

Gewandelte Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Verwaltungsgerichte als Garanten des Rechts im Spannungsfeld zur Politik*

Bettina Stepanek

Abstract: *Den Verwaltungsgerichten kommt in der nationalen Verfassungsordnung und im gesamten europäischen Rechtsraum eine zentrale Rolle für die Verwirklichung des Rechts zu. Dabei stehen gerichtliche Kontrolle und exekutives Handlungsbedürfnis in einem Spannungsverhältnis, das zunehmend zu eskalieren scheint: Die Befolgung gerichtlicher Entscheidungen ist keine Selbstverständlichkeit mehr, die Deutungshoheit und Autorität der Rechtsprechung wird durch die Exekutive in Frage gestellt. Der Beitrag beleuchtet, inwiefern die Verwaltungsgerichte vor diesem Hintergrund noch ihrer tragenden Rolle als Garanten des Rechts gerecht werden können. Dabei werden Zwangsbefugnisse der Gerichte erwogen. In Anbetracht der Vielgestaltigkeit der Ursachen für die Konflikte und unter Berücksichtigung des institutionellen Rahmens, in den die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingebunden ist, wird im Ergebnis jedoch ein differenziertes Fazit gezogen, das vor allem an die Verantwortung und Funktionsgrenzen der Akteure erinnert.*

I. Tragende Rolle, aber keine Gewalt?

Die Garantie effektiven Rechtsschutzes wird in Bezug auf die deutsche Verfassungsordnung gerne als „Prüf-“¹ bzw. „Schlußstein“² des Rechtsstaates oder „Motor des Ganzen“³ bezeichnet. Diesen Anspruch einzulösen, ist zuvörderst Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ihr kommt somit eine

* Besonderer Dank gilt Dr. Michael Müller und Dr. Konstantin Chatziathanasiou für ihre wertvollen Anmerkungen im Rahmen der Entstehung dieses Beitrages und der Schriftfassung sowie allen Diskussionsteilnehmerinnen und -teilnehmern für ihre Anregungen. Alle Internetquellen sind zuletzt am 19.3.2021 abgerufen worden.

1 Stolleis, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, FS Menger, 1985, S. 57.

2 Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Wandersleb/Traumann (Hrsg.), Recht – Staat – Wirtschaft III, 1951, S. 9.

3 Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1996, S. 176.

entscheidende Funktion für die Verwirklichung des Rechts im Sinne seiner Verteidigung gegenüber der öffentlichen Gewalt zu. Die Vorstellung, dass effektiver Verwaltungsrechtsschutz eine zentrale Funktionsbedingung eines am Recht ausgerichteten Gemeinwesens darstellt, gehört aber inzwischen auch – allen Unterschieden zum Trotz⁴ – zum *acquis commun* im europäischen Rechtsraum.⁵ Die Unionsgerichte rechnen ihn sogar „den Grundlagen der Gemeinschaft selbst“⁶ bzw. dem völkerrechtlichen *ius cogens*⁷ zu. Vor diesem Hintergrund verwundert nicht, dass den Verwaltungsgerichten – im funktionellen Sinne⁸ – auch in der EU als Rechtsgemeinschaft der Status eines „zentrale[n] Knotenpunkt[es]“⁹ attestiert wird. Welche Hoffnungen auf dem Rechtsschutz liegen, ist auch in einigen der vorangehenden Beiträge und Diskussionen dieser Tagung mehrfach deutlich geworden: etwa im Bereich des Klimaschutzes sollen die (Verwaltungs-)Gerichte sogar quasi-gestaltend oder jedenfalls als Impulsgeber für den politischen Prozess einspringen, wenn die anderen beiden Gewalten versagen.¹⁰

Demgegenüber steht allerdings die Beobachtung, dass die Verwaltungsgerichte in jüngerer Zeit häufig in Konflikt mit der Politik, genauer gesagt, Entscheidungsträgern der Exekutive geraten, die teilweise offen Entscheidungen missachten oder zu marginalisieren versuchen. Auf die Frage, was die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem entgegensetzen kann, wird der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts *Klaus Rennert* mit folgender Aussage zitiert: „Die dritte Gewalt mag im Zivil- und Strafrecht das Schwert führen, [...] im Verwaltungsrecht – gegenüber [...] der Exekutive – führt sie nur das Argument“.¹¹ Das erinnert einerseits an das bekannte

4 Vgl. dazu rechtsvergleichend die Beiträge in v. Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum* (IPE) VIII, 2019 und IX, 2021 i.E.

5 *Sommermann*, Die Europäisierung der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit in rechtsvergleichender Perspektive, in: Schenke/Suerbaum (Hg.), *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union*, 2016, S. 189 (199 ff.) m.w.N.

6 EuGH Urt. v. 3.9.2008 – C- 402/05 P und 415-705 P, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 290 – Kadi.

7 EuG Urt. v. 21.9.2005 – T-306/01, ECLI:EU:T:2005:331, Rn. 343, allerdings auch zu den Grenzen.

8 Dazu *Stepanek*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rechtsprechungsverbund, in: v. Bogdandy/ Huber/Marcusson (Hrsg.), IPE IX, 2021, § 155 Rn. 7 ff., i.E.

9 *Voßkuhle*, *SächsVBl.* 2013, 77 (78).

10 Vgl. insbesondere die Beiträge von *Manuela Niehaus*, Dürfen Gerichte den Gesetzgeber zu mehr Klimaschutz verpflichten?, S. 241 (insb. 259 ff.); kritisch dazu *Lutz Friedrich*, Politischer Druck durch Rechtsschutz: Auf dem Weg zur öffentlich-rechtlichen Public Interest Litigation?, S. 219 (insb. 239 f.).

11 *Rennert*, Kann die Justiz den Staat zwingen?, *FAZ* v. 18.7.2019, S. 6.

Diktum von *Alexander Hamilton*, wonach die Judikative keinen Zugriff auf „*sword or purse*“ hat.¹² Andererseits klingt dabei an, dass auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf andere Faktoren der „Geltungsgenerierung“¹³, angewiesen ist, eine Autorität, die in Bezug auf sie insbesondere auf der Überzeugungskraft ihrer Entscheidungen gründet.¹⁴

Vor diesem Hintergrund fokussiert sich die vorliegende Betrachtung im Ausgangspunkt auf einen relativ engen Teilaspekt der vielschichtigen Thematik des Verhältnisses von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Politik: Ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit tatsächlich ein besonders (zwangs-)mittelloser Teil der teilweise ohnehin als schwach charakterisierten dritten Gewalt und inwieweit ist dies mit der eben beschriebenen, tragenden Rolle vereinbar? Die Überlegungen sollen sich aber nicht darin erschöpfen, die Möglichkeiten des vollstreckungsrechtlichen Rahmens auszuloten. Stattdessen soll aus diesem Blickwinkel das latente Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungsgerichten und Exekutive reflektiert werden, das aufgrund einiger jüngerer Entwicklungen noch spannungsreicher gerät.

II. Kräfteressen zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Exekutive

Das Phänomen exekutiven Ungehorsams ist nicht neu. Es hat schon früher Fälle gegeben, in denen sich Behörden beharrlich verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen widersetzt haben.¹⁵ Auch der Gesetzgeber hat dieses Risiko gesehen und es – trotz kontroversen Diskussionen über die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung gegen Hoheitsträger – im Grundsatz adressiert.¹⁶ Dennoch ist die Verwaltungsgerichtspraxis traditionell von

12 „The judiciary [...] has no influence over either the sword or the purse [...]. It may truly be said to have [...] merely judgement“, The Federalist Papers, Nr. 78, digital zugänglich über https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp.

