiden wollte,¹⁶ hat das Bundesverwaltungsgericht den Filter der „Offensichtlichkeit“ auf folgende Funktionen reduziert:

a) Die erste Ebene betrifft in Anlehnung an die Gesetzesbegründung den personellen Anknüpfungspunkt der Prüfung und differenziert zwischen dem Kollegialorgan als Beschlusskörper und dem einzelnen Ratsmitglied (kollektiv – individuell). Das einzelne Mitglied des Beschlussorgans mit seinen Vorstellungen und Motiven wird von vornherein ausgeblendet. Begründet wird diese Einschränkung der Perspektive damit, dass sich die individuellen Vorstellungen und Beweggründe nicht *verlässlich klären ließen* und zudem allein die demokratische Entscheidung der Mehrheit der gewählten Ratsmitglieder, nämlich die nach den Vorschriften der Gemeindeordnung wirksame Abstimmung über eine Beschlussvorlage, maßgebend sei.¹⁷

b) Die zweite Unterscheidung thematisiert die abstrakte Dokumentationsfähigkeit der zugrunde liegenden Umstände, wenn der 4. Senat die *äußere* und die *innere* Seite des Abwägungsvorgangs einander gegenüberstellt.¹⁸ Die gerichtliche Rechtskontrolle soll auf diese Weise auf den Bereich objektiv fassbarer Sachumstände konzentriert werden, um eher spekulativ bleibenden Motiven und Vorstellungen einzelner Ratsmitglieder oder aber auch der Mehrheit nicht nachgehen zu müssen. Beachtlich sind nur Fehler und Irrtümer, die sich aus den Beschlussvorlagen oder Planunterlagen ergeben.¹⁹ Beispielhaft sei hier der fehlerhaft ermittelte und in den Lageplan eingetragene Bestand anlässlich der Überplanung eines Gebiets erwähnt.²⁰ Fußte die Abwägungsentscheidung dagegen auf rechtlich unzutreffenden Überlegungen, nimmt die rechtliche Schwierigkeit dieser Vorfragen dem Abwägungsmangel nicht die Offensichtlichkeit.²¹

Entgegen dem Wortlautargument und entsprechenden Ansätzen in der Gesetzesbegründung, die Offensichtlichkeit bestimme sich selbst in komplexen Abwägungsgeflechten – parallel zu § 44 VwVfG – nach Evidenzsichtspunkten²² und darauf basierenden Befürchtungen in der Literatur, damit bleibe von dem Justizgewährungsanspruch nicht mehr viel übrig,²³ erteilte das Bundesverwaltungsgericht dem so verstandenen *allgemeinen Evidenzmaßstab* eine Absage. Mit der Floskel, „die leichte Erkennbarkeit“ schöpfe den Inhalt des Offensichtlichkeitsmaßstabs nicht aus, schränkte der Senat das *Tatbestandsmerkmal in Richtung* auf die erläuterte Dokumentationsfähigkeit des Mangels ein.

c) Darüber hinaus wurde dem Tatbestandsmerkmal der „Offensichtlichkeit“ eine Beweisregel dahingehend entnommen, dass im konkreten Fall allein das Fehlen bestimmter Hinweise in der Planbegründung und den Aufstellungsunterlagen *keine* indizielle Bedeutung dafür besitzt, dass der Rat sich nicht mit den nicht genannten Umständen abwägend befasst hat. Lücken in der Dokumentation rechtfertigen demzufolge nicht den Schluss auf ein Unterlassen und damit einen Abwägungsausfall oder ein Abwägungsdefizit; vielmehr müssen konkrete Umstände positiv und *klar auf einen derartigen Mangel* hindeuten.²⁴

10 Grundlegend BVerwG, Urteil vom 5. 7. 1974 – IV C 50.72, BVerwGE 45, 309 [312 ff.].

11 Vgl. einerseits Koch, DVBl. 1983, 1125; ders., DVBl. 1989, 399 zur Überflüssigkeit der gesonderten Prüfung des Abwägungsergebnisses und andererseits Heinze, NVwZ 1986, 87 ff. mir der Forderung, nur das Abwägungsergebnis zu kontrollieren; zu diesen Ansätzen Erbuth, DVBl. 1986, 1230; Ibler, DVBl. 1988, 469.

12 Vgl. nur Boecker, BauR 1970, 370; Grave, BauR 1980, 205; Gubelt, NJW 1979, 2075; Kirchhof, NJW 1981, 2382; Breuer, NVwZ 1982, 273 [278 f.]; Schröder, BBauG, 4. Aufl., § 155 b Rn. 10.

13 BVerwG, Urteil vom 20. 10. 1972 – IV C 14.71, BVerwGE 41, 67 [68]: „... dass das Gebot einer gerechten Abwägung der von einer Planung berührten öffentlichen und privaten Belange, weil vom Wesen einer rechtsstaatlichen Planung gefordert, unabhängig von seiner gesetzlichen Positivierung in § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG gilt.“ Zuletzt BVerfG, Beschluss vom 11. 11. 2002 – 1 BvR 218/99, DVBl. 2003, 192 [193].

14 BVerwG, Urteil vom 21. 8. 1981 – 4 C 57.80, UPR 1982, 22.

15 Dafür plädiert neuerdings – in Anlehnung an § 46 VwVfG u. F. – Gaentzsch, UPR 2001, 201 [205].

16 15. Bundestagsausschuss in BT-Drucks. 8/2885 S. 36: „Der Ausschuss will mit dieser Vorschrift ausschließen, dass in die gerichtliche Nachprüfung von Bauleitplänen alle Einzelheiten und Umstände der politischen Meinungsbildung und Beschlussfassung in den Gemeindeparlamenten einbezogen werden und die Gerichte damit im Ergebnis in die Planungshoheit der Gemeinden eingreifen.“ sowie S. 46: „Satz 2 ... schränkt die Überprüfungsmöglichkeit des Abwägungsvorganges ein. Durch die Formulierung ‚offensichtlich‘ wird die Überprüfungsmöglichkeit aller Vorgänge im Abwägungsprozess, der sich grundsätzlich auf die im Rahmen der Beschlussfassung des Bauleitplans von der Gemeindevertretung vorzunehmende Abwägung bezieht, ausgeschlossen und nur auf die Fälle beschränkt, in denen z. B. evident, d. h. erklärtermaßen und offen erkennbar unsachliche Erwägungen der Gemeindevertretung in die Abwägung eingeschlossen sind. So ist z. B. ausgeschlossen, dass die Erwägungen der einzelnen Mitglieder der Gemeindevertretung im Abwägungsprozess geprüft werden und hierüber gegebenenfalls Beweis erhoben wird. ‚Offensichtlich‘ ist z. B. vielmehr ein Mangel, wenn sich die Mehrheit der Gemeindevertretung, die den Bauleitplan beschlossen hat, erklärtermaßen bzw. evident von Erwägungen hat leiten lassen, die mit einer sachgerechten Beurteilung des Bauleitplans nichts mehr zu tun haben.“ (a.a. O. S. 46).

