

Voßkuhle/Eifert/Möllers Grundlagen des Verwaltungsrechts

Band I und Band II

3. Auflage

Sonderdruck



C.H. BECK

§ 46 Gerichtliche Verwaltungskontrolle als Steuerungsinstrument*

Johannes Buchheim/Christoph Möllers

		Übersicht	
		Rn.	Rn.
A.	Theoretische Grundlagen	1	
	I. Historische Hinführung: Wandel der Funktionsbestimmungen	1	
	1. Entstehung der modernen Verwaltungsgleichbarkeit als Einhebung monarchischer Exekutive durch das Gesetz	2	dd) Selektionskriterien: Legitimität und Legitimation gerichtlicher Verfahren 23
	2. Weimarer Republik – Funktionsverunsicherung der Verwaltungsgleichbarkeit	4	b) Besondere Funktionen des Verwaltungsprozesses und seines Rechts
	3. Ende der Verwaltungsgleichbarkeit im Nationalsozialismus ..	6	aa) Absicherung der Rechtsbindung der Verwaltung ... 25
	4. Forcierung der Verwaltungsgleichbarkeit in der Westzone und Ausarbeitung der Verwaltungsgerichtsordnung	7	bb) Regelung der Verfahrenskonkurrenzen und Schnittstellen
	5. Funktionssynkretismus: Verwaltungsgleichbarkeit als Schutzanstalt für Rechte des Einzelnen auf zwei Ebenen	9	cc) Ausgestaltung und Absicherung der gerichtlichen (Letzt-) Entscheidungskompetenz
	6. Einbindung in das europäische Rechtssystem	11	dd) Gewichtverschiebungen der Prozessfunktionen 34
	II. Konzeptioneller Rahmen	13	c) Verwaltungsrecht aus aktionsrechtlicher Sicht
	1. Gerichtsschutzperspektive im verwaltungsrechtlichen Diskussionszusammenhang	13	III. Verwaltungsgleichbarkeit im System der Gewalten und ihr Verhältnis zu individueller und demokratischer Freiheit
	2. Funktionen und Funktionsbedingungen des Verwaltungsprozesses	15	
	a) Allgemeine Funktionsbedingungen des Prozesses und des Prozessrechts	16	B. Die Grundentscheidungen des deutschen Verwaltungsprozessrechts
	aa) Prozessrecht vs. materielles Recht	16	I. Gerichtsförmige Einhebung öffentlicher Gewalt
	bb) Konkretisierungsfunktion gerichtlicher Verfahren	19	1. Die Form gerichtlicher Verfahren und ihre Bedeutung
	cc) Selektionsfunktion und Selektivität des Prozessrechts	22	a) Richterliche Unabhängigkeit ... 46
			b) Anlassabhängigkeit und Fremdinitiative
			c) Vollständige rechtliche Gebundenheit
			d) Fallbezogenheit und Rechtsentwicklung
			e) Konfliktbezug und Konfliktbewältigung

* Für Unterstützung bei Recherche und Argumentation danken wir Nils Weinberg, Lennart Kokott und Lukas Vogt.

§ 46 Gerichtliche Verwaltungskontrolle als Steuerungsinstrument

	Rn.		Rn.
f) Dialogischer Charakter des Verfahrens	65	1. Bedeutung der verwaltungsprozessualen Generalklausel	130
g) Letztentscheidungspflicht und Kommunikation	66	2. Öffentliches Recht als Normierungs- und Regulierungsmodus	131
h) Begründung	71	3. Grundsätze der gerichtlichen Tatsachenerhebung	132
2. Personal, Organisation und Gliederung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	72	4. Prüfungsmaßstäbe und Kontroll-dichte	141
a) Ausbildung, Personal und Finanzen	73	V. Gerichtszugang: Individualklage und subjektiver Rechtsschutz	144
b) Gerichtsorganisation und deren Folgen	77	1. Individualklage und Individualrechtsschutz	144
c) Instanzenzug	81	a) Individualklage als dezentral-unkoordinierter Rechtsabwehrungsmodus	144
d) Föderale Struktur	85	b) Prozessbeteiligung und ihre Folgen	147
e) Unionale und konventionsrechtliche Einbindung	86	aa) Beteiligte verwaltungsgerichtlicher Verfahren	147
II. Selbständige Verwaltungsgerichtsbarkeit	89	bb) Allgemeine Folgen aus der Beteiligtenstellung	149
1. Absonderung von Zivilgerichtsbarkeit und Privatrecht	92	2. Das subjektivrechtliche Prinzip	153
2. Absonderung von der Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit	96	a) Begriff und Funktion des subjektiven Rechts nach der VwGO	154
3. Verhältnis und Konkurrenzen zur Verfassungsgerichtsbarkeit	101	b) Das subjektivrechtliche Prinzip als Selektionskriterium	161
4. Relativierungen durch das Unionsrecht	104	c) Implikationen und Reichweite des subjektivrechtlichen Prinzips	166
III. Verwaltungsgerichte als Kontrollinstanzen	106	aa) Implikationen des subjektivrechtlichen Prinzips	166
1. Erstzugriff der Verwaltung und Vorrang der Verwaltungsgerichte	107	bb) Reichweite und Anwendungsbereich des subjektivrechtlichen Prinzips	172
a) Integrität des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsentscheidung	109	cc) Folgen der Entscheidung für ein subjektivrechtliches Rechtsschutzsystem	178
b) Gerichtlicher Vorrang	113	d) Rechtsschutz jenseits subjektiver Rechte	179
2. Administrative Letztentscheidungsansprüche	115	aa) Abstrakte Kontrollen	180
a) Die Problematik administrativer Beurteilungsermächtigungen	116	bb) (Umweltrechtliche) Verbandsklagen	181
b) Die Ermessenskontrolle	119	cc) Strategische Verwaltungsprozesse	185
c) Gerichtliche Kontrolle von Planungsentscheidungen	122	dd) Europäische Einflüsse	186
3. Selbstkontrollen der Verwaltung	123	VI. Effektivität verwaltungsgerichtlicher Kontrolle	187
a) Intraadministrative Selbstkontrollen	124	1. Begriffe der Effektivität	187
b) Interadministrative Selbstkontrollen	125	2. Verfassungsrechtliche Zentralvorgabe: Art. 19 Abs. 4 GG	188
c) Selbstkontrolle durch Wiederaufnahme und Neuentscheidung	126	3. Systementscheidung für eine wirksame verwaltungsgerichtliche Kontrolle	194
d) Selbstkontrolle im gerichtlichen Vorverfahren	127	4. Klagearten und Urteilsfolgen als spezifische Reaktion auf Stellung und Instrumente der Verwaltung	197
4. Akzentverschiebungen aufgrund der Kontrollfunktion	129		
IV. Vollständige gerichtliche Kontrolle	130		

Übersicht

	Rn.		Rn.
a) Prozessuale Verarbeitung des Verwaltungsakts	198	f) § 47 VwGO als bewusst punktuelle Reaktion auf „normatives Verwaltungsunrecht“	209
b) Einstweiliger Rechtsschutz als Element prozessualer Wirksamkeitssicherung	200	5. Absicherung des gerichtlichen Verfahrens: Konkurrenzen und Überschneidungen	210
c) Die Leistungsklage als Drohkulisse der Wirksamkeitssicherung	203	6. Entscheidungsdurchsetzung	211
d) Nicht anspruchunterfütterte Leistungsklagen?	204	Leitentscheidungen	
e) Die allgemeine Feststellungsklage als Kernform wirksamer Verwaltungskontrolle	205	Ausgewählte Literatur	

A. Theoretische Grundlagen

I. Historische Hinführung: Wandel der Funktionsbestimmungen

1 Die Geschehnisse der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit waren in ihrer einhundertfünfzigjährigen Geschichte eng mit ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen – und das bedeutet auch politischen – Situation verknüpft. *Otto Mayers* These von einem Verwaltungsrecht, das aus Umbrüchen unverändert hervortreten und insbesondere im Übergang von Monarchie zu Republik einfach weiteroperieren könne,¹ trifft auch auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu. Die großen Etappen ihrer Institutionengeschichte folgen den verfassungspolitischen Wendungen. Die in diesen Zeiträumen angelegten Leitmotive beherrschen aber bis heute – mit jeweils wechselnder Bedeutung – die Diskussion. Sie müssen zumindest im Ansatz rekonstruiert werden, um die aktuelle Situation der Verwaltungsgerichtsbarkeit verstehen zu können. Auch die im Weiteren angestellten systematischen Überlegungen² zur Funktions- und Funktionsgrenzbestimmung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle sind nur mit einem historischen Reflexionsrahmen zu haben. Weil mit der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung zugleich das Verwaltungsrecht als ein eigenen Rationalitäten unterliegender und von der Verwaltungswissenschaft³ abgrenzbarer Gegenstand entstand,⁴ sind mit dieser Institutionengeschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugleich entscheidende Etappen der deutschen Verwaltungsrechtsgeschichte abgebildet.

1. Entstehung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit als Einhegung monarchischer Exekutive durch das Gesetz

2 Auch wenn sie im Justizstreit des neunzehnten Jahrhunderts eine Kompromisslösung darstellte,⁵ kann man die Verwaltungsgerichtsbarkeit⁶ in ihrem

¹ *Otto Mayer*, VerwR I, Vorwort; dazu relativierend schon *Fritz Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl 1959, S. 529 ff.; ebenfalls vermittelnd aus jüngerer Zeit etwa *Kyriell-Alexander Schwarz*, in: Hk-VerwR, Einleitung zum VwVG Rn. 113 f. m. w. N.

² Kritisch zum damaligen untertheorisierten Stand der Verwaltungsprozessrechtslehre *Hans Heinrich Rupp*, Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung, AöR, Bd. 88 (1963), S. 479 (480 f.); dies für ein allgemeines Problem der Prozessualistik haltend *Johann Hagen*, Elemente einer allgemeinen Prozesslehre, 1972, S. 11 f.; s. aber für einen theoretischeren Zugriff aus jüngerer Zeit *Jakob Julius Nolte*, Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2015, S. 45–91; *Klaus F. Gårditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand. Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2016.

³ Zur Entwicklung der wesentlich älteren Policywissenschaft *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. I: 1600–1800, 2. Aufl. 2012, S. 364 ff.

⁴ → Bd. I *Möllers* § 2 Rn. 1 ff.; für Preußen: *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2: 1800–1914, 1992, S. 305 f.; für die Figur der öffentlichen Rechte bereits *Carl Friedrich Wilhelm von Gerber*, Über öffentliche Rechte, Nachdr. der 1. Aufl. 1852, 1913, S. 77 f.

⁵ Zum Justizstreit des neunzehnten Jahrhunderts *Regina Ogorek*, Richterkrönig oder Subsumtionssautomat?, 1986, S. 280–291.

⁶ Man kann hier auch früher, nämlich bei Reichskammergericht und Reichshofrat, ansetzen, s. *Siegrid Westphal*, in: Karl-Peter Sommermann/Bert Schaffarik (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 3 f.; beide agierten jedoch in der verfassungsrechtlich und machtpolitisch völlig anderen Gemengelage des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation und ähnelten stärker einem

rechtspolitischen Ausgangspunkt am ehesten als ein monarchie-reformistisches Projekt verstehen. Die monarchisch eingesetzte und legitimierte Exekutive wurde durch eine spezifische Kontrolle an das von der Volksvertretung geschaffene Gesetz gebunden. Aus diesem Zusammenhang stammende Figuren wie Vorrang und Vorbehalt⁷ des Gesetzes, die Beschränkung der Ordnungsbehörden auf die Gefahrenabwehr⁸ oder die Vorstellung, staatliche Stellen erfüllten „Kompetenzen“,⁹ transportierten immer auch Ansprüche des Parlaments an die monarchische Exekutive.¹⁰ Die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit war eng mit diesem politischen Grundkonflikt des ausgehenden neunzehnten und beginnenden zwanzigsten Jahrhunderts verknüpft und durch ihn bestimmt.

Innerhalb dieses Rahmens taten sich bereits entscheidende Differenzierungen 3 auf, die bis heute die Diskussion prägen.¹¹ Mit dem *Conseil d'État* hatte sich in Frankreich eine Institution herausgebildet, die zuvörderst darauf ausgerichtet war, politische Entscheidungen des Gesetzgebers gegenüber der Verwaltung durchzusetzen.¹² Die Institution gewann ihr Mandat nicht aus eigener Unabhängigkeit, sondern gerade aus ihrer Nähe zum politischen Ursprung der Gesetzgebung. Es ging um die politische Kontrolle einer ausdifferenzierten Verwaltung. Die Initiierung einer solchen Kontrolle über eine individuelle Beschwerde war damit weniger als emphatischer Individualrechtsschutz, der in Frankreich Sache der Justizgerichtsbarkeit war, sondern als politische Kontrollmöglichkeit zu verstehen.¹³ Dies ist die Wurzel des offeneren Gerichtszugangs im französischen Verwaltungsprozess; es ist zugleich die systematische Quelle eines später oft als „preußisch“ bezeichneten Systems im deutschen Verwaltungsrechtsschutz, das auf eine Selbstkontrolle der Verwaltung abzielt.¹⁴ Demgegenüber steht eine stärker aus dem politischen Liberalismus kommende Lösung, die der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Rolle zuweist, Freiheitsansprüche einzelner Rechtsträger gegenüber der Verwaltung behaupten zu können, die in der deutschen Tradition mit der „süddeutschen“ Lösung identifiziert wird.¹⁵ Der ein-

Staatsgerichtshof. Die durch sie begründeten Entwicklungsstränge wurden durch die verfassungspolitischen Umwälzungen des Anfangs des neunzehnten Jahrhunderts gründlich gekappt

⁷ Zum historischen Kontext des Vorbehalts ausführlich *Philipp Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 42–76.

⁸ Dazu *Ralf Poscher*, Gefahrenabwehr, 1999, S. 30–48.

⁹ *Christian Neumeier*, Kompetenzen, 2021.

¹⁰ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981.

¹¹ Siehe etwa die Darstellung bei *Rainer Wahl*, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Rn. 11 ff. m. w. N.; bestimmend für die Diskussion wurden insbesondere *Rudolf von Gneist*, Verhandlungen des 12. Deutschen Juristentags, 1875, S. 230 ff.; *Otto von Sarwey*, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 71 ff.

¹² *Nikolaus Marsch*, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich, 2011, S. 37 ff.

¹³ *Rainer Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Rn. 7.

¹⁴ *von Gneist*, Verhandlungen (Fn. 11), S. 230 ff.

¹⁵ Diese Unterscheidung wird bei *Othmar Bühler*, Artikel Verwaltungsgerichtsbarkeit (Allgemeines), in: Karl von Stengel/Max Fleischmann (Hrsg.), Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 1914, S. 741 (744 ff.), entwickelt; zur Kritik *Gernot Sydow*, in: Sommermann/Schaffarik (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 143 (174). Zur Praxis in Preußen: *Ulrich Stump*, Preussische Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875–1915. Verfassung – Verfahren – Zuständigkeit, 1980; zu der in den süddeutschen Staaten: *Gernot Sydow*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Eine Quellenstudie zu Baden, Württemberg und Baden, 2000; zur unterschätzten Bedeutung der Paulskirchendeputaten ebd., S. 202 ff.

gangs erwähnte Kompromiss bestand darin, die Verwaltungsgerichtsbarkeit weder als besondere Form der Selbstkontrolle der Verwaltung noch als Teil der allgemeinen unabhängigen Gerichtsbarkeit auszuweisen, sondern eben als einen eigenen Zweig der Gerichtsbarkeit. Dass in der Einrichtung einer solchen Spezialgerichtsbarkeit ein Zugeständnis an die Exekutive gesehen wurde und dass die Spezialisierung als Ausdruck einer nicht notwendig individualrechtsfreundlichen Nähe der staatlichen Verwaltung zu „ihrer eigenen“ Gerichtsbarkeit galt, und zwar in ganz Europa,¹⁶ wird heute bisweilen vergessen.¹⁷ Die Unterscheidung zwischen Individualrechtsschutz und Kontrolle als den in Spannung miteinander stehenden Grundfunktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist dagegen in der Diskussion bis heute wirkmächtig.¹⁸

2. Weimarer Republik – Funktionsverunsicherung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

- 4 Mit dem Zusammenbruch der monarchischen Gewalt und dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung, die die Einrichtung einer mit Unabhängigkeit ausgestatteten Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern und im Reich vorsah (Art. 107, 102 WRV), endete jedenfalls formell der politische Gegensatz zwischen Parlament und Regierung. Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit, die sich als Agentin der gesetzgebenden Gewalt verstand und deren Verhältnis zur monarchischen Exekutive austarierte, hatte mit einem Schlag ihren Gegenstand verloren.¹⁹ Gleichzeitig waren die einzelnen in den Ländern geltenden Verwaltungsprozessordnungen noch nicht durchgehend subjektivrechtlich strukturiert,²⁰ sodass der Individualrechtsschutz nicht als umfassende Funktionsbestimmung dienen konnte. Hinzu kam, dass der Vorrang der Verfassung, insbesondere die Grundrechtsbindung, weder konzeptionell durchgebildet noch institutionell durchsetzbar war.²¹ Die Funktion der Grundrechte bestand weiterhin vornehmlich in

¹⁶ Am bekanntesten ausgeführt in der Kritik Diceys am französischen System, das mit seinem Verständnis von *rule of law* nicht zu vereinbaren war: *Albert Venn Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Neuauflage 1979, S. 328 ff.; daher auch § 182 der Paulskirchenverfassung: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte“; s. dazu näher → Rn. 89 ff.

¹⁷ Siehe etwa *Dirk Ehlers/Jens-Peter Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, § 40 Rn. 15, die nur noch den für eine Sondergerichtsbarkeit sprechenden Gedanken des möglichst fachkundigen Rechtsschutzes aufgreifen.

¹⁸ Vgl. nur → Vorauf. Bd. III Schoch § 50 Rn. 2, der zwar nicht von einem Gegensatz sprechen möchte, aber erkennbar die Kontrollfunktion als bloßen Annex zur Rechtsschutzfunktion ansieht. Siehe a. *Michael Gerhardt*, *Funktionaler Zusammenhang oder Zusammenstoß zweier Rationalitäten?*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, S. 413 (414 f.); *Gårditz*, *Gutachten* (Fn. 2), D15 ff. und passim.

¹⁹ Zu den bis heute fortdauernden Anpassungsschwierigkeiten in Bezug auf die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes *Lassahn*, *Parlamentsgesetz* (Fn. 7), S. 84–126; zur Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik allgemein *Rolf Grawert*, *Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik*, in: *FS Menger*, 1985, S. 35 ff.

²⁰ Dazu *Hans-Christian Jasch*, *Das Ringen um die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DV, Bd. 38 (2005), S. 546 (550 f.); a. a. die auf das späte Kaiserreich bezogenen, aber weitgehend auch für Weimar geltenden Nachweise zu den einzelnen Länderprozessordnungen bei *Ottmar Bühler*, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, 1914, S. 3–5.

²¹ Zur institutionell anforderungsvollen Entwicklung hin zum heutigen Verständnis *Rainer Wahl*, *Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*, *Der Staat*, Bd. 20 (1981), S. 485 (488 ff.).

der Auslösung des Gesetzesvorbehalts.²² Damit lag es unter republikanischen Bedingungen eher fern, den Einzelnen gegen die nunmehr demokratisch legitimierte öffentliche Gewalt verteidigen zu wollen, auch wenn diese Aufgabe zeitweise von einer republikanischen ordentlichen Gerichtsbarkeit und damit auf Eigentumsrechte beschränkt übernommen wurde.²³ Gleichzeitig hatte man sich erst im neunzehnten Jahrhundert von der Vorstellung gerichtlich zu verteidigender wohlverworbener Rechte gelöst²⁴ sowie in Gestalt der Weimarer Verfassung und erster wohlfahrtstaatlicher gesetzlicher Regulierungen hart umkämpfte Erfolge progressiver Rechtsgestaltung errungen.²⁵ Diese hätten es fragwürdig gemacht, die Verwaltungsgerichtsbarkeit in erster Linie als Bewahrerin individueller Rechte gegen eine übergriffige öffentliche Gewalt zu begreifen.²⁶ Vielmehr musste die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine prinzipiell offene Haltung gegenüber den neuen Rechtsmaterien einnehmen. Ihre institutionelle Rolle blieb damit zunächst in der Schwebe.

Zugleich dehnte sich der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeiten 5 erst allmählich auf mehr und mehr Bereiche staatlichen Handelns aus. Langsam entstanden spezifisch auf das Öffentliche Recht zugeschnittene Kontrollmaßstäbe wie die Ermessensfehlerlehre.²⁷ Insgesamt ist die Weimarer Republik somit in funktioneller Hinsicht eine Etablierungs- und Konsolidierungsphase, in der es galt, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle staatlicher Gewalt zu normalisieren und zu regularisieren. Diese Kontrolle diente nun in legitimatorischer Hinsicht nicht mehr der Anfechtung und Kompetenzbehauptung gegenüber einer monarchischen Gewalt, sondern wurde zum demokratischen Normalfall. Gleichzeitig war sie angesichts der prozessrechtlichen (Enumerativsystem) und materiellrechtlichen Bedingungen (besonderes Gewaltverhältnis, freies Ermessen) noch eine eher punktuell in Erscheinung tretende Gewalt. Die organisatorische und verfahrensmäßige Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit differierte in den Ländern, war aber häufig an die Formen der Zivilgerichtsbarkeit angelehnt,²⁸ wohl auch, weil man Gerichtsbarkeit bis dato immer nur als Zivilgerichtsbarkeit begriffen hatte.²⁹ Damit waren die Formen der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter Einschluss des Verfahrens und der verfahrensbegründenden Anlässe individualistisch geprägt. Gleichzeitig zielten sie – noch aus der Kaiserzeit – in der Substanz auf Sicherstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, also der Einhaltung der Rechtsförmlichkeit. Schließlich war bereits klar, dass die richter-

²² *Horst Dreier*, *Grundrechtsrepublik Weimar*, in: ders./Christian Waldhoff (Hrsg.), *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, 2018, S. 175; *Christoph Gusy*, *Die Grundrechte in der Weimarer Republik*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 1993, S. 163 (168 f.).

²³ *Peter Caldwell*, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, 1997, S. 145 ff.; *Friedrich Kübler*, *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, *AcP*, Bd. 162 (1963), S. 104.

²⁴ *Johannes Masing*, *Die Mobilisierung des Bürgers zugunsten des Rechts*, 1997, S. 52–56.

²⁵ Z. B. kostenlose Lernmittel und Volksschulunterricht, Art. 145 S. 3 WRV; das Ziel, angemessene Wohnungen zu sichern, Art. 155 Abs. 1 WRV; Recht auf Arbeit und Arbeitslosenhilfe, 163 Abs. 2 WRV.

²⁶ In diese Richtung aber bereits dezidiert *Walter Jellinek*, *VerwR*, §§ 12–14.

²⁷ *Ulla Held-Daab*, *Das freie Ermessen*, 1996, insbes. S. 70 ff.; *Ulrich Scheuner*, *Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte*, *VerwArch*, Bd. 33 (1928), S. 69 f.

²⁸ Vgl. *Nolte*, *Eigenart* (Fn. 2), S. 21–25, 27–30.

²⁹ In diese Richtung noch *Hans Heinrich Rupp*, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, S. 147, 159.

liche Unabhängigkeit Kernbestand einer jeden Gerichtsbarkeit sein musste, die diesen Namen verdiente.³⁰

3. Ende der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus

- 6 Eine durch richterliche Unabhängigkeit und den Anspruch auf Rechtsförmlichkeit geprägte Verwaltungsgerichtsbarkeit konnte im nationalsozialistischen System keinen Bestand haben.³¹ Anders als im Fall der ordentlichen Gerichtsbarkeit³² oder des Beamtentums³³ bedurfte es keiner eilfertigen Richter und Beamten oder einer Ersetzung durch das Führer-„Prinzip“³⁴, um das überkommene, maßgeblich auf Rechtsförmlichkeit gründende und zielende System dem totalitären Staat gefügig zu machen.³⁵ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit verlor schnell ihre Relevanz,³⁶ teils, weil zentrale nationalsozialistische Regulierungen den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ausschlossen, teils, weil die Verwaltungsgerichtsbarkeit institutionell noch eher schwach war.³⁷ So ist etwa gegenüber den um sich greifenden willkürlichen Inhaftierungen im Zuge der „Schutzhaft“,³⁸ Berufsverbote³⁹ und der Umgestaltung des Staatsangehörigkeitsrechts trotz vereinzelter Ansätze zu Beginn kaum Widerstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit erkennbar.⁴⁰ Währenddessen konzentrierte sich die Verwaltungsrechtslehre im Zuge der nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“ auf die von der Verwaltung zu gestaltende „Lebensordnung“,⁴¹ die Daseinsvorsorge,⁴² und diffamierte das Beharren auf Rechts- und Gerichtsformlichkeit als „undeutsch“ oder „römisch-rechtlich“. ⁴³ 1939 wurde die Beschwerde zu den

³⁰ Vgl. Art. 102, 104 WRV i.V.m. Art. 107 WRV; zur Unabhängigkeit als das *definiens* echter Gerichtsbarkeit s. a. BTDrucks. 3/53, S. 24, 26.

³¹ Siehe dazu programmatisch Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, 1935, insbesondere S. 32 ff.; Ernst Forsthoff, *Der Formalismus im öffentlichen Recht, Deutsches Recht*, Bd. 4 (1934), S. 347 ff.; s. aber die erstaunlich intensive theoretische Diskussion zur fortgeltenden Bedeutung des „Rechtsstaats“, die auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit einbezog, dazu Jasch, Ringen (Fn. 19), S. 557–568.

³² Für die Zivilgerichtsbarkeit Bernd Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, 8. Aufl. 2017.

³³ Hans Mommsen, *Beamtentum im Dritten Reich*, 1966.

³⁴ Ernst Rudolf Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, in: Georg Dahm/Ernst Rudolf Huber (Hrsg.), *Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft*, 2. Aufl. 1939, S. 230; ausführlich zur begrifflichen Vorgehensweise am Beispiel des „Führerprinzips“ Oliver Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994, S. 93 ff.

³⁵ Zur institutionellen Entwicklung Wolfgang Kohl, *Das Reichsverwaltungsgericht*, 1991, S. 391 ff.

³⁶ Christine Steinbeiß-Winkelmann, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), *Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 79 (127 f.) m. w. N.

³⁷ Jasch, Ringen (Fn. 19), S. 552 f.

³⁸ Im Gefolge der VO des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat, RGBl 1933 I S. 83 („Reichstagsbrandverordnung“). Anschaulich zu der pseudo-rechtsstaatlichen Umhegung die Lösung einer Staatsexamensklausur aus dem Jahr 1936 bei Martin Würfel, *Das Reichsjustizprüfungsamt*, 2019, S. 211 ff.

³⁹ Nach dem Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums (Berufsbeamtengesetz, BBG) vom 7. April 1933 (RGBl I S. 175), für das § 7 den Rechtsweg ausschloss.

⁴⁰ Siehe Jasch, Ringen (Fn. 19), S. 554 f.

⁴¹ Schmitt, *Volk* (Fn. 31), S. 32–46; s. a. die Einzeltitel in der von ihm herausgegebenen Reihe „Der deutsche Staat der Gegenwart“, u. a. von Theodor Maunz und Ernst Rudolf Huber und zum Begriff der richterlichen Unabhängigkeit „in ihrem neuen Sinngehalt“.

⁴² Ernst Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938.

⁴³ Als einem falschen Geist entspringend galt insbesondere die stets die Gerichte im Blick habende römisch-rechtliche Tradition, deren „aktionenrechtliche“ Einflüsse zu bekämpfen seien, s. Hans-Otto De Boor, *Gerichtsschutz und Rechtssystem*, 1937, S. 8, 12 f.

Verwaltungsgerichten auch formell aufgehoben und durch verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren ersetzt.⁴⁴ Die Auflösung aller rechtlichen Begrenzungen des Staatshandelns im Zuge der Entwicklung zum totalitären Staat ging also mit der Auflösung der Verwaltungsgerichtsbarkeit einher.

4. Forcierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Westzone und Ausarbeitung der Verwaltungsgerichtsordnung

Die westlichen Alliierten führten in ihrer Analyse der nationalsozialistischen Herrschaft diese auch auf eine unzureichende rechtsförmliche und gerichtsförmige Einhegung der öffentlichen Gewalt zurück und forcierten in der Folge eine starke gerichtliche Verwaltungskontrolle als antitotalitäre Bastion.⁴⁵ Das Kontrollratsgesetz vom 31. Oktober 1946 setzte die nationalsozialistische Rechtsetzung im Bereich des Verwaltungsrechts außer Kraft (Artikel V), errichtete in den Zonen und in Berlin Verwaltungsgerichte (Artikel I) und ermächtigte die Zonenbefehlshaber zur Regelung ihrer Organisation und ihres Verfahrens. Auf dieser Grundlage etablierten Zonengesetze⁴⁶ und Prozessordnungen der Länder⁴⁷ eine Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren Zuständigkeit nicht nur auf den Verwaltungsakt beschränkt war und die insbesondere eine Ermessenskontrolle zur Aufgabe hatte.⁴⁸ Die meisten, aber nicht alle Prozessrechte machten den gerichtlichen Rechtsschutz von einer Beeinträchtigung subjektiver Rechte abhängig.⁴⁹ Gemeinsames Ziel der Frühphase bundesrepublikanischer Verwaltungsgerichtsgestaltung waren daher mehr die Etablierung einer echten, institutionell von der Verwaltung unabhängigen Gerichtsbarkeit⁵⁰ und eine vollständige Einhegung öffentlicher Gewalt⁵¹ als der Schutz individueller Rechte.⁵² Hinsichtlich der Frage, wie eine solche Einhegung gelingen konnte, stellten die britische, die französische und amerikanische Rechtsordnung sowie die deutsche Rechtsgeschichte divergierende Konzepte bereit. Die allgemeine Mission, das politische Projekt, war jedoch angesichts der jüngsten Erfahrungen klar.

⁴⁴ Führererlass über die Vereinfachung der Verwaltung vom 28. August 1939, RGBl 1939 I S. 1535; siehe Jasch, Ringen (Fn. 19), S. 555.

⁴⁵ Siehe Paul Gaudemet/Robert Pelloux/André Simonard, Bericht an den Hohen Kommissar über die deutschen Verwaltungsgerichte in der Bundesrepublik, 1951, S. 5–9, 19–21; s. a. Wilhelm Bauer, Wiederaufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, SJZ 1946, S. 149 ff.; Matthias Niedobitek, in: Sommermann/Schaffarzik, *Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 915 (922–928).

⁴⁶ VO 165 für die britische Besatzungszone.

⁴⁷ Hessen (GVBl 1946, S. 194), Württemberg-Baden (RegBl 1946, S. 221), Bayern (GVBl 1946, S. 281).

⁴⁸ Niedobitek, in: Sommermann/Schaffarzik, *Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 915 (922 ff.); zur Ermessenskontrolle und zur Definition des Verwaltungsakts s. etwa § 23 Abs. 3 und § 25 Abs. 1 Satz 1 VO 165 (britische Zone).

⁴⁹ Siehe etwa § 23 VGG Rheinland-Pfalz; Niedobitek, in: Sommermann/Schaffarzik, *Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 915 (953).

⁵⁰ Nolte, *Eigenart* (Fn. 2), S. 32; s. a. BTDrucks 3/55, S. 24, 26, 30 f.

⁵¹ Die historische Entwicklung zusammenfassend Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung, BTDrucks 3/55, S. 24; dort auch für den Anspruch eines „im Rechtsstaat selbstverständlichen allumfassenden Rechtsschutzes“ (S. 25).

⁵² Zur ursprünglichen konzeptionellen Offenheit auch Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D9; Christian-Friedrich Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Karl August Betermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 3/2, 1959, S. 717 (728, 730).

8 Mit dieser Zielvorstellung im Hintergrund begann auch die Arbeit an einer für die ganze Bundesrepublik geltenden Verwaltungsgerichtsordnung. Maßgeblich wurde hier insbesondere die Arbeit *Walter Jellineks*, dessen „Heidelberger Entwurf“ als Vorlage der süddeutschen Prozessrechtsgesetze für die Prozessrechtsentwicklung stilprägend wurde.⁵³ Entscheidend für das Grundverständnis des Verwaltungsprozesses, seine Gerichtsverfassung und das Verfahren dürfte außerdem der Umstand geworden sein, dass das Bundesverwaltungsgericht bereits 1952 seine Arbeit aufnahm und dabei zunächst auf Grundlage des recht rudimentären „Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht“⁵⁴ auch unter Zuhilfenahme allgemeiner Grundsätze entscheiden musste. Die Anlehnung an das umfassend kodifizierte Zivilprozessrecht und dessen ausgearbeitete Lehren lag damit unter praktischem Gesichtspunkt nahe⁵⁵ und kam auch der Forderung der Alliierten nach einer durchsetzungskräftigen justizförmigen Einhegung der Verwaltung entgegen. Muster und Folie, auf die bezogen der Kodifikationsprozess ablief, war daher der Zivilprozess, dessen Grundsätze und Maximen man zum Ausgangspunkt nahm, von dem man aber an zentralen Punkten mit Blick auf die Besonderheiten des Verwaltungshandelns abwich. Es handelt sich bei der VwGO damit nicht um ein um Besonderheiten und Garantien des gerichtlichen Verfahrens angereichertes Verwaltungsverfahrensrecht – als das man vielleicht die französische Entwicklung oder auch die Herausbildung von gerichtsähnlichen *administrative tribunals* im angloamerikanischen Rechtskreis zusammenfassen könnte⁵⁶ –, sondern um ein den Besonderheiten des Regelungsbereiches „Verwaltung“ Tribut zollendes gerichtliches Verfahrensrecht.⁵⁷ Diese Beobachtung ist zentral, wenn man etwa darüber nachdenkt, ob der Verwaltungsprozess als Reparatuer des Verwaltungsverfahrens taugen kann⁵⁸ oder inwieweit sich eine verwaltungsverfahrensrechtsakzessorische Ausdeutung der VwGO anbietet. Die Kodifizierungsbemühungen mündeten 1960 in der Verwaltungsgerichtsordnung. Diese entschied sich im Kontext der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage für das „süddeutsche Modell“, in Gestalt der Generalklausel, § 40 VwGO, und der allgemeinen Feststellungsklage, § 43 VwGO, für eine vollständige Kontrolle, in Gestalt des § 114 VwGO für eine gerichtliche Ermessenskontrolle, blieb im Übrigen aber hinsichtlich der Grundausrichtung des Prozessrechts agnostisch.⁵⁹ Das zeigt sich insbesondere an den verschiedenen konzeptionellen Öffnungen der Verwaltungsgerichtsordnung hin zu einer objektivrechtlichen Kontrolle wie der Klausel in § 42 Abs. 2 VwGO,⁶⁰ der zunächst nicht auf eine Rechtsbetroffenheit beschränkten verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, § 47 VwGO,⁶¹ an der gerichtlichen Amtsermittlung, § 86 VwGO,⁶²

⁵³ *Niedobitek*, in: Sommermann/Schaffarzik, Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 915 (S. 926).

⁵⁴ BGBl I (1952), S. 625 (BVerwGG).

⁵⁵ Siehe dazu *Nolte*, Eigenart (Fn. 2), S. 34 ff.; a. a. § 26 BVerwGG.

⁵⁶ Vgl. *Michel Framont*, Typen staatlichen Verwaltungsrechts in Europa, in: v. Bogdandy u. a. (Hrsg.), IPE III, § 55 Rn. 23–31, 62–65.

⁵⁷ Siehe auch die Ausführungen zum Rückgriff auf ZPO und GVG in BTDrucks 3/55, S. 26.

⁵⁸ Siehe dazu → Rn. 110 ff.; insoweit kritisch auch *Nolte*, Eigenart (Fn. 2), S. 76.

⁵⁹ Ebenso zur ursprünglichen Situation *Girditz*, Gutachten (Fn. 2), D9f.

⁶⁰ Siehe dazu → Rn. 153 ff.

⁶¹ Siehe dazu → Rn. 180.

⁶² Siehe dazu → Rn. 132 ff.

an der Feststellungsklage,⁶³ der Figur des Vertreters öffentlicher Interessen, § 36 VwGO, der Beteiligung von Laienrichtern, §§ 19 bis 34 VwGO, als Repräsentanten der Bevölkerung oder an der Zulässigkeit von Streitigkeiten zwischen staatlichen Organen.⁶⁴

5. Funktionssynkretismus: Verwaltungsgerichtsbarkeit als Schutzanstalt für Rechte des Einzelnen auf zwei Ebenen

9 Trotz dieser konzeptionellen Offenheit wurde der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in der Folge entschieden in Richtung eines subjektivrechtlich strukturierten Rechtsschutzsystems⁶⁵ ausgebaut.⁶⁶ Viele der zuletzt genannten Institute wurden nicht weiterverfolgt oder aber den Logiken des subjektiven Rechtsschutzsystems angeglichen.⁶⁷ Es handelte sich dabei allerdings zunächst nur um eine technische Weichenstellung, die nicht mit einer politischen Zielsetzung oder einer bestimmten legitimierenden Funktion verbunden wurde: Auftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit war und blieb die Einhegung der Exekutive; technisches Mittel dazu war die Geltendmachung individueller Rechte.⁶⁸ Dies änderte sich erst allmählich, insbesondere unter dem Einfluss der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, der materiellen Grundrechte und der bundesverfassungsgerichtlichen Betonung ihrer fachgerichtlichen Umsetzung. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde in dem durch die Grundrechte markierten und unterfütterten Bereich durch diese Konstitutionalisierung nicht nur technisch, sondern auch materiell zur Sachwalterin der der Gesetzgebung entzogenen Interessen Einzelner gegen die öffentliche Gewalt.⁶⁹ Gleichzeitig war und blieb sie Kontrolleurin der Exekutive anhand der für diese geltenden gesetzlichen Maßstäbe, die bei einer Betroffenheit der teils gesetzlich, teils qua Verfassung eingeräumten Rechte Einzelner aktiviert werden konnte. Durch diese Entwicklung wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit einer Funktionenüberlappung ausgesetzt, die bis heute andauert. Sie soll zugleich das den Einzelnen Unentziehbare vor den Zumutungen der Allgemeinheit schützen (originäre Individu-

⁶³ Siehe dazu → Rn. 205 ff.

⁶⁴ Siehe dazu → Rn. 147.

⁶⁵ Zu dessen Bedeutung und Reichweite im Einzelnen, a. → Rn. 166 ff.

⁶⁶ *Girditz*, Gutachten (Fn. 2), D19: „Vollsubjektivierung“; *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Schenk*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Einleitung Rn. 167; → Bd. I ders./Schöndorf-Haubold § 5 Rn. 9a; vgl. auch *Claudio Franzius*, Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung zur Bestimmung der Klagebefugnis, DVBl 2015, S. 543 (546 f.); *Christian Marxsen*, Der subjektive Rechtsschutz nach klassischem Konzept und Tendenzen seiner Objektivierung, DV, Bd. 53 (2020), S. 215 (223).

⁶⁷ Siehe etwa *Andreas Funke*, Falldenken im Verwaltungsrecht, 2020, S. 51–56; *Girditz*, Gutachten (Fn. 2), D18: die Zulässigkeit von Streitigkeiten Staat gegen Staat seien „kein Ausbau objektiver Kontrollfunktionen, sondern eine Subjektivierung von Staatsfunktionen“. So auch *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap. 4 Rn. 77.

⁶⁸ Zu dieser Doppelfunktionalität z. B. *Masing*, Mobilisierung (Fn. 24), S. 184 f.; *Marsch*, Subjektivierung (Fn. 12), S. 86; *Nolte*, Eigenart (Fn. 2), S. 52.

⁶⁹ Emphatisch etwa *BVerwGE* 1, 159 (161 f.); überblicksartig zu den u. a. dort begonnenen grundrechtlichen Aufladungen der Schutznormlehre *Hartmut Bauer*, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AöR, Bd. 113 (1988), S. 582 (608 f.) m. w. N.; zur ursprünglich vom BVerfG gebilligten Vermutung zugunsten der Verleihung eines subjektiven Rechts (*BVerfGE* 15, 275 [281 f.]) *Bauer*, ebd., S. 600; überblickend *Anna Katharina Mangold/Rainer Wahl*, Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept, DV, Bd. 48 (2015), S. 1 (2 f.).

alrechtsschutzfunktion) und – unter der positivrechtlichen Bedingung einer Rechtsbetroffenheit – die Selbstbindungen der Allgemeinheit gegenüber ihren eigenen Vollzugsorganen verteidigen (technisch-derivative Individualrechtsschutzfunktion). Dabei wurden durch die Elfes-Doktrin⁷⁰ die beiden Funktionen im Eingriffsbereich zu einem praktisch nicht mehr zu entwirrenden Knäuel verknüpft: Dem Einzelnen steht es nunmehr von Grundrechts wegen zu, nur mit gesetzmäßigen Eingriffen belastet zu werden.⁷¹

- 10 Im Laufe dieser Entwicklung löste sich mit dem bereits von Georg Jellinek als höchst formbar erkannten Begriff des „Individualinteresses“⁷² der materielle Ankerpunkt einer Funktionsbeschreibung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als „subjektives Rechtsschutzsystem“ zunehmend auf. Je mehr die Zuordnung subjektiver Rechte im Rechtsbewusstsein zu einer technischen Frage wurde, die von als naturwüchsig gedachten Betroffenheitsvorstellungen⁷³ gelöst werden konnte und positivrechtlicher Entscheidung unterlag, desto weniger Substanz⁷⁴ scheint eine Deutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als subjektives Rechtsschutzsystem zu enthalten. Denn was ist mit dieser Einordnung gesagt, wenn Reichweite und Zuweisung subjektiver Rechte der freien Festlegung im demokratischen Verfahren unterliegen?⁷⁵ Mit diesem Schritt ist der Bezug auf das subjektive Recht „als entwurzelte Tradition rechtfertigungsbedürftig geworden“.⁷⁶ Der Gegensatz zur durch das Grundrechtsdenken und die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung forcierten primären Individualrechtsschutzfunktion wurde damit noch schärfer: einerseits Bastion grundrechtlich geschützter natürlicher Freiheit, andererseits technischer Vollstrecker beliebiger politischer Zuordnungsentscheidungen. Dieser Verständnisgegensatz wird besonders in der Schutznormlehre⁷⁷ offenbar, deren Handhabung zwischen positivrechtlicher Deferenz⁷⁸ und grundrechtlicher Aufladung⁷⁹ changiert.⁸⁰ Weiter zugespitzt wurde diese Entwicklung durch den Einfluss des Unionsrechts,⁸¹ das gegenüber den sich selbst als urwüchsig wahrnehmenden und vielfältig bedingten Rechtsordnungen und Rechtsideen seiner Mitgliedstaaten eine nüchtern-technische Form annehmen musste. Denn der Anspruch auf wirksame Durchsetzung unions-

⁷⁰ Anschließend an BVerfGE 6, 32 (41).