13 *Schmidt*, Macht, Autorität und Charisma, in: Vorländer (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, 2006, S. 37.

14 Vgl. aus der Politikwissenschaft etwa *Brodocz*, Die Macht der Judikative, 2009; beim Bundesverfassungsgericht wird aus soziologischer Perspektive auch sein besonderes Ansehen als Element seiner Autorität genannt, vgl. *Straßenberger*, Berliner Journal für Soziologie 2013, 493 (500).

15 OVG Hamburg, Urteil v. 26.3.1949, MDR 1949, 506 m. Anm. *Ipsen* (Obdachloseneinweisung); VGH München Beschl. v. 26.5.1989, NVwZ-RR 1989, 669 (Streit um Namensführung); OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 4.11.1998 – 3 S 15-98, NVwZ-RR 1999, 411 (Bundesparteitag der Republikaner); Beschl. v. 29. 12. 2009 – 10 L 21.09 (Baubeseitigung).

16 BT-Drs. III/55, S. 48 zu § 164 VwGO (entspricht dem heutigen § 167).

der Vorstellung geprägt, dass die freiwillige Befolgung gerichtlicher Entscheidungen durch die Exekutive eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit ist. Die „Ehrenmanntheorie“¹⁷ ist wohl die bekannteste Ausprägung dieser Vorstellung. Praktisch bedeutsamer Ausdruck der Anerkennung der Entscheidungsgewalt der Verwaltungsgerichte sind bzw. waren aber etwa auch die sog. Stillhaltezusagen im Asylrecht, mit denen sich die Ausländerbehörden in der Regel verpflichteten, vor einer Abschiebung den Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens abzuwarten.¹⁸

Dieses Fundament, das die Funktionsfähigkeit des Systems bisher weitgehend getragen hat, zeigt zumindest Risse.¹⁹ Umfassende Studien zur Entwicklung der Fallzahlen gibt es – soweit ersichtlich – bisher nicht, in jüngerer Zeit scheinen sich aber die Eskalationen zu häufen, jedenfalls kommt ihnen eine höhere (fach-)öffentliche Aufmerksamkeit zu: In mehreren Fällen sind die Entscheidungsträger untätig geblieben, obwohl sie mehrfach von den Verwaltungsgerichten zur Aufstellung von Luftreinhalteplänen verpflichtet worden waren.²⁰ Auch der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Suizidmedikamenten²¹ wurde von der Exekutive praktisch die Umsetzung verweigert, weil man sie – abgesichert durch ein externes Gutachten²² – für verfassungswidrig hielt.²³ In den Fällen Stadthalle Wetzlar²⁴ und Dügida²⁵ haben sich die kommunalen Entscheidungsträger beharrlich geweigert, den Anforderungen des Neutralitätsgebotes gegenüber Parteien oder Veranstaltungen aus dem rechten Spektrum

17 BVerwG, Urt. v. 27. 10. 1970 – VI C 8/69, BVerwGE 36, 179 (181); Urt. v. 30.4.1971, BVerwGE 38, 99 (102); Urt. v. 12.7.2000, BVerwGE 111, 306 (311).

18 Dazu VGH Kassel, Urt. v. 18.5.1988 – 5 EU 2212/84, NVwZ-RR 1989, 324 (325); OVG Münster, Beschl. v. 8.1.2018 – 4 A 1395/16, Rn. 3; zum Kostenrecht OVG Münster, Beschl. v. 17.7.2006 – 3 B 103/06, Rn. 3.

19 Noch deutlicher *Michl*, wiedergegeben im Tagungsbericht von *Baade*, JZ 2021, 37; *Knopp/Hofmann*, NVwZ 2020, 982.

20 Etwa VGH München, Beschl. v. 9.11.2018 – 22 C 18.1718, ZUR 2019, 108; EuGH, C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114, NJW 2020, 977; VGH BW, Beschl. v. 14.5.2020 – 10 S 461/20, NVwZ 2020, 972 m. Anm. *Gafus*; vgl. auch *Klinger*, NVwZ 2019, 1332 (1333) m.w.N.

21 BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19.15, BVerwGE 158, 142.

22 Rechtsgutachten *Di Fabio*, https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

23 Kritisch dazu *Hufen*, NJW 2018, 1524.

24 Abschließend zum Eilrechtsschutz: BVerfG, Beschl. v. 24.3.2018 – 1 BvQ 18/18, NVwZ 2018, 819; zur Hauptsache: VG Gießen, Urt. v. 03.09.2019 – 8 K 2064/18.GI, DÖV 2020, 35.

25 VG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015 – 1 L 54/15, NWVBl 2015, 201; aufgehoben durch OVG Münster, Beschl. v. 12.1.2015 – 15 B 45/15, NWVBl 2015, 195.

Folge zu leisten. Im Fall Sami A.²⁶ ließen die Ausländerbehörden das zuständige VG über den Zeitpunkt der geplanten Abschiebung jedenfalls bewusst im Unklaren, um diese vor Abschluss des Eilrechtsschutzverfahrens heimlich durchzuführen. Nur wenige Tage nachdem das VG anschließend die Rückholung des Betroffenen angeordnet hatte,²⁷ kündigte das BAMF Presseberichten zufolge in einem Schreiben an alle OVGs die bisherige Verwaltungspraxis der Stillhaltezusagen auf.²⁸

Bemerkenswert bzw. bedenklich erscheinen auch einige öffentliche Kommentare von Seiten der politischen Entscheidungsträger in Zusammenhang mit diesen Vorfällen: Die Richter sollen im Blick haben, „dass ihre Entscheidungen dem Rechtsempfinden der Bevölkerung entsprechen“.²⁹ Den Protest werde man im Fall Dügida unabhängig davon fortsetzen, wie das OVG entscheide, „die Gerichte sollten sich da raushalten“³⁰. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird also zur Zurückhaltung gegenüber der Politik aufgefordert – eine Forderung, die sonst insbesondere die Verfassungsgerichtsbarkeit betrifft.³¹ Gleichzeitig wird die Verbindlichkeit der rechtlichen Maßstäbe in Frage gestellt, die die Gerichte durchsetzen zu versuchen. In letzterem Fall hat sich das OVG Münster diesem Angriff quasi unterworfen.³²

26 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 12.7.2018 – 7a L 1200/18.A.

27 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 13.7.2018 – 8 L 1315/18; OVG Münster, Beschl. v. 15.8.2018 – 17 B 1029/18, NVwZ 2018, 1493.

28 *Sehl*, Das neue Misstrauen, LTO v. 4.9.2018, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/abschiebung-bamf-verwaltungsgerichte-stillhaltezusage-sami-a-zwischenverfuegung/>.

29 So wird der nordrhein-westfälische Innenminister *Reul* zitiert, vgl. <https://www.dw.com/de/politik-und-justiz-streiten-wegen-sami-a/a-45100809>.

30 Zu entsprechenden Äußerungen des Düsseldorf OB, vgl. *Müller*, „Lichter aus! Um jeden Preis?“, <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/rechtsfolgen-duesseldorfer-obprotestiert-gegen-duegida-13370224.html>.

