

aus:

Prozessrecht, Zwangsvollstreckungsrecht, Insolvenzrecht,

Festschrift für Ekkehard Becker-Eberhard,

hrsgg. von Christian Berger, Burkhard Boemke,

Hans Friedhelm Gaul, Lutz Haertlein,

Bettina Heiderhoff, Eberhard Schilken,

München 2022, S. 285 - 296

INGO KRAFT

Die Fiktion ungeschriebener Sachgründe bei der Klageabweisung als unzulässig *und* unbegründet

In der gerichtlichen Praxis stößt man immer wieder auf Entscheidungen, die eine Klage (oder ein Rechtsmittel) als unzulässig *und* unbegründet abweisen (bzw. verwerfen). Um derartige in sich kategorial widersprüchliche Gerichtsurteile in den Griff zu bekommen, hat sich die prozessrechtliche Fiktion durchgesetzt, in einem solchen Fall gälten die Ausführungen zur Sache als nicht geschrieben.¹ Dieser Beitrag zeichnet zunächst den Umgang mit derartigen, in paradoxer Weise doppelt begründeten² Gerichtsentscheidungen nach. Im Anschluss daran wird der Frage nachgegangen, ob diese auf den ersten Blick als pragmatischer Geniestreich erscheinende Verfahrensweise prozessrechtlich einen Verfahrensmangel begründet, der in jedem Fall eine Korrektur unter Rückgriff auf die rigide Fiktion ungeschriebener geltender Sachausführungen rechtfertigt. Der Jubilar möge nachsehen, dass als Referenz – der *déformation professionnelle* des Autors geschuldet – in erster Linie die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Verwaltungsprozessrecht herangezogen wird.

I. Entscheidungsanalyse

Im Falle einer sowohl prozessual als auch sachlich begründeten Klageabweisung stellt sich zunächst die Frage, ob die Ausführungen zur Sache in den Entscheidungsgründen im Anschluss an die Begründung des Prozessurteils seitens des Gerichts wirklich tragend gemeint oder als lediglich ergänzender Hinweis („Trostpflaster“) gedacht sind.³ Diese Ermittlung des maßgeblichen Entscheidungsinhalts hat zum einen Bedeutung, wenn im Rahmen der Rechtsmittelzulassung oder des zugelasse-

¹ RGZ 41, 369 (371, 372f.); 144, 369 (374) (offengelassen); RGZ 153, 216 (219); 158, 145 (155); BGHZ 4, 58 (60); NJW 1954, 310 (311); dem folgend BVerwG 17.12.1954 – V C 66.54; 6.4.1955 – V C 276.54 (in BVerwGE 2, 65 nicht abgedruckt); BVerwGE 5, 37 (39).

² Wenn im Folgenden zur Vermeidung von Wiederholungen von Doppelbegründung gesprochen wird, ist damit nur die Konstellation einer sowohl als Prozess- als auch als Sachurteil ergangenen gerichtlichen Entscheidung gemeint.

³ Vgl. zB BVerwG 17.12.2020 – 8 B 17.20, BeckRS 2020, 42357 Rn. 4. Nach den Erfahrungen des Autors sind die Meinungen unter Verwaltungsrichtern zu lediglich knappen zusätzlichen Ausführungen in der Sache geteilt: Während nach streng dogmatischer Auffassung *obiter dicta* in einem Urteil nichts zu suchen haben, versuchen sensiblere Kollegen auf diese Weise zu verhindern, dass ein zB wegen eines Fristversäumnisses vor Gericht gescheiterter Kläger *Kohlhaas'sche* Anwandlungen entwickelt.

nen Rechtsmittels zu prüfen ist, auf welchem Teil der Gründe die angefochtene Entscheidung beruht. Relevant ist sie zum anderen bei der Bestimmung der Reichweite der Rechtskraft einer doppelt begründeten Entscheidung.

Die Rechtsprechung neigt dazu, bei der Auslegung der Entscheidungsgründe Sachausführungen als nur ergänzende *obiter dicta* zur materiellen Rechtslage anzusehen, die die Entscheidung nicht tragen (können) und daher keine Basis für eine Grundsatz- oder Divergenzrüge in der Sache bieten. Das erscheint dann kritikwürdig, wenn dieser Auslegungsbefund nicht durch eine unbefangene Analyse der angegriffenen Entscheidung gewonnen, sondern *normativ* auf die Annahme der Fehlerhaftigkeit einer solchen Begründungsstruktur gestützt wird,⁴ da unter Heranziehung der Fiktion „die Ausführungen zur Sache als nicht geschrieben zu behandeln seien.“⁵ Diese Vorgehensweise auf der Ebene der Strukturanalyse einer gerichtlichen Entscheidung erinnert an Palmströms Schlussfolgerung: „Weil, so schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf.“⁶ Sie verwischt die unterschiedlichen methodischen Ebenen von Analyse, rechtlich bewertender Überprüfung sowie ggf. Korrektur einer Gerichtsentscheidung im Wege des Rechtsmittelzugs und sanktioniert unausweichlich die schon vorausgesetzte Korrekturbedürftigkeit infolge Verfahrensfehlerhaftigkeit der Doppelbegründung.

Verstellt man bei der Urteilsanalyse nicht den Blick durch eine normativ geleitete Vorgehensweise,⁷ sondern lässt sich ohne vorschnelle Bewertung auf die Gedankenstruktur des Gerichts ein, und gelangt dann durch Untersuchung des konstruktiven Aufbaus der jeweiligen Entscheidungsgründe im konkreten Fall zu dem Ergebnis, das Gericht habe auch die Sachausführungen in vollem Bewusstsein als tragend konzipiert, schließt sich die Frage an, wie man mit einer solchen paradoxen Gerichtsentscheidung umgeht.