17 BVerwG, Urteil vom 21. 8. 1981 – 4 C 57.80, BVerwGE 64, 33 [37] in Anlehnung an BVerfGE 2, 266 [281]; 4, 144 [155]; 42, 64 [73]; 54, 1 [26 f.] zu den verfassungsrechtlich irrelevanten Vorstellungen und Motiven der an einem Gesetzesbeschluss teilnehmenden Abgeordneten.

18 BVerwG, Urteil vom 21. 8. 1981 – 4 C 57.80, UPR 1982, 22 [23 f.].

19 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 7. 11. 1997 – 4 NB 48.96 u. a., UPR 1998, 114 [117].

20 Vgl. VG Mannheim, Urteil vom 14. 1. 1994 – 8 S 2445/92.

21 BVerwG, Beschluss vom 7. 11. 1997 – 4 NB 48.96 u. a., UPR 1998, 114 [117].

22 Vgl. oben Fn. 16.

23 So F. Kirchhof, NJW 1981, 2382 [2386 f.].

24 BVerwG, Beschluss vom 20. 1. 1992 – 4 B 71.90, UPR 1992, 188 im Falle der dem Stadtrat vorenthaltenen Stellungnahme des Gewerbeaufsichtsamtes, deren Nichtvorlage durch Aktenvermerk dokumentiert war (Offensichtlichkeit bejaht); Beschluss vom 29. 1. 1992 – 4 NB 22.90, UPR 1992, 193 bei schlichtem Fehlen von abwägenden Ausführungen zu den Voraussetzungen der Überschreitung des Maßes der baulichen Nutzung (Offensichtlichkeit verneint); Urteil vom 6. 5. 1993 – 4 C 15.91, NVwZ 1994, 274 [275] anlässlich positiver Anhaltspunkte für die irrtümliche Annahme des Rates, die in § 17 BauNVO festgesetzten Maße seien nicht überschreitbar (Offensichtlichkeit bejaht); Beschluss vom 20. 1. 1995 – 4 NB 43.93, UPR 1995, 230 im Fall der Inanspruchnahme privaten Grundeigentums trotz Nichterwähnung der Eigentümerbelange in der Planbegründung (Offensichtlichkeit eines Abwägungsdefizits verneint; allerdings ergab sich die Berücksichtigung aus der Erwägung der Bereitstellung von Ersatzflächen und der Aufstellung eines Sozialplans).

2. Einfluss auf das Abwägungsergebnis

Für die „Kausalität“ des offensichtlichen Abwägungsfehlers auf das Abwägungsergebnis verlangt das Bundesverwaltungsgericht in Ansehung der Umstände des Einzelfalles die *konkrete* Möglichkeit, dass ohne den Mangel im Abwägungsvorgang die Planung anders ausgefallen wäre.²⁵ Zwischen den Polen der nie auszuschließenden abstrakten Möglichkeit einer anderen Entscheidung und dem in der Praxis so gut wie ausgeschlossenen positiven Nachweis wurde dieser Maßstab der Rechtsprechung zur (Ir-)Relevanz von (un-) wesentlichen Verfahrensfehlern aus der Zeit vor In-Kraft-Treten des Verwaltungsverfahrensgesetzes entnommen.²⁶ Verlangt wird, dass nach den Umständen des Einzelfalles die konkrete Möglichkeit eines solchen Einflusses bestehen können muss, was etwa dann der Fall sein kann, wenn sich an Hand der Planunterlagen oder sonst erkennbarer oder nahe liegender Umstände ergibt, dass sich ohne den Fehler im Abwägungsvorgang ein anderes Abwägungsergebnis abgezeichnet hätte.²⁷ Eine unzutreffende Erwägung sei auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen, wenn sich der Planungsträger von einem unzutreffend angenommenen Belang habe leiten lassen und andere Belange, die das Abwägungsergebnis rechtfertigen könnten, weder im Bauleitplanverfahren angesprochen noch sonst ersichtlich seien.²⁸

Prozessual wurde der Maßstab der „konkreten Möglichkeit“ vom Bundesverwaltungsgericht angesichts dieser Vorgaben als *Erkenntnisproblem* verstanden, d. h. als eine – wenn auch nur auf ein hypothetisches Verhalten des Beklagten abstellende – *Tatfrage*. Methodisch verwandt mit der ebenfalls als Tatfrage angesehenen Prognose, bei der gegenwärtige Annahmen prospektiv fortgeschrieben werden und als Grundlage einer Projektion dienen, wird hier der konkrete Abwägungsvorgang bis zu dem konstatierten Fehler zurückgespult und unter Ausblendung des Mangels nach tatsächlichen Anhaltspunkten für eine alternative Sachentscheidung gesucht. Aus den für das Gericht allein relevanten „offensichtlichen“ Quellen muss sich eine Planungsalternative konkret abzeichnen; andernfalls wird kein Einfluss auf das Abwägungsergebnis anerkannt. Damit wurde implizit die Last des non liquet dem Kläger zugeschoben.

Mustert man die dazu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung durch, qualifiziert das Bundesverwaltungsgericht seine Maßstäbe selbst als streng; hypothetische Überlegungen der Normenkontrollgerichte wurden mangels konkreter fallbezogener Grundlagen verworfen.²⁹

III. Handhabung im Fachplanungsrecht

Die in der gerichtlichen Kontrolle der Bauleitplanung entwickelten Maßstäbe der Offensichtlichkeit und Kausalität wurden von der Rechtsprechung unverändert in das Fachplanungsrecht übertragen: Das Bundesverwaltungsgericht sah keinen Anlass, diese Bestimmung anders auszulegen als den insoweit wortgleichen § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB, der dem § 17 Abs. 6 c Satz 1 FStrG offensichtlich als Vorbild gedient habe.³⁰ Fehlerhafte Erwägungen bei einer Planungsentscheidung führten nur dann zur Rechtswidrigkeit des Abwägungsvorganges, wenn sie sich in diesem Vorgang bei konkreter Beurteilung der Vorgehensweise der Planfeststellungsbehörde auch ausgewirkt haben könnten. Dazu werde vielfach die nähere Prüfung geeignet sein, ob der festgestellte Fehler auf die Entscheidung der von der Planfeststellungsbehörde behandelten und abgelehnten Planungsalternativen bei realistischer Betrachtungsweise von Einfluss hätte sein können.³¹