31 S. unten V. mit Fn. 100.

32 OVG Münster, Beschl. v. 12.1.2015 – 15 B 45/15, NWVBl. 2015, 195, das den Eilantrag wegen angeblichen Fehlens einer gefestigten Rechtsprechung zu der Frage ablehnte; zurecht kritisch dazu *Schönenbroicher*, Methodenfragen im Verwaltungsrecht zwischen Tradition und Innovation, in: Kahl/Mager (Hrsg.), *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*, 2019, S. 133 (137 Fn. 17); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 13.9.2017 – 10 C 6/16, NVwZ 2018, 433 m. Anm. *Stuttman*.

III. Ist Gewalt die Lösung?

Vor dem Hintergrund dieser Vorfälle, diesen Anzeichen eines Infragestellens der Deutungshoheit und Autorität der Verwaltungsgerichte drängt sich die Frage auf, ob es nicht anderer, härterer Mittel zur Durchsetzung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, insbesondere Zwangsmittel bedarf.

1. Vollstreckungsrechtliche Perspektive

a) *Status quo*

Das deutsche Verwaltungsprozessrecht ist in Bezug auf die Vollstreckung gegen Hoheitsträger nur sehr rudimentär ausgestaltet. Es verweist im Wesentlichen auf die Vorschriften der ZPO und sieht darüber hinaus für bestimmte Entscheidungen die Möglichkeit vor, ein Zwangsgeld bis 10.000 Euro zu verhängen. In Bezug auf die Auslegung der Regelungen ist aber vieles ungeklärt: Etwa, ob man auf die strengeren Zwangsgeldregelungen der ZPO zurückgreifen kann, das Zwangsgeld der Staatskasse zukommen muss oder die Gerichte auch Zwangshaft verhängen können u.a.m.³³

Mit letzter Frage hat sich aus unionsrechtlicher Perspektive auf Vorlage des BayVGh bereits der EuGH in Zusammenhang mit der Aufstellung der Luftreinhaltepläne befasst: Aus dem Unionsrecht folge eine Pflicht, die Verantwortlichen in Zwangshaft zu nehmen, nur, sofern es in den Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts „eine hinreichend zugängliche, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbare Rechtsgrundlage für den Erlass einer solchen Zwangsmaßnahme gibt“³⁴. Deziert mit diesem Maßstab auseinandergesetzt hat sich in der Folge insbesondere der VGh BW und das im Ergebnis verneint: Der Ministerpräsident sei im konkreten Fall als Einziger tatsächlich und rechtlich in der Lage, die geschuldete Handlung vorzunehmen. Seiner Inhaftierung stehe aber einerseits die Landesverfassungsrechtliche Immunität entgegen, außerdem könne man der

33 Zur parallelen Anwendbarkeit von § 172 VwGO und § 167 VwGO iVm § 888 ZPO und der Möglichkeit das Zwangsgeld einer gemeinnützigen Einrichtung zuzusprechen, VG Stuttgart, Beschl. v. 21.1.2020 – 17 K 5255/19, ZUR 2020, 242 (243); a.A. *Miedtank*, Zwangsvollstreckung, 1964, S. 122; zu Auslegungsfragen auch *Krings*, NVwZ 2019, 23 (24 ff.); *Klinger*, NVwZ 2019, 1332; *Will*, NJW 2020, 963 (965).

34 EuGH, Rs. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 – Deutsche Umwelthilfe.

gesetzlichen Regelung nicht hinreichend klar und vorhersehbar entnehmen, dass ein so weitgehender Einsatz von Zwangsmitteln angelegt sei.³⁵

Es bleibt aber rechtsstaatlich unbefriedigend, wenn die Einlösung des – verfassungs- und europarechtlich fundierten – Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz beim Entscheidungsausspruch des Gerichts stehen bleibt. So führt schon die Gesetzesbegründung zur VwGO aus, dass „soweit die Durchsetzung der Urteile nicht gewährleistet ist, [...] der Rechtsschutz nur unvollkommen“ bleibt.³⁶

b) Verfassungskonforme Auslegung

Auf dieser Grundlage hat auch das Bundesverfassungsgericht in einer älteren Entscheidung – ebenfalls ein Stadthallenfall – die Verwaltungsgerichte damit beauftragt, die Vollstreckungsvorschriften so anzuwenden, dass ein wirksamer Schutz des Einzelnen gewährleistet ist.³⁷ Dabei hat es konkrete Möglichkeiten, wie die Ersetzung der behördlichen Zustimmung für die Saalvermietung oder sogar die Besitzeinweisung durch den Gerichtsvollzieher ins Spiel gebracht, hinsichtlich der Auswahl den Verwaltungsgerichten jedoch einen weiten Ermessenspielraum zugestanden.

Doch was bedeutet das praktisch? Während die ganz überwiegende Meinung die Ersetzung einer behördlichen Zustimmung oder Handlung aufgrund der mangelnden Vertret- bzw. Ersetzbarkeit von Verwaltungshandeln grundsätzlich abgelehnt hatte,³⁸ deutet das Bundesverfassungsgericht eine differenzierte Bewertung an – wobei aber nicht klar wird, ob nur die Zustimmung zum privatrechtlichen Mietvertrag gemeint ist, oder die Zulassungsentscheidung, die dieser denklogisch vorausliegt. Auch das OVG Hamburg hat es für möglich gehalten, dass ein Anlieger auf Grundlage von § 887 ZPO tatsächliche Maßnahmen ergreifen darf, um einen von der Behörde rechtswidrig eröffneten Durchgangsverkehr zu verhindern.³⁹ Dies steht im Widerspruch zur Literatur, die eine Ersatzvornahme bis dahin

35 VGH BW, Beschl. v. 14.5.2020 – 10 S 461/20, NVwZ 2020, 972 mit Anm. von *Gafus*.

36 BT-Drs. III/55 S. 48 zu § 164 (heute § 167); vgl. umfassend zur historischen Diskussion m.w.N. zu Literatur und Rspr. *Miedtank*, Zwangsvollstreckung, 1964, S. 112 ff.

37 BVerfG, Beschl. v. 9. 8. 1999 – 1 BvR 2245–98, NVwZ 1999, 1330.

38 *Bank*, Zwangsvollstreckung, 1982, S. 82 m.w.N.; zu § 894 ZPO *Miedtank*, Zwangsvollstreckung, 1964, S. 115 m.w.N.

39 OVG Hamburg, Urteil vom 27. 9. 1977 – Bf II 83/76, NJW 1978, 658.

einheitlich abgelehnt hatte.⁴⁰ Die Vorstellung des Gesetzgebers, man könnte schlicht auf die ZPO Vorschriften verweisen,⁴¹ war angesichts dieser Kontroversen wahrscheinlich zu kurz gegriffen.

Angesichts der Implikationen, die die Anwendung eines Zwangsmittels gegen die Exekutive haben kann⁴², erscheint es problematisch die Klärung dieser Fragen ausschließlich der verfassungskonformen Auslegung des Verwaltungsgerichts im Einzelfall zu überlassen. Dass die Verwaltungsgerichte unter Umständen kreativ sind, hat zwar das VG Stuttgart bewiesen, das ebenfalls im Zusammenhang mit der Weigerung zur Aufstellung von Luftreinhalteplänen ein Zwangsgeld in Höhe von 25.000 Euro zugunsten der Deutschen Kinderkrebsstiftung verhängt hat.⁴³ Die rechtliche Begründung dieser Rechtsprechung steht aber auf tönernen Füßen⁴⁴ und nicht immer müssen die Ergebnisse so sympathisch ausfallen.