⁷¹ Kritisch hinsichtlich dieser Folgerung aus der Elfes-Rechtsprechung etwa Rainer Wahl/Carsten Schlitz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2, Rn. 48; Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS Menger, 1985, S. 191 (205 f.); s. näher zu Problemen der Rezeption der Elfes-Doktrin in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik → Rn. 169 f.

⁷² Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 71.

⁷³ Siehe zu solchen Vorstellungen exemplarisch Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992), S. 559–567; in diese Richtung etwa auch Wilhelm Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 12, 40 ff.

⁷⁴ Siehe die Analyse bei Masing, Mobilisierung (Fn. 24), S. 189–194.

⁷⁵ Zum fortbestehenden spezifischen Sinn der subjektivrechtlichen Form → Rn. 157 ff.

⁷⁶ So die glückliche Formulierung bei Masing, Mobilisierung (Fn. 24), S. 220.

⁷⁷ Siehe dazu ausführlich → Rn. 158 ff.; für einen Überblick → Vorauf. Bd. III Schoch § 50 Rn. 135–148.

⁷⁸ Also: subjektives Recht dort, wo es gesetzlich intendiert ist.

⁷⁹ Also: subjektives Recht dort, wo grundrechtliche Freiheit den Hintergrund prägt.

⁸⁰ Siehe zu diesen zwei Versionen der Schutznormlehre Bauer, Altes und Neues (Fn. 69), S. 587–592.

⁸¹ Siehe zur Entwicklung überblicksartig Matthias Hong, Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsrechtsraum, JZ 2012, S. 380; Mangold/Wahl, Rechtsschutzkonzept (Fn. 69), S. 3 ff.

rechtlicher Festlegungen – insbesondere im Bereich des Umweltrechts – kann sich nicht davon beeindrucken lassen, welche Rechtsinhalte von den Mitgliedstaaten als subjektivierungsfähig bewertet werden.⁸² Gleichzeitig hat der Europäische Gerichtshof die Dynamik der Einzelnen früh und konsequent für die Durchsetzung des Unionsrechts fruchtbar gemacht.⁸³ Die Rechte Einzelner dienen danach der Rechtskontrolle – nicht umgekehrt.

6. Einbindung in das europäische Rechtssystem

Durch die Einbindung der deutschen Verwaltungsgerichte in das supranationale Rechtssystem der Europäischen Union⁸⁴ sind diese funktional auch zu Unionsgerichten geworden.⁸⁵ Dies setzt einen anspruchsvollen Abstimmungsprozess sowohl vertikal zwischen Unionsgesetzgeber und mitgliedstaatlichem Rechtsschutzsystem als auch horizontal zwischen den nationalen Systemen voraus. Im vertikalen Verhältnis kommt es darauf an, die verschiedenen prozessrechtlichen Logiken in den Mitgliedstaaten nicht vollständig zu unitarisieren.⁸⁶ Auf einer horizontalen Ebene geht es darum, einen Mindeststandard richterlicher Entscheidungsqualität abzusichern, der verfahrensrechtlich dem entspricht, was durch das Prinzip gegenseitigen Vertrauens garantiert wird.⁸⁷ Wenn die mitgliedstaatlichen Verwaltungsgerichte funktionale Unionsgerichte sind, dann müssen sie darauf vertrauen können, dass alle anderen Gerichte vergleichbare Standards anbieten. Dieses Problem ist auf verschiedenen Ebenen virulent geworden: hinsichtlich materieller Standards namentlich im Asyl-

⁸² So denn auch die unaufgeregte Argumentation des EuGH, C-115/09, Rn. 35–50.

⁸³ Siehe bereits EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Ra. 26/62, Slg. 1963, S. 1 (26) – Van Gend en Loos; Masing, Mobilisierung (Fn. 24), S. 50–53; Matthias Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 220 ff.; Mangold/Wahl, Rechtsschutzkonzept (Fn. 69), S. 12 f.

⁸⁴ Zur Geschichte: Anna Katharina Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, 2011; dies./Rainer Wahl, Rechtsschutzkonzept (Fn. 69), S. 1 ff.

⁸⁵ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 14.2.2004, Ra. C-263/02 P, Rn. 29–35; zur unionalen Einbindung Martin Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996; Claus D. Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996; Dirk Ehlers, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999; Friedrich Schoch, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000; Peter M. Huber, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, BayVBl. 2001, S. 577; Thomas Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluß, 2003; Steinbeiß-Winkelmann, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes, NJW 2010, S. 1233; Gätzlitz, Gutachten (Fn. 2); Klaus Renner, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit?, in: Ralf P. Schenke/Joachim Suerbaum (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, 2016, S. 165 ff., sowie → Rn. 86 ff.

⁸⁶ Zu dieser Forderung und allgemein zur unitarisierenden Wirkung der unionalen Einbindung auf die mitgliedstaatlichen Prozessrechtssysteme Michael Dougan, National Remedies Before the Court of Justice, 2004, S. 20–65 (Überblick über die vereinheitlichende Wirkung), 390 (zur Forderung nach sektoraler Differenzierung).

⁸⁷ Dazu Matthias Wendel, Mutual Trust, Essence and Federalism: Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM, European Constitutional Law Review, Bd. 15 (2019), S. 17; Andreas Kulick, Rechtsstaatlichkeitskrise und gegenseitiges Vertrauen im institutionellen Gefüge der EU, JZ 2020, S. 223; Auke Willems, The Court of Justice of the European Union's Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal, German Law Journal, Bd. 20 (2019), S. 468; Koen Lenaerts, The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice, International and Comparative Law Quarterly, Bd. 59 (2010), S. 255; Christoph Möllers/Linda Schneider, Demokratiesicherung in der EU, 2018, S. 9. Umfassend zum Prinzip gegenseitigen Vertrauens Claus D. Classen, Gegenseitige Anerkennung und gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, in: FS Schwarze, 2014, S. 556 ff.

recht⁸⁸ und hinsichtlich der institutionellen Standards gerichtlichen Entscheidens namentlich mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit in Ländern wie Polen und Ungarn.⁸⁹ Der Sicherstellung einheitlicher Mindeststandards hat sich der Europäische Gerichtshof in den letzten Jahren zunehmend angenommen. Freilich hat dieser Prozess der vertikalen Vereinheitlichung Kosten auch für die Spielräume funktionierender mitgliedstaatlicher Rechtsschutzsysteme.

- 12 Aus der Einbindung der Verwaltungsgerichte in das supranationale Rechtsschutzsystem erwächst eine dritte politisch-institutionelle Spannungslage, nämlich innerstaatlich zwischen Verwaltungsgerichten und politischem Prozess. Denn bisweilen finden sich die Verwaltungsgerichte – etwa im Bereich des stark europäisch überformten Umwelt- und Wirtschaftsrechts – unfreiwillig in die Rolle des Vollstreckungsgehilfen einer vermeintlich „anderen“ Rechtsordnung gedrängt, deren Festlegungen der nationale politische Prozess nicht immer bereitwillig folgt.⁹⁰ Ein Grund dafür dürfte sein, dass die politisch legitimierten Organe der Mitgliedstaaten die Verantwortung für supranationales Recht nicht übernehmen und sich dann nicht als seine Mitautoren, sondern als Gegenspieler gerieren.⁹¹ Hinzu kommt eine nach wie vor – auch in anderen größeren Nationalstaaten der EU – vorhandene kritische Sicht auf die Legitimation des Unionsrechts,⁹² seine nicht hinreichende Einbindung in universitäre Curricula⁹³ sowie Bedenken hinsichtlich dessen Beitrags zur Systematisierungsleistung des Rechts.⁹⁴

II. Konzeptioneller Rahmen

1. Gerichtsschutzperspektive im verwaltungsrechtlichen Diskussionszusammenhang

- 13 Die hier eingenommene Perspektive auf den Verwaltungsprozess fällt in einen größeren Diskussionszusammenhang der – wie der allgemeine verwaltungsrechtliche Diskurs⁹⁵ – durch verschiedene Gegenüberstellungen geprägt ist. Auf

⁸⁸ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-4/11.

⁸⁹ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 24.6.2019, Rs. C-619/18.

⁹⁰ Beispiele sind hier die PKW-Maut, Emissionsgrenzwerte, Luftreinhaltung, Habitatvorgaben und traditionelle berufsständische Regulierungen.

⁹¹ Hierzu umfassend mit gemischtem Befund Werner Schroder, *Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtskepsis in der politischen Praxis der deutschen Legislative und Exekutive*, in: Thomas Giegerich (Hrsg.), *Der „offene“ Verfassungsstaat des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, S. 197; Claus D. Classen, *Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtskepsis in der politischen Praxis der deutschen Legislative und Exekutive*, ebd., S. 225. Grundsätzlich Christoph Möllers, *Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Integration*, *Leviathan*, Bd. 43 (2015), S. 339.

⁹² Insofern für das Bundesverfassungsgericht, s. Franz C. Mayer, *Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: Giegerich (Hrsg.), *Verfassungsstaat* (Fn. 91), S. 237 (insbes. 271 f.).

⁹³ Eine nach wie vor zu geringe Sichtbarkeit des Europarechts in der Ausbildung sieht etwa auch Daniel Thym, *Freundliche Übernahme, oder: die Macht des „ersten Wortes“ – „Recht auf Vergessen“ als Paradigmenwechsel*, *JZ* 2020, 1017 (1022); optimistischer Mangold, *Gemeinschaftsrecht* (Fn. 84), S. 298.

⁹⁴ Siehe Ulrich Haltern/Andreas Bergmann (Hrsg.), *Der EuGH in der Kritik*, 2012.

⁹⁵ Anders als ihr privatrechtliches Pendant ist die Verwaltungsprozessrechtslehre institutionell nicht von der Verwaltungsrechtslehre gesondert. Das findet nicht nur in Lehrbüchern und der feh-

A. Theoretische Grundlagen

einer disziplinären Ebene stellt sich die Frage, ob sich die rechtswissenschaftliche Befassung mit dem Gesamtkomplex der Verwaltung und seiner Akteure einschließlich der Gerichte auf die Erschließung und Analyse rechtlicher Maßstäbe beschränken oder eine breitere Perspektive einnehmen, etwa auch Wirkungskontexte⁹⁶ einbeziehen soll („Steuerungsperspektive“).⁹⁷ Anknüpfend an diese erste Positionierung stellt sich die methodische Frage, ob die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Rechtsmaßstäben diese in erster Linie prospektiv als Handlungsmaßstäbe oder retrospektiv als Zurechnungs- und Kontrollmaßstäbe begreift.⁹⁸ Diese Frage führt zurück auf die rechtstheoretische Ebene, nämlich ob man sich Normativität eher als ein Instrument faktischer Verhaltenssteuerung oder normativer Verantwortungszuschreibung vorstellt.⁹⁹ Damit verknüpft ist auch die Frage, ob man sich das Recht im Allgemeinen und das Verwaltungsrecht im Besonderen mehr als Handlungsleitlinie oder als Konfliktordnung vorstellt. Auf rechtsinhaltlicher Ebene wiederum besteht eine oben bereits eingeführte grundlegende Differenz darüber, welche Funktionen die Institution der Verwaltungsgerichtsbarkeit erfüllt, ob sie mehr dem Rechtsschutz Einzelner oder der Kontrolle der Verwaltung dient und inwieweit einer dieser Zwecke dem anderen unterzuordnen ist.¹⁰⁰ All diese Fragen hängen systematisch miteinander zusammen. Wer sich Recht als eine Gesamtheit verhaltenssteuernder Vorgaben denkt, wird eher dazu neigen, alle – auch nichtrechtliche – Steuerungsfaktoren und relevanten Kontexte des Komplexes „Verwaltung“ in den Blick zu nehmen. Denn unter dem Gesichtspunkt der Steuerung unterscheiden sich diese Faktoren nicht vom Recht. Wer das Verwaltungsrecht vom Konflikt her denkt und seine Funktionen nicht auf die Verhaltenslenkung beschränkt, wird eher bereit sein, den Moment der Kontrolle und ihren Funktionsweisen von den Maßstäben des vorangegangenen Verhaltens der primären Verwal-

lenden Differenzierung bei der Lehrbefugnis und dem Zuschnitt von Professuren seinen Ausdruck. Die weitgehend fehlende Ausdifferenzierung schlägt sich auch darin nieder, dass die meisten verwaltungsrechtlichen Figuren (Verwaltungsakt, Ermessen, Beurteilungsspielraum, subjektives Recht usw.) aus prozessualer und materieller Warte heraus behandelt werden; insoweit kritisch etwa Andreas Fuchs, *Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im öffentlichen Recht*, *JZ* 2015, 369 (370 f.); dies im Gegenteil zum gedanklichen Ausgangspunkt nehmend Johannes Buchheim, *Actio, Anspruch, subjektives Recht*, 2017, S. 120 ff.

⁹⁶ Dazu Wolfgang Hoffmann-Riem, *Wirkungsorientierte Rechtswissenschaft*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2018, S. 20 ff.; Andreas Voßkuhle, *Das Verwaltungsverfahren im Spiegel der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Martin Burg/Klaus Schönenbroicher (Hrsg.), *Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts*, 2010, S. 13 ff.

⁹⁷ Programmatisch Gunter Folke Schuppert, *Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Reform*, S. 65 ff.; → Bd. I Voßkuhle § 1 Rn. 22 ff.; zweifelnd Matthias Jeschke, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 329 (330 und öfter); zur charakteristischen Methodenunsicherheit der Verwaltungsrechtslehre klar-sichtig und bis heute instruktiv Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1999, unveränd. Nachdr. der Aufl. 1927, S. 85 ff.

⁹⁸ → Bd. I Voßkuhle § 1 Rn. 15; Schuppert, *Steuerungswissenschaft* (Fn. 97), insbes. S. 196 f.; Hans C. Röhl, *Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?*, *DV*, Beiheft 2 (1999), S. 33 ff.

⁹⁹ Hierzu Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, 2018, S. 23 ff. und passim; Hans Kelsen, *Kausalität und Zurechnung*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 46 (1960), 321 ff.; in diese Richtung auch Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984, S. 429 ff. (Moment der Erwartungstabilisierung entscheidet über Charakter als Norm); s. andererseits Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1998, S. 47–49.

¹⁰⁰ Siehe hierzu bereits → Rn. 7 ff.

tungsrechtssubjekte (Verwaltung, Bürgerin) zu lösen und ihm eigene Funktionen und einen gewissen Selbststand zuzuweisen. Man wird sich dann das Recht der gerichtlichen Verwaltungskontrolle nicht als das schlichte Resultat der durchzusetzenden Verhaltensmaßstäbe und Rechte vorstellen und dementsprechend einer Beschränkung auf die Rechtsschutzfunktion skeptisch gegenüberstehen.

14 Die im Folgenden zu unternehmende systematische Erschließung und Darstellung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle ist nicht von vornherein auf Rechtsmaßstäbe beschränkt. Denn wie bei anderen Akteuren des Verwaltungsrechts ist auch das Handeln der Gerichte durch vielfältige nichtrechtliche Faktoren und Gesetzmäßigkeiten bestimmt. Daher erscheint es wichtig, soweit sie sich erfassen lassen, auch andere Steuerungsfaktoren in den Blick zu nehmen,¹⁰¹ zumal diese sich bei genauerer Hinsicht häufig als durch Rechtsregeln maßgeblich geprägt erweisen.¹⁰² Auch wenn wir also hauptsächlich auf Rechtsmaßstäbe und deren systematisches Zusammenspiel blicken, wollen wir den Verwaltungsprozess und sein Recht jedoch nicht bereits im theoretischen Ausgangspunkt auf die bestmögliche Durchsetzung materiellrechtlicher, insbesondere subjektivrechtlicher, Inhalte festlegen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit kann nicht allein als Instrument verstanden werden, das Einzelnen Rechtsschutz gegenüber einer Verwaltung gewährt, die ihrerseits Steuerungsansprüche wahrnimmt. Vielmehr lässt sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst als ein Instrument verstehen, das Steuerungswirkungen entfaltet und mit dessen Hilfe der Gesetzgeber steuern kann.¹⁰³ Im Weiteren zu untersuchen ist, welche Steuerungserwartungen, Funktionen und Aufgabenstellungen aus dem Recht der gerichtlichen Verwaltungskontrolle für das gesamte Verwaltungsrecht, die Gestaltung seiner Institutionen und das Handeln der ihm unterworfenen Akteure abgeleitet werden können und durch welche Strukturen und Mittel das Verwaltungsprozessrecht diesen gerecht wird. Der spezifische Fokus der hier gewählten Gerichtsschutzperspektive liegt auf dem Handeln der Gerichte und ihrem sowohl kontrollierenden als auch steuernden Einfluss auf das Verwaltungsrecht im Zusammenspiel seiner Institutionen. Dieser Fokus legt Wert auf die Besonderheiten von Gerichten als Institution, auf die Probleme und Konstellationen, die sie lösen können und sollen, auf die Fragen, die damit von vornherein offenbleiben müssen. Eine so verstandene Gerichtsschutzperspektive geht davon aus, dass ein adäquater Blick auf das Verwaltungsprozessrecht nur aufgrund einer institutionensensiblen Untersuchung der verschiedenen Akteure und ihrer Programme, die zusammen das Tableau des Verwaltungsrechts ausmachen, gelingen kann.¹⁰⁴ Denn die institutionelle Seite des Rechtsschutzes, also Verfahren und Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, können nicht einfach mit den Anliegen der Rechtsschutz-

¹⁰¹ Zu den methodischen Forderungen und Problemen auch Wolfgang Hoffmann-Kiem, *Wirkungsorientierte Rechtswissenschaft*, ZfRSoz 2018, S. 20; zu Begrenzungen empirischer Analyse etwa Richard A. Epstein, *The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice Theory*, Brigham Young University Law Review 1990, S. 827.

¹⁰² Z. B. Ausbildungsstruktur, Dienstrecht und Haushaltsvorgaben.

¹⁰³ Siehe auch Klaus F. Gärditz, *Das Steuerungspotential der Rechtsprechung*, in: Wolfgang Kahl/Ute Mager (Hrsg.), *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*, 2019, S. 207 ff.; zu den Grundentscheidungen des Verwaltungsprozessrechts, die auch Steuerungsgrundentscheidungen sind, s. → Rn. 45 ff.

¹⁰⁴ Siehe dazu näher → Rn. 106 ff.

suchenden und der ihnen zur Seite stehenden individualrechtlichen Positionen gleichgesetzt werden.

2. Funktionen und Funktionsbedingungen des Verwaltungsprozesses

Die Frage nach der Funktion¹⁰⁵ des Verwaltungsprozesses hat die Prozessualistik vor allem in Form der Unterscheidung zwischen Individualrechtsschutz und Verwaltungskontrolle beschäftigt.¹⁰⁶ Diese Unterscheidung wird dann mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG zumeist zugunsten des Individualrechtsschutzes aufgelöst.¹⁰⁷ Doch während die These von der dienenden Funktion des Verfahrens für das materielle Verwaltungsrecht aus guten Gründen sehr umstritten ist,¹⁰⁸ lässt sich Gleiches nicht von der Sicht auf die Funktion des Verwaltungsprozesses behaupten.¹⁰⁹ Vielmehr gilt er häufig als bloßes Mittel der Rechtsdurchsetzung.¹¹⁰ Eine Reduktion des Verwaltungsprozesses auf eine möglichst effektive Schutzanstalt materieller subjektiv-öffentlicher Rechte oder des materiellen objektiven Rechts ist jedoch nicht in der Lage, die Ausgestaltung des Verwaltungsprozessrechts zu erklären. Die Durchsetzung des Rechts und der Rechte ist zwar eine wichtige Aufgabe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, aber weder geht das Verfahren in dieser Funktion auf noch lassen sich andere Funktionen auf diese zurückführen.¹¹¹

¹⁰⁵ Zum im Weiteren zugrunde gelegten, freilich immer methodisch heiklen Funktionsbegriff Christoph Möllers, *Funktionen des Verfassungsprozessrechts*, in: GS Heun, 2019, S. 149 (153–155).

¹⁰⁶ Siehe etwa → Vorauf. Bd. III Schoch § 50 Rn. 2, 6; Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 13 ff.; Thomas Schmidt-Kötters, in: Herbert Posser/Heinrich A. Wolff (Hrsg.), *VwGO*, 5. Aufl. 2019, § 42, Rn. 109 ff.; anders Christoph Sennkamp, in: Hk-VerwR, § 42 VwGO Rn. 6, dem zufolge ein subjektives Rechtsschutzsystem nicht von Art. 19 Abs. 4 GG gefordert ist.

¹⁰⁷ Siehe etwa → Vorauf. Bd. III Schoch § 50 Rn. 2, 6; Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 13 ff.; Thomas Schmidt-Kötters, in: Herbert Posser/Heinrich A. Wolff (Hrsg.), *VwGO*, 5. Aufl. 2019, § 42, Rn. 109 ff.; anders Christoph Sennkamp, in: Hk-VerwR, § 42 VwGO Rn. 6, dem zufolge ein subjektives Rechtsschutzsystem nicht von Art. 19 Abs. 4 GG gefordert ist.

¹⁰⁸ BVerwGE 92, 258 (261 f.); Otto Groschopf, *Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?*, DVBl 1962, S. 627 (630); Rainer Wahl, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL, Bd. 41 (1983), S. 151 (153); Elke Gurit bzw. Michael Fehling, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, VVDStRL, Bd. 70 (2011), S. 227 (234 f.) bzw. S. 278 (284). Zur Kritik und Differenzierung: → Bd. II Schmidt-Aßmann/Kaufhold § 27 Rn. 63 ff., 105 ff.; Christoph Degenhart, *Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, DVBl 1982, S. 872 (873); Hermann Hill, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, S. 202 f.; Christian Quabeck, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010; Ulrich Stelkens, *Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, DVBl 2010, S. 1078 (insbes. 1083 ff.); Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 6. Aufl. 2018, Rn. 31 ff. Fragwürdig daher die Feststellung von Martin Burgi, *Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens: Zweckbestimmung und Fehlerfolgenrecht in der Reform*, DVBl 2011, S. 1317: „Vollkommen unumstritten ist, dass das Verwaltungsverfahren jedenfalls und vor allem anderem ‚Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts‘ ist (in den Worten von Rainer Wahl)“ (Verweise ausgelassen, relativierend S. 1318 f.).

¹⁰⁹ Repräsentativ etwa Nolte, *Eigenart* (Fn. 2), S. 78 ff.

¹¹⁰ Siehe etwa Funke, *Falldenken* (Fn. 67), S. 21 f.; Markus Fischer, *Die verwaltungsprozessuale Klage im Kraftfeld zwischen materiellem und prozeduralem Recht*, 2011, S. 75 ff.; deutlich in diese Richtung auch Nolte, *Eigenart* (Fn. 2), S. 78–82; kritisch zur Sicht auf das Prozessrecht als „Technizität“ Hagen, *Elemente* (Fn. 2), S. 11.

¹¹¹ Ebenso Klaus F. Gärditz, in: ders. (Hrsg.), *VwGO*, § 42 Rn. 52; s. im Ansatz zu weiteren Funktionen auch Nolte, *Eigenart* (Fn. 2), S. 71–77.

a) Allgemeine Funktionsbedingungen des Prozesses und des Prozessrechts

aa) Prozessrecht vs. materielles Recht

- 16 Begriff und Abgrenzung des Prozessrechts vom materiellen Recht sind alte Themen der Rechtswissenschaft.¹¹² Modernes Recht kann nur als Zusammenspiel von primären und sekundären Regeln verstanden werden.¹¹³ Die primären Regeln bestimmen, was sein soll; die sekundären Regeln, wie es zu erreichen ist.¹¹⁴ Zu diesem Zweck konstituieren sekundäre Regeln rechtliche Instanzen und Verfahren, durch die und in denen geklärt und teilweise umgesetzt wird, was rechtlich gilt. Ein besonders prominentes und durchsetzungsstarkes Verfahren, dessen sich fast alle modernen Rechtsordnungen bedienen und das zumeist Voraussetzung staatlicher oder privater Gewaltanwendung ist, ist das gerichtliche Verfahren. Unter Prozessrecht lassen sich dann alle rechtlichen Anordnungen verstehen, die ein gerichtliches Verfahren zum Gegenstand oder zur Voraussetzung haben.¹¹⁵ Das sind insbesondere alle Regelungen, die die Voraussetzungen und Beteiligten eines solchen Verfahrens bestimmen, das Verhalten von Verfahrensbeteiligten anleiten, die Wirkungen der Verfahrenseinleitung, von Verfahrenshandlungen und des Verfahrensabschlusses bestimmen.¹¹⁶
- 17 Das materielle Recht lässt sich demgegenüber entweder als Komplementärbegriff verstehen, also als alles Recht, das nicht Prozessrecht ist, oder in einem anspruchsvolleren Sinn als das, was für alle rechtlichen Verfahren und Akteure gilt. Beschreibt man den zweiten Weg, ist die Vorstellung eines von den verschiedenen Verfahrensrechten, die in einer Rechtsordnung zusammenspielen und sie konstituieren, gesonderten „materiellen“ Rechts Produkt einer gedanklichen Verallgemeinerungsleistung: Das Angeordnete gilt nicht nur in und für bestimmte Verfahren und Konstellationen, sondern wird aus ihnen heraus- und vor die Klammer gezogen und gilt „schlechthin“. Damit wird zugleich klar, warum sich ein wissenschaftlicher Zugriff strukturell mehr für das materielle als das prozessuale Recht interessiert: Wissenschaft richtet sich auf das Allgemeine, auf Gesetzmäßigkeiten. Die Entwicklung der dogmatischen Rechtswissenschaft

¹¹² Siehe etwa *Wolfram Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970; *Wilhelm Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny, 1965; *Hagen*, Elemente (Fn. 2), S. 119 ff.; *Philipp Reimer*, Verfahrenstheorie, 2015, S. 68 ff.; s. a. *Buchheim*, Actio (Fn. 95), S. 31–66 (begriffshistorisch zum Verhältnis von subjektivem Recht, Anspruch und actio), 100–120 (für den Begriff der actio), 120–135 (für das Verhältnis von materiellem und Prozessrecht); dazu zusammenfassend auch *Johannes Buchheim*, Aktionenrechtliches Denken im Verwaltungsrecht, DV, Bd. 52 (2019), S. 577.

¹¹³ Siehe dazu *Herbert L. A. Hart*, The Concept of Law, 3. Aufl. 2012, S. 91 ff.

¹¹⁴ So schlicht ist es natürlich nicht, sondern vielfach rekursiv, weil der einen primäre Regel der anderen sekundäre Regel ist; zu dieser Janusköpfigkeit bereits *James Goldschmidt*, Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, in: FS Brunner, 1914, S. 121. Letztlich ist eine Rechtsordnung daher ein komplexes System aufeinander aufbauender und Bezug nehmender normativer Vorgaben. Die Rede von primären und sekundären Regeln und deren Unterkategorien (Anerkennungsregeln; Änderungsregeln; Feststellungs- und Sanktionsregeln) ist daher verkürzend, aber analytisch weiterführend.

¹¹⁵ Vgl. *Henckel*, Prozessrecht (Fn. 112), S. 5–26; *Wolfgang Zöllner*, Materielles Recht und Prozessrecht, AcP, Bd. 190 (1990), S. 471 (473 f. und öfter); *Buchheim*, Actio (Fn. 95), S. 120–123. Wie hier auch die Begriffsverwendung von *Philipp Reimer*, Materielles Verwaltungsrecht und Prozessrecht – Einwirkungen und Rückwirkungen, DV, Bd. 50 (2017), S. 395 ff.

¹¹⁶ Siehe auch systematisch für alle Verfahren *Reimer*, Verfahrenstheorie (Fn. 112), S. 13 ff.; dieser schließt allerdings die Verfahrenswirkungsnormen aus (S. 72–76).

wie wir sie heute kennen, begann – im Gegensatz zur römischen Jurisprudenz – denn auch mit der exegetischen Arbeit der Glossatoren, die aus der wiederentdeckten justinianischen Kompilation des römischen Rechts das „Allgemeine“ herausarbeiteten. Für die von der Philosophie herkommende „Vernunftrechtswissenschaft“ musste ein materieller Zugang zum Rechtsdenken erst recht nahe liegen. Denn die Tücken und Verfahren der Umsetzung des Richtigen geben kaum „gute Gründe“ ab und sind einem philosophischen Zugriff oftmals zu profan.¹¹⁷

Materielles und prozessuales Recht sind damit Produkt unterschiedlicher Annäherungen an das Recht. Im Verwaltungsrecht spielt dies – neben der Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Land¹¹⁸ – eine besondere Rolle, weil das „materielle“ Recht sein eigenes Verfahrensrecht kennt, eben das Verwaltungsverfahrenrecht, und weil zugleich die Strategie der Prozeduralisierung des materiellen Rechts zu den großen rechtspolitischen und wissenschaftlichen Themen gehört.¹¹⁹ Im Verwaltungsrecht hängen Materialisierung, Prozeduralisierung und Prozessualisierung untrennbar miteinander zusammen.

Das Prozessrecht als Recht des gerichtlichen Verfahrens ist damit weniger ein fester Gegenstand als eine spezifische rechtliche Zugriffsweise auf Regelungsprobleme. Dadurch, dass man etwas zum Inhalt und Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens macht und die Voraussetzungen und Wirkungen dieses Verfahrens definiert, kann man Fragen und menschliches Verhalten in die eine oder andere Richtung regeln oder lenken. Ein solcher Regelungszugriff bleibt prozessrechtlicher Art, solange er sich eines gerichtlichen Verfahrens als Mittel bedient. Soweit das Prozessrecht – wie es im deutschen Verwaltungsrecht vielfach der Fall ist – einem anderen Gesetzgeber zugewiesen ist als die materiellrechtliche Gestaltung,¹²⁰ sind diesem Zugriff allerdings kompetenzrechtliche Grenzen gezogen.¹²¹

¹¹⁷ Siehe für Kritik an der Verfahrens- und Prozeduralisierung auf „gute Gründe“ *Möllers*, Möglichkeit (Fn. 99), S. 23–56, insbes. S. 44–60.

¹¹⁸ Dazu sogleich und → Rn. 85.

¹¹⁹ Siehe zur Prozeduralisierung und zum Verfahrensgedanken im Verwaltungsrecht → Bd. II *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* § 27 Rn. 45 f.; *Qubeck*, Dienende Funktion (Fn. 108); *Gurliß* bzw. *Fekling*, Eigenwert des Verfahrens (Fn. 108); *Martin Burgi*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens (Fn. 108); zum Nebeneinander von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess → Rn. 106 ff.

¹²⁰ Auch das gilt nicht in dieser unqualifizierten Weise, s. relativierend auch *BITDrucks* 3/95, S. 25; nicht wenige verwaltungsrechtliche *Materien* (Bodenrecht, Gewerberecht, Bankaufsichtsrecht, Beamtenstatutenrecht, Energierecht, Telekommunikationsrecht) sind dem Bund zugewiesen. Lediglich das Verwaltungsverfahrenrecht, also das Recht der Umsetzung dieser Vorgaben im Wege von Verwaltungsverfahren, liegt ganz überwiegend in der Landeskompentenz. Insofern befindet sich der Verwaltungsverfahrensgesetzgeber in derselben Situation wie der Verwaltungsprozessrechtsgesetzgeber: Er muss bei seinen Setzungen die Regelungsansprüche anderer Verfahrensrechte und die materiellen Festlegungen, die von anderen Kompetenzträgern stammen können, angemessen beachten und darf sie nicht obstruieren.

¹²¹ Siehe für solche Kompetenzargumente ausführlich *Fischer*, Kraftfeld (Fn. 110), S. 77–91; bei der Diskussion des Widerspruchsverfahrens *Michael Oetler*, Das Widerspruchsverfahren der Verwaltungsgerichtsordnung, 1989, S. 14–45; bei der Diskussion des § 114 Satz 2 VwGO *Wolf-Rüdiger Schenke*, „Reform“ ohne Ende – Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), NJW 1997, S. 81 (88); *Jörg Berkemann*, Verwaltungsprozessrecht auf „neuen Wegen“, DVBl 1998, S. 446 (449); implizit auch *BVerwGE* 106, 351 (364); relativierend *Buchheim*, Actio (Fn. 95), S. 137–165.

bb) Konkretisierungs- und Aktualisierungsfunktion gerichtlicher Verfahren

- 19 Alle rechtlichen Verfahren haben die Aufgabe, abstrakte rechtliche Maßstäbe in den Grenzen von Raum und Zeit umzusetzen.¹²² Verfahren müssen zu einem nicht notwendig endgültigen Schluss kommen können, sie bedürfen der Abschließbarkeit durch eine Entscheidung. Alle Verfahren müssen daher darauf bedacht sein, ihren Stoff klar zu bestimmen und handhabbar zu halten, sie bedürfen eines definierten Gegenstands. Die verfahrensregelnden Normen müssen bestimmen, wer im Verfahren handlungsfähig (Partei-, Prozess-, Postulationsfähigkeit) ist, wie (Beweismittel), bis zu welchem Zeitpunkt Stoff dort eingebracht wird (Fristen) und wie damit umgegangen wird (Beweisführungsregeln). Um praktisch relevant zu sein, müssen Verfahren durch Wirkungen definiert sein, die es die Mühe wert machen, sie zu beschreiten, die also ohne Verfahren nicht zu haben wären. Beispielhaft bedeutet das: ohne verwaltungsgerichtliches Verfahren keine Überwindung der sofortigen Vollziehbarkeit eines Bescheids, ohne Verfassungsprozess keine Nichtigkeitsfeststellung eines Gesetzes. Alle Verfahrensrechte müssen also auch Konkurrenzregeln zu anderen Verfahren aufstellen und ihre eigene Beständigkeit über Zeit und Umstände hinweg definieren. Dies sind Grundbedingungen rechtlicher Verfahren, deren konkrete Ausprägung aber stark durch die jeweils zu erfüllende Aufgabe, die Form der Aufgabenerfüllung und den damit verbundenen Aufwand geprägt ist.
- 20 Auf Grundlage dieser Rahmenbestimmung erweist sich das Gerichtsverfahren als das archetypische rechtliche Verfahren, in dem für konkrete Fälle geklärt wird, was „der Fall“ ist und was rechtlich gilt. Die Aussagen *Otto Mayers* zum Verwaltungsakt in Anlehnung an gerichtliche Verfahren und Titel treffen es bis heute gut: Inseln der Klarheit und Sicherheit, die im kontinuierlich wogenden Meer der Verwaltungstätigkeit Halt geben.¹²³ Gerichtliche Verfahren konstruieren also, was ist, und machen sichtbar, was gilt. Damit leisten sie zum einen eine für die rechtliche Verhaltensstrukturierung und -steuerung unentbehrliche Orientierungsfunktion. Ohne einen dauernden Fluss gerichtlicher Entscheidungen gäbe es jenseits der abstrakt-generellen gesetzlichen Verlautbarungen nichts Rechtliches, woran man sich ausrichten könnte. Die in gerichtlichen Verfahren geleistete Aktualisierung macht das Recht zugleich anhand konkreter Fälle vorstell- und überhaupt erst verhandelbar. Das gerichtliche Verfahren – mit der ihm typischen Gerichtsöffentlichkeit, § 169 VVG – ist damit neben einem Lieferanten antizipierbarer Verhaltensmaßgaben ein unentbehrlicher Reflexionsraum der Demokratie, ohne den die demokratischen Setzungen abstrakt und inhaltsleer blieben. Im gerichtlichen Verfahren tritt die rechtlich geregelte Wirklichkeit auf das Parkett.¹²⁴ Hierzu gehört, dass erst im gerichtlichen Verfahren die Betei-

¹²² Siehe hierzu und im Weiteren ausführlich *Reimer*, *Verfahrenstheorie* (Fn. 112), S. 13 ff. (Verfahren allgemein), 332 ff. (Verfahren, denen rechtliche Entscheidungsmaßstäbe zugrunde gelegt werden).

¹²³ *Mayer*, *VerwRI* (Fn. 1), S. 93.

¹²⁴ Vgl. auch die Formulierung bei *Georg W.F. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in: *Werke* 7, hrsg. von *Eva Moldenhauer* und *Karl M. Michel*, 1986, S. 376 (§ 224), zur Verwirklichung des Gesetzes in der Öffentlichkeit der Rechtspflege.

ligten die Möglichkeit haben, sich rechtlich und tatsächlich mit ihren Anliegen und ihrem Wissen zu artikulieren.¹²⁵

Um diese Zwecke zu bedienen und den gerichtlichen Formen ihre gesteigerte Relevanz zu geben, kanalisieren moderne Rechtsordnungen die rechtmäßige Gewaltausübung in gerichtliche Verfahren, indem sie gerichtliche Autorisierung zu deren Voraussetzung machen. Gleichzeitig kappen sie die Bezugnahme auf das allgemein rechtlich Geltende, indem sie alle schneidigeren Folgen einer normativen Bezugnahme auf das Geltende, also die meisten Formen der zwangsweisen Rechtsdurchsetzung, an eine Konkretisierung im gerichtlichen Verfahren rückbinden.¹²⁶ Gerichtliche Verfahren sind damit Resultat und Inbegriff einer **Monopolisierung und Engführung rechtlicher Normativität** und ihres konkreten tatsächlichen Niederschlags auf bestimmte Entscheidungsinstanzen und -verfahren. Während sich andere Normativitäten, etwa moralische, weitgehend diffus Bahn brechen, damit aber zugleich auch mehr oder weniger alle als relevante Sprecher anerkennen, ist moderne rechtliche Normativität höchst institutionell fokussiert.¹²⁷ Diese Aktualisierungs- bzw. Konkretisierungsfunktion ist im gerichtlichen Verfahren besonders zugespitzt. Sie drängt zu besonders ausgeprägter Förmlichkeit, Abgrenzbarkeit, Ergebnisbeständigkeit und Durchsetzungsstärke gegenüber anderen Verfahrensarten.

cc) Selektionsfunktion und Selektivität des Prozessrechts

Die Funktion gerichtlicher Verfahren, eine Engführung und Zuspitzung des rechtlich Geltenden zu leisten, weist dem Prozessrecht eine Selektionsaufgabe zu.¹²⁸ Aus der schwer zu überblickenden Vielheit des rechtlich irgendwie Geltenden muss das gerichtliche Verfahrensrecht auswählen, was Gegenstand eines mit besonders gesteigerter Förmlichkeit, Sichtbarkeit und Durchsetzbarkeit ausgestatteten Verfahrens werden kann, und bestimmen, in welchen Formen und mit welchem Ergebnis darüber verhandelt werden kann. Das Prozessrecht hat vor diesem Hintergrund in besonders ausgeprägtem Maß die Funktion der **Auswahl eines verfahrensgeeigneten Prozessstoffs**.¹²⁹ Dagegen wäre es verkürzt, die Aufgabe des Prozesses und seines Rechts schlicht in der Verwirklichung des materiellen Rechts zu sehen. Recht ist die Einheit aus materiellem Recht und Verfahrensrecht, die man nicht einfach zugunsten einer der beiden Seiten der Unterscheidung aufheben kann.

¹²⁵ Zu diesem Aspekt ausführlich *Daniel Markovits*, *Adversary Advocacy and the Authority of Adjudication*, *Fordham Law Review*, Bd. 75 (2006), S. 1367 (1380–1395): „what democracy is to political legitimacy at wholesale, adjudication is to political legitimacy at retail“ (S. 1381).

¹²⁶ Zu einer genauen Analyse der Titulierung als einer Entkopplung von Durchsetzungsansprüchen von der materiellen Rechtslage *Ralf Poscher*, *Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung*, *VerwArch*, Bd. 89 (1996), S. 111.

¹²⁷ Siehe etwa *Neil MacCormick*, *Institutional normative order*, *Cornell Law Review*, Bd. 82 (1997), S. 1051; zur Institutionalisierung und Zentralisierung der Konfliktentscheidung in modernen Gesellschaften auch *Niklas Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. 1975, S. 100 ff.

¹²⁸ Dazu ausführlich *Buchheim*, *Actio* (Fn. 95), S. 48 ff., 110, 143 f.; für das Verfassungsprozessrecht *Möllers*, *Funktionen* (Fn. 105), S. 155–159. S. a. *Noite*, *Eigenart* (Fn. 2), S. 76; ebenso bereits *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: *FS Menger*, 1985, S. 107 (117 f., 123).