Auch im Planfeststellungsrecht führte der Versuch, das hypothetische Verhalten des Beklagten konkret zu rekonstruieren, hin und wieder zu fragwürdigen und inkonsistenten Begründungen: So

wurde trotz einer nicht nachvollziehbaren Berechnung der zukünftigen Kapazität einer Ausbaustrecke mit Blick auf den Schallschutz ein gem. § 20 Abs. 7 Satz 1 AEG unschädlicher Abwägungsmangel angenommen: Die den Vorrang des aktiven vor dem passiven Lärmschutz negierende Auffassung der Bahn wurde dadurch entschärft, dass sich die Beklagte im Rahmen ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung das Schallschutz-Konzept nur im Ergebnis zu eigen gemacht habe; nicht nachweisbar sei dagegen, dass sie sich den Erwägungen der Bahn auch inhaltlich uneingeschränkt habe anschließen wollen.³² Bei dem Einbau einer Weiche direkt auf der Höhe des klägerischen Anwesens ließ es das Bundesverwaltungsgericht dagegen mit Blick auf das Risiko eines Zugunglücks ausreichen, dass „die konkrete Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden könne, dass es bei Berücksichtigung der Einwendung eine Verlegung vorgenommen worden wäre“.³³

Die ausschließlich als Tatfrage verstandene Kausalität lässt sich mangels vorhandenen Materials für alternative Planungen im Einzelfall so gut wie nie feststellen. Deshalb begnügt sich auch das Bundesverwaltungsgericht insbesondere in seiner Funktion als erste Instanz hin und wieder mit der lapidaren Feststellung, dass „nach den Umständen des vorliegenden Falles die konkrete Möglichkeit bestehe, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre“³⁴ bzw. anders herum, dass „anhand der Planunterlagen oder sonst erkennbarer oder nahe liegender Umstände sich nicht ergebe, dass eine fehlerfreie Ermittlung und Abwägung möglicherweise zu einer der Klägerin günstigeren Einschätzung ... geführt hätte.“³⁵ Bejaht wird die Kausalität dagegen leichter, wenn ein gewichtiger Abwägungsmangel vorliegt, der schon fast die Grenze des indisproportionalen Abwägungsergebnisses erreicht.³⁶ In Zweifelsfällen wurde die Darlegungslast den Klägern aufgebürdet.³⁷

IV. Kritik

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

a) Art. 19 Abs. 4 GG

Prozessualer Ausgangspunkt der Beleuchtung der Fehlerfolgenregelungen ist Art. 19 Abs. 4 GG, dessen Gebot effektiven Rechtsschutzes nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

25 BVerwG, Urteil vom 21. 8. 1981 – 4 C 57.80, UPR 1982, 22 [24].

26 BVerwG, Urteil vom 29. 3. 1966 – I C 19.65, BVerwGE 24, 23 [32 f.] mit der Anbindung der Wesentlichkeit an der Unterscheidung zwischen voll justiziablem unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessensentscheidungen bzw. Beurteilungsspielräumen; Urteil vom 10. 4. 1968 – IV C 227.65, BVerwGE 29, 282 [283 f.]; Abhängigkeit der Wesentlichkeit vom Beruhenkönnen der Sachentscheidung auf dem Verfahrensmangel mit Ausnahme „absoluter“ Verfahrensvorschriften; Urteil vom 30. 5. 1984 – 4 C 58.81, UPR 1984, 378 mit der Herausarbeitung des Maßstabs der konkreten Möglichkeit; so auch Urteil vom 5. 12. 1986 – 4 C 13.85, BVerwGE 75, 214 [228].

27 BVerwG, Beschluss vom 29. 1. 1992 – 4 NB 22.90, UPR 1992, 193 [195].

28 BVerwG, Urteil vom 21. 8. 1981 – 4 C 57.80, UPR 1982, 22 [24]; Beschluss vom 29. 1. 1992 – 4 B 71.90, NVwZ 1992, 663 [66].

29 BVerwG, Beschluss vom 20. 1. 1995 – 4 NB 43.93, ZfBR 1995, 145 [147]; UPR 1995, 230.

30 BVerwG, Beschluss vom 16. 8. 1995 – 4 B 92.95, Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 104 S. 47 [50] = UPR 1995, 445; Urteil vom 21. 3. 1996 – 4 C 19.94, UPR 1996, 339. Vgl. auch Urteil vom 25. 1. 1996 – 4 C 5.95, UPR 1996, 228 und Urteil vom 18. 6. 1997 – 4 C 3.95, UPR 1998, 25; offen gegenüber einer verfassungskonformen Auslegung mit Blick auf grundrechtliche Anforderungen noch Urteil vom 31. 3. 1995 – 4 A 1.93, UPR 1995, 308.

31 BVerwG, Urteil vom 21. 3. 1996 – 4 C 19.94, UPR 1996, 339.

32 BVerwG, Urteil vom 21. 4. 1999 – 11 A 50.97, NVwZ-RR 1999, 725 [728]; UPR 1999, 451.

33 BVerwG, Beschluss vom 26. 8. 1998 – 11 VR 4.98, UPR 1999, 145 [148].

34 BVerwG, Beschluss vom 15. 5. 1996 – 11 VR 3.96, UPR 1996, 353; Urteil vom 28. 10. 1998 – 11 A 3.98, UPR 1999, 152 [153].

35 BVerwG, Urteil vom 1. 10. 1997 – 11 A 10.96, UPR 1998, 147 [149].

36 BVerwG, Urteil vom 11. 11. 1999 – 11 A 4.98, NVwZ 2000, 567 [569]; Urteil vom 12. 4. 2000 – 11 A 18.98, NVwZ 2001, 82 [88]; vgl. auch Urteil vom 21. 3. 2002 – 4 CN 14.00, DVBl. 2002, 1469 [1473].

37 BVerwG, Urteil vom 18. 6. 1997 – 11 A 70.95 VA S. 12, UPR 1997, 471: „Eine solche Möglichkeit hat auch die Klägerin nicht aufgezeigt, ...“

neben der Prüfungskompetenz des Richters ~~auch dessen zureichende~~ Entscheidungsmacht beinhaltet, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung wirksam abzuwehren.³⁸ Verletzt ist bei einem festgestellten Mangel im Abwägungsvorgang das subjektiv-öffentliche Recht auf gerechte Abwägung.³⁹ Diese Verletzung löst auch prinzipiell unmittelbar eine absolute Fehlerfolge aus. So hat das Bundesverwaltungsgericht für § 1 Abs. 6 BauGB entschieden, dass die Verletzung des Abwägungsgebots grundsätzlich zur Nichtigkeit des Plans führt.⁴⁰

Selbstverständlich vermag der Gesetzgeber den in Art. 19 Abs. 4 GG wurzelnden und in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO einfachgesetzlich ausgestalteten Kassationsanspruch des in seinem subjektiven Recht auf gerechte Abwägung verletzten Klägers inhaltlich zu modifizieren.⁴¹ Diese gesetzlichen Einschränkungen des gerichtlichen Sanktionsinstrumentariums müssen aber ihrerseits als Modifikation des prinzipiellen Beseitigungsanspruchs aus Art. 19 Abs. 4 GG im Lichte der Rechtsschutzgarantie gesehen und mit dieser unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten vereinbar sein.