2. *Institutioneller Rahmen und Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel*

Im Bestreben, den Anforderungen rechtsstaatlicher Provenienz so effektiv wie möglich zur Durchsetzung zu verhelfen, gerät allerdings leicht aus dem Blick, dass die Ausgestaltung der Befugnisse der Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber der Exekutive in einem weiteren Kontext steht. Die Verwaltungsgerichte üben ihre Funktion in einem institutionellen Rahmen aus, der durch die Verfassungs- und die Unionsrechtsordnung vorgegeben ist und seinerseits in mehrerlei Hinsicht einem Wandel unterliegt. Das kann die Diskussion über die Befugnisse der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht unbeeinflusst lassen.

a) *Die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Entwicklung*

Die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in Deutschland traditionell eng mit der Idee des Schutzes der Rechte des Einzelnen verknüpft und

40 Bank, Zwangsvollstreckung, 1982, S. 82 m.w.N.

41 BT-Drs. III/55, S. 48.

42 Siehe dazu unten IV. a).

43 VG Stuttgart, Beschl. v. 21.1.2020 – 17 K 5255/19, ZUR 2020, 242.

44 Dagegen als „dogmatischer Durchbruch“ bezeichnet bei Berkemann, Verfassungsblog vom 26.1.2020, <https://verfassungsblog.de/mit-mut-und-dogmatik-die-luftreinigung-gegen-die-oeffentliche-hand-durchsetzen/>.

durch das spezifische, legalistische Verständnis vom Rechtsstaat geprägt, in dem die Funktion des Rechts als ein Instrument zur Limitierung der Politik besonders akzentuiert ist.⁴⁵ Der Verfassungsgeber hat die starke Stellung der (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit in Art. 19 Abs. 4 GG angelegt,⁴⁶ einen eigenen Kernbereich exekutiver Verantwortung dagegen nicht ausdrücklich erwähnt.⁴⁷ Die ausgeprägte Juridifizierung⁴⁸ einerseits und die Entfaltung der Grundrechte – verbunden mit einer stetigen Ausweitung subjektiver Rechte – andererseits, eröffnen der gerichtlichen Kontrolle umfassende Zugriffsmöglichkeiten. So kennt das deutsche System etwa keine Bereichsausnahmen für politische Akte, die es in anderen Mitgliedstaaten zum Teil – wenn auch in eingeschränkter Form – heute noch gibt.⁴⁹ Mit der subjektiven Ausrichtung einher geht auch eine intensive Kontrolldichte, die sich in der fein ausdifferenzierten Dogmatik zur Bestimmung des verwaltungsgerichtlichen Kontrollmaßstabes widerspiegelt und die in dieser Form im europäischen Vergleich nach wie vor einzigartig ist. Selbst wo der Gesetzgeber der Exekutive Ermessensspielräume zugesteht, können sich die Gerichte über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Kontrollmöglichkeiten erschließen.⁵⁰ Dabei trägt freilich auch die Rechtsprechung selbst – im Grundsatz der richterlichen Funktion eigen und in einem auf Schutz des Individuums ausgerichteten System folgerichtig – zu einer starken Betonung der Einzelfallgerechtigkeit bei, die aber einen rechtssicheren und gleichmäßigen Normvollzug nicht unerheblich erschwert⁵¹ und so mit den Handlungsrationaltäten der Exekutive in Konflikt gerät.

45 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1977, S. 17 ff. m.w.N.; *P.M. Huber*, Rechtsstaat, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, Bd. 1, 2021, § 6 Rn. 6.

46 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 Rn. 12.

47 Zu einem entsprechenden Verfassungsgrundsatz aber grundlegend bereits *Peters*, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965, S. 6.

48 *P.M. Huber*, Rechtsstaat, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, Bd. 1, 2021, § 6 Rn. 6; rechtsvergleichend *Unger*, Kontrolldichte, in: v. Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), IPE IX, 2021, § 148 Rn. 23 f.

49 *Gonod*, Grundzüge des Verwaltungsrechts aus gemeineuropäischer Perspektive: Frankreich, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), IPE V, 2014, § 75 Rn. 126 f.; ebenda *De Pretis*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Italien, § 78 Rn. 9 und *Kayser*, Rechtsschutz und Kontrolle, § 91 Rn. 120.

50 Zum Ganzen *Unger*, Kontrolldichte, in: v. Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), IPE IX, 2021, § 148 Rn. 20, 23 f., 58 ff.; *Baade*, JZ, 2021, 37.

51 *P.M. Huber*, Die aktuelle Lage der Verwaltung, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. 2, 2021, § 54 Rn. 49; *ders.*, Rechtsstaat, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, Bd. 1, 2021, § 6 Rn. 109.

Dieses Spannungsverhältnis wird dadurch verstärkt, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte in Folge der Europäisierung für die Durchsetzung des Unionsrechts unmittelbar in die Pflicht genommen werden. Sie haben unionsrechtliche Vorgaben im Rahmen ihres Anwendungsbereichs zu prüfen und gegebenenfalls unmittelbar heranzuziehen bzw. bei der Auslegung der nationalen Umsetzungs- und Verfahrensvorschriften zu berücksichtigen. Damit ist ihre Stellung im nationalen Institutionengefüge folglich grundsätzlich weiter gestärkt worden,⁵² das erzeugt aber auch zusätzliche Spannungslagen – unter anderem im Verhältnis zu den unteren politischen Ebenen.

b) *Recht als Maßstab*

Die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist untrennbar mit dem „Recht“ verknüpft, das den Maßstab ihrer Kontrollaufgabe⁵³ und einen wesentlichen Baustein für die Legitimation der gerichtlichen Entscheidungsgewalt bildet.⁵⁴ Dass es sich bei der richterlichen Rechtsfindung in aller Regel nicht um einen bloßen Akt der Erkenntnis der einen richtigen Lösung handelt, ist längst anerkannt. Gerichtliches Entscheiden ist aber – im Idealfall – kanalisiert durch ein spezifisches rationelles und methodisches Vorgehen, das den Aussagegehalt einer normativen Vorgabe ermitteln, sie aber nicht selbst setzen will.⁵⁵ Dafür kommt dem Richter aufgrund seiner Expertise und seiner verfassungsrechtlich abgesicherten Unabhängigkeit eine besondere Autorität bzw. die Deutungshoheit zu.⁵⁶

Bei den Verwaltungsgerichten als Fachgerichten ist der Kontrollmaßstab nach der verfassungsrechtlichen Funktionenordnung in erster Linie das einfache, durch den Gesetzgeber gesetzte Recht, dessen Rolle sich aber erheblich gewandelt hat. Es verliert – wie schon vielfach konstatiert wor-

52 Statt vieler *Haltern*, *VerwArch* 96 (2005), 311 (315).

53 *Kempny* Verwaltungskontrolle, 2017, S. 172 ff., 198 ff. auch zu Ausnahmefällen der Zweckmäßigkeitprüfung.