¹²⁹ Siehe aus verfassungsprozessualer Sicht die Sondervoten von *Lübbe-Wolff* und *Gerhardt* zu *BVerfGE* 134, 366 (419 ff. bzw. 430 ff.) – OMT-Vorlagebeschluss (2014).

dd) Selektionskriterien: Legitimität und Legitimation gerichtlicher Verfahren

- 23 Die Selektivität des Prozessrechts folgt spezifischen Kriterien. Die Antwort auf die Frage, was sinnvollerweise in welcher Form zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens gemacht werden kann, wird sich zwangsläufig – neben materiellen Fragen wie Gewicht und Bedeutung des zugrundeliegenden rechtlichen Geltungsinhalts – an den Funktionsbedingungen und -grenzen gerichtlicher Verfahren orientieren müssen. Die Form des gerichtlichen Verfahrens macht Vorgaben, deren Überschreitung seine Legitimationsleistung und die Legitimität seiner Ergebnisse infrage stellen kann. Nicht jedes – auch nicht jedes rechtliche – Problem ist eines, für das die Form des gerichtlichen Verfahrens passt. Die Frage, was in welcher Weise passt, lässt sich daher nur mit Blick auf die spezifische Legitimation gerichtlicher Verfahren beantworten. Dabei ist wichtig festzustellen, dass sich die Rechtfertigung gerichtlicher Entscheidungen nicht einfach auf die Rechtsbindung der Gerichte zurückführen lässt, die für diese ja gerade nicht spezifisch ist, weil sie allgemein gilt.¹³⁰ Auch die in der Dogmatik des Demokratieprinzips noch gängige These, die Unabhängigkeit der Gerichte ließe sich nur durch eine besonders strikte Gesetzesbindung rechtfertigen, lässt sich nicht halten.¹³¹ Sie scheitert nicht nur an ihrer Verfahrensblindheit, sondern an der allgemeinen Aufgabe richterlicher Rechtsfortbildung.¹³² Legitimationsgerecht erscheint ein Prozessstoff, soweit das fallförmige Verfahren unter Beteiligung der Parteien in der Lage ist, das in Frage stehende Anliegen zu verarbeiten. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn sich dieses Anliegen, der Streitgegenstand, so definieren lässt, dass gerade die Parteien dazu repräsentativ sind, es zu vertreten. Der Streitstoff muss also in einem gehaltvollen Sinn als „Eigenes“ der Parteien verstanden werden können und das Gericht muss in der Lage sein, die für den Gegenstand relevanten rechtlichen und faktischen Umstände zu erfassen. Die Beziehung des Rechtsschutzes auf subjektive Rechte findet hierin ihre Rechtfertigung.¹³³

b) Besondere Funktionen des Verwaltungsprozesses und seines Rechts

- 24 Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Prozessfunktionen liegt die Besonderheit des Verwaltungsprozesses in seiner Beziehung zu einem zweiten durchsetzungsstarken, mit Zwangs- und Vollstreckungsbefugnissen ausgestatteten rechtlich formalisierten Verfahren: dem Verwaltungsverfahren.¹³⁴ Anders als im Privatrecht, in dem der erste rechtlich strukturierte Zugriff auf „den Fall“ dem

¹³⁰ Maßgeblich zur Kritik *Lassahn*, Parlamentsgesetz (Fn. 7), S. 101 ff.; zur Legitimation *Christoph Müllers*, individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?, in: Anna Geis/Frank Nullmeier/Christopher Daase (Hrsg.), Der Aufstieg der Legitimitätspolitik, Leviathan, Sonderband 27 (2012), S. 398; *Andreas Vosskuhle*/Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673.

¹³¹ *Lassahn*, Parlamentsgesetz (Fn. 7), 101 f.; *Christoph Müllers*, Demokratie, in: Matthias Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Bd. II.1, 2021, § 5 Rn. 65.

¹³² Zu dieser Funktion des Verwaltungsprozesses *Nolte*, Eigenart (Fn. 2), S. 62–70.

¹³³ Ähnlich *Gärdtitz*, Gutachten (Fn. 2), D28-D41; s. a. *ders./Carl-Friedrich Stuckenberg*, Vorratsdatenspeicherung à l'américaine – Zur Verfassungsmäßigkeit der Sammlung von Telefonverbindungsdaten durch die NSA, JZ 2014, 209 (214 f.); s. näher → Rn. 156, 159, 165.

¹³⁴ Ebenso *Nolte*, Eigenart (Fn. 2), S. 72; *Christian-Friedrich Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 61 f.; ausführlich → Rn. 106 ff.

Gerichten zukommt, ist das verwaltungsgerichtliche Verfahren durch das ihm vorausliegende Handeln der Verwaltung in aller Regel vorstrukturiert¹³⁵ (Grundsatz des ex post-Rechtsschutzes). Hier handelt ein selbsttätiger, mit umfassender Zuständigkeit ausgestatteter Akteur, dessen personelle und sachliche Ressourcen diejenigen der Gerichtsbarkeit um ein Vielfaches übersteigen.¹³⁶ Die im vorgeschalteten Verfahren getroffenen Entscheidungen bleiben in den allermeisten Fällen endgültig.¹³⁷ Nur ein geringer Prozentsatz der vielen Millionen jährlich erlassenen Bescheide wird durch Widerspruch angegriffen, nur ein Bruchteil gerichtlich angefochten.¹³⁸ In Hinblick auf die meisten allgemeinen Prozessfunktionen werden die Gerichte daher durch die Handlungspotenz der Verwaltung faktisch verdrängt. Was können sie noch leisten, wenn Konkretisierung, Feststellung, Zuspitzung und Umsetzung des rechtlich Geltenden von einem vorgeschalteten, billigeren, schnelleren, gleichfalls rechtlich gebundenen Verfahren übernommen werden? Diese Frage stellt sich nicht in gleicher Weise für die Zivilgerichtsbarkeit mit ihrem Erstzugriff auf ein Rechtsproblem, deren verlässlicher und zeitnaher Output einen zentralen Faktor geordneter Privatrechtsverhältnisse darstellt.¹³⁹

aa) Absicherung der Rechtsbindung der Verwaltung

Hauptfunktion der Gerichte in diesem Arrangement ist die Absicherung der Rechtsbindung der Verwaltung. Für Letztere sind im Ausgangspunkt rechtliche Maßstäbe nur ein Faktor unter vielen.¹⁴⁰ Vor allem soll sie die ihr übertragenen Aufgaben effektiv erledigen. Verwaltung ist aufgabenorientiert, selbsttätig, politisch programmiert und auf Gleichmäßigkeit und Stetigkeit bedacht.¹⁴¹ Damit die rechtlichen Bindungen nicht einfach in den Hintergrund treten, ist dem Verwaltungsverfahren ein anders strukturiertes Verfahren nachgelagert. Der mächtige, durch das Recht geschaffene Komplex der Verwaltung soll bei aller Aufga-

¹³⁵ Zur strukturierenden Wirkung und Bedeutung des Verwaltungsverfahrens → Bd. II *Schmidt-Aßmann/Kaufhold* § 27 Rn. 63 ff.; *Quebeck*, Dienende Funktion (Fn. 108), S. 173 ff.

¹³⁶ Gut 2300 Richterinnen und Richtern im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit und weiteren ungefähr 2600 Richterinnen und Richtern im Bereich der Sozial-, Finanz- und Truppendienstgerichtsbarkeit stehen mehr als 4,5 Millionen im öffentlichen Dienst beschäftigte Personen gegenüber, s. www.bmi.bund.de/DE/themen/oeffentlicher-dienst/zahlen-daten-fakten/zahlen-daten-fakten-node.html.

¹³⁷ Siehe etwa *Nolte*, Eigenart (Fn. 2), S. 72: „Idealerweise zielt sämtliches Verwaltungshandeln darauf, ohne Anrufung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auszukommen und nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens für sich zu stehen“.

¹³⁸ Die Verfahrenseingänge an allen deutschen Verwaltungsgerichten lagen im Jahr 2019 bei circa 170.000 Hauptsacheverfahren und 68.000 Eilverfahren, davon 82.000 bzw. 32.000 bei den Asylkammern, s. Statistisches Bundesamt, Destatis Fachserie 10 Reihe 2.4, 2019, S. 15 bzw. 42.

¹³⁹ Überblickartig *Bernhard Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 2020, S. 19 ff.; *Cerhard Wagner*, Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess, JZ 1998, S. 836 (837 ff.); *Simeon Djankov u. a.*, Courts, Quarterly Journal of Economics 2003, S. 453; s. a. *Dimitri Lorenzani/Federico Lucidi*, The Economic Impact of Civil Justice Reforms, 2014, verfügbar unter https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2014/pdf/ecp530_en.pdf.

¹⁴⁰ Siehe etwa → Bd. I *Vosskuhle* § 1 Rn. 20, Fn. 107, *Augsberg* § 8 Rn. 1 ff., *Hoffmann-Riem/Pilniok* § 12 Rn. 30 ff., 108 ff.; *Wolfgang Seibel*, Verwaltung verstehen, 2016, S. 78 ff. Freilich wirken diese anderen Entscheidungsfaktoren auf das Recht zurück, vgl. *Horst Dreier*, Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, DV, Bd. 25 (1992), S. 137 (149 ff.).

¹⁴¹ → Bd. I *Baer* § 13 Rn. 32 ff. Zu den Erwartungen an die Verwaltung knapp *Seibel*, Verwaltung verstehen (Fn. 140), S. 18 ff.

ben- und Effizienzorientierung nur so handeln, wie es rechtlichen – und damit demokratisch verantworteten – Maßgaben entspricht. Das sicherzustellen kann nicht allein der Verwaltung überlassen bleiben. Zu beherrschend sind die anderen Einflussfaktoren, unter denen sie steht. Eben deshalb ist es sinnvoll, dass die Ergebnisse ihrer Verfahren vor einer bewusst aus dem allgemeinen Staatsbetrieb und seinen Gesetzmäßigkeiten herausgezogenen unabhängigen Instanz in einem gegen äußere Einflüsse abgeschirmten Verfahren auf die Probe gestellt werden können. Von allen denkbaren Belangen und Stimmen, die die Verwaltung antizipieren muss und darf, zählen nun nur noch diejenigen der Prozessbeteiligten, die sie in den Prozess einbringen und dadurch mitgestalten und -formen können. Von allen involvierten Interessen zählen nur noch die, die ihren Niederschlag in den entscheidungserheblichen Normen finden.

26 Diese Rückführung eines mit umfassender Zuständigkeit und tatsächlicher und rechtlicher Macht ausgestatteten, durch das Recht geschaffenen Akteurs auf das Recht ist eine Prozessfunktion, die spezifisch für den Verwaltungsprozess ist.¹⁴² Ein Zivilprozess wird in aller Regel nicht um die Frage der Rechtmäßigkeit des Handelns der Betroffenen als solche geführt werden. Dies zum einen deshalb nicht, weil der Prozessgegner normalerweise und vor allem strukturell nicht einseitig und einschneidend rechtliche und tatsächliche Positionen der anderen Seite gestalten konnte. Zum anderen deshalb, weil private Akteure nicht mit dem Anspruch auftreten, die Allgemeinheit zu repräsentieren, und es daher nicht darauf ankommt, ob das Mandat, das sie behaupten, tatsächlich rechtlich gedeckt ist. Auch im Strafprozess wird nicht über das Handeln der Staatsanwaltschaft gestritten, sondern eine Privatperson für ihr Verhalten zur Rechenschaft gezogen. Deren Handeln ist nicht durch Recht konstituiert und muss nicht auf den Maßstab des Rechts zurückgeführt werden.

27 Wesentliches Element dieser Rückführung auf rechtliche Maßstäbe ist der hermeneutische Arbeits- und Begründungsmodus der Gerichte.¹⁴³ Der auslegende, vergangenheitsgerichtete Modus wirft die Gerichte und damit mittelbar auch die von ihnen kontrollierte Verwaltung in einen Komplex von Pfadabhängigkeiten, die das Potential haben, die Verwaltungstätigkeit einerseits zu hemmen, sie andererseits aber auch einer willfähigen Instrumentalisierung ohne entsprechende gesetzliche Unterfütterung zu entziehen. Wenigstens gleichbedeutend ist jedoch die durch die hermeneutische Anstrengung klarer artikulierende, offengelegte und entwickelte Bedeutung der rechtlichen Normen, also derjenigen Inhalte, auf die man sich im politischen Prozess verpflichtet hat. Denn oft sind Zielsetzungen und Selbstverpflichtungen im politischen Prozess nur punktuell und unvollständig artikuliert. So sind weitere konkretisierende Verfahren und Sachverhalte erforderlich, an denen sich erst zeigt, was man eigentlich entschieden hat.¹⁴⁴

¹⁴² Ebenso Nolte, *Eigenart* (Fn. 2), S. 51 ff.

¹⁴³ Siehe Ralf Poscher, *Rechtsdogmatik als hermeneutische Disziplin*, in: FS Schlink, 2014, S. 203 ff.; ders., *Geteilte Missverständnisse*, in: FS Wahl, 2011, S. 527 (533–536); s. dazu auch → Rn. 55 f.

¹⁴⁴ Zum – den Normalfall darstellenden – Phänomen nicht ausdefinierter Intentionen Cass R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, *Harvard Law Review*, Bd. 108 (1994), S. 1733 (1739 ff., 1746 ff.); Poscher, *Rechtsdogmatik* (Fn. 143), S. 207 f.; zum Wert des Ausdeutens im gerichtlichen Streit s. a. ders., *Wozu Juristen streiten*, *JZ* 2013, S. 1 (6–9).

Teil dieses Aus- und Zuendedeutens demokratischer Entscheidungen ist die damit verbundene Artikulationsmöglichkeit der Verfahrensbeteiligten. Im Verwaltungsverfahren – mehr aber noch im Verwaltungsprozess – erhalten die Bürger eine Stimme und können sie sich sowohl mit ihren tatsächlichen Anliegen als auch mit ihren rechtlichen Auffassungen einbringen.¹⁴⁵ Ihre Anliegen geben damit den zunächst abstrakten Festlegungen des politischen Prozesses einen konkreten Gehalt und können auch die rechtlichen Maßstäbe mitformen. Die besondere Artikulations- und Teilhabefunktion gerichtlicher Verfahren wird nicht zuletzt an den Tatbeständen verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen deutlich, die gegenüber zivilgerichtlichen Entscheidungen im Allgemeinen länger und weniger konzentriert sind. Auch hieran zeigt sich, dass die Funktion verwaltungsgerichtlicher Verfahren weniger in der Sachentscheidung und tatsächlichen Verwirklichung bestimmter rechtlich zugeordneter Interessen als im tatsächlichen Aufführen des Streits,¹⁴⁶ in der Justizgewährung selbst liegt.

bb) Regelung der Verfahrenskonkurrenzen und Schnittstellen

Die besondere Aufgabe, die aus der Parallelität und Wirkungsähnlichkeit des Verwaltungs- und des Gerichtsverfahrens erwächst, ist die adäquate Regelung der Verfahrens- und Verfahrensrechtskonkurrenzen und -schnittstellen. Diese Frage stellt sich nicht nur – wie im Zivilprozess – in Bezug auf mehrere Verfahren derselben Verfahrensart. Stattdessen müssen zwei unterschiedliche Verfahrensarten hinsichtlich ihrer Aufgaben, Funktionen und gegenseitigen Vorrangbeziehungen aufeinander abgestimmt werden. Damit ist die Frage nach dem Funktionszusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsrechtsschutz aufgeworfen, der die Verwaltungs(prozess)rechtslehre nachhaltig beschäftigt hat.¹⁴⁷

Eine konkrete Vorfrage, die in diesem Kontext zumeist außen vor bleibt, ist diejenige der Regelungshoheit über die Schnittstellen beider Verfahren. Welche Rechtsmaterie – das Verwaltungsverfahrens- oder das Verwaltungsprozessrecht – verfügt über und gestaltet zentrale, beiden Verfahrensarten eigene Begrifflichkeiten wie den „Verwaltungsakt“,¹⁴⁸ die „Erledigung“¹⁴⁹ oder den „maßgeblichen Zeitpunkt“¹⁵⁰ und wie weit reicht diese Bestimmungswirkung für die jeweils andere Materie? Unterliegt das rechtliche Etwas, das in den meisten

¹⁴⁵ Zu diesem Aspekt ausführlich Markovits, *Adversary Advocacy* (Fn. 125), S. 1380–1395.

¹⁴⁶ Luhmann, *Legitimation* (Fn. 127), S. 129: „Beteiligung am Zeremoniell des Verfahrens“.

¹⁴⁷ Erstmals in aller Deutlichkeit wohl Winfried Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, *VVDStRL*, Bd. 30 (1972), S. 245 (279); grundlegend Jürgen Schwarze, *Der funktionale Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz*, 1974; s. a. Rupert Scholz und Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL*, Bd. 34 (1975), S. 145 (160 f. und öfter) bzw. S. 221 (237 f.); Wahl, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, *VVDStRL*, Bd. 41 (1983), S. 151 (169 f.); Andreas Voßkuhle, *Das Kompensationsprinzip*, 1999, S. 44 f.

¹⁴⁸ Siehe dazu Benjamin Rustenberg, *Der funktional-akzessorische Verwaltungsaktsbegriff der VwGO*, *ZJS* 2012, S. 449; zur ersten Definition des Verwaltungsakts im positiven Recht a. § 25 Abs. 1 Satz 1 VO 165 (brit. Besatzungszone); für die Selbständigkeit des prozessualen Verwaltungsaktsbegriffs s. a. *BVerwGE* 41, 305 (306).

¹⁴⁹ Philipp Reimer, *Die Erledigung des Verwaltungsakts*, *DV*, Bd. 48 (2015), S. 259 (insbes. 262 ff.).

¹⁵⁰ Siehe dazu etwa Peter Köhle, in: Martin Redeker/Hans-Joachim v. Oertzen (Hrsg.), *VwGO*, § 108 Rn. 16–27 m. w. N.

Hinsichten wie ein Verwaltungsakt wirkt, aber durch das Polizeirecht als Nichtverwaltungsakt definiert ist, der Aufhebungsbefugnis nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO? Und steht es der fortgesetzten Anknüpfung verwaltungsverfahrensrechtlicher Rechtsfolgen entgegen, wenn ein Verwaltungsakt gerichtlich kassiert wurde, kann also das Verwaltungsverfahrensrecht die gerichtliche Entscheidung ignorieren? Im Ergebnis muss hier gelten, dass beide Rechtsbereiche das Ausmaß ihrer jeweiligen Unterordnung unter die Setzungen des jeweils anderen selbst bestimmen müssen, dabei aber einander nicht obstruieren sollten oder gar – im Fall einer Kompetenzspaltung – dürfen.¹⁵¹ Das Verwaltungsprozessrecht hat damit einen eigenen Fokus von Schnittstellenfragen und Zuordnungsproblemen im Verhältnis zum Verwaltungsverfahrensrecht, der ohne einen gründlichen Blick auf die jeweiligen Verfahrenszwecke und -funktionen nicht zu meistern ist.

- 30 Zu den sich hier stellenden Aufgaben des Verwaltungsprozessrechts gehört auch die Statuierung von zeitlichen und systematischen Vorrangregeln. Dem das Nebeneinander der Verfahren ergibt nur Sinn, wenn im Grundsatz die Integrität der jeweiligen Verfahren gewahrt wird und es nicht ohne Weiteres möglich ist, eines der Verfahren auszulassen oder in ein noch laufendes Verfahren hineinzuwirken.¹⁵² Dies setzt einerseits voraus, dass das Verwaltungsprozessrecht den zeitlichen und sachlichen Vorrang des Verwaltungsverfahrens anerkennt.¹⁵³ Der Grundsatz des ex post-Rechtsschutzes, der den Verwaltungsprozess grundlegend vom Zivilprozess unterscheidet, ist damit kein Zufallsprodukt, sondern sichert die administrative Verfahrenintegrität.¹⁵⁴ Andererseits kann das Verwaltungsprozessrecht auch nicht zulassen, dass sein Verfahrensgegenstand einseitig von einem der Prozessbeteiligten, nämlich der Verwaltung, umgestaltet und obsolet gemacht werden kann. Dies lässt sich nur vermeiden, wenn man grundsätzlich anerkennt, dass das Verwaltungsverfahren durch die Begründung eines Prozessverhältnisses nicht unberührt bleibt und dass es jedenfalls Aufgabe des Prozessrechts ist, zu bestimmen, wie weit die verwaltungsverfahrensrechtlichen Befugnisse noch während des Prozesses reichen und wozu sie ermächtigen.¹⁵⁵ Die Befugnis der Verwaltung zur fortgesetzten Befassung mit einer in einem Verwaltungsprozess streitigen Sache und deren Reichweite besteht daher nur nach Maßgabe und im Rahmen des Prozessrechts, etwa im Fall der Verböserungsbefugnis und Ermessensergänzung.¹⁵⁶ Die gegenteilige, herrschende Auffassung¹⁵⁷ behandelt beide Verfahren und Verfahrensrechte als

¹⁵¹ Zur Herleitung dieser Anforderungen Buchheim, *Actio* (Fn. 95), S. 125–130.

¹⁵² Siehe dazu → Rn. 109 ff.

¹⁵³ Das faktische Übergewicht des Verwaltungsverfahrens gegenüber dem Verwaltungsprozess für die tatsächliche Erledigung rechtlicher Anliegen ist in der Diskussion zu Funktionszusammenhang der beiden Verfahren unbestritten, s. Rainer Wahl, *Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht*, DVBl 2003, S. 1285 (1286).

¹⁵⁴ Siehe ebenso die Zulässigkeitslehren des französischen Rechts nach Art. R. 421-1 Code de Justice Administrative; Johannes Buchheim, *Das Vorrecht des Ersten Zugriffs auf das Verwaltungsrechtsverhältnis*, DV, Bd. 49 (2016), S. 55 (58–61) m. w. N.; für das Erfordernis von „final agency action“ s. 5 US Code § 704; dazu Dalton v. Specter, 511 U.S. 462 (1994), S. 468–471.

¹⁵⁵ Siehe dazu → Rn. 200 ff.

¹⁵⁶ Dazu Buchheim, *Actio* (Fn. 95), S. 152–154 (für § 114 Satz 2 VwGO), 162–164 (für die reformatio in peius).

¹⁵⁷ BVerwGE 14, 175 (178 f.); BVerwG, Urt. v. 27.2.1976, IV C 24.74, Rn. 10; BVerwGE 51, 310 (313 f.). Repräsentativ für die Rechtswissenschaft etwa Funke, *Perspektiven* (Fn. 95), S. 369; ders., *Falldenken*

letztlich unverbunden und verweigert sich damit dem aus ihrem Nebeneinander folgenden Koordinationsproblem.

cc) Ausgestaltung und Absicherung der gerichtlichen (Letzt-) Entscheidungskompetenz

Weitere Kernaufgaben, die aus dem Nebeneinander der Verfahren erwachsen, sind 31
Zuschnitt, Zuweisung und Durchsetzung von Entscheidungskompetenzen der Gerichte. Diese sind durch das Prozessrecht zu bestimmen, weil sie die Entscheidungsmaßstäbe der Gerichte betreffen, konturieren reflexhaft aber auch die Befugnisse der Verwaltung. Aus diesem Grund müssen sie, soll das Zusammenspiel beider Akteure sinnvoll sein, mit den für die Verwaltung geltenden Maßstäben abgestimmt sein. Gleichzeitig ist denkbar, dass bestimmte Fragen verwaltungsverfahrensrechtlich überhaupt nicht geregelt sind, etwa der Erstzugriff der Verwaltung, sondern die Konturen der Kompetenzfülle der Verwaltung sich erst aus dem Prozessrecht und dem institutionellen Arrangement ergeben. Eine solche aus dem Zusammenspiel von Erstentscheidung, Kontrolleur und Kontrolliertem erwachsene Kompetenz ist beispielsweise die von den Verwaltungsgerichten und Bundesverfassungsgericht anerkannte Möglichkeit der verbindlichen Entscheidung wissenschaftlich unaufklärbarer Tatsachenfragen durch die Verwaltung.¹⁵⁸ Zentral für unser Anliegen ist, dass sich dieses Ergebnis erst bei einer Zusammenschau des durch das materielle Verwaltungsrecht, das Verwaltungsverfahrens- und das Verwaltungsprozessrecht aufgespannten Institutionengefüges, also nur bei einer aktionenrechtlichen Sicht ergibt, die das Verwaltungsprozessrecht nicht als ein bloßes Spiegel- und Vollzugsrechtsgebiet begreift.

Dasselbe gilt für alle verwaltungsrechtlichen Spielraumlehren, die traditionell 32
bei unklarer Zuordnung als Schnittstelle von materiellem Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht diskutiert werden.¹⁵⁹ Es ist müßig zu fragen, ob beispielsweise die Ermessensfehlerlehre verwaltungsverfahrens- oder verwaltungsprozessrechtlichen Ursprungs ist. Sie ist jedenfalls positivrechtlich doppelt kodifiziert, § 114 S. 1 VwGO, § 40 VwVfG, und weist in ihrem gedanklichen Ausgangspunkt eine unaufhebbare Zweiseitigkeit auf, weil sie immer zugleich die Aufgabenstellung und Befugnisse der Verwaltung im Zeitpunkt der Ermessensentscheidung und die Kontrollbefugnis der Gerichte bei Einhegung der Verwaltung in den Blick genommen hat. Wir können uns dogmatisch und theoretisch bemühen, diese verschiedenen Aspekte begrifflich zu differenzieren,¹⁶⁰ ohne dass dies an der normativen Gemengelage etwas än-

(Fn. 67), S. 16–20; Wolf-Rüdiger Schenke, *Neuestes zur Konkurrentenklage*, NVwZ 2011, S. 321; ders., *Nachziehen von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, DVBl 2014, S. 285; Peter Baumeister, *Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts*, 2006.

¹⁵⁸ Siehe dazu → Rn. 138; BVerfGE 149, 407 (414 f., Rn. 21 f.) – Rotmilan (2018); dazu Michael Eichberger, *Gerichtliche Kontrollrechte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis*, NVwZ 2019, S. 1560 ff.

¹⁵⁹ Siehe → Rn. 115 ff.; zu dieser Einschätzung auch Funke, *Falldenken* (Fn. 67), S. 62, 70; repräsentativ etwa die Kommentierung von Kai-Uwe Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, § 114 Rn. 10–225.

¹⁶⁰ So das Anliegen bei Funke, *Falldenken* (Fn. 67), S. 63 ff., 71 ff.; allgemeiner bereits ders., *Perspektiven* (Fn. 95), S. 373–375.

dem würde. Dass die im Rechtsvergleich verhältnismäßig breit gefächerten und fein ziselierten Spielraumlehren des deutschen Verwaltungsrechts¹⁶¹ stark aus der Kontrollperspektive heraus gedacht und entwickelt werden, zeigt sich zum einen an deren starker Prägung durch die verwaltungsgerichtliche und bundesverfassungsgerichtliche Judikatur, die das Problem weiterhin als Problem der Rechtsschutzgarantie verhandeln.¹⁶² Es zeigt sich zum anderen daran, dass die Rede von den oft vernachlässigten Funktionsgrenzen von Rechtsprechung in dieser Diskussion sehr präsent ist.¹⁶³ Dies macht die Spielraumfrage zu einem der wenigen Kristallisationspunkte für gewaltenteilige und auf die Balance des Institutionengefüges blickende Debatten im Verwaltungsrecht, was sicherlich für deren kaum mehr zu überblickende Verästelungen mitverantwortlich ist.

- 33 Neben der Spielraumfrage beschert das Nebeneinander gerichtlicher und administrativer Befugnisse dem Verwaltungsprozess die spezifische Aufgabe der verwaltungsgerichtlichen Vorrangssicherung. Im Konfliktfall muss das Verwaltungsprozessrecht gerichtlichen Verfahren, Festlegungen und Ergebnissen gegenüber der Verwaltung zur Durchsetzung verhelfen können. Diese Aufgabenstellung dürfte dem Verwaltungsprozessrecht teilweise bereits durch Art. 19 Abs. 4 GG vorgegeben sein und unterscheidet den Verwaltungsprozess von Prozessordnungen, in denen den Gerichten kein anderer mächtiger und mit weit überlegenen Mitteln ausgestatteter hoheitlich handelnder Akteur gegenübersteht.¹⁶⁴ Eine durchsetzungskräftige Verwaltungsgerichtsbarkeit ist aber nicht allein Privatanliegen in Gestalt des jeweils durchzusetzenden subjektiven Rechts, sondern eine Systemfrage. Das kann es unter Umständen auch rechtfertigen, um der Sicherung des Vorrangs Willen rechtliche Möglichkeiten und Positionen einzuräumen, die unter allein individualrechtlichen Gesichtspunkten schwer zu begründen wären.¹⁶⁵ Obwohl Ähnlichkeiten zur Kontrollfunktion, also zur Absicherung der Rechtsbindung der Verwaltung, bestehen, handelt es sich bei der Vorrangssicherung um einen eigenen Aspekt. Bezugspunkt sind dort nicht die allgemeinen Rechtsmaßstäbe, sondern – wie beim einstweiligen Rechtsschutz¹⁶⁶ – vergangene oder künftige Gerichtsentscheidungen. Dieses Element unter-

¹⁶¹ Siehe die Einschätzung bei Jürgen Schwarze, Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, S. 241 (249); Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 113 Rn. 32 m. w. N.; a. etwa EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-84/12, Rn. 60 ff.; Rs. C-544/15, Rn. 37–46.

¹⁶² Siehe etwa grundlegend BVerfGE 129, 1 (Ls. 3, 20 ff.); BVerwG NVwZ-RR 2018, S. 529 (Tz. 11); zu einer Verteidigung dieses Standpunkts Ralf Poscher, Geteilte Missverständnisse: Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: FS Wahl, 2011, S. 527 (536 ff.).

¹⁶³ Siehe dazu etwa Poscher, Missverständnisse (Fn. 162), S. 548–551; kritisch zur Figur der Funktionsgrenzen Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 168.

¹⁶⁴ Zum Zusammenhang des verpflichtenden Erstzugriffs und verwaltungsgerichtlichen Effektivitätsanspruchs schon von Sarwey, Verwaltungsrechtspflege (Fn. 11), S. 73.

¹⁶⁵ Siehe zu einem solchen Fall VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 13.7.2018, 8 L 1315/18. Darin ordnete das Gericht zunächst zur Sicherung des noch laufenden Verfahrens über das Bestehen eines Abschiebungshindernisses eine Rückholung eines anordnungswidrig abgeschobenen Ausreisepflichtigen an. Nachdem das Verfahren über das Bestehen eines Abschiebungshindernisses abgeschlossen worden war, änderte das VG die Rückholungsanordnung ab und hob sie auf (VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 19.12.2018, 8 L 2184/18), wobei es auf den *dolo agit*-Einwand verwies. In der Sache ging es hier also um eine Reaktion auf den Gerichtsungehorsam, deren Grund mit dem Wegfall des zu sichernden Verfahrens wegfiel.

¹⁶⁶ Siehe dazu → Rn. 200 ff.; für den Zivilprozess Ingo Drescher, in: Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), MüKo ZPO, Vor § 916 Rn. 4 f. m. w. N.

scheidet den Verwaltungsprozess auch vom Verfassungsprozess. Letzterer muss darauf vertrauen, dass seine Ergebnisse einen ausreichenden primär politisch wirkenden Befolgungsdruck entfalten.¹⁶⁷ Dagegen ist die rechtliche Entscheidungsabsicherung eine eigene Funktion des Verwaltungsprozessrechts.¹⁶⁸ Die Möglichkeiten und Gelegenheiten für Vermeidungsstrategien bis hin zum Entscheidungsungehorsam der Verwaltung sind zu vielfältig und zu politisch niederschwellig. Ein Verwaltungsprozessrecht ohne Instrumente der Entscheidungsabsicherung wäre daher unvollständig, auch wenn man die Verwaltung als insgesamt rechtstreuen Akteur unterstellt.¹⁶⁹

dd) Gewichtverschiebungen der Prozessfunktionen

Diese besonderen Funktionen des Verwaltungsprozesses und die daraus folgenden Aufgaben des Verwaltungsprozessrechts verdrängen die allgemeinen Prozessaufgaben nicht vollständig, aber verschieben deren Bedeutung. Die Aufgabe der Rechtsfeststellung und -verwirklichung obliegt in Verwaltungssachen zumeist nicht den Gerichten, sondern der Verwaltung.¹⁷⁰ Gleiches gilt für die Herstellung von Rechtsfrieden und berechenbaren und verlässlicher Zuständen, auf Grundlage derer Dispositionen möglich sind. Geht man davon aus, dass mit der Rechtsdurchsetzung und der Sicherstellung verlässlicher Handlungsgrundlagen im Verwaltungsrecht die beiden Hauptkandidaten zivilprozessualer Prozessfunktionslehren¹⁷¹ in den Hintergrund treten, erhalten andere Funktionen zwangsläufig mehr Gewicht. Dazu gehören in erster Linie die – im Rahmen der gerichtlichen Verwaltungskontrolle geleistete – Artikulations- und Teilhabefunktion für die Beteiligten und die damit korrespondierende Reflexionsfunktion für die Allgemeinheit.¹⁷² Beide funktionieren gerade über die besonderen Formen und Förmlichkeiten¹⁷³ gerichtlicher Verfahren, deren Öffentlichkeit, § 101 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 169 GVG,¹⁷⁴ das formalisierte und umfassende Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, sowie die förmliche, vom Gericht selbst zu verantwortende¹⁷⁵ Beweiserhebung, §§ 86, 96 ff. VwGO i. V. m. §§ 358 ff., 450 ff. ZPO. Diese Gewichtverschiebung legt es nahe, dort, wo sich das Verwaltungsprozessrecht für eine Verhandlung von besonders stark die Allgemeinheit berührenden Fragen öffnet,

¹⁶⁷ Zur Vollstreckung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bis heute grundlegend Roman Herzog, Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat, Bd. 4 (1965), S. 37 (41–49).

¹⁶⁸ Siehe auch Nolte, Eigenart (Fn. 2), S. 50 f., Gärditz, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 218 f.; wern auch jeweils zurecht die Bedeutung relativierend, s. dazu → Rn. 210.

¹⁶⁹ Siehe dazu → Rn. 203.

¹⁷⁰ Ebenso Nolte, Eigenart (Fn. 2), S. 72.

¹⁷¹ Statt aller Hans-Joachim Musielak, in: dens./Wolfgang Voit (Hrsg.), ZPO, 17. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 5 m. w. N.; Thomas Rauscher, in: ders./Wolfgang Krüger (Hrsg.), MüKo ZPO, Einleitung, Rn. 8 ff.

¹⁷² Ähnlich auch Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 117a: Verwaltungsprozesse als „Foren der Gemeinwohlkonkretisierung“.

¹⁷³ Zur Form gerichtlicher Verfahren und ihrer Bedeutung → Rn. 45 ff.

¹⁷⁴ In der Praxis ergingen im Jahr 2019 nur knapp ein Viertel verfahrenserledigender Entscheidungen (ohne Asylkammern) als Urteile, s. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 138), S. 18, sodass das – verzichtbare, vgl. § 101 Abs. 2 VwGO – Mündlichkeitsprinzip nur für eine Minderheit der Verfahren überhaupt Anwendung fand.

¹⁷⁵ Siehe zu Umfang und Bedeutung der gerichtlichen Amtsermittlung nach § 86 VwGO → Rn. 132 ff.

etwa im Rahmen der atypischen Feststellungsklage gegen generelle Rechtsnormen, Verbandsklage oder in strategischen Verwaltungsprozessen, die Förmlichkeit jedenfalls nicht zurückzubauen.¹⁷⁶ Denn in diesen Verfahren geht es noch weniger als sonst im Verwaltungsprozess nur um die effektive und zügige Rechtsdurchsetzung, sondern um das öffentliche Aufführen des Streits, einschließlich einer gerichtlich zu verantwortenden Aufklärung streitiger Tatsachenfragen.¹⁷⁷ Damit tritt im Verwaltungsrecht die Ordnungs-, Orientierungs- und Durchsetzungsfunktion gerichtlicher Verfahren gegenüber der Artikulations-, Verunsicherungs- und Problematisierungsfunktion zurück. Verwaltungsgerichte sind nach der Grundanlage des Prozessrechts ein Ort, an dem sich Einzelne auch um den Preis der Irritation, des Zeit- und Reibungsverlusts¹⁷⁸ mit ihren dem Verwaltungshandeln betreffenden Anliegen und Rechten artikulieren können.¹⁷⁹

c) Verwaltungsrecht aus aktionenrechtlicher Sicht

- 35 Vor diesem Hintergrund muss das Verhältnis zwischen materiellem Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahrens- und Prozessrecht anders konzipiert werden als im auf Bernhard Windscheid zurückgehenden und von der Zivilistik der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts inspirierten „Anspruchsmodell“. Das Prozessrecht ist wie jedes Verfahrensrecht formell selbständig zu denken und im Ausgangspunkt von materiellen Festlegungen oder anderen Verfahrensrechten unabhängig.¹⁸¹ Andere Verfahrensrechte und das materielle Recht wirken nur in den Verwaltungsprozess hinein, und soweit das Verwaltungsprozessrecht sich für deren Festlegungen und Maßstäbe öffnet. Diese theoretische Festlegung ist wichtig, weil sie der vermeintlichen Akzessorietät des Prozessrechts zum materiellen Recht¹⁸² den Anschein theoretischer Zwangsläufigkeit nimmt. Auf dieser Grundlage stellt sich die Frage, inwieweit andere Rechtsmaßstäbe insbesondere diejenigen des Verwaltungsverfahrensrechts und des materiellen Verwaltungsrechts, im positiven Verwaltungsprozessrecht inhaltsgleich aufgegriffen werden und an welchen Stellen und inwieweit das Verwaltungsprozessrecht eigene Festlegungen trifft. Soweit dies geschieht, besteht neben der formellen auch eine inhaltliche Selbständigkeit des Verwaltungsprozessrechts. Dennoch hat das Verwaltungsprozessrecht in großem Umfang Verweischarakter. Die Ausdifferenzierung rechtlicher Verfahren und Materien funktioniert nur, so

¹⁷⁶ Dagegen plädiert Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D49 f., für eine Abkehr vom Untersuchungsgrundsatz bei Verbandsklagen.

¹⁷⁷ In diese Richtung auch Gärditz, *Steuerungspotential* (Fn. 103), S. 216 f.

¹⁷⁸ Ebenso – im Kontext des Asylprozesses und mit subjektivrechtlicher Stoßrichtung – Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D51: „Effektiver Individualrechtsschutz hat seinen Preis“.

¹⁷⁹ Hier ist natürlich im Einzelnen zu differenzieren; die grundsätzliche Streichung einer zweiten Tatsacheninstanz durch § 124 VwGO mit dem 6. VwGO-Änderungsgesetz (BTDrucks 13/3993, S. 11) ist beispielsweise eine sinnvolle Straffung.

¹⁸⁰ Siehe dazu Buchheim, *Actio* (Fn. 95), S. 12–18, 53–57; die Terminologie aufgreifend Funke, *Falddenken* (Fn. 67), insbes. S. 15–23.

¹⁸¹ Buchheim, *Actio* (Fn. 95), S. 125–130; ders., *Aktionenrechtliches Denken* (Fn. 112), S. 581 ff.; ähnlich Hagen, *Elemente* (Fn. 2), S. 32–34; Reimer, *Verfahrenstheorie* (Fn. 112), S. 68 ff.; für den Verwaltungsverfahren Mollers, *Funktionen* (Fn. 105), S. 155 ff., 159 ff.

¹⁸² So emphatisch Funke, *Falddenken* (Fn. 67), S. 16: „Die Klagen folgen strikt den Ansprüchen. Sie sind akzessorisch“.

¹⁸³ Ähnlich Hagen, *Elemente* (Fn. 2), S. 34, der von „materieller Implikation“ spricht; nicht nur bezogen auf das Verwaltungsprozessrecht Reimer, *Verfahrenstheorie* (Fn. 112), S. 69 f.

lange sie aufeinander Bezug nehmen und beispielsweise im Verwaltungsprozess eine fassbare Aussage über ein zuvor abgelaufenes Verwaltungsverfahren getroffen wird. Gleichzeitig verlangt die Ausdifferenzierung aber nach einem Spezifikum und inhaltlichen Mehrwert des Verwaltungsprozesses und seines Rechts gegenüber dem Verwaltungsverfahren und den umzusetzenden materiellen Maßstäben. Ein Mindestmaß inhaltlicher Selbständigkeit wird daher jedem Prozessrecht eigen sein.

Das deutsche Verwaltungsprozessrecht nimmt diese Gestaltungsmöglichkeiten wahr.¹⁸⁴ Das hat zum einen historische Gründe. Zu nennen ist hier besonders die anderthalb Jahrzehnte vor der Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts liegende Kodifikation der VwGO.¹⁸⁵ Zentrale Weichen wie der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichte, das Vorverfahren, die Art und Weise der Ermessenskontrolle, die Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage, die aufschiebende Wirkung und die Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten wurden zunächst aus prozessualer Warte gestellt.¹⁸⁶ Anschließend wurden all diese Fragenkreise anknüpfend an die Prozessrechtsnormen rechtspraktisch und wissenschaftlich aufbereitet.¹⁸⁷ Dem nachfolgenden Verwaltungsverfahrensrecht blieb nichts anderes übrig, als sich diesen Festlegungen anzupassen, sie punktuell zu spiegeln und zu verfeinern.¹⁸⁸ Hinzu kam, dass nach dem Versagen der Justiz im Nationalsozialismus die Implementierung einer starken verwaltungsgerichtlichen Kontrolle und die mit dieser Einhegung einhergehenden Formalisierungen staatlicher Machtentfaltung eigenständiger Programmpunkt frühbundesrepublikanischer Rechtsgestaltung waren.¹⁸⁹ Durch das Verwaltungsprozessrecht und den Ausbau verwaltungsgerichtlicher Kontrolle sollten die Maßstäbe des Verwaltungshandelns ergänzt, verrechtlicht und dieses Handeln einem willkürlichen Zugriff der Staatsgewalt entzogen werden. Erst war das Kontrollanliegen, dann kamen die Maßstäbe.