An dieser Stelle werden als ~~gegenläufige~~ Gründe wiederum das Verhältnismäßigkeitsprinzip (zur Begrenzung der gerichtlichen Fehler sanktion),⁴² Rechtssicherheit und Vertrauensschutz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips sowie der an die Verwaltung gerichtete Auftrag zur Infrastruktursicherung z. B. durch den Ausbau von ~~Verkehrsanlagen~~ ~~genannt~~.⁴³ Zur Verhältnismäßigkeit als Begründung der Fehlerfolgenbegrenzung im Fachplanungsrecht sei angemerkt, dass diese sich hier – nota bene! – gegen das Individuum als klagendes Grundrechtssubjekt richtet. Im Hinblick auf den ~~Fachplanungsträger~~ als Begünstigten ist es, selbst wenn er (mittlerweile) im Gewande einer privaten juristischen Person daherkommt, mit der Grundrechtsfähigkeit nicht so weit her, handelt es sich doch – wie z. B. bei der Bahn – zumeist um eine Eigengesellschaft mit jedenfalls überwiegenden Anteilen der öffentlichen Hand am Gesellschaftsvermögen. Den Aspekten von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz lässt sich bei der Fachplanung – anders als bei der (Inzident-)Kontrolle von Bebauungsplänen – entgegenhalten, dass während eines laufenden Verwaltungsprozesses kein schutzwürdiges Vertrauen auf Bestand des streitgegenständlichen Planfeststellungsbeschlusses besteht; diese Wertung ist § 50 VwVfG eindeutig zu entnehmen. Bleibt der Infrastrukturauftrag der Exekutive als tragendes öffentliches Interesse für die gerichtliche Sanktionsbegrenzung.

b) Art. 14 GG

Materiell ist zumeist der Schutzbereich der Eigentumsgarantie betroffen. Das Grundgesetz hat dem Gesetzgeber den Auftrag zugewiesen, eine Eigentumsordnung zu schaffen, die sowohl den privaten Interessen des Einzelnen als auch denen der Allgemeinheit gerecht wird. Bei der Wahrnehmung des in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG erteilten Auftrages, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, hat der Gesetzgeber sowohl der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen. Zwischen diesen Polen hat er die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten ohne einseitige Bevorzugung in einen gerechten Ausgleich und ein ausgeglichenes Verhältnis zu bringen.⁴⁴

Der Gesetzgeber muss aber nicht in jedem Fall das Eigentum abstrakt-generell in abschließender Weise inhaltlich ausformen, sondern er kann diesen Regelungsauftrag – jedenfalls hinsichtlich der situativen Ausgestaltung des Grundeigentums – an die Exekutive weitergeben. Diese normiert dann Regelungen i. S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Im Hinblick auf das die Rechtsetzung steuernde bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass dieses einen besonders flexiblen

und dem Einzelfall gerecht werdenden Interessenausgleich unter maßgeblicher Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erlaubt.⁴⁵ Mit dem Abwägungsgebot als zentraler Planungsrichtlinie hat der Gesetzgeber die ~~Ausgestaltungsaufgabe~~ und -verantwortung hinsichtlich des konkreten Grundeigentums partiell an die administrativen Planungsträger delegiert. Als Kern eines Planfeststellungsbeschlusses bildet die Abwägung den ~~wesentlichen Teil der fallbezogenen Inhalts-~~ und Schrankenbestimmung des Grundeigentums der betroffenen Anliegereigentümer bzw. die Enteignungsgrundlage ~~gegenüber einem Trasseneigentümer~~.

Die eigentumsrelevante Abwägung, die zudem als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gesehen wird,⁴⁶ ist hinsichtlich des ~~Abwägungsvorgangs~~ und des ~~Abwägungsergebnisses~~ verfassungsrechtlich fundiert. Die Erstreckung der gerichtlichen Prüfung auf den ~~Abwägungsvorgang~~ bildet dabei die Kompensation für die eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte des Abwägungsergebnisses als Ausfluss planerischer Gestaltungsfreiheit der Gemeinde.⁴⁷ Wenn in der Literatur herausgestellt wird, dass eine materiell geringere Kontrolldichte durch entsprechende strikte Verfahrensregeln „erkauft“ werden müsse,⁴⁸ so gilt diese Wechselwirkung erst innerhalb des materiellen Rechts für das Verhältnis von Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis. Damit genießt die gerichtliche Kontrolle auch des ~~Abwägungsvorgangs~~ als Annäherung an das Modell der Verfahrensgerechtigkeit mit Blick auf Art. 14 GG erhebliches Gewicht⁴⁹ und eine Beschränkung des Prüfungsgegenstands auf das Abwägungsergebnis würde eine „Verkürzung der Rechtskontrolle“ bedeuten.⁵⁰ Art. 14 GG gewährleistet Verfahrensgarantien für das Eigentum;⁵¹ insbesondere bildet der effektive Rechtsschutz – auch für den Nachbarn⁵² – ein wesentliches Element der Eigentumsgarantie.⁵³ Die Einschränkung der gerichtlichen Sanktionierung von Fehlern im Abwägungsvorgang muss sich daran messen lassen.

38 BVerfGE 61, 82 [111]; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 286; *Schwerdtfeger*, JuS 1983, 270 [272]; *Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 69 f.; *Käpf*, Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Planerhaltung, 2001, S. 129.

39 BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1975 – IV C 21. 74, BVerwGE 48, 56 [66]; Urteil vom 7. 7. 1978 – 4 C 79. 86 u. a., BVerwGE 56, 110 [123]; Urteil vom 4. 3. 1983 – 4 C 74. 80, Buchholz 406. 19 Nr. 53 = UPR 1983, 378; Urteil vom 11. 11. 1983 – 4 C 82. 80, Buchholz 407. 4 Nr. 55 = UPR 1984, 271; Urteil vom 27. 4. 1990 – 4 C 18. 88, UPR 1990, 359; Urteil vom 29. 1. 1991 – 4 C 51. 89, UPR 1991, 398; Urteil vom 14. 5. 1992 – 4 C 9. 89, UPR 1992, 346; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 11. 11. 1996 – 11 B 65. 96, UPR 1997, 107; Urteil vom 27. 11. 1996 – 11 A 100. 95, UPR 1997, 149. Zum Bauplanungsrecht vgl. BVerwG, Urteil vom 24. 9. 1998 – 4 CN 2. 98, UPR 1999, 27.