54 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 181 ff.; *Voßkuhle/Sydow*, *JZ* 2002, 673 (678 ff.); kritisch dagegen *Rennert*, *JZ* 2015, 529 (534).

55 Grundlegend zur Methodendiskussion *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, 1986.

56 *Rennert*, *JZ* 2015, 529 (534); *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 183.

den ist – aus unterschiedlichen Gründen an Steuerungskraft.⁵⁷ Einerseits wird die Bindung an das einfache Gesetz durch die Pflicht zur verfassungs- und unionsrechtskonformen Auslegung sowie der Pflicht zur Berücksichtigung der EMRK und ihrer Auslegung durch den EGMR, also in Folge der Konstitutionalisierung und Europäisierung, relativiert.⁵⁸ Letzteres lässt sich im vorliegenden Zusammenhang eindrucksvoll am Beispiel der strittigen Entscheidung zu den Suizidmedikamenten⁵⁹ exemplifizieren: Zunächst hatten die Instanzgerichte und auch das Bundesverfassungsgericht die Anträge des Ehemanns der inzwischen verstorbenen Betroffenen mangels Klagebefugnis zurückgewiesen. In Folge einer Beanstandung dieser Rechtsprechung durch den EGMR hat sich das Bundesverwaltungsgericht im wiederaufgenommenen Verfahren nicht nur gezwungen gesehen, in der Sache zu entscheiden, sondern hat – ohne Vorlage an das Bundesverfassungsgericht und noch vor dessen Entscheidung zur Sterbehilfe⁶⁰ – die Vorschriften des BtMG im Lichte eines dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entnommen Rechtes auf selbstbestimmtes Sterben in einer Weise interpretiert, die hinsichtlich der Einhaltung der Grenzen der verfassungskonformen Auslegung zumindest nicht frei von Zweifeln ist.⁶¹

Zum anderen zieht sich der Gesetzgeber aber auch aus unterschiedlichen Gründen aus seiner Regelungsverantwortung zurück, sei es, weil er an faktische Grenzen stößt, oder auch, weil er ohne Not „Grundsatzkonflikte als Abwägungsauftrag [...] weiterreicht“.⁶² So werden zunächst die Rechtsanwender, dann aber letztlich häufig die Gerichte über das engmaschige fachgerichtliche Kontrollsystem immer mehr mit „schöpferischen Konkretisierungsaufgaben betraut“.⁶³

Diese Veränderungen des Kontrollmaßstabes können für die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihr Verhältnis zu Exekutive nicht folgenlos bleiben. Denn je weniger konkret und nachvollziehbar die Maßstäbe sind, desto größer wird der Rahmen der Deutungsmöglichkeiten und desto streitbarer die Deutungshoheit. Durch die Lockerung der Gesetzesbin-

57 *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 14; dazu auch bereits *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 147.

58 Kritisch dazu *Classen*, JZ 2007, 53 (54).

59 BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19.15, BVerwGE 158, 142.

60 BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 BVerfGE 153, 182.

61 Zu den Grenzen etwa BVerfG, Beschl. v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247 (274) m.w.N.

62 *Gärditz*, NVwZ 2014, 1 (10).

63 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 Rn. 12.

derung verliert gleichzeitig die Legitimationsgrundlage der Fachgerichtsbarkeit an Festigkeit.

c) *Politisierung des Verwaltungsprozesses*

Potenziell noch verschärft wird diese Konfliktlage durch die unter dem Schlagwort der „Politisierung des Verwaltungsprozesses“ diskutierte Gefahr, vor der insbesondere in Zusammenhang mit der europarechtlich geforderten Erweiterung der Klagemöglichkeiten im Umweltrecht gewarnt wird.⁶⁴ Die Einräumung von Klagebefugnissen ohne subjektive Rechtsverletzung stellt eine partielle Modifikation des auf Individualrechtsschutz ausgerichteten deutschen Systems dar, die es ermöglicht, Belange gerichtlich durchzusetzen, für die kein natürlicher Kläger existiert.

Es geht in diesen Fällen dann im Verwaltungsgerichtsprozess nicht mehr um die für das subjektive System idealtypische Situation der von der Mehrheit bedrohten Rechte des Einzelnen, die gegen das Interesse der Mehrheit verteidigt werden muss. Vielmehr wird dem über den traditionellen politischen Prozess ermittelten Gemeinwohlinteresse ein anderes Gemeinwohlinteresse gegenübergestellt, das sich aufgrund tatsächlicher oder vermeintlicher Defizite im Rahmen der repräsentativen Willensbildung „Hilfe außerhalb des politischen Prozesses der majoritär verfassten Demokratie“ suchen muss.⁶⁵ Das „Für-und-Wider“ solcher Klagemöglichkeiten soll hier nicht vertieft werden, sie führen aber zu einer partiellen Systemverschiebung, die auch für das Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Politik nicht ohne Wirkungen bleibt. Das gilt in Rechtssystemen, die grundsätzlich auf Individualrechtsschutz ausgelegt sind und regelmäßig mit einer höheren Kontrolldichte einhergehen,⁶⁶ in besonderer Weise. Für die Frage mit welchen Mitteln die Gerichte ihre Entscheidungen durchsetzen können sollen, ist diese Entwicklung zu berücksichtigen.⁶⁷

64 Dazu und zum Begriff *Steinbeiß-Winkelmann*, NJW 2010, 1233 (1238); optimistischer v. *Danwitz*, NVwZ 2004, 272 (281); grundlegend zu Interessentenklagen im Umweltrecht *Wegener*, Rechte des Einzelnen, 1998.

65 *Graser*, ZUR 2019, 271 (272).

66 Zum Zusammenhang zwischen subjektivem System und Kontrolldichte *Unger*, Kontrolldichte, in: v. Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), IPE IX, 2021, § 148 Rn. 16.

67 Siehe dazu unten IV b.)

3. Sonstige Faktoren

Neben den dargestellten Veränderungen des funktionell-institutionellen Rahmens gibt es weitere wichtige Faktoren, die sich auf das Verhältnis von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Politik auswirken: Dazu zählt insbesondere das Phänomen der Demokratisierung der Verwaltung, dem bzw. dessen Auswirkungen bisher noch relativ wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden ist:⁶⁸ Je stärker die Stellung der exekutiven Entscheidungsträger von politischen Mehrheiten abhängt, desto größer ist die Gefahr, dass nicht opportune rechtliche Vorgaben, dem Willen der eigenen Wähler untergeordnet werden. Evident ist dies etwa für die direkt gewählte Verwaltungsspitze auf Kommunalebene. Hinzu tritt insofern, dass das Neutralitätsgebot – nicht zuletzt in Folge einer Veränderung der politischen Landschaft – zunehmend an Überzeugungskraft zu verlieren scheint.⁶⁹

IV. Schlussfolgerungen

1. Eingeschränkte Wirkung und erhebliche Nebenwirkungen

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass der Gebrauch oder die Erweiterung von Vollstreckungsbefugnissen im Konfliktfall die Durchsetzung des Rechts durch die Verwaltungsgerichte nur sehr punktuell stärken kann. Sofern ein Landrat sich trotz bestandskräftiger Beseitigungsanordnung und gerichtlicher Verpflichtung weigert, für die Beseitigung eines den Nachbarn beeinträchtigenden baurechtswidrigen Zustand zu sorgen,⁷⁰ steht ihrem Einsatz zwar wenig entgegen – sie ähnelt hier aufgrund der Drittbetroffenheit stark der privatrechtlichen Vollstreckungssituation. Darüber hinaus mag von der Existenz von Vollstreckungsbefugnissen, vergleichbar wie im Privatrecht, ein gewisser präventiv-disziplinierender Effekt ausgehen.⁷¹ Die grundsätzliche Anerkennung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und der Entscheidungsgewalt der Verwaltungsgerichte durch die Exekutive, als eine Funktionsbedingung des institutionellen Gefüges, können sie aber keinesfalls ersetzen.