II. Behandlung im Rechtsmittelzug

1. Rechtsmittelzulassung – Mögliche Rügen

Wegen der Fiktion, derzufolge Sachausführungen als nicht geschrieben gelten, hat Erfolgsaussichten nur die Verfahrensrüge des Klägers, das Gericht habe zu Unrecht nicht zur Sache entschieden:⁸

- Wurde die Klage in der angefochtenen Entscheidung zu Recht durch Prozessurteil abgewiesen, sind dem Kläger Angriffe gegen die Begründung der Sachentscheidung abgeschnitten, da die herrschende Meinung diesen Teil des angefochtenen Urteils im Wege der Fiktion ausblendet.⁹ Möglich ist auch die spezifische Verfahrensrüge der fehlerhaften Doppelbegründung als Prozess- und zugleich Sachurteil. Sie wird aber als solche dem Kläger nicht zum erhofften Erfolg verhelfen, da die angefochtene Entscheidung nicht auf diesem Mangel beruhen kann. Das Rechtsmittelgericht wird daher auf diese Rüge hin allenfalls in den Gründen des Nichtzulassungsbeschlusses klarstellen, dass die Vorinstanz verfahrensfehlerfrei nur ein Prozessurteil hätte erlassen können und dessen Ausführungen zur Unbegründetheit nicht in Rechtskraft erwachsen.¹⁰
- Hat die Vorinstanz eine Sachentscheidung zu Unrecht verweigert, wird das Beruhen des angefochtenen Prozessurteils auf diesem Verfahrensmangel nicht durch zusätzliche Ausführungen des Gerichts zur Sache infrage gestellt. Der Rückgriff auf die nachgeschalteten Sachgründe im Wege der analogen Anwendung des § 144 Abs. 4 VwGO wird wegen der Verschiedenheit der Rechtskraftwirkung einer Prozess- und einer Sachabweisung verweigert, da die Begründungsstränge eines klageabweisenden Prozess- und Sachurteils mit Blick auf die Rechtskraftwirkung der Entscheidung nicht gleichwertig seien, dh eine unterschiedliche Beschwer äußerten.¹¹ Demzufolge müsse eine von der Vorinstanz dem Prozessurteil beigelegte Sachbeurteilung bei der Bestimmung des maßgeblichen Urteilsinhalts als nicht geschrieben behandelt werden.¹² Die paradoxe Urteilsstruktur schützt die Vorinstanz also grundsätzlich nicht vor einer Aufhebung und Zurückverweisung durch Beschluss nach § 133 Abs. 6 VwGO. Dennoch wurde auch im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde vom Bundesverwaltungsgericht in besonders gelagerten Einzelfällen fehlerhafter Prozessurteile deren Ergebnisrichtigkeit mit Blick auf offensichtlich richtige Sachgründe angenommen (§ 144 Abs. 4 VwGO analog).¹³ Dies lag bei fehlerhaft abgelehnter Klagebefugnis infolge überzogener Anforderungen mit Blick auf den inhaltlichen Zusammenhang von § 42 Abs. 2 VwGO als Sachurteilsvoraussetzung und dem Erfordernis einer subjektiven Rechtsverletzung in § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO nahe,¹⁴ weil in diesem Fall Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzung thematisch übereinstimmend auf das subjektive Recht fokussieren, wenn auch in unterschiedlicher Prüfungsdichte.

⁴ Vgl. nur BVerwG 30.8.1982 – 5 B 99.80, BeckRS 1982, 31249349; 22.5.2007 – 6 B 19.07, BeckRS 2007, 24725 Rn. 6; 3.11.2016 – 3 B 4.16, BeckRS 2016, 55885 Rn. 5; NVwZ-RR 2013, 1014 Rn. 10. Unverstellte Herangehensweise demgegenüber bei BVerwG NVwZ-RR 2012, 86 Rn. 6.

⁵ Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung/Kraft, 15. Aufl. 2019, VwGO § 132 Rn. 26.

⁶ C. Morgenstern, Die unmögliche Tatsache, in: Alle Galgenlieder, Nachdruck 1981, 163f.

⁷ So vorbildlich RGZ 105, 196 (196f.); BVerwG NVwZ-RR 2012, 86 Rn. 6.

⁸ Zur Einordnung dieses einen *error in iudicando* betreffenden Angriffs als Verfahrensrüge: BVerwGE 30, 111 (113) (stRspr); Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung/Kraft, 15. Aufl. 2019, VwGO § 132 Rn. 45; Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO/Czybulka/Hösch, 5. Aufl. 2018, VwGO § 132 Rn. 56; insoweit übereinstimmend auch Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht/Buchheister, 41. EL Juli 2021, § 132 Rn. 88f.

⁹ Vgl. nur BVerwG 22.5.2007 – 6 B 19.07, BeckRS 2007, 24725 Rn. 5ff.; 13.7.2007 – 8 B 28.07, BeckRS 2007, 25137 Rn. 3; BVerwG 5.2.2020 – 4 B 32.18, BeckRS 2020, 2899 Rn. 8.

¹⁰ So BVerwG NVwZ 2019, 649 Rn. 22.

¹¹ Vgl. Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung/Kraft, 15. Aufl. 2019, VwGO § 132 Rn. 26 mwN.

¹² BVerwG NVwZ 2007, 104 Rn. 18; ZOV 2020, 68 Rn. 5.

¹³ BVerwGE 14, 342 (346f.); BVerwG 5.2.1998 – 2 B 56.97, BeckRS 1998, 30431448; NVwZ-RR 2016, 831 Rn. 14; für möglich gehalten auch von BVerwG 3.9.2010 – 6 B 30.10 BeckRS 2010, 54587 Rn. 10. Vgl. auch BVerwGE 128, 155 Rn. 22ff. – fehlende Rügebefugnis des Vertreters des Bundesinteresses für Verfahrensmängel.

¹⁴ BVerwG 6.10.1988 – 7 B 202.87, BeckRS 1988, 31290609; BVerwGE 54, 99 (100f.).