Die mächtige Stellung der Verwaltung war daher vor dem Hintergrund der Rechtsschutzgarantie und der Erfahrungen mit einer rechtlosen Verwaltung durch ein wirkungsvolles und durchsetzungskräftiges Verwaltungsprozessrecht zu kompensieren. Dazu genügte es letztlich, das Instrument des Verwaltungsakts in den Griff zu bekommen.¹⁹⁰ §§ 42 und 113 VwGO mussten und durften

¹⁸⁴ Zur im Vergleich zu den meisten Gesetzesentwürfen anspruchsvollen Diskussion der Kompetenzfrage, die sinnlos gewesen wäre, wenn das Prozessrecht nur die prozessuale Hülle materieller Regelungen bereitstellte, BTDrucks 3/55, S. 24 f.

¹⁸⁵ VwGO: 1960; (L)VwVfG: 1976.

¹⁸⁶ Siehe etwa BTDrucks 3/55, S. 32, 34 (zur Ermessenskontrolle und Kontrollfunktion), 39 (zur aufschiebenden Wirkung), 43 (zum Urteilstenor der Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen), 44 (zur einstweiligen Anordnung). Jeweils wird der Wille offensichtlich, hier echte Gestaltungsentscheidungen zu treffen.

¹⁸⁷ Siehe etwa zum *dolo agit* Einwand im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der später mit § 46 VwVfG nachvollzogen wurde, August Bettermann, *Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehlern*, in: FS Ipsen, 1977, S. 271 (288, 295 f.).

¹⁸⁸ Siehe für das Beispiel des § 46 VwVfG erneut Bettermann, *Anfechtung* (Fn. 187), S. 288, 295 f.; für die Orientierung des VwVfG an den bis dahin nur prozessual geregelten Ermessens(kontroll)lehren BTDrucks 7/910, S. 60 f.; bei der Beteiligungsfähigkeit ebd., S. 42; bei der Korrektur offensichtlicher Unrichtigkeiten ebd., S. 62.

¹⁸⁹ Siehe dazu → Rn. 7 f.

¹⁹⁰ Siehe dazu näher → Rn. 198; zur vom Gesetzgeber angenommenen fortgesetzten Dominanz der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage BTDrucks 3/55, S. 31 f.

selbständig regeln, unter welchen Voraussetzungen ein Bescheid gerichtlich aufzuheben ist.¹⁹¹ Eine verwaltungsverfahrensrechtliche Entscheidung war – anders als bei der Frage der Vollzugsfolgenbeseitigung – bei Erlass der Verwaltungsgerichtsordnung nicht Thema und fehlt bis heute im geschriebenen Recht.¹⁹² Die Standardfolge rechtsverletzenden Staatshandelns unterliegt damit einem prozessualen Regelungszugriff. Hierin unterscheidet sich die deutsche Rechtslage nicht vom französischen Verwaltungsrecht und davon inspirierten Unionsrecht, die die Rechtswidrigkeitsfolgen jeweils über die Nichtigkeitsklage bzw. den *recours pour excès de pouvoir* – also im Wege des Prozessrechts – normieren.¹⁹³ Ein solcher (teil-)selbständiger prozessualer Zugriff findet sich auch bei der Feststellungsklage, bei der Frage der Verböserung und Ermessensergänzung, bei der Anfechtung von Nebenbestimmungen oder im Kontext des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits.¹⁹⁴ Jeweils fehlt eine verwaltungsverfahrensrechtliche Festlegung, sodass einzig sinnvoller normativer Anknüpfungspunkt die jeweilige Prozessrechtsnorm sein muss. Dies schließt es nicht aus, verfahrensrechtlichen Festlegungen im Rahmen der Prozessrechtsnorm Raum zu geben. Wichtig ist allein, diese Konstellationen als Koordinationsprobleme zwischen verschiedenen Verfahrensrechten zu begreifen, bei denen nicht eine Seite bereits alles Wesentliche entschieden hat und die andere Seite dem Ergebnis lediglich ihren prozessualen Stempel¹⁹⁵ aufdrückt. Das ist auch von Bedeutung für das Verständnis der grundgesetzlichen Kompetenzordnung, der man kein geschlossenes Modell des Zusammenspiels prozessualer und verwaltungsverfahrensrechtlicher Regelungsgewalt unterschreiben darf.¹⁹⁶ Vielmehr wird man bei Auslegung und Anwendung vom Prozessrechtsgesetzgeber erlassener Regelungen im Einzelnen untersuchen müssen, ob sie sich mit dem Gerichtsverfahren und seinen traditionell anerkannten Funktionen und Zwecken rechtfertigen lassen und damit innerhalb der Regelungsgewalt des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG bewegen oder ob sie

¹⁹¹ BTDrucks 3/55, S. 32: „Dieser Zusatz ist bei den Vorschriften über den Urteilsinhalt geboten, weil diese Vorschriften des materiellen Verwaltungsrechts nach der Aufhebung der Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder sonst in keinem formellen Gesetz des allgemeinen Verwaltungsrechts niedergelegt sind“.

¹⁹² Für die Annahme eines ungeschriebenen Aufhebungsanspruchs etwa *Michael Gerhardt*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 113 Rn. 5; *Funk*, Perspektiven (Fn. 95), S. 370 m. w. N.; für eine Verwurzelung in § 48 VwVfG hingegen *Peter Baumeister*, Rücknahmeermessen bei einem anfechtbaren rechtswidrigen Verwaltungsakt?, in: FS Schenke, 2011, S. 601 (605–614); ebenso schon *Wolfgang Rüdiger Schenke*, Rechtsprobleme des Konkurrentenrechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht, NVwZ 1993, S. 718 (722, Fn. 30); *ders.*, Der Anspruch des Verletzten auf Rücknahme des Verwaltungsakts vor Ablauf der Anfechtungsfrist, in: FS Maurer, 2001, S. 723 (729–735); *ders.*, Nachschieben von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DVBl 2014, S. 285 (287); ausführlich zum Problem *Peter Baumeister*, Der Besetzungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006.

¹⁹³ Für das Unionsrecht: Art. 259 ff. (insbes. Art. 263) AEUV; für einen Überblick des französischen Rechtsschutzsystems: *Marsch*, Subjektivierung (Fn. 12), S. 37 ff.

¹⁹⁴ Siehe dazu *Buchheim, Actio* (Fn. 95), S. 192–224 (Anfechtungsklage, Verböserung, Ermessensergänzung); 224–238 (Feststellungsklage, Normenkontrolle, einstweiliger Rechtsschutz), 239 ff. (Rechtsschutzargumente, insbes. beim Konkurrentenstreit).

¹⁹⁵ Zur Ablehnung dieses „rubber stamp view“ auch *Stephen A. Smith*, The Relationship Between Rights and Remedies in Private Law, in: Robert J. Sharpe/Kent Roach (Hrsg.), Taking Remedies Seriously, 2010, S. 33 (43 ff.).

¹⁹⁶ Siehe für den pragmatischen Zugriff des Gesetzgebers trotz erkannter materiellrechtlicher Relevanz insbes. BTDrucks 3/55, S. 24 f., 32.

gegenläufige Festlegungen eines anderen Kompetenzträgers unzulässig obstruieren.¹⁹⁷ Dabei ist hier und auch sonst die Wechselbezüglichkeit des materiellen Verwaltungs-, des Verwaltungsverfahrensrechts und des Verwaltungsprozessrechts zu beachten.¹⁹⁸ Der Blick auf Funktion und Begrenzungen gerichtlicher Verfahren eröffnet damit auch die Formulierung neuer Anforderungen an und Akzentsetzungen für andere Verfahren, etwa das Verwaltungsverfahren, und verhilft damit zu einem umfassenderen Verständnis des Regelungskomplexes „Verwaltungstätigkeit und -kontrolle“ in seiner Gesamtheit.¹⁹⁹

III. Verwaltungsgerichtsbarkeit im System der Gewalten und ihr Verhältnis zu individueller und demokratischer Freiheit

Der vermeintliche Gegensatz zwischen Rechtsschutz- und Steuerungsperpektive²⁰⁰ bildet sich auch in der verfassungstheoretischen und verfassungsrechtlichen Rekonstruktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit ab. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit dient in einer wohl dominanten Sichtweise im deutschen System primär dem Individualrechtsschutz und erst sekundär der Kontrolle der Verwaltung.²⁰¹ Der Verwaltungsrechtsschutz fungiert in dieser Lesart als Instrument der Machtbegrenzung des Staates gegenüber den Rechten des Individuums.²⁰² So verstanden wird der Ausbau von individuellen Klagebefugnissen ein zentrales rechtspolitisches, wenn nicht verfassungsrechtliches Anliegen der Verwaltungsrechtslehre. „Schutzlücken“ müssen gefüllt werden, verwaltungsgerichtliche Zugriffsstandards intensiviert werden, um so der Freiheit des Individuums besser zu ihrem Recht verhelfen zu können.

Eine solche rechtsschutzzentrierte Rekonstruktion leidet freilich an verschiedenen Einwänden. Staatstheoretisch wird man die Verwaltungsgerichtsbarkeit schon deswegen nicht auf die Rolle der Machtbegrenzung des Staates reduzieren können, weil sie ihrerseits eine staatliche Einrichtung ist. Hinter einer Sicht, die allein mit Machtbegrenzung argumentiert, steht die Vorstellung einer vorpolitischen individuellen Freiheit, die vor staatlichem Zugriff zu schützen ist. Dies hat mit der Realität des modernen Staates, in dem Ausbau des Rechtsschutzes und Ausgreifen staatlicher Regulierung in alle Bereiche der Gesellschaft sich parallel und wechselseitig verstärkend entwickelten, nichts zu tun. Eine entsprechende Beobachtung gilt für den Liberalismus, den man im weitesten Sinne als

¹⁹⁷ Ausführlich zur Kompetenzfrage *Buchheim, Actio* (Fn. 95), S. 137–151.

¹⁹⁸ Siehe auch *Noth*, Eigenart (Fn. 2), S. 79 m. w. N.

¹⁹⁹ Zur Notwendigkeit eines aktionenrechtlichen Zugangs bei einer historischen oder rechtsvergleichenden Strukturanalyse am Beispiel der Naturalerfüllung *Thomas Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 6 f.

²⁰⁰ Siehe → Rn. 13; *Ivo Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL, Bd. 67 (2008), S. 226 (237, 242 ff.); ähnlich auch schon *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe, AöR, Bd. 115 (1990), S. 400 (404–409) *Martin Eijfert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL, Bd. 67 (2008), S. 286 (290 f., 295); zurückhaltender → Bd. I *Vollkuhle* § 1 Rn. 22 ff.

²⁰¹ Siehe nur → Vorauf. Bd. III Schoch § 50 Rn. 2; *Gärdtitz*, Gutachten (Fn. 2), D 9 f., 15 ff.; *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vorb § 42 Abs. 2 Rn. 2 f. Die hierige Einschätzung teilt auch *Ulrich Ramsauer*, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NordÖR 2019, S. 157 (157 L.).

²⁰² Ebenso auch BTDrucks 3/55, S. 25.

die politische Patentheorie des Verwaltungsrechtsschutzes verstehen kann.²⁰³ Man sollte auch ihn nicht als staatsfeindliche Theorie lesen, sondern als Konzeption von Herrschaft, die die Staatsgewalt auch mit Mitteln des Rechts zu rationalisieren sucht, ihr aber mit dieser Rationalisierung durchaus auch ein Mehr an Zugriffsmöglichkeiten einräumt.²⁰⁴ Ohne den Aufstieg staatlicher und damit auch administrativer Herrschaft ist die moderne Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht denkbar.

40 Freiheitstheoretisch ist zu beobachten, dass manche Formulierungen zur Rechtfertigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gar keinen Unterschied mehr zwischen dem Handeln eines demokratischen Staats und anderen Staatsformen zu machen scheinen, so als sei das Handeln einer demokratischen Verwaltung, das Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Kontrolle ist, nicht seinerseits Ausdruck politischer Freiheitsbetätigung.²⁰⁵ Dieser Einwand gilt umso mehr, weil die spezifisch verwaltungsrechtliche Fallkonstellation gerade nicht von einem Konzept ursprünglicher individueller Freiheit ausgehen kann: Im Verwaltungsrechtsstreit wendet sich eine Bürgerin unter Berufung auf das demokratische Gesetz oder andere demokratisch gesetzte Normen gegen eine Entscheidung der Verwaltung. In diesem Verfahren steht also keineswegs – wie die viel gebrauchte unglückliche Formulierung lautet – „Bürger gegen Staat“, es geht noch nicht einmal um einen Konflikt zwischen individueller und demokratischer Selbstbestimmung; vielmehr wendet sich in dieser Konstellation ein Einzelner im Namen einer Entscheidung der demokratischen Gemeinschaft gegen eine Entscheidung der gleichfalls demokratisch legitimierten Exekutive. Individuelle und demokratische Selbstbestimmung fallen im Anliegen des Klägers zusammen, der seinen eigenen Rechtskreis durch das Gesetz geschützt sieht. Individuelle und demokratische Selbstbestimmung können aber auch im Anliegen der Verwaltung zusammenfallen, wenn diese sich in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis ein individuelles Anliegen gegenüber einem anderen zueigen macht. Der Verwaltungsrechtsstreit ist damit zuallererst ein Streit um die Bedeutung demokratischen Rechts zwischen einer durch Gesetz ermächtigten Verwaltung und durch Gesetz berechtigten Bürgern. Der Verwaltungsrechtsstreit spielt sich daher gerade nicht zwischen einem vopolitischen Bürger und „dem Staat“ ab. Diese Perspektive wirft auch ein anderes Licht auf die Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Es geht nicht nur darum, die rechtswidrig handelnde Verwaltung zu korrigieren, sondern auch darum, die rechtmäßig handelnde Verwaltung als solche zu markieren, weil dadurch positiv die Wirklichkeit des demokratischen Gesetzes zum Ausdruck kommt.

41 Verfassungsrechtlich findet diese Überlegung zunächst in dem schlichten Umstand ihre Bestätigung, dass Art. 19 Abs. 4 GG das Bestehen eines subjektiven

²⁰³ Dies gilt auch für das französische Modell, das mit dem Conseil d'État maßgeblich von Napoleon Bonaparte eingeführt wurde, dazu Henry Berthélemy, *The „Conseil d'État“ in France*, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Bd. 12 (1930), S. 23 (24f.). Zum ideenpolitischen Kontext seiner Politik Jörn Leonhardt, »1789 fait la ligne de démarcation«. Von den napoleonischen idées libérales zum ideologischen Richtungsbegriff libéralisme in Frankreich bis 1850, in: *Jahrbuch der Liberalismus-Forschung*, Bd. 11 (1999), S. 67 (71 ff.).

²⁰⁴ Christoph Möllers, *Freiheitsgrade*, 2020, S. 31 f. (zur Staatsnähe des Liberalismus), 89 f. (zur individuellen Freiheit als Leistung der Gemeinschaft), 217 (zur Reflexionsfunktion von Recht).

²⁰⁵ Deutlich bei → Vorauf. Bd. III Schoch § 50 Rn. 1 ff.

Rechts voraussetzt, dieses also nicht konstituiert.²⁰⁶ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ein verfassungsrechtlich angeordneter institutioneller Schutz demokratisch eingerichteter subjektiver Rechte als Maßstab für die Kontrolle der Verwaltung. Rechtsschutz und Kontrolle fallen in ihr zusammen. Als akzessorische Norm schützt Art. 19 Abs. 4 GG Freiheiten, die durch den staatlichen politischen Prozess der Verfassung- und Gesetzgebung erst konstituiert werden und deswegen nicht einfach in einen Gegensatz zu diesem gestellt werden dürfen. Diese Sicht könnte auf den ersten Blick dadurch praktisch in ihren Folgen beschränkt sein, dass die Ausweitung der allgemeinen Handlungsfreiheit zu einer Denormativierung der grundrechtlichen Schutzbereiche geführt hat, die sich eher durch faktische Betroffenheit als durch einen gesetzlich und verfassungsrechtlichen „Gewährleistungsplan“²⁰⁷ bestimmen lassen.²⁰⁸ Doch bleibt der Durchgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit schon wegen des Anwendungsvorrangs des Gesetzesrechts im Verwaltungsprozess eher die Ausnahme.²⁰⁹ Dies zeigt sich nicht zuletzt an der weiterhin intensiven Auseinandersetzung um Fragen der Klagebefugnis in verschiedensten Gebieten des Verwaltungsrechts.²¹⁰ Solange dem so ist, kann die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht aus einem unreflektierten Begriff individueller Freiheit hergeleitet werden.

Im Modell der grundgesetzlichen Gewaltengliederung des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG stellt sich die Entscheidung zugunsten einer eigenständigen und unabhängigen gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung gleichfalls weniger als eine bloß herrschaftsbegrenzende denn vielmehr als eine herrschaftsgestaltende Entscheidung dar.²¹¹ Indem die Gerichtsbarkeit die Gesetzesbindung der Verwaltung kontrolliert, verfolgt sie nicht nur ein Anliegen der Rechtssuchenden, sondern auch eines des demokratischen Gesetzgebers. Aus der Gewaltengliederung folgt in diesem Zusammenhang vor allem ein Gebot, die Entscheidungslogiken der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt in ihrer Unterschiedlichkeit zu bewahren und Annäherungen kritisch zu beobachten. Dies gilt sowohl für den Wandel des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hin zu einer Art begleitenden Moderation des Verwaltungsverfahrens²¹² als auch für eine zu weitgehende Identifizierung der Entscheidungsmaßstäbe beider Gewalten durch eine Überwucherung verwaltungseigener Vorgaben mittels einer ausgreifenden gerichtlichen Kontrolle. Die exekutive Logik einer nach außen wirkenden Entscheidung und die judikative Logik der nachträglichen Kontrolle

²⁰⁶ Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig, GG*, Art. 19 IV Rn. 119.

²⁰⁷ Ausdruck bei Christian Bumke, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998.

²⁰⁸ Zur Kritik an dieser Entwicklung Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken*, *Der Staat*, Bd. 43 (2003), S. 165; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?*, in: FS Bryde, 2004, S. 53; ders., *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch*, *Der Staat*, Bd. 43 (2004), S. 203. Gegenkritik bei Wolfram Hofling, *Kopernikanische Wende rückwärts? – Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, in: FS Rübner, 2003, S. 329; Wolfgang Kahl, *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt*, *Der Staat*, Bd. 43 (2004), S. 167.

²⁰⁹ Horst Dreier, *Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung*, *DV*, Bd. 36 (2003), S. 105.

²¹⁰ Eingehend → Rn. 172 ff.

²¹¹ Vgl. Hannah Arendt, *On Revolution*, 2006, S. 142 f., sowie Stephen Holmes, *Precommitment and the paradox of democracy*, in: ders., *Passions and Constraints*, 1995, S. 134 (164 ff.).

²¹² Vgl. zu einer solchen Kritik etwa auch Gärditz, *Gutachten* (Fn. 2), D 85 f.; Nolte, *Eigenart* (Fn. 2), S. 86 f.; Rainer Pitsches, *Der Kampf um Art. 19 IV GG: Funktionsgrenzen des „Neuen Steuerungssystems“ in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *ZRP*, Bd. 31 (1998), S. 96 (100).

dieser Entscheidung müssen institutionell unterscheidbar bleiben, um ihre je spezifischen Leistungen erbringen zu können

42a Für die Unterscheidung zwischen Individualrechtsschutz und Kontrolle ergibt sich damit auch theoretisch kein pauschaler struktureller Gegensatz. Auch im deutschen Recht dienen individuelle Klagemöglichkeiten als Instrument der Mobilisierung von Kontrolle.²¹³ Auch hier sind die institutionellen Interessen der Verwaltungsgerichtsbarkeit von den individuellen Anliegen der Beteiligten zu unterscheiden. Vielleicht läge es im Interesse sowohl der Verwaltung als auch der Klagen, eine Entscheidung in der Hauptsache mit der Verfahrensdauer und mit der Begründungsdichte einer Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz zu bekommen, weil eine schnelle Entscheidung für die Beteiligten wichtiger ist als eine eingehend begründete.²¹⁴ Doch kann dem ein objektives Interesse an einer eingehenden und übergreifenden Prüfung der Rechtslage entgegenstehen. Die institutionelle Anlage des Verwaltungsrechtsschutzes ist nicht allein aus den Interessen der Parteien zu erklären.

43 Aus diesem Grund ist die Kritik an der Funktionalisierung des Verwaltungsrechts oder die Klage darüber, dass der Verwaltungsprozess die Einzelnen zu Dienern des Gemeinwohls machen würde,²¹⁵ schon im systematischen Ansatz zu relativieren.²¹⁶ Denn auch ein in funktionaler Sicht eingeräumtes Recht eröffnet Freiheit. Dies ist auch aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannt. Beispielhaft: Es tut der Meinungsfreiheit keinen Abbruch, wenn sie auch deswegen so stark geschützt wird, weil sie dem demokratischen Prozess dient. Solange die Funktion Grund einer Rechtsgewährung ist, wird man gegen die Funktionalisierung nichts einwenden können, zumal niemand sich auf ein solches Recht berufen wird, wenn er sich davon nicht auch einen persönlichen Vorteil verspricht. Zum Problem wird das Argument erst, wenn es als Grenze des Rechts verstanden würde, wenn etwa die Versammlungsfreiheit nur politischen Zwecken dienen dürfte,²¹⁷ oder wenn die dienende Rundfunkfreiheit eine private Rundfunkfreiheit ausschliesse.²¹⁸

44 Für die europäische Ebene ist diese Gefahr nicht unbedingt zu erkennen – oder genauer formuliert: Das Objekt der Gefährdung ist anders zu definieren. Negativ betroffen von einer Funktionalisierung subjektiver Rechte sind nicht die potentiellen Klägerinnen, denen dadurch ein Mehr an Durchsetzung ihrer Freiheit eingeräumt wird, sondern die demokratische Rechtsetzung in den Mitgliedstaaten, die mit einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle konfrontiert werden.

²¹³ Masing, Mobilisierung (Fn. 24), S. 181 ff.

²¹⁴ Vgl. Martin Beckmann, Effektiver Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten? – Zur Rolle der Anwaltschaft im Verwaltungsrechtsstreit, DVBl 2019, S. 1172 (1176); nicht beschränkt auf den einstweiligen Rechtsschutz die bekannte Kritik von Horst Sander, Noch immer hausgemachte Überlastung der Verwaltungsgerichte?, DÖV 2006, S. 133 (136).

²¹⁵ In diese Richtung Schmidt-Aßmann, Funktionen (Fn. 128), S. 109–111, der darauf besteht, die Rechtsschutzfunktion dürfte nicht überfrachtet und dadurch aus ihrer Zentralstellung verdrängt werden. Ebenso Peter M. Huber, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 1771 (1787 f.).

²¹⁶ Masing, Mobilisierung (Fn. 24), S. 218 ff.

²¹⁷ Ansätze dazu in der Rechtsprechung des BVerfG konnten sich nicht durchsetzen, BVerfG NJW 2001, S. 2459 (2460) – Love-Parade.

²¹⁸ So noch Ernst-Wolfgang Bockenförde/Jochim Wieland, Die „Rundfunkfreiheit – ein Grundrecht? Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 5 I GG für die Organisation des Rundfunks, AfP 1982, S. 77.

die wegen des Vorrangs des Unionsrechts im Ergebnis einen verfassungsrechtlichen Effekt hat.²¹⁹ Jenseits der umstrittenen Frage, welches Maß an demokratischer Legitimation der EU zuzusprechen ist, gilt für die Legitimation des Verwaltungsrechtsschutzes jedenfalls der Grundsatz der Gesetzesakzessorietät.²²⁰ Eine Prüfung ist nur insoweit legitim, wie die Maßstäbe einem demokratischen Prozess entstammen. Für eine ebenenübergreifende Kontrolle mit einem faktisch gesetzesaufhebenden Effekt durch den Anwendungsvorrang gilt dann, dass dieser Kontrolle ein gesetzgebender Komplementärprozess gegenüberstehen muss.²²¹

B. Die Grundentscheidungen des deutschen Verwaltungsprozessrechts

I. Gerichtsförmige Einhegung öffentlicher Gewalt

Die Entscheidung für eine gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist eine Steuerungsentscheidung. Sie konfrontiert die Verwaltung mit einer Kontrollinstanz, die dezidiert anders operiert als sie selbst. Um die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verstehen, muss man Gerichte als Institutionen verstehen.²²² Dazu muss man aber dem Fehlschluss widerstehen, Gerichte mit „dem Recht“ oder mit der „Verwirklichung“ von Recht zu identifizieren.²²³ Weil im Rechtsstaat die Rechtsbindung alle Gewalten betrifft, ist der gerichtliche Umgang mit Recht nicht „der“, sondern ein möglicher Umgang mit Recht, der durch spezifische Formen des Verfahrens und der Organisation geprägt ist. Diese Form entfaltet Steuerungswirkungen.²²⁴

1. Die Form gerichtlicher Verfahren und ihre Bedeutung

a) Richterliche Unabhängigkeit

Die richterliche Unabhängigkeit²²⁵ ist ein bemerkenswertes Stück institutioneller Entwicklung. Eine politische Herrschaftsorganisation entscheidet sich dazu,

²¹⁹ Zur damit zusammenhängenden Problematik der negativen Integration grundlegend Fritz W. Scharpf, Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, Jean Monnet Chair Paper 1995, S. 10f.; s. a. ders., After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy, European Law Journal 2015, S. 384.

²²⁰ Vgl. zu konkretisierungsbedürftigen Unionsgrundrechten Fabian Michl, Unionsgrundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, 2018, Kap. 3 (Inabes. S. 174 ff.), sowie zur Auswirkung auf die Konzeption der unionalen Gewaltengliederung ebd., S. 293 ff.

²²¹ Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 243 ff.

²²² Siehe grundlegend, auch im Weiteren, Lon L. Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, Harvard Law Review, Bd. 92 (1978), S. 363; Lassahn, Parlamentsgesetz (Fn. 7), S. 225–236; s. a. Norbert Achterberg, Der Begriff „Rechtsprechung im materiellen Sinne“, in: FS Menger, 1985, S. 125 ff.

²²³ So bereits – allerdings alle auch berechtigten Differenzierungen zwischen verschiedenen Rechtsanwendungsmodi einbeziehend – Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 242 ff.; kritisch dazu auch Fionke, Falldenken (Fn. 67), S. 21, dort Fn. 24.

²²⁴ Zu den Besonderheiten der gerichtlichen Form und der Steuerungswirkungen auch im Weiteren Gärtitz, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 210 ff.

²²⁵ Klassisch zur richterlichen Unabhängigkeit: Alexander Hamilton, The Judiciary Department (1788), in: The Federalist No. 78; William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1765, S. 259–260; zum Überblick Dieter Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975; Helmut Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG III, Art. 97 Rn. 14 ff.; Christian Hilgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 97 Rn. 19 ff.

einen wesentlichen Teil ihres Apparates aus der politischen Kontrolle zu entlassen und zu verselbständigen.²²⁶ Dies nicht nur, um das Vertrauen in die eigene Rechtstreue im Privatrechtsverkehr zu garantieren, sondern auch, um hoheitliche Handlungen selbst kontrollieren zu lassen. Es geht also darum, einen Teil der Staatsorganisation gegen die anderen Teile zu wenden. Ein solches Stück interner Differenzierung der politischen Gewalt ist nur unter sehr spezifischen historischen und politischen Bedingungen denkbar. Praktisch relevantes Verwaltungsrecht, das über Usancen guten Verwaltens hinausgeht, ist schon deswegen ein Privileg demokratischer Rechtsstaaten.

47 Die richterliche Unabhängigkeit ist nicht nur unions-, verfassungs- und gesetzesrechtlich angeordnet, Art. 47 GRC, Art. 97 Abs. 1 GG, § 1 VwGO, und im deutschen Fall wohl auch Teil der durch Art. 79 Abs. 3 GG garantierten rechtsstaatlichen Grundsätze.²²⁷ Sie ist vielmehr eines der Elemente des gerichtlichen Verfahrens, die begrifflich Gerichte erst zu Gerichten machen.²²⁸ Weisungsunterworfenen Verwaltungsgerichte wären keine Gerichte, sondern bestenfalls ein spezifischer Teil der Selbstkontrolle der Verwaltung. Damit ist die große Bedeutung der Unabhängigkeit verdeutlicht, der Inhalt dieser Garantie aber noch nicht bestimmt. Operational, „sachlich“, besteht sie in der obligatorischen Möglichkeit, gerichtliche Entscheidungen ohne Furcht vor Sanktionen und ohne Einfluss von anderen staatlichen Stellen treffen zu können. Hierzu gehört, dass die Entscheidung nach Begründung der konkreten Entscheidungszuständigkeit einem Gericht nicht mehr entzogen werden kann und auch höhere Instanzen darauf bis zum Moment der Entscheidung keinen Zugriff haben – anders als etwa bei Staatsanwälten im deutschen System.²²⁹ Statusrechtlich, „persönlich“, besteht sie nach deutschem Verständnis darin, mit der Ernennung ein nicht notwendig zeitlich unbegrenztes, aber doch nicht erneuerbares Amt zu erhalten,²³⁰ das jedenfalls mit Blick auf eine Versetzung stabil ist. Während solche statusrechtlichen Vorgaben einigermaßen klar zu entwickeln sind, werfen die operationalen Vorgaben vielerlei Fragen auf. So ist nicht einfach zu definieren, wie weit der Bereich genuin richterlichen Entscheidens geht. Unbestritten ist der Kern der Garantie, der den Inhalt aller Prozesshandlungen umfasst. Die Gerichtsbarkeit hat aber ein Interesse an einer breiten Auslegung, die aus dem Grundsatz eine Art dienstrechtliches Prinzip der weitestgehenden persönlichen Selbstorganisation der Arbeitsabläufe macht.²³¹ Dieses steht in Konflikt mit Ver-

²²⁶ Christoph Möllers, Der Zweck im Recht und seine Grenzen: Zur Eigenlegitimität des Rechts, MV 2019.

²²⁷ Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG II, Art. 79 III Rn. 50; die nähere Ausgestaltung dem verfassungsgläubigen Gesetzgeber überlassend Hillgruber, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 97 Rn. 2. Vgl. auch BVerfGE 60, 253 (296), wonach die Unabhängigkeit der Gerichte zum Gehalt des Art. 20 Abs. 2 und 3 GG gehört.

²²⁸ So schon Richard Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundätze [1932], in: Horst Dreier (Hrsg.), Richard Thoma, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. 301 (330 f.). Andere Nachweise bei Marcel Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2001, S. 223 f.; vergleichend Martin Shapiro, Courts. A Comparative and Political Analysis, 1981, S. 16 ff.; ebenso aus Sicht der VwGO-Entwurfverfasser BTDrucks 3/55, S. 24, 26, 30 f.

²²⁹ Siehe zu den diesbezüglichen Reibungen zum Unionsrecht EuGH, Urt. v. 27.5.2019, Rs. C-508/18, Rn. 64 ff.

²³⁰ Dazu BVerfGE 148, 69 (126 ff., Rn. 139 ff.) – Richter auf Zeit (2018).

²³¹ Vgl. BVerfGE 78, 211 (219 f.); BGH (Dienstgericht des Bundes) NJW 1991, S. 1103 (1104); Werner MünchKb, Richterliche Unabhängigkeit contra Vorgabe von Erledigungszahlen, NJW 2020, S. 3283 (3285).

suchen, den gerichtlichen Entscheidungsapparat effizienter auszugestalten, also justizspezifisch zu steuern.²³² Anzuerkennen ist, dass Maßnahmen der Gerichtsorganisation, namentlich genau definierte Vorgaben an die Entscheidungsgeschwindigkeit, tief in die konkrete Entscheidungspraxis eingreifen, auch wenn sie inhaltlich indifferent wirken.²³³ Dagegen spricht auch nicht, dass diese Vorgaben von der Gerichtsverwaltung selbst kommen, denn der Grundsatz setzt bei der Entscheidungsfreiheit der einzelnen Richter an. Zulässig erscheinen sie nur, insoweit allgemeine Vorgaben nicht nur formell, sondern auch faktisch keine inhaltlichen Tendenzen entwickeln und es möglich bleibt, unterschiedliche Entscheidungsetile und Urteilstechen innerhalb der Gerichtsbarkeit zu entwickeln.

Die richterliche Unabhängigkeit ist, hierin der Gewissensfreiheit der Abgeordneten vergleichbar, ein Verbot rechtlich formalisierter Beeinflussung.²³⁴ Für die Verarbeitung nicht formalisierter Einflüsse sind in beiden Fällen die Entscheidungsträger zunächst selbst zuständig. Sie werden mit ihrer Entscheidung allein gelassen und können sich nicht darauf berufen, bei dieser bedrängt oder beeindruckt gewesen zu sein. An diesem Punkt endet die Parallele zwischen Richtern und Abgeordneten aber auch. Denn während der politische Prozess als ein repräsentativer einflussoffen ausgestaltet sein muss, soll sich die Gerichtsbarkeit auf eine Entscheidung in Hinsicht auf Rechtsmaßstäbe fokussieren und abschließen. Abhängigkeit von den Parteien, gerichtliche Parteilichkeit, wird juristisch erst gar nicht als Problem fehlender richterlicher Unabhängigkeit thematisiert, sondern als solches der Befangenheit, § 54 VwGO. Probleme informeller Abhängigkeit entstehen aber auch auf vielen anderen Ebenen, sowohl staatlich determiniert als auch durch soziale Faktoren: durch die unvermeidliche Ressourcenabhängigkeit der Gerichtsbarkeit sowie durch die sozialen und politischen Kontexte richterlichen Entscheidens.²³⁵ Fehlende soziale und institutionelle Distanz zwischen Strafgerichten und Staatsanwaltschaften ist hierfür ein bekanntes Beispiel.²³⁶ Grundsätzlich gehören auch Fragen der Beförderung und Beurteilung in diesen Kontext, die nicht immer mit größter Sensibilität für die richterliche Unabhängigkeit arrangiert sind. Der Druck von Medien, eine Entscheidung in eine bestimmte Richtung zu treffen, oder die Praxis, Gerichte für diese im Nachhinein an den Pranger zu stellen, werden im Verwaltungsrecht etwa im Bereich des Flüchtlingsrechts zu einem wachsenden Problem.²³⁷ Manche dieser Einflüsse lassen sich institutionell abfedern. Grundsätzlich hilft gegen

²³² Dazu differenziert Andreas Vofsiukle, Das „Produkt“ der Justiz, DV, Beiheft 5 (2002), S. 35 (43 ff.).

²³³ Siehe zu einem die Gerichte schon länger beschäftigenden Fall: BGH (Dienstgericht des Bundes) NJW 2020, S. 3320 (zulässige Abmahnung wegen unvertretbar niedriger Erledigungszahlen).

²³⁴ Vgl. die Beschreibung der richterlichen Unabhängigkeit als Weisungsfreiheit und damit in Anlehnung an Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG von Georg Schmidt, Die richterliche Unabhängigkeit – eine Bestandesaufnahme, DV, Bd. 51 (2018), S. 227 (239). Zur Abgeordnetenfreiheit Martin Morlok, in: Dreier (Hrsg.), GG II, Art. 38 Rn. 153; Hans. H. Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 194.

²³⁵ Siehe – Rn. 72 ff.

²³⁶ Wolfgang Langer, Staatsanwälte und Richter, 1994, S. 141 ff.

²³⁷ Siehe Tanja Podolski, Was ist mit dem Recht, lieber Staat?, LTO v. 16.7.2018, www.lto.de/recht/justiz/vg-gelsenkirchen-abschiebung-sami-a-debatte-rechtsstaat/; kritisch auch Martin Rath, Gefühle für und von Juristen, LTO v. 19.5.2019, www.lto.de/recht/feuilleton/f/rechtssoziologie-gefuehle-juristen-rechtsempfinden-rechtsfindung-gerichte-justiz/.

informellen Einfluss aber nur **innere Unabhängigkeit** der Angehörigen der dritten Gewalt, also die Fähigkeit, sozialem Druck zu widerstehen.²³⁸ Diese Fähigkeit ist nicht einfach eine Charaktereigenschaft, sondern könnte durchaus zu einem Ziel der Juristenausbildung werden, was allerdings eine stärkere Sensibilisierung für die nicht-juristischen Kontexte des Rechts erfordern würde. Der Umstand, dass die deutsche Ausbildung ihrer Anlage nach zum einen stark gerichtsfixiert ist, zum anderen mehr Wert auf gründliche Gesetzesumsetzung als auf die Vermittlung politischer und ethischer Kontexte legt, könnte auf Dauer die Widerstandsfähigkeit der dritten Gewalt in Frage stellen, die aller historischen Erfahrung nach ohnehin nicht besonders ausgeprägt ist.²³⁹ Wie andere Kernforderungen des Rechtsstaatsprinzips ist auch die Verwirklichung richterlicher Unabhängigkeit praktisch stark von politischen Umständen und Kontexten abhängig.²⁴⁰

49 In der verwaltungsprozessualen Diskussion wird die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt als Ausdruck rechtsstaatlicher Distanz zur Verwaltung gedeutet.²⁴¹ Historisch ist die Unabhängigkeit aber zunächst eine allgemeine Justizgarantie, die auf die Verwaltungskontrolle erst im Nachhinein erstreckt wurde, zumal man die Einrichtung einer spezialisierten Verwaltungsgerichtsbarkeit eben gerade nicht als Distanzierung von der Verwaltung deuten kann.²⁴² Natürlich ist es richtig, auch in der Unabhängigkeit, freilich nicht nur in ihr, sondern im ganzen prozessrechtlichen Arrangement, systematisch einen solchen Distanzierungsansatz zu erkennen.²⁴³ Doch ist nicht zu vergessen, dass Kontrolle nicht nur Distanz, sondern auch Nähe voraussetzt, um den kontrollierten Gegenstand verstehen und bewerten zu können.²⁴⁴ Vertrautheit mit Verwaltungsabläufen ist Voraussetzung qualifizierter Kontrolle, trägt aber nicht zwingend zur inneren Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung bei.

50 Auf europäischer Ebene ist die Unabhängigkeit der Gerichte zu einem rechtsstaatspolitischen Problem geworden. Dies hängt zunächst damit zusammen, dass die fehlende Unabhängigkeit nur eines mitgliedstaatlichen Gerichts die Integrität des gesamten europäischen Gerichtsverbands gravierend stören kann.

²³⁸ Zu diesem Topos *Vofkuhle*, „Produkt“ (Fn. 232), S. 35 (44); *Gerd Pfeiffer*, Die innere Unabhängigkeit des Richters, in: FS *Zeidler*, Bd. I, 1987, S. 67 (71 f.); *Hans J. Fallert*, Die richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Weltanschauung und öffentlicher Meinung, in: FS *Zeidler*, Bd. I, 1987, S. 81 (83 ff.); *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S. 50 ff.

²³⁹ Siehe etwa *Richard Schmid*, Justiz im Dritten Reich, ZEIT v. 28.5.1965; zur geringen Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als praktisch wirkender Faktor *Christine Steinbeiß-Winkelmann*, in: Sommermann/Schaffarzik, Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 128 m. w. N.; tendenziell anders *Stolleis*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: ders., Recht im Unrecht, 1994, S. 190, der insbesondere darauf hinweist, dass die Verwaltungsgerichte auch die Illusion eines Rechtsstaats aufrecht erhielten (S. 218 f.).

²⁴⁰ *Roberto Gargarella*, The majoritarian reading of the rule of law, in: José M. Maravall/Adam Przeworski (Hrsg.), Democracy and the Rule of Law, 2003, S. 147.

²⁴¹ → Vorauf. Bd. III *Schoch* § 50 Rn. 49–51; ähnlich, aber weniger deutlich auf die Distanz zur Verwaltung bezogen *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der Verwaltungsrechtsentwicklung, VBIBW 2000, S. 45 (46).

²⁴² Siehe → Rn. 113 f.

²⁴³ Siehe bereits → Rn. 22 zum Zweck einer selektiven Kontextualisierung auf den konkreten Fall und die Parteien hin.

²⁴⁴ Zu dieser Ambivalenz auch *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 180 f.