40 BVerwG, Beschluss vom 28. 7. 1994 – 4 B 94. 94, UPR 1995, 107.

41 Zur Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers *Gaentzsch*, Rechtsfolgen von Fehlern bei der Aufstellung von Bebauungsplänen in: FS Weyreuther, 1993, S. 249 [257].

42 *Sendler*, Plan- und Normerhaltung vor Gericht, in: FS Hoppe, 2000, S. 1011 [1014 und 1016] m. w. N.

43 *Gaentzsch*, UPR 2001, 201; zu weiteren Aspekten *Morlok* (Fn. 38), S. 70 ff.; *Käpf* (Fn. 38), S. 27 ff.

44 Exemplarisch BVerfG, Beschluss vom 14. 7. 1981 – 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, 137 [147 f., 150].

45 BVerfG, Beschluss vom 30. 11. 1988 – 1 BvR 1301/84, UPR 1989, 143. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 26. 8. 1993 – 4 C 24. 91, UPR 1994, 28.

46 Vgl. oben Fn. 13.

47 Grundlegend BVerwG, Urteil vom 12. 12. 1969 – IV C 105. 66, BVerwGE 34, 301 [304].

48 So treffend *Schulze-Fielitz*, Verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Planung im Wandel – Eröffnung, Maßstäbe, Kontrolldichte – in: FS Hoppe, 2000, S. 997 [1007]; zum Ausnahmeverhältnis von Verfahrenskontrolle und inhaltlicher Kontrolle *Pietzcker*, Verfahrensrechte und Verfahrensfehler in: FS Maurer, 2001, S. 695 [706].

49 *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb. § 47 Rn. 13; *Käpf* (Fn. 38), S. 130, 177, 195 f.

50 BVerwG, Urteil vom 5. 12. 1986 – 4 C 13. 85, BVerwGE 75, 214 [246].

51 Grundlegend BVerfGE 46, 325 [333 f.].

52 BVerfGE 35, 263 [277].

53 BVerfGE 45, 297 [322 m. w. N.]; 46, 325 [334]; 74, 264 [282 f.].

c) Rechtfertigungszwang für Fehlerfolgenbegrenzungen

Dieser verfassungsrechtliche Befund schließt einschränkende Fehlerfolgenregelungen nicht aus, unterwirft sie jedoch einem Rechtfertigungszwang, soweit trotz gerichtlich konstaterter Mängel im Abwägungsvorgang und dadurch eingetretener Eigentumsverletzung eine Kassation des angefochtenen Planfeststellungsbeschlusses ausgeschlossen wird. Dazu erscheint der in den Fachgesetzen niedergelegte administrative Auftrag zur Infrastruktursicherung als Gemeinwohlaufgabe hinreichend gewichtig. Zur Klarstellung: Hier wird nicht der Verfassungswidrigkeit der Fehlerfolgenbestimmungen das Wort geredet. Zu Zweifeln gibt indes die teilweise großzügige Handhabung jener Bestimmungen in der Rechtsprechung Anlass. Diese wahr nicht immer die durch verfassungskonforme und darüber hinaus grundrechtsorientierte Interpretation zu extrahierenden Grenzen der Sanktionsbeschränkungsregelungen. Die folgende Kritik fordert objektivierte Maßstäbe als Mindeststandards bei der Prüfung von Offensichtlichkeit und „Kausalität“ und plädiert im Sinne einer handhabbaren Methodik bei der Anwendung des Kausalitätsfilters für die Zurückstellung der tatsächlichen Ermittlung (Tatfrage) zu Gunsten einer normativen Betrachtungsweise (Rechtsfrage).

2. Kritik und Konsequenzen

a) Offensichtlichkeit

Die absolut formulierte Beweisregel zur Offensichtlichkeit⁵⁴ lässt sich nicht in jedem Fall durchhalten. Lücken in der Dokumentation müssen hinsichtlich gewichtiger abwägungsrelevanter Belange sehr wohl den Schluss auf ein Unterlassen und damit einen Abwägungsausfall oder ein Abwägungsdefizit tragen können. Diese Obersätze des Bundesverwaltungsgerichts erscheinen indes apodiktischer formuliert, als sie bei Durchmusterung der einschlägigen Entscheidungen gehandhabt werden.⁵⁵ Das mildert, aber beseitigt nicht den „contraedukatorischen Effekt“,⁵⁶ dass schlampige Dokumentation seitens einer Gemeinde nicht durch Irrelevanz möglicher Abwägungsmängel belohnt werden sollte.⁵⁷ Eine Maxime bei der Gesetzesinterpretation bildet die Vermeidung missbräuchlicher Inanspruchnahmemöglichkeiten einer Vorschrift. Folgt man jedoch der Rechtsprechung, werden – auf ein Diagramm übertragen – die Achsgrößen ordnungsgemäßer Aktenführung und der Fehlerrelevanz in didaktischer Hinsicht verkehrt (= reziprok) miteinander verkoppelt: Höherer Dokumentationsaufwand einer Gemeinde im Planungsprozess wird nicht honoriert, sondern bestraft. Deshalb darf sich eine Gemeinde hinsichtlich gewichtiger abwägungsrelevanter Belange im Falle der Unrerschreitung angemessener Dokumentationsstandards nicht auf die fehlende Offensichtlichkeit des Mangels berufen können; hier gilt es einen Mindeststandard zu definieren und die Verwaltung insoweit nicht aus ihrer Verantwortung zu entlassen. In der fachplanungsrechtlichen Praxis dürfte das angesichts umfangreicher und detaillierter Aktenführung sowieso kein Problem sein.

b) Einfluss auf das Abwägungsergebnis

aa) Kodifizierungszwang

Das angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu konstataierende Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen dem Kassationsanspruch des Klägers als Ausgangspunkt und der gesetzlichen Beschränkung durch Fehlerfolgenregelungen steht der Annahme entgegen, diese bildeten einen für das gesamte Fachplanungsrecht allgemein geltenden Grundsatz, dessen Anwendung nicht von einer ausdrücklichen Normierung abhängt.⁵⁸ Diese Auffassung des 9. Senats des Bundesverwaltungsgerichts, der die heute gesetzlich geregelten Fehlerrelevanznormen als ohnehin gültige, auch unge-

schrieben geltende fachplanungsrechtliche Rechtsgrundsätze ansieht, entspricht wohl kaum der Einschätzung des Gesetzgebers, sonst hätte jener sich nicht der Mühe der Kodifizierung in den speziellen Fachplanungsgesetzen unterzogen.