2. Revision

Erachtet auch das Revisionsgericht auf eine zugelassene Revision gegen ein doppelt begründetes Urteil die Klage (oder Berufung) als unzulässig, wird es die Revision des Klägers zurückweisen und allenfalls im Wege der Teilreformation die Entscheidung der Vorinstanz durch Klarstellung im Tenor oder in den Entscheidungsgründen in ein Prozessurteil umwandeln.¹⁵

Wenn sich die Verweigerung einer Sachentscheidung durch die Vorinstanz auf eine entsprechende Rüge des Klägers hin jedoch als verfahrensfehlerhaft erweisen sollte, stellt sich die Frage, ob das Revisionsgericht selbst in die Sachprüfung eintreten und ihm im Rahmen der Prüfung der Ergebnisrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung der Zugriff auf die Ausführungen zu Sache möglich ist (§ 144 Abs. 4 VwGO, § 561 ZPO). Das wurde vom Reichsgericht¹⁶ und wird vom Bundesgerichtshof¹⁷ in aller Regel abgelehnt. In dieser Situation eröffnet der Bundesgerichtshof die Sachprüfung nur ausnahmsweise, wenn über die Begründetheit der Berufung abschließend entschieden werden kann, weil der dafür maßgebliche Sachverhalt feststeht und ein anderes Ergebnis bei Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht als ausgeschlossen erscheint.¹⁸ Die Beantwortung dieser Frage setzt freilich eine Auseinandersetzung mit den Sachgründen der angefochtenen Entscheidung bereits voraus.

Die verwaltungsprozessrechtliche Praxis ist weniger skrupulös.¹⁹ Das Bundesverwaltungsgericht legt trotz der als verfahrensfehlerhaft angesehenen Doppelbegründung die Sachausführungen der Vorinstanz seiner revisionsgerichtlichen Prüfung zugrunde.²⁰ Freilich hat der Beklagte (und ggf. der Beigeladene) hinsichtlich ihm ungünstiger tatsächlicher Feststellungen, die er mangels Beschwer weder angreifen konnte noch anzugreifen brauchte, die Möglichkeit zur Erhebung von Gegenrügen.²¹ Auf dieser Grundlage kann das Bundesverwaltungsgericht – wenn die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sich dafür als ausreichend erweisen – die Revision durch Sachurteil zurückweisen,²² das angefochtene Urteil aufheben und die Sache zurückverweisen oder auch der Klage durch eine eigene Entscheidung in der Sache stattgeben (§ 144 Abs. 3 S. 1 VwGO).

III. Rechtskräftig gewordenes Urteil

Nach herrschender Auffassung greift zur Bestimmung der Reichweite der Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung, die sich sowohl als Prozess- und Sachurteil darstellt, die Fiktion, dass die Ausführungen zur Sache als nicht geschrieben gelten.²³ In Rechtskraft sollen nur die prozessrechtlichen, nicht aber die sachlichrechtlichen Ausführungen erwachsen.²⁴

IV. Verfahrensmangel

1. Herrschende Auffassung

Grundlage der Fiktion ungeschrieben geltender Sachgründe ist die von der ganz überwiegenden Rechtsprechung und Lehre geteilte Prämisse, die Abweisung einer Klage aus sowohl prozessrechtlichen als auch sachlichen Gründen sei verfahrensfehlerhaft.²⁵ Diese Annahme wird auf zwei Begründungsstränge gestützt:

Zum einen wird in der Verwaltungsgerichtsordnung zwischen den prozessrechtlichen Regelungen der Zulässigkeits- als Sachurteilsvoraussetzungen (zB §§ 42 Abs. 2, 68, 74 VwGO) und dem nachgeschalteten Prüfprogramm für die Begründetheit einer Klage in § 113 VwGO als der eigentlichen Sachentscheidung differenziert. Auch in anderen Vorschriften kommt die gesetzgeberische Vorstellung einer gestuften Prüfung von Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen als Ordnungsprinzip²⁶ klar zum Ausdruck (§§ 109, 137 Abs. 2, 144 Abs. 1 und 2, 152a Abs. 4 VwGO, § 280 ZPO).²⁷ Diesen Vorschriften lässt sich in systematischer Auslegung der Prozessordnungen der Rechtsgrundsatz entnehmen, dass ein Gericht eine Sachentscheidung erst nach einer abschließenden positiven Entscheidung über die Zulässigkeit einer Klage treffen darf.²⁸ Der Prüfungsvorrang von Zulässigkeitsfragen entspringt dem Gebot systematischer Konsequenz, die hinsichtlich der Abschiebung

²³ Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Gottwald, 6. Aufl. 2020, ZPO § 322 Rn. 172; Stein/Jonas, Zivilprozessordnung/Althammer, 23. Aufl. 2018, ZPO § 322 Rn. 138. Anders BGH NJW 2008, 1227 Rn. 13 ff. in einem Fall der offengelassenen Zulässigkeit eines Feststellungsantrags: Ein solches als Sachentscheidung konzipiertes Feststellungsurteil ist uneingeschränkter materieller Rechtskraft fähig.

²⁴ Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht/Clausing/Kimmel, 41. EL Juli 2021, § 121 Rn. 91.

²⁵ RGZ 41, 369 (371); 105, 196 (196); 153, 216 (219); 158, 145 (154); für die Zivilprozessordnung ganz grundsätzlich geleugnet von Rimmelpacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966.

²⁶ So Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO Vor § 253 Rn. 3.

²⁷ Laubinger FS Hufen, 2015, 609 (618) sieht keinen expliziten normativen Befund für den Vorrang der Zulässigkeitsprüfung. Ihm ist nur insoweit zuzustimmen, dass es keinen prozessrechtsunabhängigen logischen Vorrang gibt (619 f.).

²⁸ BVerwGE 5, 37 (39); 157, 292 Rn. 19; NVwZ 2019, 649 Rn. 21; BVerwG 27.9.2021 – 6 BN 1.21, BeckRS 2021, 30114 Rn. 6. Ebenso Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO Vor § 253 Rn. 19; aA Laubinger FS Hufen, 2015, 609 (618).

¹⁵ BVerwGE 111, 306 (312 f.).