Insbesondere das unionsrechtliche Prinzip des gegenseitigen Vertrauens wird durch die Entwicklungen in Mitgliedstaaten wie Polen und Ungarn in Frage gestellt, wenn der unionsrechtlich angeordnete transnationale Effekt hoheitlicher mitgliedstaatlicher Entscheidungen nicht mehr durch eine entsprechende „Homogenität im Verfahren“ zwischen den Mitgliedstaaten gerechtfertigt werden kann.²⁴⁵ Der Europäische Gerichtshof hat darauf mit einer eigens entwickelten unionsrechtlichen Doktrin der richterlichen Unabhängigkeit reagiert, die auch auf die mitgliedstaatlichen Gerichte Anwendung findet.²⁴⁶ Diese Doktrin dient praktisch als ein Hebel rechtsstaatspolitischer Kontrolle der Mitgliedstaaten durch die Europäische Kommission im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens,²⁴⁷ aber auch durch die Mitgliedstaaten über Art. 267 AEUV.²⁴⁸ Als solche ist sie eines der wenigen greifbaren Mittel, das der EU gegen diese Entwicklung zur Verfügung steht.²⁴⁹ Das wirkt mit Blick auf die politischen Entwicklungen zwar angemessen, hat freilich auch das Potential, die Verschiedenheit der europäischen Rechtsschutzsysteme zu homogenisieren und die unterschiedlichen Traditionen richterlicher Unabhängigkeit unbotmäßig zu vereinheitlichen. Solche Reibungen mit Bezug auf die deutsche Rechtsordnung haben sich im Bereich europäischer Haftbefehle ergeben, weil der Europäische Gerichtshof das Verfahren vor deutschen Staatsanwaltschaften nicht als genügend justiziell abgesichert betrachtet, um die gegenseitige Anerkennung darauf zu erstrecken.²⁵⁰

Die richterliche Unabhängigkeit und der korrespondierende Anspruch, allein 51 Rechtsmaßstäben unterworfen zu sein, Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG, setzen einen normativen Grund gegen jede andere Form der Steuerung oder Fremdprogrammierung.²⁵¹ Während etwa für verbotene Diskriminierungen anfällige verdachtsunabhängige Kontrollen durch Polizeibehörden²⁵² durch Dienst-anweisungen oder Debias-Trainings in weniger problematische Bahnen gelenkt werden können, wäre eine entsprechende nichtrechtliche Einflussnahme auf richterliches Entscheidungsverhalten ausgeschlossen. Das, obwohl – gerade wegen des Verweises auf die richterliche Überzeugung und damit auf eigenes Erfahrungs-„Wissen“ – richterliches Entscheidungsverhalten verzerrenden Einflüssen nicht minder ausgesetzt ist.²⁵³ Die richterliche Unabhängigkeit wirkt also unter dem Aspekt gezielter Steuerung und auch des „Qualitätsmanagements“ wie ein **randomisierender Faktor**, der die Person der individuellen Richterin von expliziten äußeren Ansprüchen an ihr Verhalten abschirmt und – jenseits der kaum jemals vollständigen rechtlichen Programmierung – auf ihre je eige-

²⁴⁵ *Peter Lerche*, Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL, Bd. 21 (1964), S. 66 (84 ff.); vgl. auch die Nachweise in Fn. 87.

²⁴⁶ Siehe etwa *EuGH*, Urt. v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 – LM; zuvor bereits *EuGH*, Urt. v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, Rn. 41 ff.

²⁴⁷ Siehe etwa die einstweilige Anordnung *EuGH*, Beschl. v. 8.4.2020, Rs. C-791/19R.

²⁴⁸ Siehe etwa *EuGH*, Urt. v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 – LM.

²⁴⁹ Zu Möglichkeiten und Gefahren einer solchen Kontrolle durch den *EuGH Möllers/Schneider*, Demokratiesicherung (Fn. 87), S. 103–108, 147–149.

²⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 27.5.2019, Rs. C-508/18, Rn. 64 ff.

²⁵¹ Siehe auch zu den Folgen für die steuerungswissenschaftliche Erschließung *Epstein*, Independence (Fn. 101).

²⁵² Siehe zu dem Problem und den Folgerungen für die gleichheitsrechtliche Dogmatik *Alexander Tischbirek/Tim Wihl*, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“, JZ 2013, S. 219.

²⁵³ Siehe zu verschiedenen Verzerrungseffekte ausgewogen *Chris Guthrie/Jeffrey J. Rachlinski/Andrew J. Wistrich*, Blinking on the Bench, Cornell Law Review, Bd. 93 (2007), S. 1 m. w. N.

nen persönlichen Bedingtheiten zurückwirft. Damit erfüllt der Anspruch richterlicher Unabhängigkeit in ganz prominenter Weise die für das Recht typische Funktion einer Distanzierung von den eigenen Zwecksetzungen. Die das Recht setzenden Instanzen haben – anders als beispielsweise im hierarchisch organisierten Verwaltungsapparat – keinen direkten Zugriff auf die Art und Weise, in der sich die als Recht gesetzten Inhalte konkret in der Rechtsanwendung manifestieren.²⁵⁴ Damit relativieren sich freilich Möglichkeiten von Steuerung und entsprechend auch die Erklärungsleistung einer Steuerungsperspektive.

b) Anlassabhängigkeit und Fremdinitiative

- 52 Gerichte entscheiden nur auf äußere Initiative also aus einem Anlass, den sie nicht selbst setzen können. Damit sind Rechtsschutz und Kontrolle der Verwaltung durch Verwaltungsgerichte Optionen. Hierin liegt eine Unterfütterung der Unabhängigkeit im Sinne einer Distanzierung zum eigenen Entscheidungsgegenstand.²⁵⁵ Denn diejenigen, die sich nicht von selbst mit einer Sache befassen, verfolgen dabei bereits deshalb kein eigenes Interesse.
- 53 Mit diesem anlassbezogenen Modell der Verwaltungskontrolle geht die Bewertung einher, dass Rechtsbrüche durch die Verwaltung stattfinden können, ohne rechtlich formalisierte Sanktionen auslösen zu müssen. Diese Einsicht, die sich auch in anderen Teilen des Verwaltungsrechts,²⁵⁶ namentlich im Fehlerkalkül²⁵⁷ und im Verwaltungsvollstreckungsrecht, entdecken lässt, wird in der wissenschaftlichen Beschreibung des Verwaltungsprozesses, insbesondere im Kontext der an bestmöglicher Wirksamkeit orientierten Diskussion zu Art. 19 Abs. 4 GG,²⁵⁸ zu wenig gewürdigt. Sie stellt nicht die Gesetzesbindung der Verwaltung, aber deren Durchsetzung, unter zahlreiche praktisch inspirierte und positivrechtliche Vorbehalte. Deren vielleicht bedeutsamster besteht darin, dass eine Rechtsverletzung der Verwaltung dann nicht gerichtlich sanktioniert wird, wenn der prozessuale Anlass, eine solche Sanktion zu erwirken, nicht genutzt wird. Darin ist keine Geringschätzung der Rechtsbindung zu sehen, sondern eine funktionale Relativierung rechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten, die so viele normative und sachliche Ressourcen binden, dass sie ohne ein weiteres anlassbezogenes Interesse nicht einfach in jedem Fall einer möglichen Rechtsverletzung angestrengt werden können und sollen. Gleichzeitig folgt aus dieser notwendigen Begrenztheit und dem punktuellen Charakter gerichtlicher Interventionen eine verstärkte Inpflichtnahme der Verwaltung selbst für die Durchsetzung der Rechtsbindung,²⁵⁹ also eine Bedeutungsstärkung des Verwaltungs-

²⁵⁴ Siehe für eine ähnliche Randomisierung und Rücknahme des steuernden Zugriffs durch das Prinzip der Individualklage und die Figur des subjektiven Rechts → Rn. 163.

²⁵⁵ Ebenso Giritz, *Steuerungspotential* (Fn. 103), S. 211.

²⁵⁶ In Richtung eines Raums für Rechtswidrigkeit im Rahmen der Digitalisierungsdiskussion etwa aber Timo Rademacher, *Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen*, JZ 2019, S. 702 (insbes. 707-709).

²⁵⁷ Zum Begriff im Kontext des Verwaltungsrechts Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Fn. 97), S. 191 ff., 196.

²⁵⁸ Siehe dazu → Rn. 188 ff.

²⁵⁹ Zur Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrens, insbesondere der Selbstkontrolle, s. → Bd. II Schmidt-Aßmann/Kaufhold § 27 Rn. 58; → Voraufl. Bd. III Schiedermaier § 48; Fritz Ossenbühl, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, NVwZ 1982, S. 465

verfahrens. Eine Verwaltung, die das Recht nur dort befolgt, wo sie gerichtlich dazu angehalten wird und werden kann, genügt rechtsstaatlichen Anforderungen offenkundig nicht.²⁶⁰

c) Vollständige rechtliche Gebundenheit

Die Entscheidungen von Gerichten werden durch Recht dem Anspruch nach 54 vollständig und ausschließlich gebunden.²⁶¹ Das bedeutet nicht, dass die materielle Rechtslage diese abschließend determiniert,²⁶² aber doch, dass die Gesamtheit der formellen und materiellen Regeln hinreichen muss, um eine Entscheidung zu begründen. Dem Paradox der Regelbefolgung, dass die Regel ex ante befolgt werden soll, ihre Bedeutung in der Anwendung sich aber erst ex post erweist,²⁶³ entgeht die Gerichtsbarkeit nicht. Im Gegenteil ist sie als letztentscheidende Institution besonders davon betroffen. Die Maßstäbe, die die Verwaltung binden, werden ein Stück weit erst durch das Verfahren geschaffen, das ihre Einhaltung kontrollieren soll. Das ist weniger als Defizit denn als notwendige Strukturbedingung des Rechts im Umgang mit sprachlicher Bedeutung zu verstehen, in der die Auslegung von Recht notwendig erst in einem Verfahren ermittelt werden kann. Für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist die Entwicklung von Maßstäben wegen des Erstzugriffs der Verwaltung²⁶⁴ selbst dann stark von dieser geprägt, wenn deren Entscheidung im Ergebnis aufgehoben wird.

Die vollständige rechtliche Bindung gerichtlicher Entscheidungen ist deswegen bemerkenswert, weil sie sich mit der Verwaltung einem Kontrollobjekt konfrontiert sieht, das in seinen Entscheidungen nicht allein durch Recht gebunden ist. Auf der einen Seite ist es der Verwaltungsgerichtsbarkeit dadurch verwehrt, einen „eigenen Willen“ zu bilden: Wie auch immer die Entscheidung lautet, es ist eine Entscheidung, die nicht im Namen eigener Präferenzen des Gerichts fallen darf. Das mag man faktisch für eine unrealistische Annahme halten, normativ bleibt es wichtig und eine für das Verständnis der Begründungspraxis unerlässliche Einsicht. Was immer Rechtsbindung ex ante bedeutet und bewirkt, ex post können sich Gerichte nur durch den Verweis auf Recht rechtfertigen. Sie sind auf einen hermeneutischen Entscheidungs- bzw. Begründungsmodus verpflichtet.²⁶⁵ Auf der anderen Seite bleibt damit die Bedeutung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung für die Verwaltung begrenzt: Das Gericht ent-

(466 ff.); Oender, *Widerspruchsverfahren* (Fn. 97), S. 53 ff.; Anna S. Poschenrieder, *Außergerichtliche Vorverfahren im Verwaltungsrecht*, 2019, S. 51 ff.

²⁶⁰ Eberhard Ferdinand Kopp, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, 1971, S. 61 f.; ähnlich Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, AöR, Bd. 116 (1991), 329 (357 f.).

²⁶¹ Zur ausschließlichen rechtlichen Gebundenheit als Element der rechtsprechenden Gewalt etwa Hilgruber, in: Maunz/Dürig, *GG*, Art. 92 Rn. 38: „Auspruch dessen, was im konkreten Fall rechtens ist“; vgl. BVerfGE 7, 183 (188 f.); 103, 111 (137).

²⁶² Zur Spezifik juristischer Arbeitsweise auch ohne rechtliche Voldetermination Poscher, *Missverständnisse* (Fn. 162), S. 528 f.; 533-536; ders., *Rechtsdogmatik* (Fn. 143), S. 208-219; s.a. Lassahn, *Parlamentengesetz* (Fn. 7), S. 193-224.

²⁶³ Siehe zur Unaufhebbarkeit des Regelfolgeproblems Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1977, § 198, § 201.

²⁶⁴ Siehe dazu → Rn. 107 ff.

²⁶⁵ Siehe auch → Rn. 27.

scheidet nur über eines der Kriterien, die die Verwaltung programmieren.²⁶⁶ Dass dieses Kriterium den anderen vorgeht, wird man schon angesichts der Tatsache, dass die Verwaltung überhaupt erst durch Recht konstituiert wird, nicht bestreiten können. Dass dieses Kriterium praktisch das höchste Maß an Bedeutung hat, ist dagegen nicht immer klar.²⁶⁷ In jedem Fall behandelt die verwaltungsgerichtliche Kontrolle wegen ihrer Beschränkung auf den Rechtsmaßstab nur einen Aspekt des Handelns der Verwaltung.

- 56 Mit dem hermeneutischen gerichtlichen Arbeitsmodus korrespondieren besondere Pfadabhängigkeiten und Trägheiten der für Recht gesprochenen Inhalte.²⁶⁸ Jede Gerichtsentscheidung tritt mit dem Anspruch auf, eine vollständige rechtliche Gebundenheit auszudrücken. Sie behauptet damit zwangsläufig, dass, was sie ausspricht, eigentlich schon vorher so galt und damit – von einer Gesetzesänderung abgesehen – auch in Zukunft gelten wird. Eine maßgeblich durch Gerichte mitgestaltete Verwaltungsrechtsordnung ist daher keine, die sich für jähe Änderungen oder Kehrtwenden anbietet, und damit immer ein verstetigender Faktor. Gerichtliche Rechtsentwicklung und -gestaltung sind immer inkrementell und für Revolutionen wenig geeignet.²⁶⁹ Auch das ist eine Steuerungsentscheidung.

d) Fallbezogenheit und Rechtsentwicklung

- 57 Gerichte entscheiden konkrete Fälle. Zugleich ist der Fall keine juristische Kategorie, sondern der heuristisch verwendete Inbegriff der Konstellation, über die das Gericht entscheidet.²⁷⁰ „Fälle“ entstehen erst durch die gerichtliche Anrufung, Befassung und Entscheidung. Was „der Fall ist“, ist Ergebnis der prozessrechtlichen Konstellation.²⁷¹ Im Ideal bezeichnet der Fall eine stimmige Deckung aus dem Anliegen der Beteiligten und der Reichweite einer gerichtlichen Entscheidung in einem darauf zugeschnittenen Verfahren. Auch für das Verwaltungsprozessrecht hat dieses Ideal seinen Sinn, freilich ist es mit dem Umstand konfrontiert, dass auf der einen Seite des Rechtsstreits mit dem Staat eine gemeinwohlgebundene Partei steht. Damit ist anders als im Zivilrecht die Angelegenheit, um die es im Verfahren geht, eine solche, die potentiell das gesamte Gemeinwesen betrifft. Der Fall des Einen ist im Verwaltungsprozess zu einem Teil immer auch der Fall aller anderen. Die daraus gezogenen Konsequenzen, etwa der Amtsermittlungssatz,²⁷² also das Verbot, Fakten im Verfahren

zwischen den Parteien zu willküren, illustrieren, dass der Fallbezug im Verwaltungsprozess ein noch künstlicheres Gebilde ist als in anderen Verfahrensarten. Deswegen ist der Zusammenhang zwischen Fallbezug, Verfahrensindividualisierung und gerichtlicher Legitimation im Verwaltungsprozess noch schwieriger zu etablieren.

Diese Relativierungen ändern nichts daran, dass der Fallbezug eine wichtige Ausrichtung gerichtlichen Entscheidens bleibt und bleiben muss.²⁷³ Aufgabe der Gerichte ist nicht die Feststellung oder Setzung des allgemein Geltenden, sondern dessen, was in einem ihnen vorliegenden „Fall“ rechtlich gilt. Das ist das notwendige Gegengewicht zum hermeneutischen Modus, der darauf angelegt ist, Bindung zu vervielfältigen und zu verdichten. Schon deshalb kommen Gerichte nicht darum herum, abstrakte Fragen implizit zu entscheiden – nur eben in der Regel nicht principaliter.²⁷⁴ Gerichte sind zwar davon abhängig, was angesichts der gesetzlichen Anrufungsgründe²⁷⁵ zum Fall gemacht werden kann und was durch ihre Anrufung tatsächlich zu ihrem Fall gemacht wird. Dennoch muss der gerichtliche Leitanspruch die Fallentscheidung bleiben, was in der weitgehend ihrem Ermessen unterliegenden Art der Begründung seinen Ausdruck finden sollte. Es geht hier weniger um rechtlich formalisierbare Pflichten, sondern um Tugenden gerichtlichen Entscheidens, die kaum systematische Aufmerksamkeit erfahren.²⁷⁶

Dies gilt auch, weil jede gerichtliche Entscheidung eine Rechtsmaterie weiterentwickelt, die alle anderen Rechtssubjekte im Geltungsbereich des deutschen Verwaltungsrechts nicht abdingbar bindet. So gesehen ist die Legitimation der Verwaltungsgerichtsbarkeit schwerer zu begründen als die maßgeblich vom Parteiwillen getragene Legitimation der Zivilgerichte. Die unvermeidliche Weiterentwicklung der Rechtslage, die sich aus jeder gerichtlichen Entscheidung ergibt, hat hier eine deutlich größere Reichweite. Dieses Problem dürfte sich freilich mit dem Versuch besonderer Rechtsbindungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht lösen lassen. Die vielleicht beste Antwort, die sich institutionell auf dieses Problem geben lässt, besteht in der Möglichkeit, die Kontrollmaßstäbe zurückzunehmen.²⁷⁷ Die zentrale Rechtfertigung dieser Strategie liegt in der bereits sehr weitgehend abgesicherten Gemeinwohl- und Rechtsbindung einer der Parteien. Auch dies ist eine kaum formalisierbare Frage richterlicher Zurückhaltung, die dadurch nicht minder wichtig ist.

Richterliche Zurückhaltung und richterliches Ethos, insbesondere die Aufgabe, die Fallbezogenheit gerichtlicher Verfahren und Entscheidungen aufrecht zu erhalten, gewinnen im Kontext der Digitalisierung²⁷⁸ verschärfte Bedeutung. Denn die Arbeitsbedingungen der Gerichte, insbesondere Recherche- und Zi-

²⁶⁶ → Bd. I *Vofkuhle* § 1 Rn. 20, Fn. 107, *Augaberg* § 8 Rn. 1 ff., *Hoffmann-Riem/Pilniok* § 12 Rn. 30 ff., 108 ff. Weitere Nachweise in Fn. 140.

²⁶⁷ Zu außerjuridischen Faktoren des Verwaltungshandelns bereits → Rn. 25.

²⁶⁸ Ebenso *Lassahn*, *Parlamentsgesetz* (Fn. 7), S. 218 ff.; zum Phänomen rechtlicher Pfadabhängigkeiten *Rainer Wahl*, *Entwicklungspfade im Recht*, JZ 2013, S. 369.

²⁶⁹ Ebenso *Gährdtz*, *Steuerungspotential* (Fn. 103), S. 227.

²⁷⁰ *Sabine Müller-Mall*, *Fall und Urteil*, in: Thomas Hilgers u. a. (Hrsg.), *Konturen des Kunstwerks*, 2013, S. 249; zur schillernden Kategorie des Falls auch *Jan Schapp*, *Der Fall in der juristischen Methodenlehre*, in: *Gottfried Gabriel/Rolf Gröbchner* (Hrsg.), *Subsumtion*, 2012, S. 227.

²⁷¹ Zum Streitgegenstand im Verwaltungsprozess *BVerwGE* 52, 247 (249); 96, 24 (25); *BVerwG NVwZ* 1990, S. 1069; *NVwZ* 1994, S. 78 (79); *NVwZ-RR* 2014, S. 856 (Tz. 13); *BVerwG*, *Beschl. v. 3.5.2016, 7 C 7/15*, Rn. 3; *Steffen Deterbeck*, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht*, 1995, S. 50 ff.; *Günther Barbey*, *Bemerkungen zum Streitgegenstand im Verwaltungsprozess*, in: *FS Menger*, 1985, S. 177 ff.

²⁷² Siehe dazu → Rn. 132 ff.

²⁷³ Siehe auch *Lassahn*, *Parlamentsgesetz* (Fn. 7), S. 230 ff.; zum wichtigen Zusammenhang von Fallbezug und richterlicher Normbildung *Felix Maulitzsch*, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, 2010, zusammenfassend S. 12 ff.

²⁷⁴ Eingehend zu den besonderen Problemen der Konstruktion des Sachverhalts bei prinzipialen Normenkontrollen s. *Johannes Bethge*, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, 2020.

²⁷⁵ Siehe etwa § 47 *VwGO*; Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4a, 100 GG.

²⁷⁶ Siehe näher zum Problem *Oliver Lepsius*, *Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, JZ 2019, S. 793 (796 ff.).

²⁷⁷ Siehe dazu → Rn. 141 ff.

²⁷⁸ Siehe zum Anpassungsbedarf und zu Entwicklungen im Bereich der Verwaltung → Bd. II *Britz/Elfert* § 26.

tiermöglichkeiten, haben sich in kaum wiederzuerkennender Weise gewandelt. So ist es heute ohne Weiteres möglich, über juristische Datenbanken zu fast jedem Schlagwort und jeder Fallkonstellation vermeintlich passende Rechtsprechung aller Instanzen, nicht nur der Obergerichte, aufzuspüren. Absehbar ist, dass durch diese Potenzierung verfügbarer Rechtserkenntnisquellen die Reflexion und bewusste Steuerung von Kanonisierungsprozessen eine gesteigerte Bedeutung gewinnen wird.²⁷⁹ Zum methodischen Rüstzeug muss es dann gehören, im Ozean der Quellen Stufungen und Sortierungen einzuziehen und wirklich Relevantes von oberflächlichen Ähnlichkeiten zu unterscheiden.²⁸⁰ Ersteres – eine Art Fallrechtserkenntnisquellenlehre²⁸¹ – ist nötig, um sich im Dickicht der Fälle und Autoritäten nicht zu verlieren, da sonst aus der Vervielfältigung normativen Materials nicht mehr, sondern weniger Verbindlichkeit und Orientierungskraft erwächst. Ein Identifizieren von Relevantem ist nur durch gründliche Fallanalyse zu haben, die sich nicht nur an rechtlichen Maßstäben, sondern am jeweils unterschiedenen Fall orientiert. Mit der Verfügbarkeit juristischer Datenbanken verbunden ist auch die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Ethos gerichtlichen Entscheidens und gerichtlicher Verantwortung.²⁸² Wie weit soll und darf ein Gericht bei der Handhabung und Kontrolle von ihrer Struktur nach einzelfallaffinen Maßstäben – etwa der Anwendung einer Ermessensnorm – seinen Eigenanteil an einer Entscheidung dadurch in den Hintergrund stellen, dass es die Entscheidung als Konsequenz und Fortschreibung einer von anderen Gerichtsbezirken oder gar niedrigeren Instanzen inspirierten Kasuistik ausgibt? Wie viel eigene Verantwortungsübernahme ist geboten? Diese Frage wird durch die Verfügbarkeit digitaler juristischer Datenbanken mit ungekannter Dringlichkeit gestellt.

60a Ähnliche Fragen stellen sich mit Blick auf Digitalisierungsphänomene wie „Copy and Paste“ und Formatvorlagen. Obergerichtliche Maßstäbe können mit einfachsten Mitteln eins zu eins in die eigene Entscheidung übernommen werden, ohne dass der Prozess, sie niederzulegen, zu einer Mindestaneignung des Geschriebenen führt. Formatvorlagen lenken den Blick auf die standardisierten Fragen und Aspekte der Vorlage und formen damit – gerade unter der Bedingung hoher Fallzahlen und hohen Erledigungsdrucks – unweigerlich die richterliche Arbeit. Beide Instrumente erleichtern die Tätigkeit im Ausgangspunkt und schaffen damit sinnvoll genutzt Freiraum für das fallspezifische, kreative und nichtreproduktive Element der juristischen Arbeit. Sie laden aber auch zur Flucht aus dem Fall und damit aus der Verantwortung für die eigene Entscheidung ein und sichern nicht in derselben Weise wie die eigene Formulierung und der eigene Entwurf eine Aneignung des normativen Materials und des Falls. Die Maßstabs- und Standardlastigkeit der neuen Instrumente gebietet also eine entschiedenere Hinwendung zur Subsumtion und zum Fall.²⁸³

²⁷⁹ Ein solcher Versuch, der inzwischen eingestellt wurde, war auch die Sammlung von Kammerentscheidungen des BVerfG; dazu *Lepsius, Kontextualisierung* (Fn. 276), S. 797.

²⁸⁰ Siehe dazu und zum Folgenden auch *Lepsius, Kontextualisierung* (Fn. 276), S. 796–798; *Günter Hager, Rechtsmethoden in Europa*, 2009, S. 318 f.

²⁸¹ So auch die Forderung von *Antje von Ungern-Sternberg*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR*, Bd. 138 (2013), S. 1 (56).

²⁸² Sehr idealisierend zu den personalen Voraussetzungen guten Richters und die methodischen Forderungen: *Hager, Rechtsmethoden* (Fn. 280), S. 296–320.

²⁸³ *Hager, Rechtsmethoden* (Fn. 280), S. 318; *Lepsius, Kontextualisierung* (Fn. 276), S. 793.

In dieselbe Richtung weisen angemessene Reaktionen auf die digitale Transformation des Verwaltungshandelns. Denn je stärker digitale Technik, einschließlich der durch sie ermöglichten Automatisierungs- und Algorithmisierungsprozesse, das administrative Verfahren in Richtung von Standardisierung und effektivem und effizientem Vollzug weiterentwickelt, desto wichtiger wird das gerichtliche Verfahren – aus einer Systemperspektive betrachtet – als Kommunikations-, Reflexions- und Brechungsraum. Einer im Verwaltungsverfahren in Zukunft womöglich noch zugespitzten Erledigungslogik²⁸⁴ sollte man also nicht dadurch begegnen, dass man auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren in ähnlicher Weise standardisiert und auf Erledigung polt. Denn irgendwo müssen die Rechtssubjekte „ihr“ Recht vertreten, verfolgen und sich damit aneignen können.²⁸⁵ Normative Praktiken haben zwar etwas mit Verhaltenssteuerung zu tun; sie setzen aber auch voraus, dass man sich zu Normen verhalten, über sie verhandeln, sie ausdeuten und sie brechen kann; sie sind keine Anleitung für einen technisch vollendeten Vollzugsapparat.²⁸⁶ Das muss in rechtlichen Verfahren sichtbar werden; gerichtliche Verfahren und die dort bestehenden Artikulationsmöglichkeiten²⁸⁷ scheinen in besonderer Weise geeignet, das zu leisten.

e) Konfliktbezug und Konfliktbewältigung

Der Verwaltungsprozess ist kontradiktorisch. Sein Gegenstand ist ein Konflikt zwischen wenigstens zwei Beteiligten um ein im Ausgangspunkt des Verfahrens stehendes Begehren. Zum kontradiktorischen Charakter des Verfahrens selbst kommt der Umstand hinzu, dass typischer Befassungsgrund für verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nicht einfach eine offene oder interessante Frage ist,²⁸⁸ sondern ein Streit, ein dem Verfahren vorausliegender sozialer Konflikt.²⁸⁹ Nicht alles, was Recht ist, wird also Gegenstand gerichtlicher Verfahren, sondern nur das, was in konkreten sozialen Interaktionen in einer Weise streitig geworden ist, dass eine mit Initiativbefugnissen ausgestattete Person entscheidet, ein Gericht damit zu befassen. Der Konfliktbezug gerichtlicher Verfahren und die Definition des verfahrensbegründenden Anlasses sind damit ein wesentliches Element der Selektionsleistung des Prozessrechts. Diesen ins gerichtliche Verfahren übersetzten sozialen Konflikt kann das Gericht nur seiner rechtlichen Seite nach

²⁸⁴ → Bd. II *Britz/Ejert* § 26 Rn. 84 ff.

²⁸⁵ Zur demokratischen Funktion des gerichtlichen Streits als eine Herstellung von Urheberschaft *Marlowits, Adversary Advocacy* (Fn. 125), S. 1384 ff.

²⁸⁶ Siehe dazu *Rasmacher, Neue Technologien* (Fn. 256); aus normtheoretischer Sicht *Möllers, Möglichkeit* (Fn. 99), S. 452–456.

²⁸⁷ Dazu → Rn. 65, 149.

²⁸⁸ So zuletzt – obwohl in einem Zusammenhang, der auch seine eigenen Einflussmöglichkeiten berührt – *EuGH*, Urt. v. 26.3.2020, Rs. C-558/18 u. a., Rn. 44 ff. (Unzulässigkeit von Vorabentscheidungsersuchen wegen Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit durch Disziplinarmaßnahmen): „Die Rechtfertigung des Vorabentscheidungsersuchens liegt nicht in der Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen, sondern darin, dass dessen Antwort für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits erforderlich ist“ (Rn. 44); ähnlich *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992), S. 560.

²⁸⁹ Dazu *Nolte, Eigenart* (Fn. 2), S. 71 ff.; zur Streitigkeit als Element der Feststellungsklage *BVerwGE* 136, 75 (77 f.) m. w. N.; den Konfliktcharakter des rechtlichen Denkens betonend, aber in den Ableitungen daraus schwer nachzuvollziehen *Stefan Haack, Die Geburt der Dogmatik aus dem Geist des Prozesses, Rechtslehre*, Bd. 46 (2015), S. 281.

entscheiden und unter Umständen beenden.²⁹⁰ Es ist in der rechtssoziologischen Literatur früh bemerkt worden, wie selektiv gerichtliche Konfliktlösung funktioniert.²⁹¹ Das Gericht hat gesprochen, aber viele Fragen bleiben offen. Dahinter steckt die begrenzte Fähigkeit des Rechts, soziale Beziehungen zu gestalten. Diese Einsicht gilt für den Verwaltungsprozess aber viel eingeschränkter als für das Privatrecht. Das Führen eines Verwaltungsprozesses darf nämlich keinen Einfluss auf die „sonstigen Beziehungen“ zwischen Klägerin und angegriffener Behörde haben.²⁹² Die Klägerin muss frei sein zu klagen, ohne Nachteile zu befürchten.

63 Trotzdem hängt die erfolgreiche Bearbeitung eines ins gerichtliche Verfahren übersetzten Konflikts auch im Verwaltungsprozess von außerrechtlichen Faktoren ab. Es ist eine zu wenig gewürdigte Frage des Verwaltungsprozessrechts, inwieweit der Prozess in der Lage ist, in der systematisch entscheidenden und praktisch häufigen Konstellation der unterliegenden Klägerin²⁹³ auch dieser gegenüber Befriedigung zu schaffen, also den anlassgebenden Konflikt zumindest teilweise aufzulösen.²⁹⁴ Formelle Voraussetzung einer gelingenden Befriedigung ist die Konstruktion eines engen Zusammenhangs zwischen dem Verfahren und den konkreten Konfliktparteien. Es geht darum, Verfahren und Streitgegenstand zu individualisieren, um der Klägerin deutlich zu machen, dass kein verallgemeinerbarer, also potentiell politischer Konflikt verhandelt wurde.²⁹⁵ Die Mittel dazu sind insbesondere Art und Weise der Verfahrensführung sowie Stil und Form der Entscheidungsbegründung. Je stärker das Verfahren – etwa Sachverhaltskonstruktion, Beweiserhebung, rechtliches Gespräch und Inhalt der Entscheidungsbegründung – durch die Parteien beherrscht ist, desto sichtbar wird für sie und für Dritte, dass es sich um einen konkreten, nicht verallgemeinerbaren Konflikt handelt, und desto aussichtsreicher wird eine Konfliktschlichtung trotz Unterliegens.²⁹⁶ Hier zeigen sich Unterschiede zum Zivilprozess, die nicht unbedingt zu einer verbesserten Befriedigungsleistung qua Verfahren beitragen. Anders als dort beginnt die mündliche Verhandlung nach dem gesetzlichen Modell nicht mit den Anträgen der Parteien, sondern mit einer Darstellung des

²⁹⁰ Zum gerichtlichen Verfahren als Art der institutionalisierten Konfliktaustragung *Luhmann, Legitimation* (Fn. 127), S. 100 ff.

²⁹¹ Für den Geschäftsverkehr: *Stewart Macdonald, Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study, American Sociological Review*, Bd. 28 (1963), S. 55.

²⁹² Zur damit in Verbindung stehenden geringeren Bedeutung konsensualer – d.h. nicht formaler – Streiterledigung im Verwaltungsprozess → Rn. 66 und die Nachweise in Fn. 313; ebenso *Nolte, Eigenart* (Fn. 2), S. 151 ff.; *Julia Sandner/Philipp Wittmann, Unstreitige Beendigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens*, JuS 2020, S. 225 (226).

²⁹³ Von 193.633 im Jahr 2019 durch Urteil, Gerichtsbescheid oder Beschluss erledigten Hauptverfahren endeten nur knapp 7 Prozent in einer Stattgabe und weitere 4,6 Prozent in einer Teilstattgabe. Dem gegenüber stehen ca. 74.000 Abweisungen, 60.000 Rücknahmen und 29.000 Hauptsacheerledigungen, s. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 138), S. 22.

²⁹⁴ Kritisch zu ausgleichenden Funktionen *Nolte, Eigenart* (Fn. 2), S. 74–77; das übersieht aber, dass ein akzeptanzschaffender „Ausgleich“ nicht nur dadurch hergestellt werden kann, dass man vom Rechtsprogramm Abstriche macht, sondern dadurch, dass im Verfahren Artikulations- und Spezifizierungsmöglichkeiten bestehen. Die Funktion gerichtlicher Verfahren erschöpft sich nicht in der Funktion ihrer Abschlussentscheidung.

²⁹⁵ Siehe *Luhmann, Legitimation* (Fn. 127), S. 100–135: „Funktion des Verfahrens ist mithin die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zempflitterung und Absorption von Protesten“ (S. 116).

²⁹⁶ Siehe zum Problem überzeugend *Markovits, Adversary Advocacy* (Fn. 125), S. 1380 ff.

wesentlichen Inhalts der Akten durch das Gericht (§ 103 Abs. 2 VwGO). Auch der Amtsermittlungsgrundsatz entfernt den Streit von den Parteien und objektiviert ihn ein Stück weit. Die Figur des Vertreters des öffentlichen Interesses und die Laienrichter sind weitere Elemente der Verallgemeinerung verwaltungsgerichtlicher Konflikte und Verfahren, sodass diese Tendenz gesetzlich klar angelegt ist. Dennoch könnte man fragen, ob Verwaltungsgerichte nicht mit den vorhandenen Instrumenten mehr zur Befriedungsfunktion beitragen könnten. Wenn der Eindruck nicht täuscht, interessieren sich verwaltungsgerichtliche Begründungen oft zu wenig für die klagende Partei und den Fall, schon allein, weil die Aufgabe der Sachverhaltskonstruktion nicht dem Parteivortrag, sondern im Kern der Verwaltungsakte zukommt.²⁹⁷ Mehr noch als die Zivilgerichte scheint man sich an den Kollegen im Gericht, vielleicht an der wissenschaftlichen Kritik und an der nächsten Instanz zu orientieren.²⁹⁸ Damit argumentiert man dezidiert selbstbezüglich, sodass die praktische Konfliktbewältigungsleistung hinter ihren Möglichkeiten zurückbleibt.²⁹⁹

Der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren verhandelte und im besten Fall 64 befriedete Konflikt genießt regelmäßig eine größere gesellschaftliche und politische Öffentlichkeit als Zivilrechtsstreitigkeiten, und zwar sowohl im spektakulären Einzelfall wie bei der Projektplanung als auch im unter Beobachtung stehenden Trend wie in Asylfällen. Die Befriedungsleistung und deren Gelingen hat damit eine die Prozessbeteiligten übersteigende Dimension. Hier ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuletzt in Akzeptanzschwierigkeiten geraten, die teils auch politisch befeuert und ausgeschlachtet werden. Im Bereich staatlicher Großprojekte hat diese Dynamik zum Maßnahmegesetzvorbereitungsgesetz³⁰⁰ geführt, das für ein Dutzend infrastruktureller Großvorhaben eine Festlegung per Gesetz mit vorgeschalteter Umweltverträglichkeitsprüfung vorsieht und folglich als einzigen Rechtsbehelf gegen die Planungsentscheidung die Verfassungsbeschwerde zulässt.³⁰¹ Interessant daran und kaum überzeugend ist, dass man öffentliche Akzeptanz dadurch schaffen will, dass man verwaltungsgerichtliche Kontrolle zurückbaut. Dasselbe gilt im Asylprozess, zu dem sich ein Sonderprozessrecht entwickelt hat.³⁰² Akzeptanz ist zugleich immer auch Teil einer politischen Dynamik: So sehen sich eine Kommune, die die Bürgerhalle an die NPD vermietet, oder eine Versammlungsbehörde, die den Neonazi-Aufmarsch am Tag nach einem rechtsterroristischen Anschlag nicht verbietet, womöglich politischen Kosten ausgesetzt, die man nicht meint tragen zu können. In dieser

²⁹⁷ Dazu → Rn. 134.

²⁹⁸ Dazu → Rn. 81 f.

²⁹⁹ Ebenso *Luhmann, Legitimation* (Fn. 127), S. 115, zur Bedeutung der „Frage des Gesprächsumfanges“.

³⁰⁰ *BGB I* (2020), S. 640; dazu kritisch *Thomas Groß, Rechtsschutz gegen Maßnahmegesetze im Verbotsbereich*, JZ 2020, S. 76.

³⁰¹ Siehe aber zur Möglichkeit einer europarechtlich bedingten atypischen Feststellungsklage → Rn. 208; ebenso *Groß, Rechtsschutz* (Fn. 300), S. 81 f.

³⁰² Siehe *Jürgen Held*, in: *Sommermann/Schaffarzik, Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 989 (1000–1003); im Jahr 2019 entfielen knapp 60 Prozent der Verfahrenserledigungen (Hauptverfahren) auf Asylkammern (Statistisches Bundesamt, Destatis [Fn. 138], S. 18), und wurden damit nach einem Sonderprozessrecht getroffen. Zur Kritik sowie generell eine Unzulänglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes im Migrationsverwaltungsrecht feststellend *Nora Markard, Migrationsverwaltungsrecht zwischen Beschleunigung und Effizienz*, DV, Bd. 52 (2019), S. 337 (348), die deshalb für eine Stärkung des Rechtsschutzgedankens im Verwaltungsverfahren plädiert.

Situation kann es auch nahe liegen, im Vertrauen auf verwaltungsgerichtliche Interventionen (mögliche, aber vielleicht nicht offensichtliche) Rechtswidrigkeiten in Kauf zu nehmen. Dieses Spiel ist – in gewissem Ausmaß – Teil des institutionellen Settings, weil man gerade aus solchen Gründen Gerichte mit der Kontrolle der Verwaltung betraut. Wichtig ist dann aber, dass man nicht selbst die Gerichte verbal delegitimiert, weil sie nur so auf Dauer ihre Rolle im System spielen können.

f) Dialogischer Charakter des Verfahrens

65 Wesentliches Mittel gerichtlicher Konfliktbewältigung ist der dialogische Charakter solcher Verfahren,³⁰³ den § 108 Abs. 2 VwGO einfachrechtlich und Art. 103 Abs. 1 GG³⁰⁴ verfassungsrechtlich garantiert: Gerichtsverfahren bestehen aus Rede und Gegendre. Dadurch wird zum einen der Fall- und Konfliktbezug dieser Verfahren prozessual erst hergestellt, indem der Entscheidungskontext immer weiter spezifiziert und die Konfliktbewältigungsleistung verbessert wird. Zum anderen kommen so die Beteiligten zu Wort, was ebenfalls die Akzeptanzchancen für beide Seiten erhöht. Ähnlich demokratischen Gesetzgebungsverfahren geht es gerichtlichen Verfahren damit immer auch um die Art und Weise, in der eine Entscheidung zustande kommt, und nicht nur um das Ergebnis.³⁰⁵ Es geht auch um Selbstbestimmung, die erst in gerichtlichen Verfahren zu Ende gebracht wird. In konkreten Gerichtsverfahren und im vorgelagerten Verwaltungsverfahren erhalten abstrakte rechtliche Festlegungen eine praktische Bedeutung. Das macht es nötig, zwischen den nunmehr Beteiligten in Ansehung der konkreten Folgen verhandeln zu können, was man eigentlich entschieden hat, und es sich damit anzueignen.³⁰⁶ Das nichtöffentliche Verwaltungsverfahren leistet diese Artikulation und Aushandlung nur einseitig, bedingt und auch nur in tatsächlicher Hinsicht (§ 28 VwVfG).³⁰⁷ Es ist nur der erste Wurf einer demokratisch legitimierten, aber selbst in den Konflikt involvierten, nicht öffentlich handelnden Instanz, die zudem anders als die Gerichte nicht vom Willen der aktuellen politischen Mehrheit abgesichert ist. Die eigentliche – zumindest im Ausgangspunkt öffentliche, § 101 VwGO i. V. m. § 169 GVG – demokratische

³⁰³ Dies hervorhebend Fuller, Adjudication (Fn. 222), S. 363 ff.; ebenso Lassahn, Parlamentsgesetz (Fn. 7), S. 228.

³⁰⁴ Siehe dazu Fritz Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP, Bd. 153 (1954), S. 393.

³⁰⁵ Markovits, Adversary Advocacy (Fn. 125), S. 1381; für den Verfahrensgedanken im Verwaltungsrecht → Bd. II Schmidt-Aßmann/Kaufhold § 27; Quabeck, Dienende Funktion (Fn. 108); Elke Gurlit bzw. Michael Fehling, Der Eigenwert des Verfahrens, VVDStRL, Bd. 70 (2011), S. 228 bzw. S. 278; im Verwaltungsprozessrecht Karsten-Michael Ortloff, Rechtspsychologie und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung, NVwZ 1995, S. 28 (30 f.); Harald Geiger, Die mündliche Verhandlung im Verwaltungsprozess, BayVBl 2006, S. 421 (429); ansatzweise auch bereits Norbert Achterberg, Rechtsprechung als Staatsfunktion, Rechtsprechungslehre als Wissenschaftsdiziplin, DVBl 1984, S. 1095 (1098 ff.).

³⁰⁶ Siehe zum Aspekt der Aneignung des Rechts und der dadurch getroffenen Entscheidungen im Verfahren ausführlich Markovits, Adversary Advocacy (Fn. 125), S. 1380 ff.