68 Dazu auch *Michl* wiedergegeben bei *Baade*, JZ 2021, 37 (Tagungsband i.E.).

69 Insbesondere zur kommunalen Ebene *Heusch*, NVwZ 2017, 1325.

70 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29. 12. 2009 – 10 L 21.09.

71 *Waldhoff*, ZPR 2018, 121 in Bezug auf die verfassungsgerichtliche Vollstreckung.

Vollstreckungsbefugnisse sind zunächst in Fällen wirkungslos, in denen die Gerichte aufgrund der zeitlichen Umstände oder aufgrund von Informationsdefiziten nicht in der Lage sind, rechtzeitig Rechtsschutz zu gewährleisten. Insofern bleiben sie auf die Kooperation der Behörden angewiesen. Im Fall Sami A. etwa hätten Zwangsmittel nichts geholfen, weil das Gericht von der Abschiebung erst erfahren hat, als der Betroffene schon im Flieger saß. In solchen Konstellationen der Vereitelung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann also unter Umständen nur der Sekundärrechtsschutz Abhilfe schaffen⁷².

Aber auch dort wo man aus den zivilrechtlichen Vorschriften (scharfe) Vollstreckungsmöglichkeiten konstruieren kann, erweisen sich diese – zu Ende gedacht – häufig als unzulänglich oder als (verfassungsrechtlich) problematisch. Die tatsächlichen und rechtlichen Hürden für die Zwangshaft wurden bereits dargestellt.⁷³ Eine Ersatzvornahme scheitert – jedenfalls sofern der Verwaltung ein Mindestmaß an Gestaltungs- oder Entscheidungsspielraum zukommt – grundsätzlich daran, dass in demokratischen Verfassungsordnungen die Entscheidung des demokratisch legitimierten Entscheidungsträgers nicht vertretbar ist. Dafür lässt sich nicht nur die Kompetenzordnung anführen,⁷⁴ sondern vor allem auch, dass der Wähler den Verwaltungsrichter nicht demokratisch belangen kann. Die Anwendung von unmittelbarem Zwang in den Stadthallen-Fällen wirft eher (verfassungs-)politische Bedenken auf. Das gilt insbesondere für die Vorstellung, dass der Gerichtsvollzieher einer extremen Gruppierung die Türe zur Stadthalle aufbrechen oder auf sonstige Weise gewaltsam Zutritt verschaffen muss. Das riskiert eine Polarisierung, provoziert Eskalationen und droht die Gerichte in ein dubioses Licht zu rücken.⁷⁵

72 Zur grundrechtlichen Radizierung des Amtshaftungsanspruchs und den entsprechenden Auslegungsgrundsätzen jüngst BVerfG, Beschl. v. 18.11.2020 – 2 BvR 477/17, Rn. 23 ff.

73 VGH BW, Beschl. v. 14.5.2020 – 10 S 461/20, NVwZ 2020, 972, dazu oben III. 1 a).

74 *Bank*, Zwangsvollstreckung, 1982, S. 82 m.w.N.

75 In Bezug auf die verfassungsgerichtliche Vollstreckung *Waldbhoff*, ZPR 2018, 12; zur Schädigung des Ansehens der Verwaltung entsprechend auch BT-Drs. III/55 S. 49.

2. Anwendung von Zwangsmitteln als ultima ratio

Der Einsatz von Zwangsmitteln kommt vor diesem Hintergrund nur in Betracht, sofern die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes dies zwingend erfordert und andere Mechanismen – wie die Rechtsaufsicht – nicht greifen und auch der Sekundärrechtsschutz diesen Anspruch im Einzelfall nicht einlösen kann. In Bezug auf das taugliche Arsenal der Vollstreckungsbefugnisse besteht aber noch erheblicher Klärungs- und vielleicht auch Anpassungsbedarf: Kann man die Zwangsgeldvorschriften – als verhältnismäßig milderes Mittel – nicht so anwenden bzw. ausgestalten, dass sie in bestimmten Fällen tatsächlich Beugewirkung entfalten?⁷⁶ In anderen Ländern etwa kann das Zwangsgeld zumindest teilweise dem Kläger zugesprochen werden.⁷⁷ Kommt eine Ersetzungsbefugnis für eine behördliche Zustimmung oder Handlung in Betracht? Wenn ja – unter welchen Voraussetzungen? Stehen allen Instanzgerichten die gleichen Vollstreckungsbefugnisse zu?

Sofern Klagerechte unabhängig von der subjektiven Rechtsverletzung normiert werden⁷⁸, ist der Konnex, dass der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz auch eine wirksame Vollstreckung, notfalls mit Zwangsmitteln impliziert, verfassungsrechtlich nicht gleichermaßen zwingend. Das Unionsrecht sieht für Vollzugsdefizite andere Möglichkeiten einer Sanktionierung vor – im letzten Schritt das Vertragsverletzungsverfahren, womit die Lösung auf die Ebene der politisch Verantwortlichen verlagert würde. Schwierig sind Bereiche, in denen (kraft Unionsrecht) subjektive Rechte primär geschaffen werden, um Vollzugsdefizite zu beseitigen, der Individualrechtsschutz also gewissermaßen instrumentalisiert wird.⁷⁹ Ob hier eine Differenzierung zu genuinen subjektiven Rechten möglich ist und es ggf. gelingt das unionsrechtskonform im Rahmen der Vollstre-

76 Dazu auch *Will*, NJW 2020, 963 (965).

77 So beispielsweise zu Belgien, Polen und Frankreich, vgl. *Klinger*, NVwZ 2019, 1332 (1334); vgl. auch *da Silva/Matos*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in gemeineuropäischer Perspektive: Portugal, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrg.), IPE V, 2014, Rn. 185; zu Frankreich auch *Ziller*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich v. Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), IPE VIII, 2019, Rn. 122; ebenda *Fraenkel-Haerberle/Galetta*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien, § 131 Rn. 148 zu besonderen Vollstreckungsverfahren.

78 § 2 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz vom 23. August 2017 (BGBl. I S. 3290), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Februar 2021 (BGBl. I S. 306).

79 Grundlegend zur europarechtlich induzierten Mobilisierung des Einzelnen für die (Unions-)Rechtsdurchsetzung, vgl. *Masing*, Die Mobilisierung des Burgers für die Durchsetzung des Rechts, 1994, S. 19 ff.

ckung zu verarbeiten, ist allerdings fraglich. Einer differenzierten Bewertung bedürfen auch sonstige Fälle, in denen das traditionelle Verständnis des subjektiven Rechts, etwa infolge konventionsrechtsfreundlicher Auslegung, erweitert wird.⁸⁰

3. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung

Ferner gilt es zu reflektieren, was die Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen und gewaltengegliederten Rechtsstaat leisten kann und soll. Ein scharfes Schwert in der Hand der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann unter Umständen auch gefährlich werden.