¹⁶ RGZ 41, 369 (371 ff.); 153, 216 (219); 158, 145 (155 f.) mit der Klarstellung, nur dem Revisionsgericht, nicht aber dem Berufungsgericht sei die Sachprüfung verwehrt.

¹⁷ BGHZ 4, 58 (59 f.); NJW 1954, 310 (311); 1999, 794 (795); NJW-RR 2018, 719 Rn. 43; 2021, 789 Rn. 12 stRspr.

¹⁸ BGH NJW 1993, 2684 (2685); 1999, 724 (725).

¹⁹ Vgl. Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO/Neumann/Korbmacher, 5. Aufl. 2018, VwGO § 144 Rn. 21.

²⁰ BVerwGE 78, 347 (356) (in der Amtlichen Sammlung nicht vollständig abgedruckt).

²¹ Vgl. BVerwGE 68, 290 (296 f.); dazu Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung/Kraft, 15. Aufl. 2019, VwGO § 137 Rn. 78 mwN.

²² BVerwG Buchholz 310 § 144 VwGO Nr. 9 S. 9 (10); BVerwGE 116, 169 (175 mwN). Daran ist das Revisionsgericht auch nicht durch das Verbot einer *reformatio in peius* im Rechtsmittelverfahren (§ 141 iVm § 129 VwGO) gehindert, da dem Kläger durch das Prozessurteil keine Rechtsposition zuerkannt worden war: BGH NJW 1970, 1683 (1684); 1988, 1982 (1983).

von gerichtlicher Zuständigkeit,²⁹ Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage ein strikt sukzessives Vorgehen erfordert und kein Offenlassen erlaubt.³⁰ Die prozessrechtliche Dogmatik eröffnet dem Gericht das Betreten der nächsten Stufe immer erst nach einer mit positivem Ergebnis abgeschlossenen Prüfung der vorangegangenen Ebene; mit anderen Worten ist die abschließend festgestellte Zulässigkeit der Klage notwendige Voraussetzung für den Eintritt in die Sachprüfung. Deshalb hat sich der Terminus der „Sachentscheidungsvoraussetzungen“ zu Recht etabliert.³¹

Zum anderen wird der janusköpfigen Doppelbegründung mit Blick auf die Folgen entgegengehalten, dass klageabweisende Prozess- und Sachurteile unterschiedliche Rechtskraftwirkungen äußerten. Auch deshalb dürfe eine Klage nicht zugleich aus prozessrechtlichen als auch aus sachlichen Gründen abgewiesen werden.³² Die als solche zutreffende Feststellung unterschiedlicher Rechtskraftwirkungen verdeutlicht die Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Zulässigkeits- und Begründetheitsaspekten; für die Frage eines normativen Prüfungsvorrangs³³ und die gebotene Fehlerfolge bei Verstößen gibt sie indes für sich genommen nichts her. Denn warum sollte man nicht die der Fiktion diametral entgegengesetzte Schlussfolgerung ziehen und das Urteil wegen der Ausführungen zur Unbegründetheit der Klage als Sachurteil in Rechtskraft erwachsen lassen?

2. Aufweichung in der Rechtsprechung: Das Offenlassen von Zulässigkeitsfragen

In der Rechtsprechung wird der Vorrang der Zulässigkeitsvoraussetzungen in einigen Fallkonstellationen aufgeweicht: So darf das Vorliegen der Klagebefugnis,³⁴ eines

²⁹ Mit § 17a Abs. 2 GVG (im 4. VwGO-ÄndG vom 17.12.1990, BGBl. I 2809) hat der Gesetzgeber der Zulässigkeitsstation eine eigene Prüfungsstufe der gerichtlichen Zuständigkeit vorgeschaltet, um Kompetenzprobleme in einem Zwischenverfahren alsbald für alle Gerichte abschließend und verbindlich zu klären (vgl. die für die Beteiligten frustrierenden Entscheidungen des BVerwG zur fehlenden Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach alter Rechtslage: BVerwGE 14, 65 (66 ff.); 74, 251; DVBl. 1982, 636). Nunmehr kann die mangelnde Zuständigkeit als Fehlerfolge kein Prozessurteil, sondern nur noch eine von Amts wegen auszusprechende Verweisung nach sich ziehen: BVerwG NVwZ 2002, 992 (993); BGH NJW-RR 2005, 721 (722). Mit Blick auf die dahinterstehende verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) hat der Jubilar im Münchener Kommentar zur ZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO Vor § 253 Rn. 3) darauf hingewiesen, dass das Ordnungsprinzip der Stufung der gesetzgeberischen Disposition partiell entzogen ist.

³⁰ BGH NJW 2008, 1227 Rn. 13 ff.

³¹ Der Jubilar bevorzugt den Terminus „Prozessvoraussetzung“, da erst nach festgestellter Zulässigkeit zur Sache verhandelt werden dürfe: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO Vor § 253 Rn. 2. So streng verfährt zumindest die verwaltungsprozessrechtliche Praxis nicht. Sie macht von der Möglichkeit einer abgesonderten Verhandlung zur Zulässigkeit einer Klage (§ 280 Abs. 1 ZPO) eher selten Gebrauch, um bei nicht a priori unausweichlich feststehender Unzulässigkeit den gesamten Prozessstoff in einem Termin erörtern zu können.

³² BVerwGE 111, 306 (312); BVerwG 3.11.2000 – 6 B 2.00, BeckRS 2000, 31350328; Buchholz 442.066 § 24 TKG Nr. 1 Rn. 18, Buchholz 310 § 133 (nF) VwGO Nr. 96 Rn. 6; BVerwG 29.7.2015 – 5 B 36.14, BeckRS 2015, 51745 Rn. 6; 8.10.2015 – 4 B 13.15, BeckRS 2015, 54441 Rn. 11; BGH NJW 1978, 2031 (2032); 2000, 3718 (3720); 2008, 1227 Rn. 13; NJW-RR 2018, 974 Rn. 15.