³⁰⁷ Vgl. zu dieser Begrenzung Rüdiger Engel/Mario Pfau, in: Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz (Hrsg.), VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 28 Rn. 50 m. w. N.; Dirk Herrmann, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitch (Hrsg.), VwVfG, § 28 Rn. 16.1; Dieter Kallerhoff/Thomas Mayen, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 28 Rn. 41; sie wird für das gerichtliche Verfahren nicht mehr angenommen, Barbara Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 76 f.; dagegen bereits Baur, Rechtliches Gehör (Fn. 304), S. 409.

Vergewisserung unter Einbeziehung der Rechtsunterworfenen findet daher im gerichtlichen Verfahren statt. An diesem Punkt könnte die allgemeine verwaltungsrechtswissenschaftliche Diskussion um Öffentlichkeitsbeteiligung anschließen und nach der Ergänzungs- oder Kompensationsleistung der verschiedenen Verfahren fragen.³⁰⁸ Im gerichtlichen Verfahren ist die Einbeziehung freilich auf die Einbringung von Informationen und die Mitwirkung an der Ausdeutung der Rechtsmaßstäbe beschränkt und wirkt weder auf den ersten Zugriff und die damit verbundenen Ankereffekte³⁰⁹ noch im Ermessensbereich.³¹⁰ Sie kann daher eine Beteiligung und Artikulation im Verwaltungsverfahren nicht einfach entbehrllich machen.³¹¹

g) Letztentscheidungspflicht und Kommunikation

Dass Gerichte das letzte Wort haben, ist ein unrichtiger Gemeinplatz.³¹² Nicht 66 nur könnte sich diese Feststellung allein auf die letzte Instanz beziehen, es ist auch ungewiss, wo genau diese letzte Instanz im Neben- und Gegeneinander von nationalen und übernationalen, Fach- und Verfassungsgerichten zu verorten ist, schon weil genau genommen noch nicht einmal Ausgangsgericht und Berufungsinstanz einen identischen Prüfungsgegenstand und -maßstab haben müssen, § 128 Satz 2 VwGO. Was die Formel von der Letztentscheidung zum Ausdruck bringen könnte, ist der Umstand, dass die Entscheidung bestimmter Rechtsfragen strukturell letztlich Gerichten obliegt. Diese Feststellung hat wiederum für die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine besondere Bedeutung. Privaten Parteien steht es frei, auf die Rechtsform zu verzichten, wenn sie sich darauf einigen können. Diese Möglichkeit besteht im Verwaltungsprozess nicht, die Verwaltung kann auf den überprüfbar Maßstab des Rechts nicht verzichten.³¹³

³⁰⁸ Voßkuhle, Kompensationsprinzip (Fn. 147); Birgit Peters, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, 2020.

³⁰⁹ Siehe dazu → Rn. 137 ff.

³¹⁰ Siehe dazu → Rn. 119 ff.

³¹¹ Pascal Langenbach, Der Anhörungseffekt, 2017, S. 31 f.

³¹² Dazu Andrej Lang, Wider der Metapher vom letzten Wort: Verfassungsgerichte als Wegweiser, in: Rahel Baumgartner u. a. (Hrsg.), Das letzte Wort – Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie, 2014, S. 13 ff.

³¹³ Im Jahr 2019 wurden nur 2 Prozent aller verwaltungsgerichtlichen Hauptverfahren (4.259/208155) durch gerichtlichen Vergleich erledigt, s. Statistisches Bundesamt, Destatis, (Fn. 138), S. 18; im Vergleich dazu wurden im selben Zeitraum 13,7 Prozent (126.633/926.514) der amtsgerichtlichen Zivilverfahren durch Vergleich erledigt; hinzu kommen 75.726 Anerkenntnis- und Verzichtsurteile sowie fast 400.000 Versäumnisurteile, Klagerücknahmen und übereinstimmende Verfahrenerledigungen, die oftmals auf einer konsensualen Streitbeilegung beruhen dürften, s. Statistisches Bundesamt, Destatis Fachserie 10 Reihe 2.1, S. 18. Zur geringen Bedeutung konsensualer Streiterledigung im Verwaltungsrecht s. a. Sanáner/Wittmann, Unstreitige Beendigung (Fn. 292), S. 226; Markus Eisenbarth/Indra Spiecker genannt Döhmann, Der Verwaltungsprozess und das erste deutsche Mediationsgesetz, DVBl 2012, S. 993 (996); Karsten-Michael Ortloff, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 106 Rn. 21 (Aspekt der geringen „Vergleichselignung“); für eine höhere Bedeutung allerdings Michael Dolderer, in: Helge Sodan/Jan Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 106 Rn. 4; zur Reibung mit dem Offizialprinzip bereits BTDrucks 3/55, S. 42; zu den verwaltungsverfahrensrechtlichen Problemen mit dem Konsensprinzip mit Blick auf die Rechtstatsachen Ortloff, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 106 Rn. 11 ff.; Jörn A. Kümmerer, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), VwVfG, § 54 Rn. 7; zu den Hintergründen Michael Fehling, in: HK-VerwR, § 54 VwVfG Rn. 12 ff.; grundlegend Martin Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962.

Als noch wichtiger ist der Umstand zu bewerten, dass es anderen Gewalten im Prinzip nicht zusteht, die rechtliche Beurteilung eines Falls durch ein Gericht in Frage zu stellen. Die gerichtliche Entscheidung ist nicht einfach eine Meinung im Dialog der Gewalten, sondern sie kreiert eine Gehorsamspflicht für die anderen Hoheitsträger.³¹⁴ Aus diesem Grund ist die Weigerung der Verwaltung, eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung umzusetzen, ein problematischer Vorgang, der die Wirksamkeit der Rechtsordnung im Ganzen in Frage stellt.³¹⁵

67 Gerichte entscheiden, weil sie dazu verpflichtet sind. Sie unterliegen einem **Entscheidungszwang**,³¹⁶ dem Rechtsverweigerungsverbot, dessen positiv-rechtliche Anbindung aber ungewiss und dessen praktische Konsequenzen durch die Möglichkeit einer prozessualen Abweisung relativiert werden. Nichtsdestoweniger ist es bemerkenswert, dass Gerichte Ansinnen, die an sie gerichtet werden, stets mit einer verbindlichen Entscheidung versehen müssen. Das ist deswegen von Bedeutung, weil Gerichte damit auch die Grenzen ihrer eigenen Entscheidungspraxis in der Sache ausdrücklich und formalisiert bestimmen müssen. Anders als bei der Verwaltung gibt es bei der Gerichtsbarkeit demnach keinen nennenswerten Graubereich der Un- oder Halbtätigkeit.³¹⁷ Das nimmt ihr ein hohes Maß an Flexibilität. Sie kann grundsätzlich nicht aus ihrer Entscheidungsform heraus. Ihr Beitrag zur Konfliktlösung ist damit beschränkt; nur in dieser Beschränkung und dem Unterschied, den sie zur Entscheidungspraxis der Verwaltung begründet, lassen sich die spezifischen Leistungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit beschreiben. Gleichzeitig relativiert die gerichtliche Entscheidungspflicht ein primär auf Herstellung von Wahrheit und richtigen Ergebnissen fokussiertes Prozessverständnis.³¹⁸

68 Diese im Ausgangspunkt engen Grenzen der gerichtlichen Form und Verfahrensweise werden durch Praktiken gerichtlicher Fürsorge und gesetzliche Abweichungsmöglichkeiten vom formalen Verfahrensprogramm allerdings vielfach gelockert. Gerichtliche Hinweise in allen Verfahrensstadien, die aufgrund überschlagsmäßiger Prüfung unter Verweis auf eine Kostenreduktion eine Rücknahme oder einvernehmliche Verfahrensbeendigung nahelegen, sind angesichts der damit einhergehenden Arbeitersparnis für das Gericht gän-

69 ³¹⁹ Bis zu einem gewissen Punkt ist ein solches Abgehen von einer eher sphinxhaften gerichtlichen Rolle, die die Parteien bis zum Verfahrensabschluss über ihre Entscheidungsabsichten im Unklaren lässt, sogar durch die materielle Prozessleitungspflicht (§ 86 Abs. 3 VwGO) und das rechtliche Gehör vorgezeichnet.³²⁰ Gleichzeitig kann ein **Übermaß informeller Interventionen** die Besorgnis der Befangenheit begründen.³²¹ Neben diesen internen Spannungen der gerichtlichen Rolle eröffnet das Prozessrecht an verschiedenen Stellen auf Zustimmung basierende Möglichkeiten der Verfahrensstraffung. Gerichtsbescheid, § 84 VwGO, Entscheidung ohne mündliche Verhandlung, § 101 Abs. 2 VwGO, oder durch die Vorsitzende bzw. Berichterstatterin, § 87a Abs. 2 u. Abs. 3 VwGO, Verzicht auf die Stellung bescheidungspflichtiger Beweisangebote,³²² und Rücknahmefiktion bei Nichtbetreiben des Verfahrens, § 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO, eröffnen bei einer Kooperation der Parteien viel Raum für **beschleunigte Erledigung**. Dies birgt Herausforderungen an das Ethos richterlicher Verfahrensführung, weil der damit eröffnete Gestaltungsraum verantwortlich wahrgenommen werden muss. Insbesondere die Legitimation der Abweichungen durch das Konsensprinzip ist ernstzunehmen, was bei nicht oder erkennbar schlecht vertretenen Parteien eine gehaltvolle Aufklärung über die Bedeutung und Rechtsfolgen etwaiger Einverständnisse voraussetzt. Dass die unter dauerndem Erledigungsdruck stehende Praxis dem immer gerecht wird, ist jedenfalls keine Selbstverständlichkeit.

Wenn das Produkt des gerichtlichen Verfahrens eine Entscheidung ist, die von den anderen Staatsgewalten zu befolgen ist, dann ist damit freilich nur der formalisierte Endpunkt eines kommunikativen Vorgangs beschrieben, der vor und nach der Entscheidung Wirkungen entfaltet. Diese Wirkungen sind traditionell durch die strikte Form des gerichtlichen Verfahrens zurückgedrängt. Doch handeln auch Verwaltungsgerichte **unvermeidlich informell** in einem Austausch, den sie mehr oder minder neben der Form ihrer Entscheidungen praktizieren. Dabei sind **zwei Adressaten** eines solchen Dialogs von besonderem Interesse: die **Verwaltung** und die **Öffentlichkeit**. Als Partei im Verfahren hat die Verwaltung grundsätzlich keine Möglichkeit, verfahrensextern mit dem Gericht zu kommunizieren.³²³ Zugleich hat sie den Ausgang des Verfahrens durch verwaltungsverfahrenrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten oft in der Hand. Die Möglichkeit, das Verfahren vorzeitig zu beenden, dürfte schon aus Zeitgründen auch die klagende Partei interessieren. Die Möglichkeit, zu solchen Lösungen zu kommen, ist aber nicht losgelöst vom Prozessrecht zu verstehen; dieses kann da-

³¹⁴ Zur allgemeinen Entscheidungsgehorsamspflicht im Rahmen der personalen und sachlichen Rechtskraftgrenzen als Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG etwa *Schmidt-Aßmann*, in: *Mauz/Dürig, GG*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 289 m.w.N.; zur Erstreckung der Bindung auf andere Behörden und Verwaltungsträger *Wolf-Rüdiger Schenke*, in: *Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, VwGO*, § 121 Rn. 24; emphatisch etwa *BayVGH*, Beschl. v. 9.11.2018, 22 C 18.1718, Rn. 72ff. – Zwanghaft gegen staatliche Amtsträger; dort Verweis auf *BVerfGE* 47, 146 (161) – Schneller Brüter (1978).

³¹⁵ Siehe dazu → Rn. 211 f.

³¹⁶ Siehe dazu ausführlich *Lassahn, Parlamentsgesetz* (Fn. 7), S. 105–110, 229 f.

³¹⁷ Allgemein zur Bedeutung informellen Verwaltungshandelns → Bd. II *Fehling* § 37; *Hartmut Bauer*, *Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, *VerwArch*, Bd. 78 (1987), S. 241; *Horst Dreier*, *Informales Verwaltungshandeln*, *StwStP*, Bd. 4 (1993), S. 647; *Winfried Brohm*, *Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln*, *DVBl* 1994, S. 133; *Martin Kellner*, *Haftungsprobleme bei informellem Verwaltungshandeln*, 2003; *Michael Schramm*, *Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht*, 2016.

³¹⁸ Eindringlich zum Zusammenhang *Luhmann*, *Legitimation* (Fn. 127), S. 18 ff.: „Ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muss, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren“ (S. 21).

³¹⁹ Zur nicht immer leicht zu ziehenden Grenze zur unzulässigen gerichtlichen Überredung der Prozessbeteiligten *Kothe*, in: *Redeker/v. Oertzen* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 44; *Günter Breunig*, in: *Herbert Posser/Heinrich A. Wolff* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 95 ff.

³²⁰ *BVerfGE* 84, 188 (190); 86, 133 (144 f.); 98, 218 (263); *BVerwGE* 36, 264 (266 f.); *Kothe*, in: *Redeker/v. Oertzen* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 43; *Breunig*, in: *Posser/Wolff* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 93 m.w.N.; *Michael Dwin*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 131.

³²¹ *Claus Meissner/Wolfgang Schenk*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 54 Rn. 42 ff.; zum Spannungsverhältnis auch *Kothe*, in: *Redeker/v. Oertzen* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 44; *Breunig*, in: *Posser/Wolff* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 95 ff.; strenger für den Zivilprozess *Norbert Vossler*, in: *BeckOK ZPO*, 38. Aufl. 2020, § 42 Rn. 22.

³²² Zu den vielfältigen Grenzen der förmlichen Bescheidungsspflicht *Dwin*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 86 ff.; *Breunig*, in: *Posser/Wolff* (Hrsg.), *VwGO*, § 86 Rn. 60 ff.

³²³ Siehe dazu → Rn. 65.

für ausdrückliche Möglichkeiten und implizite Anreize setzen, was im Verwaltungsprozess – anders als im Zivilprozess, § 278 ZPO – aber nicht geschieht.³⁰¹ Denn wenn die Parteien durch einen außerprozessualen Dialog zu einem Ergebnis kommen, ist diese Art der Lösung aus Sicht des Prozessrechts mindestens ambivalent. Dem Phänomen des Strafverfahrensdeals nicht völlig unähnlich³⁰² können hier intransparente, gegenüber der Rechtsbindung verselbständigte Praktiken entstehen. Zudem nimmt das Gericht in einem solchen Verfahren einen moderierenden Modus an, der nicht nur die Formalisierung seines Handelns relativiert, sondern es auch an den Handlungsmodus der Verwaltung annähert. Wenn gewaltengegliederte Distanz gerade dadurch gesichert wird, dass Verwaltung und Gerichte ihre Entscheidungen in unterschiedlichen Verfahrenstypen erzeugen, wird jede moderierende Funktion der Gerichte zu einem Problem.³⁰⁶

- 70 Schließlich können Verwaltungsgerichte auch mit der Öffentlichkeit kommunizieren. Diese Form der Kommunikation hat sich in den letzten Jahren deutlich verändert. Gerichte bauen Pressestellen auf und vermitteln ihre Entscheidungen an die Medien, jüngst etwa forciert durch den „Pakt für den Rechtsstaat“.³⁰³ Während sich diese Entwicklung aus der Sicht der beteiligten Institutionen als notwendig darstellt, erscheint sie funktional zumindest der Überprüfung bedürftig.³⁰⁴ Wenn Gerichte in besonderer Weise auf die Formalisierung ihrer Entscheidungen angewiesen sind, dann unterminieren sie diese Form unter Umständen durch öffentliche Kommunikation außerhalb dieser Formen. Dies dürfte für Verfassungsgerichte, die unter beständiger öffentlicher Beobachtung stehen,³⁰⁵ ein größeres Problem sein als für Verwaltungsgerichte. Dennoch trifft die Erwartung, Entscheidungen außerhalb der dafür vorgesehenen Formen darzustellen und zu erklären, auch diese.

h) Begründung

- 71 In gerichtlichen Verfahren bestehen besondere Begründungslasten. Vor dem Hintergrund der allein rechtlichen Gebundenheit gerichtlicher Entscheidungen lässt sich dort nur durch Austausch von rechtlichen Gründen streiten.³⁰⁶ Alles, was gesagt wird, muss rechtlich angebunden werden und erhält erst aus dieser

³⁰¹ Zur geringen Bedeutung konsensualer Verfahrensbeendigung im Verwaltungsprozess – Fn. 313; kritisch gegenüber ausgleichenden Elementen Nolte, Eigenart (Fn. 2), S. 73–76, dort aber bezogen auf die gerichtliche Rolle.

³⁰² Siehe BVerfGE 133, 168 – Deal im Strafprozess (2013), durchgehend zu Geboten der Formalität und Transparenz.

³⁰³ Christoph Möllers, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR, Bd. 132 (2007), S. 493 (524 ff.).

³⁰⁴ Siehe www.brjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/BK-Beschluss-Rechtstaat.pdf?sessionid=87E1F3DF208E26A50DE2149804BC9016.1_cid297?__blob=publicationFile&v=1.

³⁰⁵ Kritisch etwa Jannika Jahn, Verfassungsrichter in der Defensive, Verfassungsblog, 21.5.2020, verfügbar unter <https://verfassungsblog.de/verfassungsrichter-in-der-defensive/>; positiv zur gerichtlichen Entscheidungskommunikation Gdrätz, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 233; Andreas Voßkuhle, Rechtsstaat und Demokratie, NJW 2018, S. 3154 (3157).

³⁰⁶ Christoph Möllers, Informelles Handeln des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt/Hidemitsu Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung II, 2019, S. 39.

³⁰⁷ Dies zum Kern von Rechtsprechung erhebend, aus dem sich die übrigen Besonderheiten der gerichtlichen Form ergeben Fuller, Adjudication (Fn. 222), S. 369.

Anknüpfung seine Verfahrensrelevanz. Das gilt auch für den Endpunkt des Verfahrens – die Entscheidung und ihre Begründung. Die Begründung gilt daher zu Recht als eine der Kernleistungen gerichtlichen Entscheidens.³³¹ Sie wurde aber nicht immer als so bedeutsam bewertet, wie es heute in der Praxis seinen Ausdruck findet, und es betrifft bis heute nicht in gleicher Weise alle Rechtssysteme.³³² Schon der Blick nach Frankreich zeigt, dass dort die gerichtliche Entscheidung und die mit ihr verbundene Klärung der Rechtslage als solche im Vergleich zur rechtfertigenden und normbildenden Begründung eine relativ größere Bedeutung hat.³³³ Eine besonders herausragende Bedeutung ergibt sich für den Verwaltungsprozess auch nicht ohne Weiteres aus dem Prozessrecht.³³⁴ Dieses hat zum „Wie“ der Begründung grundsätzlich nichts zu sagen, § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO, und wenn dann nur beschränkend, §§ 117 Abs. 5, 130b Satz 2 VwGO. Die Bedeutung des „Ob“ zeigt sich aber – jenseits etwaiger verfassungsrechtlicher Begründungspflichten, die allerdings letztinstanzliche Entscheidungen im Grundsatz ausnehmen³³⁵ – für Gerichte in ihrer Bedeutung als Revisionsgrund, § 138 Nr. 6 VwGO. Dennoch hat sich die Begründungspraxis der Verwaltungsgerichte unabhängig von einer entsprechenden gesetzlichen Pflicht so entwickelt, dass die Begründungen selbst im einstweiligen Rechtsschutz heute die Länge von Hauptsachebegründungen in vielen anderen Ländern übertreffen. Das ist auch deswegen bemerkenswert, weil das Verwaltungsgericht eigentlich weniger Begründungsleistung zu erbringen hat als die Verwaltung selbst, die sich auch zur Frage der Zweckmäßigkeit erklären muss, § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG, deren Begründungen aber in aller Regel deutlich kürzer sind. So stellt sich die Frage, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihre Begründungspflichten – vorbehaltlich von Unterschieden im Instanzenzug – gegenüber anderen Pflichten nicht zu ernst nimmt und mit Blick auf Leistungen wie Ansprechbarkeit, Verfahrensökonomie, Dauer und konkretes Rechtsschutzziel des Prozesses im Zweifel zu viel und zu lang begründet. Eine solche Frage erschien absurd, würde man die Rechtfertigung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung allein in der Begründung ausmachen. Eine solche Sicht verwechselte aber eine juristische Begründung mit einer philosophischen Rechtfertigung. Im Kontext des Verwaltungsprozesses geht es zunächst darum, unabhängige Entscheidungen zu treffen, deren Legitimation sich aus den gesetzlichen Verfahrensvorgaben, den materiellen Maßstäben und der Schutzwürdigkeit von in das Verfahren eingeführten Anliegen ergibt. Die Begründung ist notwendig, um diese Elemente

³³¹ Jürgen Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 162 und öfter; Jörg Lücke, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 1 ff.; Uwe Kischel, Die Begründung, 2003, S. 176 ff.

³³² Zum Erfordernis gerichtlicher Begründungen differenziert Fuller, Adjudication (Fn. 222), S. 387 f.

³³³ Christoph Schönberger, Höchstgerichtliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL, Bd. 71 (2012), S. 296 (302 ff.); s. a. Ruth Weber, Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht, 2019, S. 149 ff.

³³⁴ Zu den vergleichsweise schmalen Mindestanforderungen Berthold Clausen/Christiane Kimmel, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 117 Rn. 18 ff.; Andreas Lambiris, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 117 Rn. 18 ff.; Reseler, in: ders./v. Oertzen (Hrsg.), VwGO, § 117 Rn. 4 ff.

³³⁵ Siehe dazu ausführlich Kischel, Begründung (Fn. 331), insbes. S. 176 ff. m. w. N.; zur Begrenzung der verfassungsrechtlichen Pflicht auf rechtsmittelfähige Entscheidungen BVerfGE 30, 287 (289 f.); 65, 293 (295); 71, 122 (135 f.); 81, 97 (106); 86, 133 (146); 94, 166 (210); 104, 1 (7 f.); 118, 212 (238); kritisch zu dieser Einschränkung etwa Friedrich Hufen, VerwaltungsprozessR, Rn. 587; Kischel, Begründung (Fn. 331), S. 182 ff.

miteinander zu verknüpfen und nachvollziehbar zu halten. Aber die Einsicht in die Notwendigkeit darf nicht mit der Unterstellung eines Optimierungsgebots verwechselt werden, das die Länge und Ausdifferenziertheit der Begründung als Wert an sich unterstellt, dem sich andere Leistungen unterordnen müssten. Die auffällige Verwissenschaftlichung verwaltungsgerichtlicher Begründungen erfüllt nur begrenzt eine sinnvolle institutionelle Funktion, wenn sie mit wachsender Verfahrensdauer und Unzugänglichkeit der Argumente bezahlt werden muss.

2. Personal, Organisation und Gliederung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

- 72 Struktur und politisch-administrativer Kontext der Verwaltungsgerichtsbarkeit gehen nicht im geltenden Verfahrens- und Organisationsrecht auf. Keine Organisation, auch keine Gerichtsorganisation, entgeht der Informalität, auf die jede Formalisierung angewiesen ist.³³⁶ Informelle Faktoren dürfen daher im Weiteren nicht ausgeblendet werden. Aber auch der Blick auf die Form gibt teils wichtige Hinweise. So ressortieren die Verwaltungsgerichte in den Ländern zu meist im Justizressort, in Bayern dagegen im Innenministerium. Während es sich zahlenmäßig wohl nicht belegen lässt, dass diese Ausgestaltung zu einer verwaltungsfreundlicheren Verwaltungsgerichtsbarkeit führt, entsteht hier, aber auch in anderen Ländern, die auf eine Durchlässigkeit der Karrieren Wert legen, eine größere soziale Nähe zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung. Man könnte sagen, dass diese Nähe schon in der Spezialisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit³³⁷ angelegt ist, so sahen es jedenfalls deren Kritiker im 19. Jahrhundert.³³⁸ Eine solche Nähe kennzeichnet bis heute insbesondere das französische System.³³⁹ Ob dies ein Nachteil ist, hängt vom normativen Leitbild ab, das man an die Verwaltungsgerichtsbarkeit legt. Dieses ist naturgemäß nicht frei von Spannungen: einerseits in Distanz zur Verwaltung; andererseits kenntnisreich und sensibel für die Belange der Verwaltung.³⁴⁰

a) Ausbildung, Personal und Finanzen

- 73 Als – etwa im Vergleich zur Verwaltung – sehr kleine soziale Organisationen sind Gerichte besonders stark durch die Personen geprägt, die sie besetzen. Vor diesem Hintergrund erweisen sich Ausbildung, Personal und Finanzen als entscheidende Gestaltungs- und Steuerungsfaktoren, die der unmittelbar rechtlichen Gerichtsorganisation gleichwertig sein dürfen. Die zugleich zentrale wie praktisch schwierig zu ermessende Bedeutung des Ausbildungs- und Personalwesens für die Verwaltung³⁴¹ betrifft daher auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dabei sind bestimmte Faktoren hoch formalisiert. Dies gilt namentlich für die

gesetzliche Regelung der „Befähigung zum Richteramt“, § 5 DRiG, also die Regelausbildung durch zwei juristische Staatsexamina. Der dadurch festgelegte Stand der Richterschaft dürfte der entscheidende Faktor für ein hohes Maß an methodischer Homogenität darstellen. Es sind keine Methodenlehren, kein intellektueller Konsens, die die Einheitlichkeit des methodischen Vorgehens garantieren, sondern maßgeblich die vereinheitlichte Ausbildung in Hochschule und Referendariat.³⁴² Eine Rechtsordnung zentral prägende Faktoren wie Art, Weise und Üblichkeiten der Sachverhaltsfeststellung, Aufbau und Struktur rechtlicher Entscheidungen, Zitierroutine und Maß der Deferenz gegenüber höheren Instanzen, Begründungsduktus oder Tugenden richterlicher Nüchternheit und Zurückhaltung werden in erster Linie im Wege der Nachahmung und – im Referendariat – mit Blick auf gesetzlich festgelegte Stoffkataloge oder von Prüfungsämtern gestaltete Klausuren erlernt. Dabei wird man sagen können, dass die Juristinnenausbildung nicht nur auf Infragestellung, Pluralität und Differenz, sondern auch auf Einheitlichkeit und Gleichförmigkeit zielt. Eine gute oder „praktisch brauchbare“ Falllösung zeichnet sich – jedenfalls im Zweiten Examen – dadurch aus, den herrschenden Stand der gerichtlichen Auslegungs- und Anwendungspraxis möglichst zügig und eingängig auf den infrage stehenden Sachverhalt umzumünzen und alles, was der Fall an Besonderheiten und die Parteien an Vortrag zu bieten haben, adäquat zu verarbeiten. Aufgabe ist die Erledigung rechtlicher Anliegen unter Vermeidung von Irritation der gängigen Praxis und der Parteien, nicht notwendig die feinsinnige Zuspitzung einer rechtlichen Streitfrage. Zwischen der individuellen Verarbeitung eines spezifischen Falls im gerichtlichen Verfahren und der effektiven und zügigen Entscheidung vieler gleichförmiger Fälle, wie sie zumindest die bürgergerichteten Teile der Verwaltung häufig prägt, besteht eine Spannung, die die Ausbildung nicht einfach auflösen kann.

Jenseits der Ausbildung wird die Frage des Personals maßgeblich durch Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen geprägt. Erstere orientieren sich stark an der Examensnote und verweisen damit zurück auf die der juristischen Ausbildung zugrunde liegende Zielprogrammierung. Damit stellt sich auch hier die Frage, wie ausgewogen die in der Ausbildungsstruktur implizierte Balance zwischen Problematisieren und Infragestellen von „Fällen“ und andererseits deren Entscheidung bzw. dem Außerfragestellen ist. Ähnliches gilt für Beförderungsentscheidungen, bei denen das Muster des Berufsbeamtentums³⁴³ ebenfalls entscheidend wirken dürfte. Zentrale Institution ist hier die „dienstliche Beurteilung“, ein stark formalisiertes System der stetigen Evaluierung, das verfahrensmäßig dem Modus der Verwaltung angenähert ist, das aber die Unabhängigkeit der einzelnen Richterinnen wahren muss³⁴⁴ und zugleich den personal- und evaluationsverantwortlichen Stellen in der Justiz wegen deren institutioneller Unab-

³³⁶ Siehe Niklas Luhmann, *Folgen und Funktionen formaler Organisation*, 4. Aufl. 1995, S. 85 ff.; Möllers, *Möglichkeit* (Fn. 99), S. 271–274.

³³⁷ Dazu → Rn. 89 ff.

³³⁸ Dicey, *Introduction* (Fn. 16).

³³⁹ Siehe die Netzwerkanalyse für den Conseil d'État bei Bruno Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, 2002, S. 128.

³⁴⁰ Siehe für eine Analyse des Problems der *regulatory capture* in ihrer Anwendung auf die Gerichte J. Jonas Anderson, *Court Capture*, *Boston College Law Review*, Bd. 59 (2018), S. 1543 (insbes. 1548 f.).

³⁴¹ → Bd. II *Vollziele/Kaiser* § 41 Rn. 1.

³⁴² Siehe Fabian Wittreck, *Das Referendariat – „Erziehung zum Establishment“?*, *Ad Legendum* 2014, S. 249; ebenso und auch zum Weiteren Martin Minkner, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, 2015, S. 765–773.

³⁴³ Siehe dazu → Bd. II *Vollziele/Kaiser* § 41 Rn. 58 f.; Helmut Lechler, *Das Berufsbeamtentum – Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 359; Wolfram Höfling/Christian Burkiczak, *Die Garantie der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums unter Entwicklungsvorbehalt*, *DÖV* 2007, S. 325.

³⁴⁴ Siehe dazu → Rn. 46 ff.

hängigkeit eine außerordentliche Machtstellung verschafft. Während also beamtenrechtliche Beurteilungen der „Eignung“ in einem Kontext stattfinden, der immer zugleich hierarchisch-politisch eingebunden ist, ist die dienstliche Beurteilung in der Richterschaft dem Anspruch nach und institutionell losgelöst vom politischen Raum. In der Sache transportieren dienstliche Beurteilungen oftmals ähnliche Gütekriterien wie oben geschildert: Entscheidend sind – sicherlich auch wegen der leichteren Objektivierbarkeit – insbesondere Erledigungszahlen und damit ein Parameter, der für (verwaltungs-)gerichtliche Arbeitsqualität nicht allein aussagekräftig sein kann.³⁴⁵

75 Auch personelle Diversität ist als Steuerungsfaktor gerichtlicher Tätigkeit in den Blick zu nehmen. Statistisch recht gut erfasst ist dieser Faktor für die Geschlechterdiversität. Hier liegt die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit einem Frauenanteil von insgesamt 43,49 Prozent³⁴⁶ im Jahr 2018 im Mittelfeld der Gerichtsbarkeiten, wobei die Lage auf Bundesebene, also in den Spitzenpositionen, mit 28 Prozent (16 aus 57) im Vergleich dazu und zur ordentlichen Gerichtsbarkeit (34,5 Prozent) noch Nachholbedarf erkennen lässt. Die teilweise schon wieder beklagte „Feminisierung“ der Justiz³⁴⁷ ist daher jedenfalls in den leitenden Positionen eher ein Phantom. In jüngerer Zeit nicht systematisch erfasst ist die Zusammensetzung der Richterschaft nach sozialer Herkunft,³⁴⁸ obwohl vereinzelte veraltete Studien hier eine starke Stratifizierung aufgezeigt haben.³⁴⁹ Nicht gut erfasst, aber soweit bekannt sehr gering ist die Repräsentation von Personen mit Migrationshintergrund.³⁵⁰ Ein verfassungsrechtlich rückgebundener Faktor für das Personal ist das Dienstrecht, insbesondere das Eignungsmerkmal der Verfassungstreue³⁵¹ und das Mäßigungsgebot (§ 39 DRiG). Während beide Figuren in den siebziger und achtziger Jahren hauptsächlich die Abgrenzung zur radikalen politischen Linken gewährleisten sollten, stellen sich vergleichbare Fragen in jüngerer Zeit verschärft in Bezug auf den rechten Rand.³⁵²

76 Jenseits der qualitativen Dimension stellt sich die quantitative Frage der Personalausstattung und damit zugleich der Finanzausstattung der Verwaltungsgerichte. Zentrales Analyse- und damit auch Steuerungsinstrument ist hier die 2005 erstmals auch in den Fachgerichtsbarkeiten durchgeführte und 2016 zuletzt fortgeschriebene systematische Erfassung des Personalbedarfs über das von ei-

³⁴⁵ Zur Kritik am Fokus auf Erledigungszahlen *Fabian Wittreck*, Durchschnitt als Dienstpflicht, NJW 2012, 3287 (3291 f.), der Erledigungszahlen als nur sekundäres Kriterium gutheißt; *ders.*, Erledigungszahlen unter (Dienst-)Aufsicht?, DRiZ 2013, 60 f.

³⁴⁶ Bundesamt für Justiz, Richterstatistik 2018, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal_node.html.

³⁴⁷ Vgl. *Friederike Bahl*, Autorität im Richteramt und die „Feminisierung“ der Justiz, in: *Hilge Landwehr/Catherine Newmark* (Hrsg.), Wie männlich ist Autorität?, 2018, S. 125.

³⁴⁸ Zu diesem Problem *Brun-Otto Bryde*, Justizsoziologie, in: *GS Wenz*, 2000, S. 137 f.

³⁴⁹ *Ralf Dahrendorf*, Bemerkungen zur sozialen Stellung und Herkunft der Richter an Oberlandesgerichten, in: *ders.*, Gesellschaft und Freiheit, 1961, S. 176; *Wolfgang Kaupen*, Die Hüter von Recht und Ordnung, 1969; s. aber aus jüngerer Zeit *Georg Grinstäudl*, Richterauswahl und Richterausbildung im Systemvergleich, 2018, S. 212 ff.

³⁵⁰ *Andreas Maisch*, Migranten in Roben, 2019, S. 46 ff.; *Fabian Wittreck*, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVDStRL, Bd. 74 (2015), S. 115 (130).

³⁵¹ Siehe dazu *BVerfGE* 39, 334 (Ls. 1 bis 9).

³⁵² Siehe etwa *BVerfGE* 145, 69 (74 ff., Rn. 23–27); überblicksartig zum Problem jüngst *Joachim Wagner*, Rechte Roben, NJW-aktuell v. 16.4.2020, S. 18; für einen sehr problematischen Fall etwa *VG Gießen*, Urte. v. 9.8.2019, 4 K 2279/19, insbes. Rn. 43 ff.

ner großen Unternehmensberatung entwickelte und weiterhin betreute „Personalbedarfsrechnungssystem – PEBBSY“.³⁵³ Es dient den Landesjustizverwaltungen als Orientierungshilfe und Rationalisierung der Bedarfsplanung, indem es den Arbeitsanfall bei den Gerichten über eine Basiszahl und verschiedene Faktoren für die einzelnen Verfahrensarten und Gegenstände in Gestalt von zur Funktionserfüllung erforderlichen Arbeitsminuten mess- und veranschlagbar zu machen versucht.³⁵⁴ Trotz einigen Unbehagens in der Richterschaft mit dem streng betriebswirtschaftlich operierenden Instrument³⁵⁵ ist die PEBBSY-Zahl inzwischen – weitgehend unter dem Radar der Prozessrechtslehre – ein fester Bestandteil des verwaltungsgerichtlichen Arbeitsalltags. Die Rückwirkungen dieses Systems auf Personal- und Beförderungsentscheidungen sind kaum belastbar zu erfassen, dürften aber die oben angesprochene Erledigungslogik forcieren.³⁵⁶ Die Frage der Personal- und Finanzausstattung ventiliert sich praktisch – und das ist der gedankliche Ausgangspunkt der PEBBSY-Berechnung³⁵⁷ –, wenn auch vielfach vermittelt, zuvorderst bei der Verfahrensdauer, die gerade in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach wie vor als Problem gelten muss.³⁵⁸ In besonderen Fällen kann der Gesetzgeber durch die Einstellung von Lebenszeitbeamten als Verwaltungsrichtern auf Zeit besondere Belastungen auffangen, § 18 VwGO.³⁵⁹ Grundsätzlicher stellt sich die Frage, inwieweit die Einstellungszahlen auch Einfluss auf die Art der gerichtlichen Kontrolle haben, ob sich etwas wie eine faktische Kontrolldichte beobachten lässt, die mit der Belastung der Verwaltungsgerichte und ihrem Personalstand zusammenhängt. Klar ist, dass Art und Weise, in der Gerichte Verwaltungshandeln überprüfen, auch eine Funktion des organisatorischen Kontexts ist.³⁶⁰

b) Gerichtsorganisation und deren Folgen

Gerichte sind Organisationen, in die Spruchkörper und Richter eingegliedert werden.³⁶¹ Dabei folgt die gerichtliche Organisation einerseits dem Grundsatz

³⁵³ Zum Überblick s. etwa *Peter Detemple/Andreas Hellenbrand*, PEBBSY-Fortschreibung 2016, BDVR Rundschreiben 1/2016, S. 9 ff.

³⁵⁴ PEBBSY-Fortschreibung Endgutachten 2016, S. 6 ff., abrufbar unter <http://th.bdr-online.de/images/stories/PEBBSY/PEBBSY-Fortschreibung-2016-Hauptband.pdf>.

³⁵⁵ Siehe etwa die Erklärung des Bundesvorstands der Neuen Richtervereinigung vom 22.4.2015, abrufbar unter <https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/pebbys-408.html>.

³⁵⁶ Zu dieser Sorge s. a. *Jan Bodanowitz*, in: *Helmut Schnellenbach/Jan Bodanowitz*, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, Rn. 582 mit Fn. 44a.

³⁵⁷ Siehe den Methodenteil der PEBBSY-Fortschreibung Endgutachten 2016, S. 9 ff., abrufbar unter <http://th.bdr-online.de/images/stories/PEBBSY/PEBBSY-Fortschreibung-2016-Hauptband.pdf>.

³⁵⁸ Siehe zum Problem etwa *EGMR*, 2.9.2010, Nr. 46344/06 – *R. v. Deutschland*; *BVerfGE* 147, 146. Im Jahr 2018 lag die Verfahrensdauer (Hauptverfahren) im Durchschnitt bei 11,7 Monaten, im Jahr 2019 bei 15,3 Monaten (ohne Asylkammern: 12,8 Monate), s. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 138), S. 25, 28.

³⁵⁹ Siehe dazu *BVerfGE* 148, 69 – Richter auf Zeit (2018).

³⁶⁰ Der Zusammenhang ist aber selten so unmittelbar, dass er sich rechtlich aufgreifen lässt, s. prominent *EuGH*, Urte. v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, Rn. 45–51 (portugiesische Richter); *BGH* (Dienstgericht des Bundes) NJW 2020, S. 3320 (zulässige Abmahnung wegen unvertreibar Erledigungszahlen); zur Relevanz adäquat ausgestatteter Kontrollorgane jüngst *BVerfGE* 154, 152 (294 ff., Rn. 283–288).

³⁶¹ Vgl. zu den Grundzügen der verwaltungsgerichtlichen Gerichtsorganisation *Winfried Brohm*, Stellung und Funktion des Verwaltungsrichters, DV, Bd. 24 (1991), S. 138 (146–148); *Felix Koehl*, Die personelle Ausstattung der Verwaltungsgerichte und die konkrete Besetzung der Richterbank, DVP 2018, S. 295 (Teil 1) und S. 351 (Teil 2).

der richterlichen Selbstorganisation, namentlich durch Rezeption des Zweiten Titels des GVG in § 4 Satz 1 VwGO, und andererseits einer hierarchischen Struktur im Gericht durch die Zuweisung der Dienstaufsicht an den Präsidenten, § 38 Abs. 1 VwGO, und innerhalb der Spruchkörper durch die Einrichtung von Vorsitzenden.³⁶² Diese Hierarchien schaffen keinen Durchgriff auf die unabhängige Entscheidung der Richter, sie sind aber für das berufliche Weiterkommen und die Verteilung der Fälle von großer praktischer Bedeutung. In dieser Form ist die gerichtliche Organisation erkennbar darauf angelegt, die Arbeit der Richterinnen nicht direkt hierarchisch zu steuern, sondern praktisch auf eine bestimmte Art der Entscheidungsfindung hin zu sozialisieren. Nicht nur lässt noch die genaueste materielle Regulierung Spielräume für sehr unterschiedliche Entscheidungen eines Falls; vor allem macht das Prozessrecht für den praktischen Aufbau, den Stil und die Begründungsdichte einer Entscheidung so gut wie keine Vorgaben. Der vergleichsweise hohe Grad an Homogenität, der auch wissenschaftlich mangels einschlägiger Literatur über die Form des gerichtlichen Urteils unterreflektiert bleibt, ergibt sich nicht aus dem Recht, sondern aus der Ausbildung im Vorbereitungsdienst, aus Massen grauer Literatur und eben auch maßgeblich aus der Organisation des Gerichts. Deren Funktion dürfte maßgeblich darin liegen, die durch die richterliche Unabhängigkeit geschaffenen Spielräume auf eine Art und Weise einzufangen, die keiner politischen, sondern einer justiz eigenen Logik folgt. Eine solche Struktur hat Vorteile. Sie garantiert Vorhersehbarkeit und Binnenrationalität, ohne dass diese Leistungen von einer politischen Intervention abhängig wären. Weil diese Form der Homogenisierung aber keiner ausdrücklichen formellen Entscheidung, sondern einer organisierten Übung folgt, werden die Entscheidungspraktiken der Gerichte stark pfadabhängig und damit als mächtige Routinen sehr schwer zu verändern. Dies fällt bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit deutlicher ins Gewicht als bei der Zivilgerichtsbarkeit, weil letztere sich durch ihre stärkere Abhängigkeit vom Parteivortrag nicht in gleicher Weise in ihren Praktiken verselbständigen kann.