Grundsätzlich setzt der Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte voraus, dass ihnen ein rechtlicher Maßstab zur Verfügung steht, dem sie zur Durchsetzung verhelfen können. Sofern man gerichtlichen Entscheidungen darüber hinaus, etwa im Bereich des Klimaschutzes, zumindest Symbolwirkung, Anstoß- oder Anregungsfunktion für den öffentlichen Diskurs zukommen lassen will,⁸¹ scheint das für das verfolgte Ziel auf den ersten Blick besser als nichts zu sein. Diese Funktionsverschiebung des Verwaltungsrechtsschutzes, stellt allerdings dessen Wesensmerkmal, das „Monopol der Verbindlichkeit“⁸², in Frage und droht die Verwaltungsgerichte lediglich als einen weiteren Akteur bzw. das verwaltungsgerichtliche Verfahren als zusätzliche Plattform des politischen Prozesses erscheinen zu lassen, für das es in mehrfacher Hinsicht nicht ausgelegt ist.⁸³ Wie die Beispiele in den Niederlanden⁸⁴ und Österreich⁸⁵ zeigen, besteht ferner die Gefahr, dass sich die (Verwaltungs-)Gerichte, keinesfalls auf eine Appellfunktion beschränken. Vollstreckungsbefugnisse scheinen in dieser Situation aus demokratischer Perspektive äußerst prekär: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz steht, auch wenn ihm in anderem Kontext legitimationsstiftende oder -verstärkende Wirkung zukommt,⁸⁶ gleichzeitig in einem

80 Dazu sogleich unter c).

81 Zur Vorstellung von der „Dritte[n] Gewalt als offenes Forum“ Graser, ZUR 2019, 271 (277).

82 Tschentscher, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, S. 183.

83 Gärditz, NVwZ 2014, 1 (10); kritisch auch Bickenbach, JZ 2020, 168 (177).

84 Gerechtshof Den Haag, Urt. v. 9.10.2018, ECLI:N:GHDHA:2018:2610.

85 Olechowski, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: v. Bodgandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), IPE VIII, 2019, § 133 Rn. 142.

86 BVerfGE 151, 202 (291 Rn. 130, 213 ff.) – Bankenunion; 142, 123 (220 ff. Rn. 187 ff.) – OMT; P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 352 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 19

Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip. Er sichert als prozeduraler rechtsstaatlicher Sicherungsmechanismus die Einhaltung der Vorgaben ab, die der Dispositionsbefugnis der demokratischen Mehrheit und der von ihr getragenen Exekutive entzogen sein sollen. Wo solche Vorgaben fehlen, ist die Fachgerichtsbarkeit aber im Grundsatz weder funktionell bestimmt noch legitimiert solche selbst zu determinieren.⁸⁷

Die Funktionsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit spielen – etwas subtiler – auch im Streit um die Suizidmedikamente eine nicht unerhebliche Rolle. Wie bereits oben dargestellt, hat sich das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsprechung des EGMR zu eigen gemacht, der ein subjektives Recht des Ehemanns der Betroffenen aus Art. 8 Abs. 1 EMRK abgeleitet hatte. Dies bedeutet eine Modifikation des traditionellen Verständnisses vom subjektiven Recht. Der simple Verweis auf die EGMR-Entscheidung greift jedenfalls beim Feststellungsinteresse zu kurz. Der EGMR hat das Interesse des Ehemanns an einer Entscheidung aus seinem persönlichen Engagement für die Sache seiner Frau abgeleitet⁸⁸, das tatsächlich unbestreitbar besteht. Es als rechtliches Interesse im Sinne des (deutschen) Verwaltungsprozessrechts zu qualifizieren, bereitet aber Schwierigkeiten. Sofern der EGMR hilfsweise auf das allgemeine Interesse an der Klärung der Rechtslage abgestellt hat⁸⁹, läuft die schlichte Übernahme dieser Ausführungen durch das Bundesverwaltungsgericht⁹⁰ dem subjektiven Rechtsschutzkonzept zuwider und hätte deshalb zumindest einer Auseinandersetzung bedurft. Ob das Bundesverwaltungsgericht zu einer Entscheidung in der Sache überhaupt berufen war, ist folglich schon unter diesem Gesichtspunkt fraglich. Hinzu kommt, dass man jedenfalls darüber streiten kann, ob sich die Interpretation der einfachgesetzlichen Vorschriften des BtMG noch im Rahmen der Grenzen der zulässigen verfassungskonformen Auslegung bewegt oder eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingeholt hätte werden müssen. Der Fall bewegt sich also gleich in

Abs. 4 Rn. 38; *Simantiras*, Netzwerke im Europäischen Verwaltungsverbund, 2016, S. 173 ff.

87 Anders als die Ableitung von sozialen Mindeststandards aus den Grundrechten (s. zu diesem Vergleich *Graser*, ZUR 2019, 271 (273)) werden in Bezug auf den Klimaschutz in der Regel objektive Grundsätze herangezogen (vgl. zur Begründung in den genannten Fällen *Wegener*, ZUR 2019, 3); zu Ausnahmen aufgrund des Verbotes der Rechtsschutzverweigerung *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 177 Rn. 14.

88 EGMR, Urt. v. 19.7.2012, 497/09 – Koch/Deutschland, NJW 2013, 2953 Rn. 45.

89 EGMR, Urt. v. 19.7.2012, 497/09 – Koch/Deutschland, NJW 2013, 2953 Rn. 46.

90 BVerwG, Urt. v. 2.3.2017 – 3 C 19.15, Rn. 12, BVerwGE 158, 142 (146 f.).

zweifacher Hinsicht an den Funktionsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Ihre Funktionsgrenzen hinreichend zu reflektieren, ist der Beitrag, den die Verwaltungsgerichte leisten können und müssen, um Eskalationen in Zukunft zu vermeiden. Ob der Exekutive eine unmittelbare Möglichkeit zur Verfügung steht, Grenzüberschreitungen zu ihren Lasten durch das Bundesverfassungsgericht feststellen zu lassen, ist noch ungeklärt,⁹¹ sie kann ggf. erfolgen, wenn es einen Drittbetroffenen gibt.

4. Exekutivische bzw. politische Verantwortung

Essenziell für eine Vermeidung zukünftiger Eskalationen ist aber auch das Bewusstsein der Exekutive bzw. der politischen Entscheidungsträger für ihre institutionelle Verantwortung. Zunächst müssen die Mechanismen, die es innerhalb der Exekutive zur Sicherung der Rechtsbindung gibt, also insbesondere die (Kommunal-)Aufsicht, greifen⁹² und ggf. mit beamtenrechtlichen Sanktionen flankiert werden. Der Rechtsaufsicht stehen gegenüber den Gemeinden weitgehende, gesetzlich determinierte Befugnisse zu. Auch im Bund-Länder-Verhältnis sieht das Grundgesetz Ingerenzmöglichkeiten des Bundes vor.⁹³ Diese sind in ihrem Anwendungsbereich zwar begrenzt sind und kommen gerade wegen ihres Konfliktpotentials in der Praxis kaum zum Einsatz⁹⁴, im Vergleich zur Verlagerung des Konflikts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit erscheint die Bundesaufsicht aber unter Umständen als problemadäquateres Instrument.