³³ Laubinger FS Hufen, 2015, 609 (619).

³⁴ BVerwGE 21, 289 (291).

zweifelhaften (Fortsetzungs-)Feststellungsinteresses³⁵ oder Rechtsschutzbedürfnisses³⁶ offengelassen und es kann sogleich über die Begründetheit der Klage entschieden werden. Dieser nicht ohne Kritik³⁷ gebliebene Ansatz stellt auf den Zweck der jeweiligen Sachentscheidungsvoraussetzungen ab.³⁸ Manche Zulässigkeitshürden sollten die Gerichte nicht durch den Zwang zur Prüfung und Entscheidung von Sachfragen belasten, für deren gerichtliche Durchsetzung kein Bedürfnis bestehe. Dieser Zweck könne jedoch nicht mehr erreicht werden, wenn die Klageabweisung in der Sache einfacher sei als eine Prüfung der fraglichen Zulässigkeitsvoraussetzung. Diese nicht verfahrensfehlerhafte Vorgehensweise habe zur Folge, dass auch die Sachausführungen in Rechtskraft erwachsen und die Zivilgerichte in einem möglichen Prozess über Sekundäransprüche bänden.³⁹ Davon abweichend sieht der Bundesgerichtshof in dem Offenlassen dieser Zulässigkeitsvoraussetzungen einen Verfahrensfehler, wertet ihn jedoch als minder schwer und kommt auf diese Weise auch zur materiellen Rechtskraftfähigkeit einer solchen Entscheidung als Sachurteil.⁴⁰

V. Eigene Stellungnahme

1. Verfahrensmangel

Eine Fehlerfolgendifferenzierung nach dem Zweck der jeweiligen Sachentscheidungsvoraussetzung erweist sich im Ergebnis als überzeugend. Das Umgehen prozessualer Hürden, die aus Gründen der Prozessökonomie im Interesse der Gerichte (und damit auch des zeitnahen Rechtsschutzes für andere Kläger) vor Kapazitätsverschwendung der Dritten Gewalt errichtet worden sind, ist anders zu behandeln als zB das Offenlassen der zweifelhaft erscheinenden Prozessfähigkeit eines Beteiligten. Richtig zugeordnet betrifft diese teleologische Differenzierung aber nicht die prozessrechtlich objektiv zu beurteilende Dichotomie zwischen korrektem Verfahren und Verfahrensmangel. Denn die Klageabweisung sowohl als Prozess- als auch zugleich als Sachurteil ist wegen der in den Prozessordnungen angeordneten Stufung der Erfolgsbedingungen einer Klage immer objektiv verfahrensfehlerhaft.⁴¹ Das Prozessrecht erlaubt einem Gericht in keinem Fall, die immanente gestufte Prüfungssystematik explizit oder durch

³⁵ BVerwG Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 237; für das Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO: BGH NJW 1978, 2031 (2032).

³⁶ BGH NJW 1987, 2808 (2809) – Rechtsschutzbedürfnis für Feststellungsklage wegen der Möglichkeit einer bezifferten Leistungsklage offengelassen, die ebenfalls unbegründet wäre; ebenso BGHZ 130, 390 (399 f.); Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO Vor § 253 Rn. 19, der weitere Ausnahmen für die Einhaltung einer Klagfrist, das Vorliegen der Klagbarkeit oder das Nichtvorliegen der materiellen Rechtskraft ablehnt.

³⁷ BVerwGE 111, 306 (312 f.); vgl. auch BVerwG 3.11.2000 – 6 B 2.00, BeckRS 2000, 31350328.

³⁸ So auch Laubinger FS Hufen, 2015, 609 (620 ff.).

³⁹ So BVerwG Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 237 mit Hinweis auf Stein/Jonas, Zivilprozessordnung/Schumann, 20. Aufl. 1984, ZPO § 113 Rn. 333 und BGH NJW 1958, 384.

⁴⁰ BGH NJW 2008, 1227 Rn. 13 ff. (Rn. 17): Minder schwerer Verfahrensmangel offengelassener Zulässigkeit eines Feststellungsantrags, der der materiellen Rechtskraft des trotzdem als Sachurteil ergangenen Feststellungsurteils nicht entgegensteht.

⁴¹ → IV.1.

Offenlassen von Zulässigkeitspunkten zu durchbrechen. Vielmehr wird die von den Prozessordnungen obligatorisch angeordnete Klageabweisung durch Prozessurteil missachtet, wenn die Prüfung einer Zulässigkeitsfrage zu einem negativen Ergebnis führt oder offengelassen wird. Das zwingt bei einer *lege artis* entsprechenden Vorgehensweise immer zu einer abschließenden Prüfung der jeweiligen Sachentscheidungsvoraussetzung und erlaubt keine pragmatisch noch so naheliegenden Abkürzungen.

2. Teleologische Differenzierung als Frage subjektiver Rechtsverletzung

Die sowohl vom 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts als auch vom Bundesgerichtshof befürwortete teleologische Differenzierung hat jedoch ihre Berechtigung mit Blick auf die Prüfung einer durch den Verfahrensmangel ausgelösten subjektiven Rechtsverletzung des Klägers. Denn noch vor der Untersuchung, ob die angefochtene Entscheidung auf dem festgestellten Verfahrensmangel beruht, stellt sich in dem Prüfprogramm der Rechtsmittelinstanz die Frage, ob der Beschwerdeführer, Berufungs- oder Revisionskläger durch den gerügten und festgestellten Verfahrensmangel in seinen subjektiven Verfahrensrechten verletzt worden ist. Da die Konzeption des subjektiven Rechtsschutzes auch das Rechtsmittelrecht der Verwaltungsgerichtsordnung durchzieht, bedarf es für den Erfolg eines Rechtsmittels stets einer subjektiven Rechtsverletzung des Rechtsmittelführers.⁴² Das gilt auch für Rechtsmittel des Klägers, selbst wenn sich dessen subjektive Rechtsverletzung bei von ihm gerügten Verfahrensmängeln typischerweise nicht als Problem stellt und daher im Regelfall nicht gesondert thematisiert wird.⁴³ Denn ganz grundsätzlich gilt: Ein Verfahrensmangel, der den Rechtsmittelführer nicht in eigenen Rechten berührt, kann seinem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen.⁴⁴