78 Vielleicht die praktisch relevanteste Entscheidung der gerichtlichen Binnenorganisation stellt die Zuweisung von Entscheidungen zu Einzelrichtern dar.³⁶³ Mit ihr gibt es keine konkrete Erörterung der Entscheidung zwischen Richtern mehr, keine offene informelle Meinungsbildung, sondern nur noch die nach außen gerichtete Form der Begründung.³⁶⁴ Während die allgemeine Regel zur Überweisung an Einzelrichter, § 6 VwGO, Entscheidungen nach Relevanz zuweist, hat die Praxis diese Regel namentlich im Flüchtlingsrecht³⁶⁵ und ähnlich

³⁶² Redeker, in: ders./v. Oertzen (Hrsg.), VwGO, § 4 Rn. 1; ders., in: ders./v. Oertzen (Hrsg.), VwGO, § 38 Rn. 1f.; Fabian Wittreck, in: Klaus F. Gärditz (Hrsg.), VwGO, § 38 Rn. 3.

³⁶³ Im Jahr 2019 wurden nur 13 Prozent (27.019/208.155) der Verfahrensabschlussentscheidungen von Kammern getroffen (ohne Asylkammern: 24 Prozent), s. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 138), S. 30.

³⁶⁴ Zur Kritik an der Auflösung des Kollegialprinzips Uwe Berlit, Reformbedarfe im Asylprozessrecht, DVBl 2015, S. 657 (660); Andreas Hamann, Das Kollegialprinzip und der "Einzelrichter" nach der 4. Novelle zur VwGO, VerwArch, Bd. 83 (1992), S. 201 (202); Helmut Schmellenbach, Das Spruchkörperprinzip in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS Menger, 1985, S. 341 (345 ff.); weniger scharf Jürgen Held, in: Sommermann/Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 989 (1009); Koehl, Personelle Ausstattung I (Fn. 361), S. 297.

³⁶⁵ Siehe dazu Gärditz, in: ders. (Hrsg.), VwGO, § 6 Rn. 21.

im benachbarten Sozialrecht³⁶⁶ nicht aus solchen Gründen, sondern allein aus Kapazitätsgrenzen ausgehöhlt bzw. ausdrücklich spezialgesetzlich derogiert.³⁶⁷ Das ist bedenklich, weil es hier um Entscheidungen geht, die mit ihrer existenziellen Bedeutung tief in den Rechtsstatus der Betroffenen hineinreichen. Funktional macht es einmal mehr deutlich, dass der Individualrechtsschutz keineswegs das dominante Motiv der Steuerung mit Mitteln des Prozessrechts ist. Über die Verfahrensweise des § 87a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 VwGO wird in der Praxis zudem die in § 6 Abs. 1 Satz 2 VwGO vorgesehene einjährige Sperrfrist für eine Einzelrichterübertragung auf Proberichter durch das Institut des „konsentierten Einzelrichters“ weitgehend wirkungslos.³⁶⁸ Eine unzulässige Umgehung liegt darin – trotz des wohl oftmals gegebenen Zustimmungsdrucks – nicht, weil in diesen Fällen die Kammer den Zugriff auf das Verfahren behält und die mit dem Kollegialprinzip verbundenen, im ersten Richterjahr offenbar für sinnvoll erachteten, Mechanismen der Hemmung richterlicher Machtvollkommenheit (Austausch, Mehraugenprinzip usw.)³⁶⁹ daher praktisch greifen.³⁷⁰

Verlässt man die gerichtliche Binnenorganisation und blickt auf die Gliederung der Gerichtsbarkeit insgesamt, fällt auch hier die dezentrale Gerichtsorganisation ins Auge.³⁷¹ Die durch die richterliche Unabhängigkeit vorgezeichnete Zersplitterung und vielfältige Brechung gerichtlicher Entscheidungszuständigkeiten auf Binnenebene wird in den Flächenbundesländern und auf föderaler Ebene³⁷² also wiederholt. Zwar sind auch die Verwaltungen unter Bedingungen bundesstaatlicher und gemeindlicher Gliederung vielfältig gegliedert. Es handelt sich bei den Gerichten wegen des Anspruchs auf Unabhängigkeit jedoch nicht um eine bloß organisatorische Aufteilung, sondern um eine echte Zuweisung von eigenen, irreduziblen Entscheidungskompetenzen. Niemand kann die Entscheidung eines einmal zuständigen Spruchkörpers an sich ziehen, für diesen eintreten und sprechen, Art. 101 GG. Diese Zuweisung ist – anders als bei Selbsteintrittsrechten und Ersetzungsbefugnissen im Rahmen der föderalen Verwaltungsstruktur³⁷³ – weitgehend absolut. Es handelt sich damit bei dem die Gerichtsorganisation beherrschenden Grundgedanken um einen Extremfall der Dezentralisation – im Gegensatz zur Dekonzentration, die als schlichte Folge rationalisierender Aufgabengliederung in allen komplexeren staatlichen Strukturen anzutreffen ist.³⁷⁴

³⁶⁶ Siehe dazu Gärditz, in: ders. (Hrsg.), VwGO, § 6 Rn. 23.

³⁶⁷ § 76 Abs. 1 AsylG; § 12 Abs. 1 SGG.

³⁶⁸ Vgl. zur parallelen Anwendbarkeit VGH BW, Beschl. v. 25.1.2011, A 9 S 2774/10, Rn. 4; Joachim Kronisch bzw. Wilfried Peters, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 6 Rn. 74 bzw. § 87a Rn. 24 ff.; dagegen Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 87a Rn. 4.

³⁶⁹ Ähnlich Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 87a Rn. 4: „kollegiale Binnenkontrolle“.

³⁷⁰ Zum Unterschied der originären Einzelrichterzuweisung und des Vorgehens nach § 87a Abs. 3 i. V. m. 2 VwGO Kronisch bzw. Peters, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 6 Rn. 61 ff. bzw. § 87a Rn. 24 ff.; zu den wesentlich weiter reichenden Folgen der förmlichen Übertragung Gersdorf, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 6 Rn. 37 ff.

³⁷¹ Dazu näher → Rn. 89 ff.

³⁷² Dazu sogleich → Rn. 85.

³⁷³ Beispielsweise § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, § 47 Abs. 5 Satz 2 BauO BW, § 116 BbgKVerf.

³⁷⁴ Zum Unterschied von *décentralisation* und *déconcentration* instruktiv das französische Recht; s. etwa Jean-François Larit, *Décentralisation et déconcentration: antagonisme ou complémentarité*, La Revue administrative, Bd. 39 (1986), Nr. 229, S. 27.

80 Richterliche Unabhängigkeit und dezentrale Gliederung sind zugleich organisatorische Verstärkungen und Sicherungen der besonderen Faltoffenheit und des Fallbezugs gerichtlicher Entscheidungen. Die Zergliederung und institutionalisierte Abschirmung gegen hierarchische Einflüsse, gegen den aktuellen politischen Willen und gegen die „öffentliche Meinung“ öffnet das Gericht für den Einfluss des konkreten Falls. Der Sachverhalt, das Begehren, der Vortrag, die Parteien, ihre rechtliche Vertretung – nicht andere Dinge, nicht der gesamte Kontext – sollen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben den Gang und Ausgang des Verfahrens bestimmen. Das gerichtliche Verfahren ist damit eine rechtlich bestimmte Art der **gleichzeitigen Kontextualisierung und Dekontextualisierung**. Es ist seiner Anlage nach besonders offen für die Parteien und ihre Anliegen und entschieden geschlossen für alles andere.³⁷⁵ Damit sperrt es sich strukturell gegen eine lenkende Einflussnahme und Steuerung mit Blick auf allgemeine Ziele. Stattdessen können sich im Verfahren die zahllosen bei den Parteien vorhandenen Interessen anhand der jeweiligen rechtlichen Maßstäbe artikulieren. Eine gezielte Einflussnahme bricht sich so im Konzert der Individualinteressen.

c) Instanzenzug

81 Die steuerungsaverse dezentrale Gerichtsorganisation wird durch die Einbindung in den Instanzenzug allerdings teilweise wieder eingefangen. Die Organisation eines Instanzenzugs stellt eine zentrale organisatorische Determinante gerichtlichen Entscheidens dar. Ein konventionelles Modell wird den Instanzenzug als eine Form der **Aufbereitung, Vereinheitlichung und Richtigkeitsgewähr** der Fallentscheidung lesen.³⁷⁶ Freilich bedürfen alle drei Funktionsbestimmungen der Qualifikation. Ob Entscheidungen der höchsten Instanz „richtiger“ sind als die der Eingangsinstanzen, lässt sich ohne ein sicheres Richtigkeitskriterium nicht beurteilen. Die Entscheidungsgewalt der höheren Instanz ist eine institutionelle Entscheidung, die nur Sinn ergibt, wenn sie sich nicht durch inhaltliche Kriterien rechtfertigen muss. Etwas anderes könnte sich aus Organisations- und Verfahrensvorgaben ergeben, etwa aus der Besetzung der Berufungsinstanz mit drei und der Revisionsinstanz mit fünf Berufsrichtern, §§ 9 Abs. 3, 10 Abs. 3 VwGO. Einer in der Selbstbeschreibung oberster Gerichte nicht selten geäußerten Vermutung zufolge³⁷⁷ garantiert eine solche große Besetzung gemeinsam mit eingehender Beratungszeit eine erhöhte Qualität von Entscheidungen gegenüber den Vorinstanzen. Dass solche Ressourcen nützlich sein können, ist nicht zu bezweifeln. Die gegenüber der Eingangsinstanz regelmäßig heraufgesetzte Besetzung oberster Instanzen kann man angesichts der großen Macht letztinstanzlicher Gerichte, die im Verwaltungsrecht oftmals den Verwaltungsgerichtshöfen und Oberverwaltungsgerichten zukommt, § 137 Abs. 1 VwGO, jedenfalls auch

als eine Form **interner Gewaltenteilung** verstehen. Mehr als um Richtigkeitsgewähr dürfte es dem Instanzenzug also um eine **verbesserte Legitimation gerichtlicher Entscheidungen** gehen. Das gilt auch mit Blick auf das Verfahren: Der Umgang mit der Zurückweisung eines rechtlichen Begehrens fällt leichter, wenn durch mehrere dazu eingesetzte Instanzen bekräftigt wurde, dass es unbeeidlich ist. Zugleich wird das Anliegen der unterliegenden Partei auch für Dritte noch klarer als Nicht-Recht markiert und vereinzelt,³⁷⁸ was ebenfalls legitimierend und befriedend wirkt. Im Instanzenzug wird das Legitimationsbedürfnis, die **Befriedungs- und Konfliktbewältigungsfunktion** gerichtlicher Verfahren und Formen also besonders greifbar.

Die **Vereinheitlichungsleistung** eines Instanzenzugs ist ebenfalls eine wichtige Funktion sowohl der Berufung als auch der Revision. Fälle, in denen sich offene und von verschiedenen Gerichten unterschiedlich beantwortete Rechtsfragen stellen, kommen vor, auch wenn sie insgesamt zu selten sein dürften, um das System des Instanzenzugs zu rechtfertigen. Das hohe Maß an Ausdifferenziertheit der Begründungen macht es auch nicht immer einfach, solche Fragen klar zu identifizieren. Zugleich kann die Funktion der Vereinheitlichung nur im Kontext eines Problemlösungspluralismus verstanden werden, in dem unterschiedliche Lösungen erst einmal zur Verfügung gestellt und verglichen werden können, bevor einheitlich entschieden wird.³⁷⁹ In diesem Zusammenhang erfüllt die Vereinheitlichung eine orientierende Funktion. Dennoch versteht sich die Vorstellung, dass eine unterschiedliche Entscheidung der gleichen Rechtsfrage durch verschiedene Verwaltungsgerichte nur als Übergang zu einer einheitlichen Lösung zu ertragen sei, nicht von selbst – und zwar auch nicht rein funktional, also jenseits ohnehin ausdrücklich vorgesehener föderaler Vielfalt. Unterschiedliche Spruchpraktiken halten alternative Lösungen für die Beteiligten bereit und verhindern von der Rechtsprechung eingeleitete Pfadabhängigkeiten, aus denen der Gesetzgeber Betroffene häufig nicht mehr befreit.³⁸⁰ Dafür, dass Vielfalt gegenüber einer einseitigen Betonung auf Einheitlichkeit den Vorrang beansprucht, spricht auch der Umstand, dass das deutsche Prozessrecht keine förmliche Bindung an Präjudizien und höhere Instanzen kennt. Dadurch wird die Durchsetzung einer ober- oder höchstgerichtlichen Rechtsprechungslinie von einer Notwendigkeit zu einer bloßen Option, die in § 124 Abs. 2 Nr. 4, 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO den Beteiligten eingeräumt wird.

Die Arbeitsteilung zwischen den drei Instanzen des deutschen Verwaltungsrechtszuges dient schließlich auch der **Aufbereitung des Materials**; genau genommen haben alle drei Instanzen unterschiedliche „Fälle“ zu entscheiden. Die dabei vom Prozessrecht unterstellte Unterscheidung von Tatsachen- und Rechtsfragen hat, wiewohl sie theoretisch nicht einfach zu fundieren ist,³⁸¹ auf die Be-

³⁷⁵ Zur Isolierung des Anliegens des Klägers in den Augen Unbeteiligter als Funktion des Prozesses s. *Luhmann, Legitimation* (Fn. 127), S. 121–128; es gehe darum, den Betroffenen „als Problemquelle zu isolieren“ (S. 121).

³⁷⁶ Siehe zur vergleichbaren Theorien des föderalen Prinzips *Matthias Jestaedt, Bundesstaat als Verfassungsprinzip*, in: *HStR II* § 29 Rn. 12; *Michael Burgess, Comparative Federalism*, 2006.

³⁷⁷ Vgl. *BVerwGE* 52, 122 (127 f.); zum Einfluss Weyreuthers, aber auch allgemein zur Dominanz der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gegenüber dem Gesetzgeber *Horst Sandler, Über Wechselwirkungen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung im Bau- und Umweltrecht*, in: *FS Weyreuther*, 1993, S. 3 (5 ff.).

³⁷⁸ *Möllers, Möglichkeit* (Fn. 99), S. 208 ff.

³⁷⁹ Ähnlich sieht *Marc Galanter, Why the „Haves“ come out ahead*, *Law & Society Review*, Bd. 9 (1974), S. 95 (138), eine gezielte Abschirmung von der Umwelt durch die gerichtlichen Formen.

³⁷⁶ Siehe nur *Paul Stelkens/Nicolai Panzer*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 2 Rn. 9.

³⁷⁷ Zur Rechtfertigung des Kollegialprinzips als Richtigkeitsgewähr s. etwa *BVerfG, NJW* 1999, S. 274; für die Verwaltungsgerichtsbarkeit etwa *Jörg Schmidt, Organisatorische und verfassungsrechtliche Bedingungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Aufgabenbewältigung*, *VBIBW* 2000, S. 53 (54); speziell für das BVerfG, aber wohl verallgemeinerbar *Johannes Masing, Entscheidungen in unterschiedlichen Spruchkörpern. Einblicke in die innere Verfassung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Jestaedt/Suzuki* (Hrsg.), *Verfassungsentwicklung II*, 2019, S. 177.

handlung der Fälle praktisch einen entzerrenden, die Komplexität des Materials ordnenden Effekt. Abgrenzungsprobleme machen sich dabei auch in der Rechtsprechung bemerkbar, namentlich in der Tendenz der Revision, durch bestimmte Rechtsfragen auch einen Zugriff auf die Sachverhaltsdeutung zu gewinnen, die freilich im Prozessrecht angelegt ist, § 137 Abs. 2 VwGO.³⁸² Dies schmälert die vertikale Arbeitsteilung nicht notwendig. Freilich ist zu bemerken, dass die Aufbereitung des Sachverhaltes oftmals den komplexeren und aufwändigeren Teil der gerichtlichen Arbeit darstellt, so dass sich aus dieser Sicht die nach oben wachsende Größe der Spruchkörper nicht rechtfertigen lässt. Abweichungen von dieser Arbeitsteilung ergeben sich vor allem aus der Beschleunigungsgesetzgebung im Gefolge der deutschen Einheit.³⁸³ Neben föderal gerechtfertigten Zuweisungen von Entscheidungen zum Bundesverwaltungsgericht als erster und einziger Instanz, z. B. § 50 Nr. 1 und 5 VwGO, finden sich mit der Zuweisung der erstinstanzlichen Kontrolle von Planungsentscheidungen, § 50 Nr. 6 VwGO, auch dysfunktionale Zuweisungen. Hier kompensiert der Gesetzgeber die letztlich durch eine praktische Pfadabhängigkeit entstandene Verfahrensdauer mit einem in der Sache unpassenden Instrument, ersetzt also eine Dysfunktionalität durch eine andere.³⁸⁴

84 Die zentrale Steuerungsfrage liegt in der Ausgestaltung des richtigen Maßes an Durchlässigkeit zwischen den Instanzen. Eine allein an Richtigkeitsgewähr und individueller Rechtsdurchsetzung orientierte Konzeption würde den Instanzenzug weitgehend öffnen.³⁸⁵ Eine differenziertere Rekonstruktion muss dagegen weitere Kriterien in Betracht ziehen, insbesondere den Eigenwert der bereits getroffenen erstinstanzlichen Entscheidung, aber auch die durch den Instanzenzug verbesserte Legitimationsleistung für beide Seiten und Dritte. Das geltende Prozessrecht sieht sich – im Einklang mit der herrschenden Lesart von Art. 19 Abs. 4 GG – durch den Rechtsschutzauftrag nicht in der Pflicht.³⁸⁶ Die Zulassung von Berufung und Revision nimmt nach der gesetzlichen Konzeption auf individuelle Beschwer wenig Rücksicht, außer dort, wo es verfassungsgemäß

³⁸² Siehe dazu Michael Eichberger/Jochim Buchheister, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 137 Rn. 111 ff., 151 ff., 178 ff.; Joachim Suerbaum, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 137 Rn. 44 ff.; Steffen Kautz, in: Hk-VerwR, § 137 VwGO Rn. 10 ff.; allgemein zum Problem etwa Wilhelm A. Scheuerle, Beiträge zur Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP, Bd. 157 (1958/59), S. 1 ff.; Peter Gottwald, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, 1975, S. 30 ff.

³⁸³ Siehe dazu Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens v. 17.12.1990, BGBl I (1990), S. 2809; dazu auch Friedrich Schoch, Der vorläufige Rechtsschutz im 4. VwGO-Änderungsgesetz, NVwZ 1991, S. 1121.

³⁸⁴ Zur Kritik Ginditz, in: ders. (Hrsg.), VwGO, § 50 Rn. 25 m. w. N.

³⁸⁵ Vgl. Andreas Voßkuhle, Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems, NJW 1995, S. 1377 (1381 ff.). Dies zeigt sich letztlich auch in der Rechtsprechung des BVerfG, das zwar aus Art. 19 Abs. 4 GG keine Garantie einer zweiten Instanz herleitet, wohl aber richterliche Entscheidungen auf die Einhaltung von Verfahrensgrundsätzen mittels des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs überprüft, vgl. BVerfGE 107, 395 (407) – fachgerichtlicher Rechtsschutz (2003).

³⁸⁶ Vgl. BVerfGE 4, 74 (94 f.); 11, 232 (233); 96, 27 (39) – st. Rspz.; BVerwG, Beschl. v. 20.1.1995, 6 B 71/94; BVerwGE 146, 303 (311 ff., Rn. 31 ff.); BVerwG, Beschl. v. 21.1.2016, 4 BN 36/15; Schulte-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG I, Art. 19 IV Rn. 94; Christoph Enders, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 19 Rn. 57; differenziert Schmidt-Aßmann, in: Mauritz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 99 f.; kritisch Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1992. Freilich hat das Gericht schon früh diese Rechtsprechung durch die Billigung einer fachgerichtlichen „rechtsschutzfreundlichen“ Auslegung des Zugangs zu höheren Instanzen relativiert, vgl. BVerfGE 63, 77 (78 f.); 71, 122 (133); 73, 322 (325 f.).

richtlich über die Handhabung des Subsidiaritätsgrundsatzes und durch Gebote der Rechtsschutzeffektivierung erzwungen wird.³⁸⁷ Umgekehrt muss das Recht des Instanzenzugs aber so offen bleiben, dass es die durch Berufung und Revision zur Verfügung gestellten institutionellen Angebote angemessen ausnutzt.³⁸⁸ Daran bestehen maßgeblich mit Blick auf das Revisionsrecht Zweifel, leidet das Bundesverwaltungsgericht doch dank restriktiver Zulassungsregeln an zu kleinen Eingangszahlen.³⁸⁹ Auch mit dieser Entscheidung reagiert der Gesetzgeber auf weiterhin langwierige Abläufe im Verwaltungsprozess. Das ist insoweit folgerichtig, als er wenig andere Mittel hat, die Arbeit der Gerichte zu beschleunigen. Zugleich dürfte damit auch an dieser Stelle eine Dysfunktionalität – Länge des Verfahrens – durch eine andere – ungenutzte Kontrollkapazitäten – kompensiert werden.

d) Föderale Struktur

Kerngebiete des Verwaltungsrechts sind Landesrecht. Das Verwaltungsprozessrecht reagiert darauf – was kompetenzrechtlich nicht geboten wäre³⁹⁰ – mit den Grenzen der Revision durch das Bundesverwaltungsgericht, § 137 Abs. 1 VwGO, also einer selektiv letztinstanzlichen Funktion der Oberverwaltungsgerichte.³⁹¹ Damit einher gehen unterschiedliche administrative Praktiken der Landesverwaltungen auch im Umgang mit Bundesrecht, etwa bei der Ermessensausübung, die sich auch in der gerichtlichen Kontrolle niederschlagen können. Diese Unterschiede sind weniger ein Problem als eine Leistung des föderalen Vollzugssystems, das sich überhaupt nur durch Unterschiede rechtfertigen kann.³⁹² Zugleich bietet die föderale Struktur auch andere Möglichkeiten der Ausbildung von Varianz, die quer zu den formalisierten Erwartungen an die bindende Entscheidung von Rechtsfragen liegen. Sie betreffen etwa die organisatorische Einbindung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Beförderungsepflogenheiten, die Durchlässigkeit der richterlichen Karrieren gegenüber der Verwaltung und gegenüber anderen Gerichtsbarkeiten oder Stilunterschiede in der Gestaltung von Entscheidungen. Die Untersuchung der Auswirkungen dieser Varianz auf die Entscheidungspraxis wäre, wiewohl sie nicht notwendig ist, um

³⁸⁷ BVerfGE 107, 395 (407) – fachgerichtlicher Rechtsschutz (2003). Siehe außerdem die Rechtsprechungsmehrheit in der vorangehenden Fußnote.

³⁸⁸ Die Eingangszahlen in der Berufungsinstanz waren in den letzten drei Jahren jenseits der 20.000 (zuletzt 26.019), s. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 136), S. 111, was allerdings maßgeblich auf das enorm gestiegene, die Berufungsinstanz zeitversetzt erreichende Verfahrensaufkommen im Asylbereich zurückzuführen ist. Die Eingangszahlen sind ansonsten konstant niedrig (9–12.000 Verfahren pro Jahr).

³⁸⁹ Zur Entwicklung der Eingangszahlen s. BVerwG, Jahresbericht 2020, S. 14, verfügbar unter www.bverwgd.de/medien/pdf/jahresbericht_2020.pdf.

³⁹⁰ Vgl. BVerfGE 10, 285 (292 ff.).

³⁹¹ Siehe BTDrucks 10/3437, S. 156: „Es ist Sache der oberen Landesgerichte, für die Rechtseinheit innerhalb eines Landes wegen des Landesrechts zu sorgen“; zum Überblick Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 137 Rn. 32 ff., 43 ff.; Werner Neumann/Andreas Kortmacher, in: Soda/Zielow (Hrsg.), VwGO, § 137 Rn. 36 ff.; allgemein Paul Kirchhof, Revisibles Verwaltungsrecht, in: FS Marger, 1985, S. 813 ff.

³⁹² In diesem Sinne nicht zufällig ein Schweizer: Benjamin Schindler, Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, VVDStRL, Bd. 77 (2019), S. 167, 205 ff.

diese Vielfalt zu rechtfertigen, für ein besseres Verständnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit von großem Interesse.

e) Unionale und konventionsrechtliche Einbindung

86 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist durch das Unionsrecht, konkret durch das Vorabentscheidungsverfahren, Art. 267 AEUV, zu einem Teil des unionalen Rechtsschutzsystems geworden.³⁹³ Wohl kein anderes Instrument war für die rechtliche Seite der europäischen Integration³⁹⁴ so effektiv wie dieses Verfahren.³⁹⁵ Diese Einbindung hat zu einer viel beschriebenen³⁹⁶ Umkehrung der Instanzhierarchie geführt, indem die unteren Gerichte die unionale Gerichtsbarkeit nutzen können, um höhere Instanzen zu binden. Während die „Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ zu einem eigenen wissenschaftlichen Genre wurde³⁹⁷ und der Einfluss des Unionsrechts auf das materielle Verwaltungsrecht teilweise sehr tiefgreifend ist,³⁹⁸ erscheint der Einfluss des Unionsrechts auf die Ausgestaltung des deutschen Verwaltungsprozessrechts zwar punktuell beträchtlich, aber systematisch überschaubar.³⁹⁹ Insbesondere ist darauf zu achten, dass nicht alle in Frage gestellten Entwicklungen des deutschen Prozessrechts

³⁹³ Siehe für Franz C. Mayer in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), EU-Recht, Art. 19 EUV Rn. 1 m. w. N; zu den Folgen für den Verwaltungsprozess überblicksartig Schmalz, Europäische Rahmenbedingungen (Fn. 161), S. 244 ff.; in Bezug auf das subjektive Prinzip und die Kontrollrechte Gärdtitz, Gutachten (Fn. 2), D20 ff.

³⁹⁴ Zu Unterscheidung und Substitution von rechtlicher und politischer Dynamik in der EU: Joseph H. H. Weiler, The Transformation of Europe, Yale Law Review, Bd. 100 (1991), S. 2403.

³⁹⁵ Karen J. Alter, Establishing the Supremacy of European Law, 2001.

³⁹⁶ Siehe etwa Anne-Marie Burley/Walter Mattli, Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration, International Organization, Bd. 47 (1993), 41 (64); Karen J. Alter, The European Court's political power, West European Politics, Bd. 19 (1996), 458 (466 f.); dies., The European Union's Legal System and Domestic Policy: Spillover or Backlash, International Organization, Bd. 54 (2000), S. 489 (504 f.); Jan Komárek, The Place of Constitutional Courts in the EU, European Constitutional Law Review (2013), 420 (427 ff.); R. Daniel Kelemen, The Court of Justice of the European Union in the Twenty-First Century, Law and Contemporary Problems (2016), 117 (133). Mittlerweile zeichnet sich ab, dass der Trend sich umkehrt und der EuGH bevorzugt mit höchstinstanzlichen Gerichten kommuniziert, vgl. Tommaso Pavan/Kelemen, The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited, European Law Journal (2019), S. 352.

³⁹⁷ Classen, Europäisierung (Fn. 85); Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht (Fn. 85); Ehlers, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts (Fn. 85); Schock, Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (Fn. 85); Hüber, Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (Fn. 85); Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss (Fn. 85); Steinbeiß-Winkelmann, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes (Fn. 85); Karl-Peter Sommermann, Die Europäisierung der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit in rechtsvergleichender Perspektive, in: Schenke/Suerbaum (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, 2016, S. 189 ff.; Jörg Berkemann, Europäisierung der VwGO – Prolegomena zur Entwicklung eines unionsrechtlich geprägten deutschen Verwaltungsprozessrechts, in: Ivo Appel/Kersten Wagner-Cardenal (Hrsg.), Verwaltung zwischen Gestaltung, Transparenz und Kontrolle, 2019, S. 83 ff.; Wolfgang Kohl, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, 2020, S. 189 ff.

³⁹⁸ Barbara Brademeyer, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007; Matthias Ruffert, Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: Armin v. Bogdandy/Peter Michael Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, Bd. 5, 2007, § 94; ders., Europäisiertes allgemeines Verwaltungsrecht im Verwaltungsverbund, DV, Bd. 41 (2008), S. 543; Benedikt Grünwald, Die Betonung des Verfahrensgedankens im deutschen Verwaltungsrecht durch das Gemeinschaftsrecht, 2010.

³⁹⁹ Ebenso Gärdtitz, Gutachten (Fn. 2), D20.

vorschnell dem Unionsrecht zugerechnet werden.⁴⁰⁰ Während die Frage der Klagebefugnis durch die Unionisierung des Rechtsschutzes deutlich beeinflusst wurde,⁴⁰¹ hat sich an den Grundstrukturen des Verfahrens und der gerichtlichen Maßstabildung relativ wenig geändert. Das dürfte auch damit zusammenhängen, dass das europäische Modell eines föderal gegliederten Rechtsschutzes mit Betonung der subjektivrechtlichen Seite stärker an die deutsche und britische (Verwaltungs-)Gerichtsbarkeit erinnert, als an die Rechtsschutzsysteme anderer Mitgliedstaaten. Noch deutlicher ist dieser Eindruck mit Blick auf die EMRK. Art. 6 EMRK hat auch auf das deutsche Verwaltungsprozessrecht einen punktuellen Einfluss genommen,⁴⁰² doch erscheint er durchaus marginal, vergleicht man ihn etwa mit den Wirkungen auf das belgische und das französische Verwaltungsprozessrecht, deren Organisationsstrukturen aufgrund der Konvention maßgeblich umgestaltet werden mussten.⁴⁰³

Größere, noch andauernde Anpassungsschwierigkeit verursacht die Einbindung europäischer Verwaltungsverbundstrukturen in das europäisierte Rechtsschutzsystem.⁴⁰⁴ Das auf formale Abgrenzung setzende Trennungsmodell – die gesonderte gerichtliche Kontrolle der jeweiligen formalisierten Rechtserzeugungsanteile auf europäischer bzw. mitgliedstaatlicher Ebene⁴⁰⁵ – stößt wegen der rechtlich kaum formalisierten Entscheidungsentstehungsstrukturen in der Verbundverwaltung an Grenzen. Das Zuendedeuten demokratischer Selbstbindungen im konkreten Fall, das den Gerichten obliegt,⁴⁰⁶ kann aber nicht stattfinden, wenn einerseits die europäische Ebene auf mangelnde Rechtsverbindlichkeit, den noch ausstehenden Abschluss des Verfahrens bzw. verbleibende Spielräume und andererseits die Mitgliedstaaten auf sie faktisch bindende Rechtserzeugungsanteile der europäischen Ebene verweisen. Niemand verantwortet dann die jeweils getroffene Maßnahme im Ergebnis; die europäischen Richter-

⁴⁰⁰ Beispiele: Gärdtitz, Gutachten (Fn. 2), D79 ff., 96.

⁴⁰¹ Siehe → Rn. 186.

⁴⁰² Etwa bei der Frage der Verzögerungsrüge nach § 198 GVG, s. EGMR, 2.9.2010, Nr. 46344/06 – R. n. Deutschland. Zum EMRK-Bezug der Verzögerungsrüge Robert Uerpmann-Witzack, Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention für die staatliche Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Antje Himmelreich/Herbert Köpper (Hrsg.), Rechtsstaat durch Verwaltungsgerichtsbarkeit, im Erscheinen (Manuskript S. 11). Zur EMRK als Aussetzungsgrund im Verwaltungsprozess: OVG Brem. NVwZ-RR 2019, S. 349. Zur Frage der mündlichen Verhandlung nach Antragsänderung als Erfordernis der EMRK: BVerwG NVwZ 2015, S. 600 (Tz. 6f.).

⁴⁰³ Jens Meyer-Ladewig/Stefan Harrendorf/Stefan König, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan v. Raumer (Hrsg.), EMRK, Art. 6 Rn. 82; David Kolter, Nudging Domestic Judicial Reform from Strasbourg, Utrecht Law Review, Bd. 13 (2017), S. 112; Christiane Schmalz, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Rechtsquelle des europäischen Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts, in: Schenke/Suerbaum (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, 2016, S. 99 (108 ff.).

⁴⁰⁴ Vgl. zum Folgenden auch → Bd. I Schmidt-Aßmann § 5 Rn. 22 ff.; Jens Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2004, insbes. S. 166 ff.; Gärdtitz, Gutachten (Fn. 2), D93-D97; Johannes Sauer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, S. 159 ff.; Gertrude Britz, Verbundstrukturen in der Mehrebenenverwaltung, in: Jens-Peter Schneider/Francisco V. Caballero (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbunds, DV, Beiheft 8, 2009, S. 71 (80 f.); Wolfgang Weiß, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010, S. 172 ff. Für einen Abriss der Rechtschutzschwierigkeiten im Bereich des Energierechts Janine Haller, Der Verwaltungsverbund in der Energierегulierung, 2012, S. 39 ff.

⁴⁰⁵ Zurückgehend auf EuGH, Urt. v. 23.4.1986, Ra. C-294/83, Slg. 1986, I-1357, Rn. 23; zur Konsequenz s. EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Ra. C-314/85, Slg. 1987, I-4425 – Foto-Frost.

⁴⁰⁶ Siehe → Rn. 19 ff.

zeugungsanteile bleiben aus Sicht der deutschen Verwaltungsgerichte ein externer Impuls und Fremdkörper. Es entstehen unvollständig legitimierte und kaum kontrollierte Räume. Ein gangbarer Weg ist eine klare und umfassende Verantwortungszuweisung an die nach außen handelnden mitgliedstaatlichen Organe, also eine rechtsschutztechnische Normalisierung der Verbundstrukturen.⁴⁰⁷ Wie auch sonst kann die nicht rechtlich formalisierte Genese staatlicher Handlungen in einem komplexen, verschiedenen Akteure implizierenden Verfahren der rechtsschutzsuchenden Bürgerin nicht entgegengehalten werden. Ein solcher Weg muss allerdings europäische Bindungen und Maßstäbe in einer Weise integrieren, die die auf europäisches Recht bezogene Auslegungs- und Verwerfungshoheit des Europäischen Gerichtshofs wahrt. Vorabentscheidungsersuchen sind dazu aber nur notwendig, wenn es um echte Auslegungsfragen oder die Gültigkeitsprüfung formalisierter europäischer Rechtsakte geht. Diese Lösung ähnelt dem Weg, den das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung „Recht auf Vergessen II“ mit Blick auf den europäischen Grundrechtsverbund beschritten hat. Er baut darauf, dass die Anwendung unions(grund)rechtlicher Bindungen in Anbetracht konkreter Fälle die Auslegungshoheit des Europäischen Gerichtshofs nicht berührt, sondern ureigene Aufgabe der befassen Gerichte bleibt.⁴⁰⁸ Auch die Arbeitsbelastung des Europäischen Gerichtshofs spricht dafür, ebenso wie die oft betonte Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte als „echte Unionsgerichte“. Denn diese vertritt sich nicht mit einem allzu neidisch verteidigten Auslegungs- und Prüfungsmonopol des Europäischen Gerichtshofs, weil sie die Gerichte von Rechtsbindungen europäischer Provenienz entfremdet. Die – freilich mit der Konstruktion des Vorabentscheidungsverfahrens verbundene⁴⁰⁹ – Dysfunktionalität einer gerichtlichen Rechtskonkretisierung von „oben nach unten“, die sich weitgehend über Vorlagefragen ohne unmittelbaren Fallbezug vollzieht, wird so zumindest eingeehgt.

88 Ähnliche Fragen stellen sich bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle völkerrechtlich (mit)bestimmter Akte der öffentlichen Hand, die mit zunehmender inter- und transnationaler Verflechtung – etwa im Informations- und Sicherheitsbereich – häufiger werden.⁴¹⁰ Schon klassisch gewordene Beispiele

⁴⁰⁷ Für diese Forderung auch → Bd. I *Trute* § 9 Rn. 111; *Thomas von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 371 (dort aber begrenzt auf das Eigenverwaltungsrecht der EU); *Thomas Groß*, Die Legitimation der polyzentralen EU-Verwaltung, 2015, S. 102 f.; *Mattias Wendel*, Verwaltungsermessens als Mehrebenenproblem, 2019, S. 98 f. Zu den legitimationstheoretischen Problemen *Müller*, Krisenzurechnung (Fn. 91).

⁴⁰⁸ *BVerfGE* 152, 216 (242 f., Rn. 65) – Recht auf Vergessen II; s. dort auch die Nachweise aus der Rechtsprechung des EuGH, die eine solche Differenzierung erlauben dürfte; grds. zustimmend, wenn auch in dem entschieden Fall eine Vorlagepflicht annehmend *Daniel Thym*, Freundliche Übernahme, oder: die Macht des „ersten Wortes“ – „Recht auf Vergessen“ als Paradigmenwechsel, *JZ* 2020, S. 1017 (1020 f.).

⁴⁰⁹ Aus diesem Grund kritisch gegenüber der Vereinbarkeit einer solchen Lösung mit den Verträgen *Saurer*, Der Einzelne (Fn. 404), S. 159; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, 2015, S. 77 ff.

⁴¹⁰ Für einen Überblick *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Ansätze zur Internationalisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, in: *Holger P. Hestermeyer u. a.* (Hrsg.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity*, 2012, S. 2119 (insbes. 2134 f.; 2139 ff.). Beispiele in den Beiträgen von *Markus Glaw*, *Wolfgang Durner*, *Elkehart Reimer*, *Anne van Aaken*, *Jürgen Bast* und *Nico Kriech* in: *Christoph Möllers/Andreas Voßkuhle/Christian Walter* (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht – Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, 2007.

le betreffen die Umsetzung von Antiterrormaßnahmen der Vereinten Nationen,⁴¹¹ vom Unionsrecht initiierte völkerrechtswidrige Importverbote⁴¹² oder die Frage der Bindung kooperierender Behörden an Mechanismen gerichtlicher oder politischer Kontrolle.⁴¹³ Die damit verbundenen Probleme sind hier verschärft, weil zwischenstaatliche gerichtliche Kontrollinstitutionen in aller Regel nicht existieren. Zuschnitt und Reichweite der Kontrolle durch nationale Verwaltungsgerichte können daher – anders als im unionsrechtlichen Kontext – auch im Ausgangspunkt nicht nach dem Grundgedanken des Trennungsprinzips verhandelt werden, weil das dabei vorausgesetzte Gegenstück – eine Prüfung durch die Gerichte der zwischenstaatlichen Ebene – fehlt.⁴¹⁴ Das bei jeder Form des Verbundhandelns virulent werdende Zurechnungsproblem entscheidet also nicht nur über das „wie“, sondern oft auch über das „ob“ gerichtlicher Kontrolle. So wie die Verschiebung von Gestaltungsmöglichkeiten und Befugnissen auf die zwischenstaatliche Ebene häufig auf eine Stärkung der Gubernative gegenüber der Legislative hinausläuft und nach neuen legitimationstiftenden Institutionenarrangements verlangt,⁴¹⁵ fordert sie damit auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit heraus. Begreift man diese nicht nur als Rechtsschutzinstrument Einzelner, sondern wenigstens auch als Form der verfahrensmäßigen Vergewisserung über das demokratisch Selbstgesetzte anhand konkreter Fälle, geht es hierbei nicht nur um drohende „Rechtsschutzlücken“, sondern um tiefgreifende institutionelle Verschiebungen.⁴¹⁶ Will man sich diesen Entwicklungen nicht gänzlich ausliefern, gilt es zum einen, über neue Institutionen und Formen gerichtlicher Kontrolle und verfahrensmäßiger Aneignung des Geltenden auf zwischenstaatlicher Ebene nachzudenken und zum andern, überkommene Dogmen der Staatenimmunität und der naturalistisch orientierten, dem jeweiligen Handlungsbeitrag gerecht werdenden Verantwortungszuschreibung entschiedener zurückzudrängen.⁴¹⁷ Nur so erhält die dritte Gewalt einen Zugriff auf zwischenstaatliches und die Akteure vielfach verschränkendes Handeln, der ihrer legitimationstiftenden Rolle im Verbund der Gewalten entspricht.

II. Selbständige Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Entscheidung für eine spezialisierte Verwaltungsgerichtsbarkeit ist keine 89 Selbstverständlichkeit, sondern eine Steuerungsentscheidung.⁴¹⁸ Dies zeigt der

⁴¹¹ *EuG*, *Urt. v. 21.9.2005*, Rs. T-315/01 bzw. R-306/01 – *Kadi bzw. Yusuf*, in: *Anm. Möllers*, *EuR* 2006, S. 424.

⁴¹² *WTO*, *Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Panelbericht vom 18.8.1997, *WT/DS26/R/USA und WT/DS48/R/CAN*, verfügbar unter https://www.wto.org/english/traop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm. Dazu *Meinhard Hilf/Barbara Eggers*, Der WTO-Panellbericht im EG/USA-Hormonstreit, *EuZW* 1997, S. 559.

⁴¹³ *Christoph Möllers*, Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV*, Bd. 65 (2005), S. 351.

⁴¹⁴ *Elena D'Alferio*, Judicial Regulation in the Global Space, in: *Sabino Cassese* (Hrsg.), *Research Handbook Global Administrative Law*, 2015, S. 303 (306 ff.).

⁴¹⁵ Ausführlich zur Problematik *Isabelle Ley*, *Opposition im Völkerrecht*, 2014, S. 59 ff. m. w. N.

⁴¹⁶ *Christoph Möllers*, Constitutional foundations of global administration, in: *Cassese* (Hrsg.), *Research Handbook Global Administrative Law*, 2015, S. 107 (115 ff.).