Wenn der 9. Senat sich darauf stützt, dass „ein Anspruch auf Planaufhebung nur dann bestehe, wenn bei verständiger Würdigung der tatsächlichen Umstände eine konkrete Möglichkeit dafür erkennbar sei, dass sich die entscheidende Behörde von dem abwägungserheblichen, jedoch nicht berücksichtigten oder nicht angemessen gewichteten Belang bei ihrer planerischen Abwägung so hätte beeindrucken lassen, dass dadurch die Planung insgesamt in Frage gestellt sei.“⁵⁹, so klingt diese Sentenz verblüffend präjudiziell. Das Zitat betrifft jedoch nur die Differenzierung zwischen gerichtlicher Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses und der Verweisung des Klägers auf eine Verpflichtung der Behörde zur Planergänzung z. B. wegen unzureichender Bewältigung von Immissionsproblemen. Mit jenem Filter wird also nur eine Weiche zwischen Kassation und Planergänzung gestellt und das erfolgreiche Rechtsschutzbegehren des in seinen subjektiven Rechten verletzten Klägers kanalisiert. Als Begründung für ein schon immer bestehendes Kausalitätserfordernis jedes Mangels im Abwägungsvorgang trägt sie jedoch nicht, da diese Sperre eine Begründetheitsvoraussetzung der Klage bildet und damit über Erfolg und Misserfolg entscheidet.

Zum anderen hat der 9. Senat auf den Kausalitätsfilter abgestellt, den sich ein durch eine Planfeststellung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung betroffener Kläger mit – angesichts des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG – vollumfänglichen Rügemöglichkeiten entgegenhalten lassen muss: Falls aus dessen Sicht gegen das Vorhaben streitende „fremde“ (insbesondere öffentliche) Belange fehlerhaft abgewogen wurden, „könnte ein solcher Mangel jedenfalls dann unbeachtlich sein, wenn auch bei seiner Korrektur (z. B. durch eine teilweise Verlegung der Trasse) der Eingriff in das Eigentum des Klägers unverändert bestehen bliebe.“⁶⁰ Diese Einschränkung der Berufungsmöglichkeit auf objektivrechtliche Belange wie z. B. den Natur- und Landschaftsschutz bezieht sich zum einen überhaupt nicht auf die *eigenen* Belange eines betroffenen Klägers. Zum anderen trägt sie nicht den Maßstab der *konkreten Möglichkeit anderweitiger Entscheidung*. Im Gegenteil: Das Bundesverwaltungsgericht lässt den Einwand fehlender Kausalität für den enteignungsbetroffenen Kläger bereits dann scheitern, wenn „nach den hier maßgeblichen örtlichen Umständen *nicht auszuschließen ist*, dass die Inanspruchnahme von Grundstücksflächen des Klägers entfällt, wenn die Belange des Landschaftsschutzes und des Naturschutzes sich bei rechtmäßiger Abwägung ... durchsetzen.“⁶¹

54 Vgl. vgl. oben II 1. c) bei Fn. 24.

55 Vgl. dazu oben die in Fn. 24 zitierten Entscheidungen.

56 So *Schöbelen*: Die Verwaltung 2000, 447 [451] zu § 46 VwVfG mit Hinweis auf *Erichsen*, VVDStRL 41, S. 279 und *Wahl* ebd. S. 265.

57 *Dierr*, DÖV 1997, 845 [846]; *Käff* (Fn. 38), S. 189 ff.

58 BVerwG, Beschluss vom 20. 2. 2002 – 9 B 63.01, UPR 2002, 275; dem folgend VGH Mannheim, Urteil vom 22. 3. 2002 – 8 S 1271/01, DVBl. 2002, 1129 [1135 f.] mit einem allerdings abgeschwächten Maßstab bei der Prüfung einer unerörtert gebliebenen Alternative.

59 BVerwG, Beschluss vom 20. 2. 2002 – 9 B 63.01, a. a. O. mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 20. 10. 1989 – 4 C 12.87, UPR 1990, 99; Beschluss vom 3. 4. 1990 – 4 B 50.89, UPR 1990, 336 und Urteil vom 16. 12. 1993 – 4 C 11.93, UPR 1994, 150.

60 BVerwG, Urteil vom 18. 3. 1983 – 4 C 80.79, UPR 1983, 309. So auch Beschluss vom 10. 7. 1995 – 4 B 94.95, Buchholz 407.4 § 17 FStG Nr. 103 S. 44 [47], UPR 1995, 458 (defizitäre Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung); Urteil vom 28. 2. 1996 – 4 A 27.95, Buchholz 407.4 § 17 FStG Nr. 110 S. 78 [82], UPR 1996, 270; Urteil vom 21. 3. 1996 – 4 C 19.94, UPR 1996, 339.

61 BVerwG, Urteil vom 18. 3. 1983 – 4 C 80.79, a. a. O. [Hervorhebung vom Verf.]; vgl. auch Urteil vom 21. 3. 1986 – 4 C 48.82, BVerwGE 74, 109 [113] zur Enteignung im Anschluss an eine Bezeichnung nach dem Landbeschaffungsgesetz.

Präjudiziell tragfähig erweist sich nur der Verweis auf das Urteil zum Flughafen München II. Dort hat das Bundesverwaltungsgericht erstmalig einen richterrechtlichen Kausalitätsfilter für Mängel des Abwägungsvorgangs installiert: „Das Abwägungsgebot ist in einem derartigen Falle vielmehr erst dann verletzt, wenn die abwägungserhebliche Bedeutung der tatsächlich betroffenen ... Belange verkannt worden ist und sich dies auf das Abwägungsergebnis auch ausgewirkt haben kann. Die Fehlerhaftigkeit einer von der Behörde gegebenen Begründung führt mithin noch nicht ohne weiteres zu einer Verletzung des Abwägungsgebots, mag dem auch eine indizielle Bedeutung regelmäßig nicht abzusprechen sein.“⁶² Auffallend ist die vorsichtige Handhabung dieser Einschränkung, die der 4. Senat als Ausnahme zu einer indiziellen Gegenvermutung nur im Falle des positiven Nachweises fehlender Kausalität greifen lässt.⁶³ Auch hier trägt, wie bei der zuvor behandelten Fallkonstellation, die Behörde die Last des non liquet.