Sollte aber der Kläger durch den Verfahrensmangel einer janusköpfig begründeten Gerichtsentscheidung nicht in seinen subjektiven Verfahrensrechten verletzt worden sein, erscheint deren Korrektur im Wege der Fiktion nicht geschriebener Sachausführungen weder explizit durch eine teilreformatorische Entscheidung seitens der Rechtsmittelinstanz⁴⁵ noch bei bereits eingetretener Rechtskraft gerechtfertigt. Deshalb ist zu untersuchen, welche subjektivrechtlichen Verfahrenspositionen hinter den verschiedenen Zulässigkeitsvoraussetzungen stehen können und ob sie normativ im Sinne eines subjektiven prozessualen Rechts auf den Schutz des Klägers ausgerichtet sind.

3. Zulässigkeitshürden und subjektive Verfahrensrechte

a) Der Justizgewähranspruch

Ausgangspunkt der Prüfung, ob der Kläger durch eine paradoxe, die prozessrechtlichen Kategorien übergreifende Doppelbegründung in seinen subjektiven Rechten verletzt wurde, ist der Justizgewähranspruch. Dieser hat für den Verwaltungsprozess mit Blick auf Grundrechtsträger seine spezielle Ausprägung in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gefunden. Für den Fall einer dem Kläger zu Unrecht verweigerten Sachentscheidung ist offensichtlich, dass ihm damit der Zugang zu Gericht prozessrechtswidrig verwehrt und letztlich sein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt worden ist.⁴⁶

Im umgekehrten Fall, in dem ein Gericht beispielsweise die Verfristung der Klage übersieht und diese statt durch das gebotene Prozess- durch Sachurteil abweist, kann sich der Kläger jedoch nicht darauf berufen, spezifisch durch die anstelle des gebotenen Prozessurteils ergangene Sachentscheidung beschwert zu sein. Denn die Zulässigkeitsvoraussetzung der Einhaltung der Klagfrist (§ 74 VwGO) als Ausprägung des im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Gebots der Rechtssicherheit schützt nicht ihn, sondern den Beklagten und in mehrlipoligen Rechtsverhältnissen Dritte als Beigeladene.⁴⁷ Hat der Kläger mit der Klageerhebung seinen prozessualen Anspruch zur gerichtlichen Entscheidung gestellt und staffelt das Gericht die klageabweisende Entscheidung in verfahrensfehlerhafter Weise durch Erlass eines janusköpfigen Prozess- und gleichzeitigen Sachurteils, wird der Kläger dadurch nur dann in seinen subjektiven Rechten verletzt, wenn die vom Gericht letztlich übergangene Sachentscheidungsvoraussetzung normativ zumindest auch seinen Interessen zu dienen bestimmt ist.

b) Autonomie des Individuums

Das ist bei dem Erfordernis der Prozessfähigkeit der Fall, denn diese Hürde dient (zumindest auch) dem Schutz des jeweiligen Prozessbeteiligten.⁴⁸ Diese Annahme wird durch den absoluten Revisionsgrund mangelnder ordnungsgemäßer Vertretung (§ 138 Nr. 4 VwGO, § 547 Nr. 4 ZPO) belegt. Dabei handelt es sich um eine Schutzvorschrift (nur) für den nicht vorschriftsmäßig vertretenen Beteiligten; die Rüge kann deswegen mit Aussicht auf Erfolg auch nur von diesem erhoben werden.⁴⁹ Durch diesen absoluten Revisionsgrund schützt das Prozessrecht das verfassungsrechtlich als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verbürgte Selbstbestimmungsrecht des jeweiligen Beteiligten,⁵⁰ gegen den eine für ihn nachteilige Gerichtsentscheidung wirkt, obwohl er prozessunfähig war und ohne gesetzlichen Vertreter geblieben ist.

⁴² Dieses Postulat wird in der Rechtsprechung explizit zumeist nur für den Erfolg eines Rechtsmittels eines Beigeladenen erwähnt: BVerwGE 47, 19 (21f.); NVwZ 1982, 115 (116).

⁴³ Vgl. aber BVerwG 4.8.2000 – 7 B 38.00, BeckRS 2000, 31350637 – Gehörsverletzung und mangelnde Ladung eines anderen Beteiligten berührt Rechtsstellung des Klägers nicht; BVerwG 14.6.2000 – 8 B 36.00, BeckRS 2000, 31350865 – Gehörsverletzung des Gegners; BVerwG 18.11.2002 – 8 B 79.02, BeckRS 2003, 20746 – Fehlender Verzicht eines anderen Beteiligten auf mündliche Verhandlung; ebenso BVerwG 26.6.2009 – 8 B 56.09, BeckRS 2009, 36019 Rn. 10; insoweit aA in einem *obiter dictum* BSG 14.2.2001 – B 9 V 81/00 B, BeckRS 2001, 30410638.

⁴⁴ BVerwG NVwZ-RR 2010, 37 Rn. 2f.; ZOV 2014, 268 Rn. 14; 22.4.2020 – 10 B 18.19, BeckRS 2020, 10813 Rn. 19; 11.6.2021 – 3 B 44.19, BeckRS 2021, 19851 Rn. 32 – Rüge unterlassener notwendiger Beiladung eines Dritten; ebenso Weyreuther, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, 1971, Rn. 197.

⁴⁵ Vgl. BVerwGE 111, 306 (312f.); NVwZ 2019, 649 Rn. 22.

⁴⁶ Vgl. nur BVerfGE 110, 77 (85); NJW 2004, 2583; NVwZ-RR 2011, 405 Rn. 20f.; für den allgemeinen Justizgewähranspruch außerhalb des Schutzbereichs des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG: BVerfG NJW 2009, 572 (573); GRUR 2010, 1033.