Darüber hinaus setzt die Politik die Rahmenbedingungen für die richterliche Tätigkeit und steuert somit Faktoren, die die Autorität der Verwaltungsgerichtsbarkeit mittelbar stärken oder schwächen können, was dem beschriebenen Konflikt gleichsam eine weitere Dimension hinzufügt. Dieser Hebel betrifft nicht nur Entscheidungen zur Ausgestaltung des verwaltungsprozessualen Verfahrens wie der Gerichtsbesetzung oder Rechtsmittelzulassung, sondern auch die richterlichen Arbeitsbedingungen wie

91 Zur Möglichkeit eines sog. Normbestätigungsverfahrens *Di Fabio*, <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?blob=publicationFile&v=2>, S. 95 ff.

92 Zur Aufforderung von *Kirchhof* an den zuständigen Regierungspräsidenten im Fall Stadthalle Wetzlar, vgl. *Redaktion beck-aktuell*, v. 20.4.2018, becklink 2009680.

93 Insbesondere Art. 84 Abs. 3, 85 Abs. 3, 37 GG.

94 Vgl. *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 96.

Besoldung⁹⁵, Standortwahl⁹⁶ und Ausstattung. Auch in Bezug auf den Verwaltungsapparat ist die Personalauswahl für die tatsächliche Wirkung der Rechtsbindung nicht ohne Belang.⁹⁷ Geschärft werden muss vor allem aber die Wahrnehmung der politischen Entscheidungsträger, dass die grundgesetzliche Verfassungsordnung die Einhaltung rechtsstaatlicher Spielregeln auch dann erfordert, wenn sie politisch nicht opportun oder mühsam ist, und dass man – plakativ ausgedrückt – nicht „[u]m eines billigen politischen Vorteils willen [hinnimmt], dass der Rechtsstaat erodiert“⁹⁸. Dann fiel es – insbesondere uns Juristen – möglicherweise auch leichter zu akzeptieren, dass es Bereiche gibt, in denen das Recht (noch) keine Maßstäbe vorgibt und deren Setzung dem politischen Prozess überantwortet ist.

V. Und was ist eigentlich mit Corona?

Perspektivisch sehr spannend wird sein, wie sich das beschriebene Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichten und Politik in Bezug auf die Corona-Maßnahmen und deren gerichtliche Überprüfung noch entwickeln wird. Gerade in diesem Bereich wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die weitgehende Verlagerung der Normsetzung vom Parlament auf die Exekutive ins „Politische“ hineingezogen und der klassische Konflikt zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit quasi auf Exekutive und Verwaltungsgerichtsbarkeit verlagert – das stützen auch die Verfahrenszahlen. Ergibt sich insofern nicht die alte Frage nach „Recht [und/ oder Politik“⁹⁹ sowie nach einem *judicial self-restraint*¹⁰⁰ in anderem Gewand? Die exeku-

95 Dazu BVerfG, Beschl. v. 4.5.2020 – 2 BvL 4/18, Rn. 81 – Richterbesoldung.

96 Zur geplanten Verlegung des VGH München nach Ansbach, BVerwG, Pressemitteilung Nr. 9/2020 vom 3.2.2020, <https://www.bverwg.de/pm/2020/9>.

97 P.M. Huber, Die aktuelle Lage der Verwaltung, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR, Bd. 2, 2021, § 54 Rn. 42.

98 Berkemann, Verfassungsblog vom 26.1.2020, <https://verfassungsblog.de/mit-mut-und-dogmatik-die-luftreinhaltung-gegen-die-oeffentliche-hand-durchsetzen>.

99 Dazu jüngst Grimm, Recht oder Politik? – Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage, 2020.

100 Zum „*judicial self-restraint*“ ausdrücklich BVerfG, Urt. v. 31.07.1973 – 2 BvF 1/73, BVerfGE 36, 1 (14 f.); abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck und des Richters Simon zu BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74 u.a., BVerfGE 39, 68 (69 f.); abweichende Meinung des Richters Böckenförde zu BVerfG, Beschl. v. 22.6.1995 – 2 BvL 37/9193, BVerfGE 121 (151); sowie Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 36; zu den Gren-

tive Normsetzung bringt freilich nicht dieselbe demokratische Dignität mit wie das parlamentarische Gesetz, allerdings ist die institutionell-funktionelle Stellung von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit auch nur bedingt vergleichbar.

Obwohl die Verwaltungsgerichte einige umstrittene Maßnahmen kassiert haben,¹⁰¹ ist es aber insofern bisher – abgesehen von subtileren Ansätzen, politische Entscheidungen trotz anderslautender Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte durchzusetzen¹⁰² – verhältnismäßig ruhig geblieben. Liegt das daran, dass die Gerichte ihrer Verantwortung als Garanten des Rechts hier nicht gerecht werden, weil sie sich zu sehr zurückhalten? Oder würdigen sie nur – positiver konnotiert – den Gestaltungsspielraum, der der Exekutive aufgrund der besonderen Umstände zukommt? Hat die Krise der Politik vor Augen geführt, dass die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens auf der freiwilligen Einhaltung recht(sstaat)licher Vorgaben durch alle Rechtsunterworfenen beruht, die man nur bedingt erzwingen kann?

Die Beantwortung dieser Fragen und die Beleuchtung der Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Corona-Krise bietet mit Sicherheit genügend Stoff für eine eigene Untersuchung, die Entwicklung ist zudem keinesfalls abgeschlossen. Deshalb abschließend nur die anekdotische Bemerkung, dass die bayerische Staatsregierung sich in puncto Ausgangssperre sogar von den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen in Baden-Württemberg beeindruckt gezeigt haben soll und sie deshalb entgegen zunächst anderer Pläne nicht verlängert hat. Das ist ja vielleicht ein positives Signal im Sinne einer Wiederbelebung der Ehrenmanntheorie – sogar im weiteren Sinne.

zen des durch ein Gericht Entscheidbaren abweichende Meinung der Richterin *Lübbe-Wolff* zu BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014, BVerfGE 134, 366 (420 Rn. 108) – OMT; zu Selbstbeschränkungen des Bundesverfassungsgerichts auch *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 505 Fn. 13 m.w.N.

101 Vgl. nur exemplarisch VG Berlin, Beschl. v. 28.8.2020 – VG 1 L 299/20 (Versammlungsverbot); VGH BW, Beschl. v. 5.2.2021 – 1 S 321/21 (nächtliche Ausgangsbeschränkung); BayVGH, Beschl. v. 24.11.2020 – 20 NE 20.2605 (Testpflicht für Grenzgänger); Beschl. v. 26.1.2021 – 20 NE 21.162, NJW 2021, 872 (15-Kilometer Regel).

102 Beispielsweise hat der Münchner OB im Anschluss an einen erfolgreichen Eilantrag gegen ein per Allgemeinverfügung angeordnetes Alkoholverbot VG München, Beschl. v. 28.8.2020 – M 26b E 20.3956, BeckRS 2020, 21234, u.a. über Twitter verlauten lassen, dass die Entscheidung nur für den Kläger gelte und deshalb im Übrigen weiterrrollen werde, vgl. <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Trotz-Alkoholverbot-Ein-Klaeger-darf-in-Muenchen-weitertrinken-id58017871.html>.