bb) Das non liquet

Auf der Grundlage des Verständnisses der „Kausalität“ als reine Tatfrage kommt dem non liquet, der Verteilung der Last der Nichterweislichkeit, besondere Bedeutung zu. Nur in den allerwenigsten Fällen werden sich zum Einfluss auf das Abwägungsergebnis auf der Grundlage offensichtlicher Quellen wirklich tatsächliche Feststellungen treffen lassen, denn kaum ein Planer wird prophylaktisch für den Fall der Fehlerhaftigkeit einzelner Abwägungselemente bereits in der Begründung des Planfeststellungsbeschlusses konkrete hypothetische Erwägungen anstellen. Prophylaktischen salvatorischen Klauseln dieser Art in Planfeststellungsbeschlüssen kann kein Beweiswert zugemessen werden. Fehlt aber typischerweise das für die zu treffende Feststellung notwendige Faktenmaterial, bleibt dem Richter nichts übrig als mit Fiktionen und Unterstellungen zu arbeiten oder aber auf die Figur der objektiven Beweislast zurückzugreifen. Das erscheint aber dem Problem angesichts des oben herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Spannungsfelds, in das die Fehlerrelevanznormen eingebettet sind, unangemessen. Vielmehr sollte der Befund eines nahezu uneinlösbaren Aufklärungsauftrags zu der Prüfung veranlassen, ob die Kausalität als ausschließliche Tatfrage dogmatisch korrekt verortet ist (dazu sub cc).

Verbleibt man noch für einen Moment in der Konstruktion des Bundesverwaltungsgerichts, erweist sich die Überbürdung der objektiven Beweislast für eine andere Sachentscheidung im Rahmen der konkreten Kausalitätsprüfung an den Kläger als untragbar.⁶⁴ Der allgemeine Gesichtspunkt gerechter Zuweisung von Substantiiierungslasten im Verwaltungsprozess zwingt vielmehr zu der Annahme der behördlichen Darlegungspflicht für die Annahme, dass festgestellte Mängel im Abwägungsvorgang *nicht* auf das Abwägungsergebnis durchgeschlagen haben. Nachdem allenfalls die Verwaltung über das dafür erforderliche Wissen und Material verfügt, entspräche es geradezu einer probatio diabolica, dazu substantiierten Vortrag seitens des Klägers zu verlangen. Bei einer Abgrenzung nach Verantwortungs- und Herrschaftssphären kann es unmöglich Aufgabe des Klägers sein, den Einfluss eines Mangels im Abwägungsvorgang auf das Abwägungsergebnis zu belegen und dazu vorzutragen. Wenn überhaupt ist nur die Verwaltung unter Rückgriff auf alternative Planungen oder frühere, mittlerweile modifizierte Planungskonzepte in der Lage, Substantielles zu der Frage des hypothetischen Abwägungsergebnisses zu liefern.⁶⁵

Lehrreich erscheint dabei ein Seitenblick in das Prüfungsrecht, denn dort hat das Bundesverwaltungsgericht die Zuweisung des non liquet an den Prüfling für die nichtaufklärbare Ursächlichkeit eines Fehlers bei der Entscheidungsfindung des Prüfers auf das Prüfungsergebnis harsch als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG gerügt: Die Fehlerfreiheit der Entscheidungsfindung solle die Fehlerfreiheit des – sowieso nur einge-

schränkt justiziablen – Entscheidungsergebnisses gewährleisten, so dass materielle Fehler im Entscheidungsvorgang regelmäßig zum Erfolg der Klage führen müssten. Zwar stehe das Rechtsstaatsprinzip einer ausnahmsweisen Regelung der Nichtsanktionierung nicht entgegen, wenn sich der Fehler nicht ausgewirkt habe. „Das Regel-Ausnahme-Verhältnis würde aber in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Betroffene die Beweislast dafür tragen müsste, dass Fehler, die im Behördenbereich passiert sind und deren Auswirkungen er in der Regel gar nicht abschätzen kann, das Entscheidungsergebnis beeinflusst haben.“⁶⁶

M. E. sollte die Neufassung des § 46 VwVfG durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz⁶⁷ als Zäsur Anlass zu einer Überprüfung der bisherigen Handhabung der bau- und fachplanungsrechtlichen Relevanzfilter für Abwägungsmängel in den Fällen des non liquet geben.⁶⁸

Wortlaut:

§ 46 VwVfG	
Folgen von Verfahrens- oder Formfehlern	
Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist,	

bisherige Fassung:	Neufassung:
wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können.	wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.

Die These lautet, dass wenn der Gesetzgeber durch die Neufassung der Anwendungsvoraussetzungen des § 46 VwVfG bei *formellen* und *verfahrensrechtlichen* Mängeln den (gerichtlichen) Kasationsanspruch nur im Falle des Nachweises der offensichtlichen Nichtinfiltrierung der Sachentscheidung ausschließt, dies *erst recht* für die *materiellen* Abwägungsfehler zu gelten hat. Nicht etwa ist § 46 VwVfG – entgegen seinem eindeutigen Wortlaut – der Judikatur zu den Abwägungsmängeln anzupassen. Das entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das im Rahmen dieser Vorschrift nicht etwa auf die konkrete Möglichkeit abstellt, sondern das Gesetz ernst nimmt.⁶⁹ Die in der Neufassung des § 46 VwVfG enthaltene *negative* Kausalität als Tatbestandsvoraussetzung der Nichtaufhebung des Verwaltungsakts weist aber die Last des non liquet der Behörde zu und enthält implizit eine Kausalitätsvermutung.⁷⁰ Inkonsequent und nicht systemgerecht wäre es, den Relevanzfilter bei Verfahrens- und Formfehlern strenger zu

62 BVerwG, Urteil vom 5.12.1986 – 4 C 13.85, BVerwGE 75, 214 [251] = UPR 1987, 191.

63 A. a. O. S. 251 f.

64 Für eine Beweislastverteilung zu Lasten der Verwaltung auch *Morlok* (Fn. 38), S. 192; *Käpf* (Fn. 38), S. 198; Bedenken gegenüber der Rspr. auch bei *Erbguth*, NuR 1997, 261 [266].

65 Vgl. die Parallele der den Kläger überfordernden Vortraglast zur Differenzierung zwischen Voll- und Teilnichtigkeit eines Bebauungsplans: BVerwG, Beschluss vom 25.2.1997 – 4 NB 30.96, NVwZ 1997, 896 [898].

66 BVerwG, Urteil vom 20.9.1984 – 7 C 57.83, BVerwGE 70, 143 [148 f.].

67 Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren – GenBeschlG vom 12.9.1996, BGBl. I S. 1354.

68 Kritisch zu der minimierten Ordnungs- und Schutzfunktion zwingenden Verfahrensrechts durch die Neufassung des § 46 VwVfG auch *Bonk*, NVwZ 1997, 320 [330].