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 60, 253 (267ff.); BVerwGE 105, 288 (295); 170, 311 Rn. 18 und 24.

⁴⁸ Laubinger FS Hufen, 2015, 609 (621).

⁴⁹ BVerwG NVwZ-RR 1997, 319 (321); 10.3.1998 – 8 B 27.98, BeckRS 1998, 30431804; ebenso BFHE 96, 385 (387); BGHZ 73, 78.

⁵⁰ Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO/Neumann/Korbmacher, 5. Aufl. 2018, VwGO § 138 Rn. 182.

Liegen diese Verfahrenshindernisse bei einem Kläger vor und erlässt das Gericht trotzdem ein klageabweisendes (Prozess- und zugleich) Sachurteil, kann die Sachentscheidung auf das diesen Mangel rügende Rechtsmittel des Klägers hin keinen Bestand haben, da diese Zulässigkeitsvoraussetzung seinem Schutz dient.

c) Objektive Schutzzwecke

Andere Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere die rein gerichtsbezogenen Erfordernisse des (Fortsetzungs-)Feststellungsinteresses oder des Rechtsschutzbedürfnisses,⁵¹ berühren jedoch den Kreis der subjektiven Rechte des Klägers nicht.⁵² Legt dieser ein Rechtsmittel gegen ein auf solche prozessrechtliche Hürden gestütztes klageabweisendes Prozess- und Sachurteil ein, ist kein legitimer Grund dafür ersichtlich, dass er auf diese Weise den Konsequenzen einer für ihn negativen Sachentscheidung durch die Flucht in ein Prozessurteil sollte entgehen können. Dadurch, dass das Gericht trotz einer fehlenden Zulässigkeitsvoraussetzung zur Sache – auch wenn auf dieser Ebene für ihn nachteilig – entschieden hat, ist der Kläger vielmehr prozessrechtlich *supra legem* begünstigt worden. Auf eine von ihm angestrebte Sachentscheidung hatte er keinen Anspruch, aber durch deren Erlass wird sein gegenüber dem Gericht geltend gemachter Justizgewährungsanspruch nicht verletzt. Mehr kann er nicht verlangen, denn es gibt keinen generellen Anspruch des Klägers auf Klageabweisung durch Prozessurteil, selbst wenn nur dieses dem objektiven Prozessrecht entspricht. Werden keine ihn schützenden subjektiven Verfahrensrechtspositionen berührt, hat der Kläger den Erlass einer Sachentscheidung hinzunehmen. Er kann diese nur als Sachurteil mit Rechtsmitteln bekämpfen; dies freilich ist ihm nicht verwehrt.

4. Vergleich der Folgen bei offen gelassener Zulässigkeitsvoraussetzung und doppelt begründeter Klageabweisung

Vergleicht man die (Fehler-)Folgen⁵³ doppelt begründeter Entscheidungen, in denen die Vorinstanz eine nur objektiven Zwecken dienende Zulässigkeitsvoraussetzung (zB Feststellungsinteresse, Rechtsschutzbedürfnis) entweder nur offen gelassen oder aber definitiv abgelehnt hat, erscheint in der zuletzt genannten Fallvariante die in der Fiktion nicht geschriebener Sachausführungen enthaltene prozessrechtliche Sanktion überzogen. Welche Gründe rechtfertigen den qualitativen Sprung von der Aufrechterhaltung als Sachurteil (beim Offenlassen) zur Tilgung der Sachausführungen (bei der echten Doppelbegründung)? Dafür liefert die unter-

⁵¹ Vgl. BGH NJW 1996, 193 (195): Das Rechtsschutzbedürfnis hat als Prozessvoraussetzung gerade die Funktion zu verhindern, dass Gegner und Gericht ohne ausreichendes Interesse des Klägers an gerichtlichem Rechtsschutz durch ein Verfahren belastet werden. Ebenso Laubinger FS Hufen, 2015, 609 (621 ff.).

⁵² Das entspricht mit Blick auf das Sachbescheidungsinteresse, die verwaltungsverfahrenrechtliche Schwester des Rechtsschutzbedürfnisses, stRspr: Auf ein von einer Behörde zu Unrecht bejahtes Sachbescheidungsinteresse kann sich ein Dritter nicht berufen; so BVerwGE 50, 282 (285 f.); 82, 61 (70).

⁵³ Während der BGH beim Offenlassen von einem minder schweren Verfahrensmangel ausgeht (BGH NJW 2008, 1227 Rn. 13 ff. (Rn. 17)), liegt nach der Auffassung des 4. Senats des BVerwG nicht einmal ein solcher vor: BVerwG Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 237.

schiedliche Schwere des Verstoßes gegen das prozessrechtliche Gebot abschließender Prüfung einer Sachentscheidungsvoraussetzung, die den Kläger nicht schützt, keine teleologisch tragfähige Begründung.

5. Konsequenzen für doppelt begründete Entscheidungen

a) Rechtsmittel

Im Falle der Anfechtung durch Rechtsmittel erscheint die Rückführung eines in paradoxer Weise doppelt begründeten Urteils auf ein reines Prozessurteil wegen der gerichtlichen Missachtung von Zulässigkeitsvoraussetzungen, die nur objektiven Zwecken dienen, mit Blick auf das System des subjektiven Rechtsschutzes ihrerseits als prozessrechtswidrig. Zudem wird der dahinterstehende Gedanke der Prozessökonomie ad absurdum geführt, wenn der vom Gericht in die Sachausführungen investierte Aufwand durch Anwendung der Fiktion zunichtegemacht wird. Diese kupt das Urteil um die Sachgründe als Früchte des Prozesses. Wird im Anschluss an einen Verwaltungsprozess ein Zivilgericht zB zur Klärung von Sekundäransprüchen aus § 839 BGB iVm Art. 34 GG bemüht, hat dieses die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns erneut von Grund auf zu beurteilen, ohne auf die als nicht geschriebenen geltenden Sachausführungen des Verwaltungsgerichts zurückgreifen zu dürfen.

Der zweite Einwand, klageabweisende Prozess- und Sachurteile äußerten unterschiedliche Rechtskraftwirkungen, ist richtig. Er rechtfertigt aber nicht *per se* die Ausblendung vom Gericht angeführter Sachgründe im Wege der eingangs beschriebenen prozessrechtlichen Fiktion. Denn ein Kläger, der nicht *spezifisch* durch die gerichtliche Missachtung der zwingenden Fehlerfolge mangelnden Feststellungsinteresses oder Rechtsschutzbedürfnisses in *seinen* subjektiven Verfahrensrechtspositionen verletzt worden ist, hat konsequenterweise die Entscheidung als Sachurteil hinzunehmen. Das Rechtsmittelrecht eröffnet ihm mangels subjektiver Rechtsverletzung keinen prozessrechtlichen Korrekturanspruch.

Stützt der Kläger sein Rechtsmittel allein auf die Verfahrensrüge der Fehlerhaftigkeit eines *uno actu* ergangenen Prozess- und Sachurteils, steht dem Beruhen der Entscheidung auf diesem Verfahrensmangel die kumulative Doppelbegründung des angefochtenen Urteils nicht entgegen. Denn die Begründungsstränge eines klageabweisenden Prozess- und Sachurteils sind mit Blick auf die Rechtskraftwirkung der Entscheidung nicht gleichwertig, dh sie äußern eine unterschiedliche Beschwer.⁵⁴ Mit der Verfahrensrüge kann er nach der hier vertretenen Auffassung nur in dem seltenen Fall Erfolg haben, in dem eine (auch) ihn schützende Sachentscheidungsvoraussetzung gefehlt hat; ansonsten bleibt sein Rechtsmittel erfolglos.⁵⁵

⁵⁴ Vgl. zu dieser Ausnahme von der mangelnden Entscheidungserheblichkeit einer kumulativen Mehrfachbegründung: BVerwG NJW 2003, 2255; NVwZ-RR 2017, 266 Rn. 3 ff.; Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung/Kraft, 15. Aufl. 2019, VwGO § 132 Rn. 26. Vgl. aber auch BVerwG NVwZ-RR 1998, 416, in dem die Bedeutsamkeit des Unterschieds von abweisender Prozess- und Sachentscheidung für das Normenkontrollverfahren mit allerdings unterkomplexer Begründung geleugnet wird.

⁵⁵ So im Ergebnis BVerwG Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 237 für den Fall des offengelassenen Fortsetzungsfeststellungsinteresses.

Erhebt der Kläger (zusätzlich) weitere Rügen, ist dem Rechtsmittelgericht nach der hier vertretenen Auffassung die Sachprüfung nicht von vornherein verwehrt. Denn die Ausblendung der Sachgründe durch Anwendung der Fiktion ist nur gerechtfertigt, wenn die Vorinstanz durch die paradoxe Urteilsstruktur ausnahmsweise subjektive Verfahrenspositionen des Klägers berührt hat. Allerdings hat das Rechtsmittelgericht als Frage der Begründetheit des Rechtsmittels von Amts wegen auch die Zulässigkeit der Klage zu prüfen. Dann bleibt – wenn das Feststellungsinteresse oder das Rechtsschutzbedürfnis im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung der Rechtsmittelinstanz noch immer fehlt – das Rechtsmittel auch ohne Überprüfung des Sachausspruchs erfolglos.

b) Rechtskräftige Urteile

Wird kein Rechtsmittel eingelegt und erwächst das doppelt begründete Urteil in Rechtskraft, hat es – entgegen der herrschenden Auffassung – als Sachurteil zu gelten und äußert auch insoweit Rechtskraftwirkungen. Denn wenn eine Entscheidung im Rechtsmittelzug mangels spezifischer Rechtsverletzung des Klägers nicht zu korrigieren wäre, erscheint die Anwendung der prozessrechtlichen Fiktion ungeschriebener Sachgründe auch mit Blick auf die Reichweite der Rechtskraft nicht gerechtfertigt (§ 121 VwGO). Die herrschende Auffassung verschafft dem Kläger durch die Anwendung der Fiktion ungeschriebener Sachgründe eine bessere Position, als er sie durch Anfechtung der doppelt begründeten Entscheidung im Rechtsmittelzug hätte erreichen können; das erscheint inkonsistent. Deshalb muss der Kläger das paradox begründete Urteil als Sachentscheidung hinnehmen.

VI. Fazit

Die flächendeckende Heranziehung der radikalen prozessrechtlichen Fiktion ungeschriebener Sachausführungen bei gerichtlichen Entscheidungen, die Klagen als unzulässig *und* unbegründet abweisen, ist verfehlt. Sie wurde vom Reichsgericht nur mit Blick auf die Bestimmung der Reichweite des revisionsgerichtlichen Zugriffs auf ein doppelt begründetes Berufungsurteil entwickelt;⁵⁶ ihre wuchernde Verbreitung über diesen Rahmen hinaus erscheint nicht angemessen. Diese richterrechtlich entwickelte Sanktion eines gerichtlichen Verfahrensfehlers differenziert nicht nach der Schutzrichtung der verschiedenen prozessrechtlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen, gegen die ein Gericht mit der paradoxen Doppelbegründung verstoßen haben kann. Wenn der Kläger – und das ist in der Regel der Fall – durch eine solche Entscheidung nicht spezifisch in seinen subjektiven Verfahrensrechten verletzt worden ist, gelingt ihm durch die Anwendung der überkommenen Fiktion die Flucht aus dem für ihn ungünstigen Sach- in ein Prozessurteil. Die Fiktion vermag ihm ohne erkennbare rechtfertigende Gründe die Chance einer weiteren gerichtlichen Sachprüfung zu verschaffen.

⁵⁶ Darauf explizit beschränkend RGZ 158, 145 (155).