69 BVerwG, Urteil vom 31.1.2002 – 4 A 15.01, UPR 2002, 344; Nichtzulassung einer Stellungnahme der EU-Kommission an die klagenden Naturschutzverbände ist unbeachtlich, weil offensichtlich sei, dass die Verletzung des Mitwirkungsrechts die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst haben könne; vgl. auch Urteil vom 9.12.1999 – 2 C 4.99, NVwZ-RR 2000, 369 [371].

70 BayVGH, Urteil vom 31.3.2003 – 4 B 00.2823 Gewerbeschreib 2003, 340 [342]; *Schöbener*, Die Verwaltung 2000, 447 [465 f. m. w. N.]

handhaben als bei materiellrechtlichen Abwägungsmängeln. Somit drängt sich ein Erst-Recht-Schluss beim Vergleich der Folgen formeller und materieller Fehler auf, der zu der Annahme zwingt, dass die Behörde auch hinsichtlich der fehlenden Kausalität der Mängel im Abwägungsvorgang substantiierungsbelastet ist und letztlich die Last des non liquet trägt.

cc) *Zusätzlicher objektivierter Maßstab als Korrektiv*

Selbst wenn man im Einzelfall konkrete Belege für die tatsächlich fehlende Ergebnisrelevanz eines Mangels findet, bedarf es jedenfalls eines zusätzlichen *objektivierte* Maßstabs als Korrektiv: Zeichnet sich ein Gemeinderat bei der Bauleitplanung, wie insbesondere anlässlich der Schaffung der planerischen Voraussetzungen für ansiedlungswillige Investoren vorstellbar, durch besondere Sturheit im Hinblick auf eine projektbezogene Planung aus, kann seine vergleichsweise geringe Abwägungsbereitschaft nicht das letzte Maß für die Wahrscheinlichkeit einer anderen Planung als hypothetisches Abwägungsergebnis bilden. An dieser Stelle ist zusätzlich ein *objektivierter* Maßstab eines aufgeschlossenen und für Planungsalternativen offenen Beschlussorgans zu Grunde zu legen.⁷¹ Ansonsten wird das dem Leitbild des Gesetzes eines für alle Belange offenen Planungsträgers zuwiderlaufendes Verhalten honoriert. Auch hier werden Verhaltensmaßstab und Fehlerfolgen eintritt reziprok miteinander verknüpft. Berücksichtigt man dieses Korrektiv einer Objektivierung, ergibt sich methodisch ein zweitaktiges Vorgehen: Die bei konkreter Betrachtung *vermeinte* Kausalität muss sich zusätzlich am *objektivierten* Maßstab einer aufgeschlossenen und für Planungsalternativen offenen Behörde messen lassen.

Angesichts in der Praxis zumeist fehlender Anhaltspunkte für die konkrete Prüfung, ob die Behörde bei Ausblendung des Mangels tatsächlich zu einem anderen Abwägungsergebnis gekommen wäre, sollte dieser objektivierter Maßstab bei der Frage nach der „Kausalität“ in den Vordergrund gestellt werden. An die Stelle von Unterstellungen, Fiktionen oder einer non liquet Entscheidung zur Beantwortung einer typischerweise unaufklärbaren *Tatfrage* tritt damit eine *normative* Entscheidung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auf der Grundlage der konkreten Überlegungen und Gewichtungen der Behörde zu bewerten, ob bei objektiver

Würdigung aus der Sicht eines abwägungsbereiten Planungsträgers das konkrete Abwägungsgerüst im Kern noch trägt oder ob der Mangel zu einer Neubewertung Anlass gibt.⁷² Dafür spricht auch die dogmatische Funktion der „Kausalität“ als Chiffre für die Prüfung eines bestehenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs zwischen Abwägungsfehler und Abwägungsergebnis⁷³ als objektiver und normativer Fragestellung. Um langwierige Planungen nicht an Petitessen scheitern zu lassen, hat das Gericht demzufolge den festgestellten Mangel im Abwägungsvorgang zu gewichten.

Mit diesem Verständnis des Tatbestandsmerkmals des „Einflusses auf das Abwägungsergebnis“ (§ 214 BauGB bzw. § 75 Abs. 1 a VwVfG etc.) bzw. der „mangelnden Beeinflussung in der Sache“ (§ 46 VwVfG) nicht als Tat-, sondern als Rechtsfrage bricht das Gericht nicht in die planerische Gestaltungsfreiheit als genuin administrativem Kompetenzbereich ein. Die Gerichte sind zur Kontrolle der Planung und nicht zur Beantwortung der Frage berufen, ob und auf welche Weise rechtmäßig hätte geplant werden können.⁷⁴ Gegen diese Trennung der Aufträge von Exekutive und Judikative verstößt die Objektivierung der „Kausalitätsprüfung“ nicht. Sie bietet aber in praxi durch Vereinheitlichung der Maßstäbe für die Ergebnisrelevanz die Chance zur Harmonisierung der Fehlerrelevanznormen im Bauleitplanungs- und Fachplanungsrecht sowie des § 46 VwVfG. Kurzum: Der objektivierter Maßstab erscheint praktikabel und entspricht dem auch die gerichtliche Kontrolle der Planung beherrschenden Gebot praktischer Vernunft.⁷⁵

71 So bereits zu § 46 VwVfG a. F. die Stellungnahme der Bundesregierung in BT-Drucks. 7/910 S. 110 (Nr. 17); ebenso zu § 46 VwVfG n. F. *Hufen*, JuS 1999, 313 [318 f.]; *Schmitz/Wesendorf*, NVwZ 1996, 955 [958]; *Schübener* (Fn. 70), S. 447 [469 m. w. N.]; *Pietzcker*, Verfahrensrechte und Verfahrensfehler in: FS Maurer, 2001, S. 695 [710 f.].

72 So zurechtend *Gerhardt* in: Schoch/Schlunidt-Altmann/Pietzner, VwGO, § 47 Rn. 101; vgl. auch BayVGH, Beschluss vom 4. 2. 1994 – 8 AS 94.40007 u. a., NVwZ 1994, 706 [708].

73 So bereits zur Entwurfsfassung des § 46 VwVfG a. F. *Schenke*, DÖV 1986, 305 [315]; *Schmidt-Affmann* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 158; *Schübener* (Fn. 70), S. 447 [458].

74 BVerwG, Urteil vom 25. 2. 1988 – 4 C 32.86 u. a., UPR 1988, 266 [267].

75 Zur praktischen Vernunft bei der Handhabung von Fehlerfolgenregelungen *Hien*, NVwZ 1997, 422 [424].