⁴¹⁷ Kritisch zu den vorherrschenden, mit der Staatenimmunität verbundenen Vorbehalten *Schmidt-Aßmann*, *Internationalisierung* (Fn. 410), S. 2139 ff.

⁴¹⁸ Ebenso *Nolte*, *Eigenart* (Fn. 2), S. 88–90.

Rechtskreis des Common Law. Eine echte gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist – die zunehmende Flankierung durch Verwaltungstribunale außen vor lassend – dort weiterhin Sache der ordentlichen Justiz.⁴¹⁹ Dies gilt traditionell als notwendige Forderung von Rechtsstaatlichkeit.⁴²⁰ In den USA ist diese Entscheidung in Gestalt der Einsetzung des Supreme Court und damit eines Einheitsmodells von Gerichtsbarkeit verfassungsrechtlich unterfüttert.⁴²¹ Auch das unionale Gerichtssystem folgt diesem Modell.⁴²² Eine andere Entscheidung hat das Grundgesetz in Art. 95 GG getroffen und damit den bereits von der Weimarer Reichsverfassung in Hinblick auf Verwaltungsgerichte, Art. 107 WRV, und Staatsgerichtshof, Art. 19 Abs. 1 WRV, eingeschlagenen Weg einer fachlichen Untergliederung der Gerichtsbarkeiten vertieft und verfassungsrechtlich unterlegt.

90 Das ist erstens – in Verbindung mit Art. 92 GG – eine Entscheidung, die fünf genannten Gerichtsbarkeiten als „echte Gerichtsbarkeiten“ zu etablieren und damit einer Verwaltungslogik, wie sie etwa dem aus der Finanzverwaltung heraus entwickelten Reichsfinanzhof zugrundelag, zu entziehen.⁴²³ In einer solchen Auffächerung der Gerichtsbarkeiten mit jeweils eigenem institutionellem Selbststand liegt aber auch eine Tendenz zur Kompartimentalisierung.⁴²⁴ Will man ein „allgemeines Verwaltungsrecht“ etablieren, bietet sich daher eine unitarische Verwaltung wie in den Flächenbundesländern besser an als das amerikanische Agenturmodell, das die unumgängliche fachliche Ausdifferenzierung des Rechts auch institutionell unterlegt.⁴²⁵ Diese Verselbständigungstendenz institutioneller Differenzierungen wird durch die Besonderheiten der gerichtlichen Form – gerichtliche Unabhängigkeit und hermeneutischer Modus – verschärft. Die voneinander gesonderten Gerichtbarkeiten, die über ihre Binnenhierarchie und den Instanzenzug eine gewisse Einheitlichkeit und Kohärenz herstellen können, sind – jenseits des praktisch kaum relevanten Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes⁴²⁶ – nach außen niemandem Rechenschaft schuldig.⁴²⁷ Anders als eine institutionell verselbständigte, aber nicht unabhängige Verwal-

⁴¹⁹ Siehe nur *Fromont*, Typen (Fn. 56), Rn. 61 ff.; s. a. *Timothy Endicott*, *Administrative Law*, 4. Aufl. 2018, S. xvii: „some teachers treat administrative law as a course in judicial review“.

⁴²⁰ Klassisch die Abgrenzung zum französischen *droit administratif*, s. *Dacey*, Introduction (Fn. 16), S. 328 ff.

⁴²¹ Art. 3 US-Verfassung; grundlegend zum Gerichtssystemvergleich und auch zum Folgenden *Werner Heim*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Bd. 61 (2002), S. 80.

⁴²² Art. 19 EUV, Art. 251, 256 I AEUV; Möglichkeit einer institutionellen fachgerichtlichen Ausdifferenzierung in erster Instanz. Allerdings Rechtsmittel zum EuG (Art. 256 Abs. 2 AEUV) bzw. vom BuG zum EuGH (Art. 256 Abs. 1 AEUV).

⁴²³ Zur Entstehung des Reichsfinanzhofs *Alfons Pusch*, Vom Reichskammergericht zum Reichsfinanzhof, in: *FS Wallis*, 1985, S. 3; allgemein zur notwendigen institutionellen Trennung der Gerichtsbarkeit von der Verwaltung *Christian Hillgruber*, in: *Maurz/Dürig*, GG, Art. 92 Rn. 12–14; *Schirf-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. III, Art. 92 Rn. 42; zu Unabhängigkeit und Absonderung von der Verwaltung als definiens „echter Gerichtsbarkeit“ in den Augen des Gesetzgebers *BTDrucks 3/58*, S. 24, 26, 30 f.

⁴²⁴ *Ebeno Heim*, *Verfassungsrecht* (Fn. 421), S. 110.

⁴²⁵ Für einen Zusammenhang zwischen unitarischer Verwaltungsstruktur und erleichteter Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze bereits *Mayer*, *VerwRI* (Fn. 1), Vorwort zur 1. Aufl. 1895.

⁴²⁶ „Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19.6.1968 (RsprEinhG)“ (BGBl. S. 661); seit 2000 sind dort nur vier Entscheidungen verzeichnet, davon eine Einstellungsentscheidung mangels echter Divergenz.

⁴²⁷ Siehe dazu → Rn. 48.

tungsfachbehörde (Agenturmodell)⁴²⁸ sind Gerichte nicht an eine parlamentarisch oder unmittelbar demokratisch legitimierte und damit unitarisierend wirkende politische Verwaltungsspitze rückgebunden. Zugleich folgen die jeweils verselbständigten Gerichtsbarkeiten wegen des hermeneutischen Arbeitsmodus den einmal eingeschlagenen Pfaden weitaus konsequenter als eine nach fachlichen Gesichtspunkten handelnde Verwaltung. Denn mit jeder Entscheidung kommt dem eigenen Anspruch nach eine Entscheidungsration hinzu, die auch für die Zukunft Geltung beansprucht.⁴²⁹ Selbst wenn das identische Verfahrensrecht gelten würde, folgte daher bereits aus ihrer institutionellen Eigenständigkeit eine gesteigerte Verselbständigung der durch Art. 95 GG gesonderten Gerichtsbarkeiten und des von ihnen anzuwendenden Rechts.

Zu diesen institutionellen Verselbständigungstendenzen kommt die Ausdifferenzierung der gerichtlichen Verfahrensrechte. Da ein gerichtliches Verfahrensrecht und das ihm folgende Verfahren in Bezug auf das zugrundeliegende Recht immer selektiv wirken,⁴³⁰ ergibt sich eine weitere Verselbständigung. Nicht alle Verfahren greifen auf dieselben Maßstäbe zurück; so sind etwa private Rechte im Grundsatz einer polizeilichen Durchsetzung und damit mittelbar auch dem Zugriff der Verwaltungsgerichte entzogen.⁴³¹ Auch dort, wo Bezugspunkt dieselben Maßstäbe sind, verhelfen die verschieden ausdifferenzierten Verfahren ihnen nicht in derselben Weise zur Geltung. So ist etwa das öffentliche Baunachbarrecht durch die Zwischenschaltung der Verwaltung und die teilweise Einbeziehung nicht dinglich berechtigter Personen hinsichtlich seiner Durchsetzbarkeit erheblich anders strukturiert als das bürgerliche Nachbarrecht. Betrachtet man die in der Zusammenschau materiellen Rechts und der behördlichen und gerichtlichen Verfahrensrechte konkret eingeräumten rechtlichen Be- und Erwirkungsmöglichkeiten, folgt aus einer institutionellen Aufspaltung der Gerichtsbarkeiten und der Schaffung je eigener Verfahrensrechte damit im Ergebnis eine fachlich-thematische Gliederung der gesamten Rechtsordnung. Die Binnenunterteilungen der deutschen Rechtsordnung, die im Rechtsvergleich stark ausgeprägt sind und auch institutionell – etwa in Forschung und Ausbildung – gespiegelt werden,⁴³² liegen damit in den die Gerichtsverfahren betreffenden Vorschriften des Grundgesetzes, nicht in irgendeiner Sachsubstanz begründet. Die Ausdifferenzierung des Rechts wird durch das Verfahrensrecht geleistet. Das liefert einen weiteren Grund dafür, materielles und verfahrensmäßiges Recht im Aggregat zu betrachten.

⁴²⁸ Vgl. dazu *Oliver Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997, S. 19 ff.; *ders.*, *Regulierungsrecht in den USA – Vorbilder und Modell*, in: *Michael Fehling/Matthias Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 1, Rn. 35 ff.

⁴²⁹ Siehe zu den besonderen inferentiellen Bindungen des juristischen Diskursraums → Rn. 20; *Pöschel*, *Rechtsdogmatik* (Fn. 143), S. 533–536.

⁴³⁰ Siehe dazu → Rn. 22.

⁴³¹ Siehe etwa § 2 Abs. 2 PolG BW, § 1 Abs. 4 ASOG Bln, § 1 Abs. 2 ASOG NRW.

⁴³² Siehe etwa *Mahendra P. Singh*, *German Administrative Law from Common Law Perspective*, 2001, S. 7 ff.; zur Kritik etwa *Matthias Jestaedt*, *Die Dreiteilung der juristischen Welt – Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung*, in: *FS Stürmer*, 1. Teilband, 2013, S. 917; *Alexander Helger*, *Die universitäre Rechtslehre und die Dichotomie von Öffentlichem Recht und Privatrecht*, *Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft* (2020), S. 199.

1. Absonderung von Zivilgerichtsbarkeit und Privatrecht

- 92 Die Ausdifferenzierung der Gerichtsbarkeiten wird von der Verwaltungsgerichtsordnung nur teilweise selbst umgesetzt und ansonsten durch die Obergrenzungsklauseln des § 40 Abs. 1 VwGO rezipiert. Die zentrale Abgrenzung und summa divisio der Gerichtsbarkeiten und des deutschen Rechts überhaupt ist diejenige zum Privatrecht, die im Bereich öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten die in Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG angeordnete Residualfunktion der ordentlichen Gerichte auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit überträgt. So entstehen in der Sache zwei Residualgerichtsbarkeiten, nämlich die Zivil- und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, was regelungstechnisch nicht einfach zu bewältigen ist. Alle weiteren Rechtswegzuständigkeiten knüpfen an diese oberste Einteilung an oder folgen einem Enumerativsystem.
- 93 Mit der Abgrenzung öffentlich-rechtlicher von privatrechtlichen Streitigkeiten, die in § 40 VwGO nur vorausgesetzt und nicht geregelt ist, sind Bibliotheken gefüllt worden.⁴³³ Allerdings wird besonders bei mehrdeutig qualifizierten Begehren, wenn sich der prozessuale Anspruch nicht auf die besonderen Handlungsformen der Verwaltung richtet,⁴³⁴ deutlich, dass alle Abgrenzungstheorien mehr auf eingetübtes Wissen zum öffentlich- oder privatrechtlichen Charakter einer Streitigkeit zurückgreifen als auf echte, von der zu beantwortenden Frage unabhängige Kriterien. Der Streit über die Lärmbelästigung durch einen kommunalen Kindergarten wird dadurch zur öffentlich-rechtlichen Streitigkeit, dass wir ihn dem Durchsetzungsregime der VwGO zuordnen. Selbst dort, wo man meint, dass das Begehren auf einen Verwaltungsakt gerichtet sei und es sich daher um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln müsse,⁴³⁵ ist das nicht immer klar, etwa wenn man einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten gegen Dritte geltend macht. Nur weil wir wissen, dass das typische Mittel der Wahl hierfür ein Verwaltungsakt und dessen anschließende Durchsetzung ist, erkennen wir den Streit als „öffentlich-rechtlich“. Denn es könnte der Sache nach auch ein Anspruch gegen einen monopolistisch organisierten staatlichen Sicherheitsdienstleister sein, der nach den Polizeigesetzen diversen Kontrahierungszwängen und Handlungspflichten unterliegt und mich bei meiner erlaubten Selbsthilfe unterstützt.⁴³⁶ Nur weil wir „wissen“, dass die Rechtsperson „Staat“, wenn sie nach den Polizeigesetzen handelt, gerade in ihrer Funktion als

⁴³³ Aus der Rechtsprechung etwa *BVerwGE* 68, 62 (63 ff.); 129, 9 (10 ff., Rn. 2 ff.); *BVerwG NVwZ-RR* 2010, S. 682 (Tz. 17). Überblickshalber *Dirk Ehlers/Jens Peter Schmelder*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 40 Rn. 217–240 m. w. N.; zur Kritik der Unterscheidung ebd., Rn. 18 ff.; relativierend bereits *Merkl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Fn. 97), S. 93 ff.; grundlegend etwa schon *Hans Kelsen*, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *AdR*, Bd. 31 (1913), S. 53 (75 ff.); zum Charakteristikon der beiden Ordnungen etwa *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee* (Fn. 67), Kap. 6 Rn. 13 ff. m. w. N.; insoweit und zurecht den Gegensatz relativierend auch *Gerhard Wagner*, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht*, *AcP*, Bd. 206 (2006), S. 352 (422 ff.).

⁴³⁴ Etwa bei Begehren, die auf Unterlassung, Beseitigung oder Zahlung gerichtet sind.

⁴³⁵ Zu dieser handlungsformbezogenen Abgrenzungspraxis s. etwa *Josef Ruthig*, in: *Kopp/Schenke*, *VwGO*, § 40 Rn. 7; *Helge Sadan*, in: *ders./Zielkow* (Hrsg.), *VwGO*, § 40 Rn. 271; *Ekkehard Reimer*, in: *Possner/Wolff* (Hrsg.), *VwGO*, § 40 Rn. 7.

⁴³⁶ Zum Problem privat organisierter „Sicherheit“ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Übergang der Polizeigewalt auf Private?*, *ZRP* 1977, S. 277; *Rolf Stober*, *Private Sicherheitsdienste als Dienstleister für die öffentliche Sicherheit*, *ZRP* 2001, S. 260; zum Problem privater Bürgerwehren *Philipp Lessahn*, *Die neuen „Bürgerwehren“ und das staatliche Gewaltmonopol*, *AdR*, Bd. 143 (2018), S. 471 (481 ff.).

Hohheitsträgerin handelt, scheint uns der Fall evident. Besonders klar ist diese Problematik bei der Subventionsvergabe und der gesamten Leistungsverwaltung, in der man sich mit der Zwei-Stufen-Lehre behilft.⁴³⁷ In der Sache läuft das auf der „ersten Stufe“ des „ob“ einer Leistung auf eine Rückkehr zur ursprünglichen – nicht modifizierten – Subjektstheorie⁴³⁸ hinaus, die behauptet, dass das Bestehen von Verbindlichkeiten der Rechtsperson „Staat“ immer eine Frage des Öffentlichen Rechts sein müsse.

94 Geht es also um erlernte Intuition, nicht um einfach subsumierbare Kriterien,⁴³⁹ wird es besonders wichtig, deren sachlichen Kern auf den Grund zu gehen. Was ist der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen Pflichten und Möglichkeiten des Staates („Amtsrecht“) und denjenigen Pflichten und Möglichkeiten, die ihm kraft gemeinen Rechts zukommen („Jedermannsrecht“)? Schon wegen der thematischen Breite der Fragen, mit denen sowohl das Privat- als auch das Öffentliche Recht befasst sind, kann der Unterschied nicht in dem durch die infrage stehenden Normen jeweils geregelten Gegenständen liegen, sodass eine letztlich thematisch-gegenständliche Anknüpfung wie bei der Sozial-, Arbeits- und Finanzgerichtsbarkeit ausscheidet. Entscheidend ist vielmehr der Modus der Konfliktmoderierung, Rechtsfeststellung und -durchsetzung.⁴⁴⁰ Eine Zuordnungsfrage oder einen Interessenkonflikt „öffentlich-rechtlich“ zu regeln, heißt, sie oder ihn so zu regeln, dass sie oder er durch das Handeln des Akteurs „Verwaltung“ umfassend vorstrukturiert ist, ehe sie oder er zu den Gerichten gelangen kann. In zweiseitigen Konflikten zwischen Staat und Bürgerin bedeutet das, dass eine Seite der rechtlichen Interessenkonstellation eine vorrangige Zugriffsmöglichkeit darauf hat und zunächst eine Entscheidung treffen darf, ob und wie sie rechtlich (Verwaltungsakt) oder in tatsächlicher Hinsicht (Realhandeln) aktiv wird. In Konflikten zwischen mehreren Bürgern bedeutet das, den Akteur „Verwaltung“ zwischen sie zu schalten und zunächst von ihm zu erwarten, regelnd oder anderweitig moderierend darauf zuzugreifen. So werden beispielsweise die mit Versammlungen potentiell verbundenen Störungen sowie Nutzungskonflikte an öffentlichem Raum, Sicherheitsressourcen und öffentlicher Aufmerksamkeit nicht zwischen den sich Versammelnden und anderen Personen privatrechtlich gelöst, sondern dadurch, dass man die Versammlungsbehörde durch eine Anzeige einschaltet und ihr damit die Möglichkeit gibt, durch Absperrungen der Versammlungsstrecke, polizeiliches Begleiten, Auflagen oder Verbote mögliche Konfrontationen im Zusammenhang mit einer Versammlung vorzubeugen. Diese von der Versammlungsbehörde zu leistende Gestaltung und Einhegung verbindet sich dann mit den allgemeinen (privatrechtlichen) Ansprüchen einer jeden Person gegenüber Jedermann auf Wahrung ihrer Integrität und Bewegungsfreiheit (sogenannter „protective perimeter“⁴⁴¹),

⁴³⁷ *Hans-Peter Ipsen*, *Öffentliche Subventionierung Privater*, *DVBl* 1956, S. 461 (498); s.a. *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee* (Fn. 67), Kap. 6 Rn. 22.

⁴³⁸ Zurückgehend auf *Hans J. Wolff*, *Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1. Aufl. 1956, S. 70; dazu *Ehlers*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 40 Rn. 223 ff.

⁴³⁹ Ebenso *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee* (Fn. 67), Kap. 6 Rn. 18 (S. 287); es gehe bei der Charakterisierung öffentlich-rechtlicher Regime „um Typisierungen, nicht um begriffsscharfe Abgrenzungen“.

⁴⁴⁰ Siehe dazu *Buchheim*, *Vorrecht* (Fn. 154), S. 75 f.; *ders.*, *Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG vom 23.10.2018* (1 BvR 2523/13, 595/14), *JZ* 2019, S. 92 (94).

⁴⁴¹ Siehe dazu *H. L. A. Hart*, *Legal Rights*, in: *ders.*, *Essays on Bentham*, 1982, S. 162 (171 ff.).

die wiederum im Konfrontationsfall polizeilich sichergestellt werden. Das Öffentlich-Rechtliche eines Normenregimes liegt also in der umfassenden Vorprägung der ihm unterliegenden Rechtsverhältnisse durch den ersten Zugriff der Verwaltung, in einer grundlegenden Asymmetrie der rechtlichen Verhältnisse zugunsten der Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand. Insofern behält das Kriterium der Subordination von seinem obrigkeitstaatlichen Ballast befreit seine Berechtigung.

- 95 Das gilt auch im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge. Dort ist das Normenregime, das über den Charakter einer vertraglich strukturierten Rechtsbeziehung entscheidet, allerdings nicht die Ermächtigung zum Vertragsschluss, die ja sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich bestehen kann, sondern der jeweilige Vertrag.⁴⁴² Dieser steht stets im Schatten der umfassenden Sonderbefugnisse der Staatsgewalt, wenn er nicht sogar den Rückgriff auf diese ausdrücklich vorbehält. Zusätzlich kann man auch hier eine positive Vertragsverletzung, ein außerprozessuales Ansprechen der stipulierten Leistung als Zulässigkeitsvoraussetzung verwaltungsgerichtlicher Leistungsklagen verlangen,⁴⁴³ wie es bei einer analogen Heranziehung des § 42 Abs. 2 VwGO naheliegt.⁴⁴⁴ Soweit die Streitigkeit den Vertragsschluss selbst betrifft, richtet sich die Qualifizierung danach, ob der geltend gemachte Anspruch einem Rechtsregime entstammt, in dem die Verwaltung auch einseitig handeln könnte. Im Subventionsbereich folgt der erste Zugriff der Verwaltung aus der finanziellen und marktregulierenden Gewalt. Durch einseitig bestimmbare Massierung von Finanzkraft, Marktregeln, Vergabennormen, -richtlinien und -entscheidungen bringt sich die öffentliche Hand in eine privilegierte Position, von der aus sie den Markt gestalten kann und erste Ansprechpartnerin für den betreffenden Verkehr bleibt. Dabei handelt die öffentliche Hand oftmals nur auf Grundlage von Budget-Titeln, sodass es die Verwaltung, nicht der Gesetzgeber oder die Regierung, ist, die der Sache nach gestaltend tätig wird.⁴⁴⁵ Wie sie diese Marktmacht dann technisch umsetzt, ist zweitrangig. Der erste Zugriff beruht hier auf besonderen rechtlichen Möglichkeiten der öffentlichen Hand, allerdings nicht so direkt wie dort, wo die Verwaltung sich technisch eines besonderen Umsetzungsmodus bedienen kann.

2. Absonderung von der Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit

- 96 Auch die Finanz- und Sozialgerichtsbarkeiten befassen sich mit öffentlich-rechtlichen Materien. Erster und entscheidend gestaltender Akteur der Rechtskonkretisierung sind die Steuer- oder Sozialbehörden, denen es obliegt, die Steuerschuld oder sozialrechtliche Ansprüche zu ermitteln, festzustellen und zu erfüllen bzw. einzutreiben. Die Gerichtsbarkeit ist klar nachgeschaltet. Eine Regelfallrechtsfeststellung durch Gerichte – wie im Privatrecht – wäre hier praktisch untragbar, was aus der Omnipräsenz dieser Verfahren folgt. So sind bei jährlich ungefähr 120 Millionen Steuerbescheiden⁴⁴⁶ etwa im Jahr 2018 bei den

⁴⁴² → Bd. II Bauer § 35 Rn. 111 ff.

⁴⁴³ BVerwG DVBl 1978, S. 608; ebenso Hufen, VerwaltungsprozessR (Fn. 335), § 17 Rn. 11.

⁴⁴⁴ Siehe dazu → Rn. 174 f.

⁴⁴⁵ Zur Kritik schon Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961.

⁴⁴⁶ Roman Seer, in: Klaus Tipke/Joachim Lang (Hrsg.), Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 21 Rn. 5.

Finanzämtern 3,39 Millionen Einsprüche eingegangen, gegen die lediglich etwa 59.000 gerichtliche Klagen erhoben wurden.⁴⁴⁷ Die Sachnotwendigkeit einer umfassenden Vorstrukturierung sozial- und steuerrechtlicher Sachverhalte durch die jeweiligen Behörden bestätigt auch der Blick in andere Rechtsordnungen: Selbst wenn diese ansonsten keine fehlerunabhängige Wirksamkeit, Vollstreckbarkeit oder Bestandskraft behördlicher Bescheide kennen, sind in diesen Rechtsbereichen Feststellungs- und Vollstreckungsregeln üblich, die eine Anrufung von Gerichten im Regelfall entbehrlich machen.⁴⁴⁸

Mit den häufigen Anlässen für behördliche Interventionen im Sozial- und Steuerrecht korrespondieren erheblich gesteigerte Gestaltungs- und Steuerbefugnisse, -möglichkeiten und -ansprüche der Behörden. Das zeigt sich etwa in der in Deutschland fast nur⁴⁴⁹ im Steuerrecht und Sozialrecht üblichen Praxis behördlicher Nichtanwendungserlasse in Hinblick auf gerichtliche Entscheidungen.⁴⁵⁰ Hier erhebt die Verwaltung offensiv Steueransprüche und fügt sich – jenseits der entschiedenen Einzelfälle – nicht ohne Weiteres gerichtlichen Anwendungsergebnissen. Der Anspruch der Steuerbehörden, über die Steuerschuld selbst abschließend zu befinden, zeigt sich auch an der verbreiteten Praxis, Bescheide, soweit sie auf verfassungsrechtlich angefochtenen Steuergesetzen beruhen, durch entsprechende Vorbehalte von der Bestandskraft auszunehmen. Die Bürgerinnen sollen hier gerade nicht in das Rechtsmittel getrieben werden. Stattdessen kommt ihnen die Verwaltung mit einem Offenhalten dieser Frage entgegen, sichert sich insoweit aber zugleich fortgesetzten Zugriff auf die Festlegung der Steuerschuld. Ähnliches gilt für das Sozialrecht, das die Reichweite und Bestandskraft behördlicher Bescheide teilweise extrem lockert.⁴⁵¹ Zwar wird dadurch die „Endgültigkeit“ der sozialbehördlichen Sachentscheidung, also deren Beständigkeit in der Zeit, zurückgenommen. Im Gegenzug vervielfältigen sich aber die behördlichen Entscheidungsanlässe, sodass die einzelnen gerichtlichen Zugriffe im Meer der sozialbehördlichen Anwendungsentscheidungen untergehen und weniger Relevanz entfalten.

⁴⁴⁷ Bundesfinanzministerium, Statistik über die Einspruchsbearbeitung in den Finanzämtern im Jahr 2018, verfügbar unter www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Abgabeordnung/BMF_Anordnungen_Allgemeines/2020-04-27-statistik-ueber-die-einspruchsbearbeitung-in-den-finanzaeamtern-im-jahr-2018-anlage.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁴⁴⁸ Siehe etwa für die amerikanische Rechtsordnung Jerry L. Mashaw, Administrative Law – The American Public Law System, 8. Aufl. 2014, S. 397; auch im französischen Recht, das im Ausgangspunkt keine administrative Vollstreckung ohne gerichtliche Ermächtigung vorsieht (s. Kerstin Glaab, Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung, 2009, S. 143 ff.; 408 ff.), bestehen im Steuerrecht weitreichende Selbstvollstreckungsbefugnisse, insbesondere die Möglichkeit administrativer Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse (saisine administrative au tiers détenteur, Artikel L-262 Livre des procédures fiscales).

⁴⁴⁹ Für eine Ausnahme s. jüngst das Bundesministerium für Gesundheit, das per internem Erlass die Umsetzung von BVerwGE 158, 142, verhinderte.

⁴⁵⁰ Siehe zum Phänomen im Steuerrecht Marc Desens, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 5–94; für das Sozialrecht Wolfgang Rübner, Verhinderung von Grundsatzentscheidungen und Nichtanwendung von Urteilen durch betroffene Verwaltungen und Verbände, DRiZ 1992, S. 457.

⁴⁵¹ Vgl. §§ 44 ff. SGB X; insbesondere §§ 44 und 48 SGB X; dazu Sabine Hesse, in: Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Peter Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 44 SGB X Rn. 3 (mit Verweis auf BSG NZS 2004, S. 660 [662]), grundsätzlich Willi J. Kainz, Die Bestandskraft von Sozialverwaltungsakten, NZS 2005, S. 767.

- 98 Obwohl ihr Regelungsinhalt – Zahlungspflichten zwischen zwei Rechtspersonen – dem typischen Gegenstand privatrechtlicher Streitigkeiten ähnelt, handelt es sich demnach beim Sozial- und Steuerrecht wegen des besonderen Rechtsfeststellungs- und Umsetzungsmodus um paradigmatisches Öffentliches Recht. Das stellt die sachliche Berechtigung der institutionellen und verfahrensrechtlichen Ausdifferenzierung der darauf bezogenen Gerichtsbarkeiten infrage.⁴⁵² Ginge es allein um Spezialisierungsvorteile, genügte auch eine schwächere institutionelle Absonderung wie etwa bei der Bildung von Handelskammern in der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder Baurechtskammern in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Letztlich wurden hier nur überkommene Formen fortgeschrieben. Wie zufällig und wenig prinzipiengeleitet die Aussonderung der Sozialgerichtsbarkeit letztlich ist, zeigt sich auch daran, dass ihr Zuständigkeitsbereich erst mit den Hartz IV-Reformen auf die Grundsicherung für Arbeitssuchende und damit auf einen Hauptfall sozialrechtlicher Leistungsbeziehungen ausgedehnt wurde.⁴⁵³ Die mit dem größten Pathos versehenen Leitentscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff des subjektiven Rechts stammen ironischer Weise aus einem Bereich, der heute der Sozialgerichtsbarkeit unterliegt.⁴⁵⁴
- 99 Man kann damit nicht davon ausgehen, dass Art. 95 GG eine stimmige Regelungszugrunde liegt. Trotzdem ist seine Steuerungswirkung weitreichend. Für die Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit bedeutet die Spezialisierung und institutionelle Aussonderung eine größere Nähe zu den von ihnen kontrollierten Behörden. Das hat nicht nur Vorteile. Denn mit besserem „Verstehen“ des kontrollierten Sachbereichs gehen immer auch ein Stück Distanz und damit die Ressourcen für eine Eigengesetzlichkeit des kontrollierenden Verfahrens verloren. Hauptaufgabe der Gerichte ist es aber – bei aller wünschenswerten Fachkompetenz – nicht, Dinge „besser“ zu erfassen und zu erledigen als die von ihnen kontrollierte Verwaltung. Sie sind kein Reparaturbetrieb,⁴⁵⁵ sondern institutioneller Kritiker. Auch leiden infolge der Abtrennung die Systematisierungsleistung und das kritische Potential gerichtlicher und rechtswissenschaftlicher Dogmatik⁴⁵⁶ wie auch – infolgedessen – das Systemverständnis in der juristischen Ausbildung.
- 100 Noch schwerer dürften die Folgen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, das Verwaltungsrecht und seine Dogmatik selbst wiegen.⁴⁵⁷ Die Aussonderung der zwei wohl praktisch bedeutendsten Typen von Zahlungsbeziehungen zum Staat

verstärkt den nicht relationalen, sondern „dinglichen“ Charakter des verbliebenen Verwaltungsrechts. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass das klassische „internationale Verwaltungsrecht“, verstanden als Kollisionsverwaltungsrecht, öffentlich-rechtlich qualifizierte Normen zumeist als Eingriffsnormen behandelt, deren Anwendbarkeit der kollisionsrechtlichen Gestaltung, einer Rechtswahl oder auch einer personalen – also nicht territorialen – Anknüpfung entzogen ist.⁴⁵⁸ Wie beim internationalprivatrechtlichen Sachenrechtsstatut (*lex rei sitae*)⁴⁵⁹ ist das eine relativ schlichte Regelung. Nicht umsonst sind demgegenüber das Kollisionssozialrecht und das internationale Steuerrecht zentrale Referenzgebiete des Kollisionsverwaltungsrechts.⁴⁶⁰ Eine Geldleistung, die zwei Akteure hinter sich schieben, berührt den allgemeinen Rechtsverkehr wenig und kann daher befriedigend und differenziert über eine relationale Regelungstechnik, wie sie dem Privatrecht im Großen und Ganzen eigen ist, gelöst werden. Es ist dann kein Problem, dass eine Handlung gegenüber bestimmten Akteuren bzw. in manchen rechtlichen Hinsichten rechtmäßig, gegenüber oder in anderen aber rechtswidrig oder rechtlich neutral ist. Ob eine Autobahn gebaut wird, eine Versammlung stattfindet, ob, wo und wie ein Haus errichtet werden darf und ob ein Kohlekraftwerk Schadstoffe emittiert, sind dagegen keine Fragen, die sich regelungstechnisch für ein solches differenziertes „sowohl als auch“ anbieten. Die Ausgrenzung des Sozial- und Steuerrechts prägt damit verwaltungsrechtliches Denken und seine Dogmatik in eine bestimmte Richtung, die sich Recht dinglich vorstellt, klare Entweder-oder-Entscheidungen sucht und damit das Differenzierungs- und Ausgleichspotential relationaler und gestufter Rechtstechnik kaum ausschöpft.⁴⁶¹ Die Nassauskiesungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁶² und der auch sonst proklamierte Ausschluss einer Dulde- und Liquidiere-Haltung⁴⁶³ sind Absagen an dieses rechtliche „sowohl-als-auch“: Entweder es ist eine verhältnismäßige Regelung, oder nicht. Aber man kann sich ihre Verhältnismäßigkeit nicht durch eine Ausgleichsregelung erkaufen. Eine solche Sicht liegt dem Privatrecht fern, das gerne und oft zur Ziselierung und gegenseitigen Austarierung rechtlicher Handlungsmöglichkeiten der Privatrechtssubjekte in das Haftungsrecht ausweicht.⁴⁶⁴ Eben deshalb bleibt das Verwaltungsrechtsdenken eingriffs- und primärrechtsschutzlastig, was wiederum der Grund dafür ist, dass es einer Schichtung rechtlicher Pflichtenordnungen, Primärrecht, Sekundäranspruch, Tertiäranspruch, Zinsanspruch, wie es

⁴⁵² → Bd. I Möllers § 2 Rn. 17 f.; Klaus Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsworm, 1965, S. 13 ff.; Jens Hofmann, Rechtschutz und Haftung im europäischen Verwaltungsrecht, 2004, S. 29 ff.; Christoph Ohler, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, Inbes. S. 31.

⁴⁵³ Dazu einführend Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2018, § 17 Rn. 2 ff.; Christian von Bar/Peter Merkoniowski, Internationales Privatrecht Bd. II: Besonderer Teil, 2. Auflage 2019, § 3 Rn. 12 ff.

⁴⁵⁴ Siehe etwa Möllers/Vofsiak/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht (Fn. 410).

⁴⁵⁵ Für eine umfassende und differenzierte Analyse relationaler Rechtstechnik auch im Öffentlichen Recht s. aber Christian Bunk, Relative Rechtswidrigkeit, 2004.

⁴⁵⁶ BVerwGE 58, 300 (331).

⁴⁵⁷ Siehe auch § 839 Abs. 3 BGB; Fritz Osenbühl/Matthias Cornils, StaatshaftungsR, S. 266 ff.

⁴⁵⁸ Zum rechtlichen sowohl-als-auch als zentralem Vorteil des Haftungsrechts etwa Gerhard Wagner, Aufgaben des Haftungsrechts, JZ 1991, S. 175 (177): „Fähigkeit zur Verhaltensteuerung bei gleichzeitigen Erhalt der individuellen Entscheidungs- und Anpassungsplehräume“; grundlegend Guido Calabresi, The Costs of Accidents, 1970.

⁴⁵² Siehe für diese Zusammenlegungsdiskussion auch Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 15 m. w. N.; Bernhard Stiller/Casper D. Hermanns, Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit unter einem Dach, ZRP 2002, S. 164; Fabian Wittreck, Auftakt zu einer neuen Runde – die Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten, DVBl 2005, S. 21; Klaus F. Gärditz, Die Rechtswegspaltung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverwaltungsrechtlicher Art, DV, Bd. 43 (2010), S. 309 (335–337); Friedrich Schoch, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 990 vadis?, in: FS 150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2013, S. 215 (222 ff.).

⁴⁵³ Vgl. BTD Drucks 15/1516, S. 43.

⁴⁵⁴ BVerwGE 1, 159.

⁴⁵⁵ Ebenso Nolte, Eigenart (Fn. 2), S. 86–88.

⁴⁵⁶ Siehe zu diesem Zusammenhang Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 1 Rn. 7.

101.

⁴⁵⁷ Siehe zu den Folgen auch Klaus F. Gärditz, Die Rechtswegspaltung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, DV, Bd. 43 (2010), S. 309; zur Kritik auch Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 40.

das privatrechtliche Anspruchsmodell erlaubt, zu seiner Erfassung kaum be-
darf.⁴⁶⁵

3. Verhältnis und Konkurrenzen zur Verfassungsgerichtsbarkeit

101 Die Etablierung einer eigenen Verfassungsgerichtsbarkeit⁴⁶⁶ mitsamt Individualbeschwerde kann man auch als implizite Aussage über die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit begreifen, nämlich als eine Entlastung von ihrer originären Individualrechtsschutzfunktion⁴⁶⁷. Der durch die Grundrechte markierte Bereich des den Einzelnen Unentziehbaren wird nach dem Grundgesetz durch eine eigene Gerichtsinstanz gegenüber allen Gewalten verteidigt.⁴⁶⁸ Das enthebt die Fachgerichtsbarkeiten nicht der Grundrechtsbindung, was das Bundesverfassungsgericht immer deutlich gemacht hat.⁴⁶⁹ Es macht aber ein Funktionsverständnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Wahrerin der Grundrechte unspezifisch und redundant. Unspezifisch, weil allen Gerichtsbarkeiten die Aufgabe zukommt, die Grundrechte zu wahren und dort, wo grundrechtsgebundene Akteure handeln, deren Einhaltung zu kontrollieren.⁴⁷⁰ Redundant, weil die Aufgabe als Grundrechtsgerichtsbarkeit sonst doppelt besetzt wäre. Diese drohende Funktionsredundanz legt nahe, die spezifische Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit stärker in der fallspezifischen Vergewisserung über und Rückbindung der Verwaltung an das demokratisch Gesetzte zu suchen.⁴⁷¹ Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihr Verfahren werden die Selbstbindungen der demokratisch verfassten Staatsgewalt gegenüber der Verwaltung als der alltäglich sichtbarsten, handlungsmächtigsten und immer zur Vervollständigung neigenden⁴⁷² Ausprägung dieser Staatsgewalt gerichtlich abgesichert. Die Weite und Detailtiefe des verwaltungsgerichtlichen Zugriffs auf das Verwaltungshandeln gibt damit immer Auskunft, wie weit man die Verrechtlichung staatlicher Strukturen und staatlichen Handelns betonen will. Dies sind System- und Steuerungsentscheidungen, die sich von einer Funktion als Grundrechtsgerichtsbarkeit klar unterscheiden und unterschieden werden sollten. Dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit letztlich nicht die Aufgabe, das Selbstverständnis und das legitimatorische Gewicht hat, sich auch einmal gegen demokratische

⁴⁶⁵ Anders Andreas Funke, Ansprüche und Klagen im Verwaltungsrecht, DV, Bd. 52 (2019), S. 239 (255 f.).

⁴⁶⁶ Allgemein zu den Einflüssen der Verfassungsgerichtsbarkeit auf das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit paradigmatisch Werner, Verwaltungsrecht (Fn. 1); dazu Christoph Schöberger, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der früheren Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 53 ff. Vgl. auch Matthias Jestedt, Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts. Eine deutsche Perspektive, in: Johannes Masing/Oliver Juanjua (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 2011, S. 37 ff.

⁴⁶⁷ Zu dieser Begrifflichkeit → Rn. 9.

⁴⁶⁸ So ausdrücklich BVerfGE 152, 216 (239 ff., Rn. 58 ff., insbes. 241 f., Rn. 63).

⁴⁶⁹ Siehe bereits BVerfGE 7, 198 (206) – Lüth (1958); 52, 203 (207) – fristgebundener Schriftsatz (1979); Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG I, Art. 1 III Rn. 82; vgl. zudem Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 122 f.

⁴⁷⁰ Siehe dazu BVerfGE 128, 226 (257 f.) – Fraport (2011).

⁴⁷¹ Siehe dazu bereits → Rn. 19 ff., 24 ff.

⁴⁷² Zur Eigendynamik der Verwaltung → Bd. I Trute § 9 Rn. 30 ff., 66 ff., Hoffmann-Riew/Pünkt § 12 Rn. 97 ff.

Mehrheiten zu stellen, hat sich in der Vergangenheit etwa bei Aufmärschen von Neonazis⁴⁷³ und jüngst wieder im Zusammenhang mit Maßnahmen der Coronavirus-Eindämmung gezeigt. Dort waren verfassungsgerichtliche Interventionen nötig, um Fundamentalprinzipien des grundrechtlichen Versammlungsrechts – wie die Erlaubnisfreiheit und die korrespondierende Pflicht der Versammlungsbehörde zur Gefahrenabschätzung in Anbetracht der konkreten Versammlung⁴⁷⁴ – in Erinnerung zu rufen. Gerichte, die nur schützen, was noch allgemeinverträglich und nicht allzu irritierend ist, sind aber in ihrer Funktion als Grundrechtswahrer nicht ernstzunehmen.⁴⁷⁵ Das ist auch so gewollt: Man muss die Einrichtung einer spezifischen Grundrechtsgerichtsbarkeit immer auch als Betonung der Bindung der restlichen Gerichtsbarkeiten an das einfache Recht begreifen.⁴⁷⁶

Nichtsdestoweniger ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgrund ihrer Residualfunktion für öffentlich-rechtliches staatliches Handeln die Fachgerichtsbarkeit mit der größten inhaltlichen Nähe zu verfassungsprozessualen Problemlagen. Zugleich ist sie die Fachgerichtsbarkeit für alle gerichtsförmigen Konfliktentscheidungen zwischen staatlichen Untereinheiten, die nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit obliegen, § 40 Abs. 1 VwGO.⁴⁷⁷ In Hinblick auf den – dem Enumerativprinzip folgenden – Verfassungsprozess hat der Verwaltungsprozess damit in verschiedener Hinsicht eine lückenfüllende Funktion. Verwaltungsprozessuale Dogmatiken müssen daher bisweilen auch auf Impulse aus der Verfassungsgerichtsbarkeit reagieren, die weniger den Logiken des Verwaltungsprozesses als den Begrenzungen des Verfassungsprozesses geschuldet sind, wie sich etwa im Fall atypischer Feststellungsklagen gegen untergesetzliches Bundesrecht zeigt.⁴⁷⁸

Die Verfassungsgerichtsbarkeit und ihr zentraler Maßstab, die Grundrechte, haben der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Mission einer wirksamen Rückbindung der Verwaltung an ihr Recht wichtige Unterstützung geleistet. Das Ende des besonderen Gewaltverhältnisses⁴⁷⁹ und die universelle Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁴⁸⁰ waren verfassungsgerichtliche Impulse, die die Zugriffsmöglichkeiten der Verwaltungsgerichte auf das Verwaltungshandeln⁴⁸¹ er-

⁴⁷³ Siehe BVerfGE 111, 147 (155 f.) – NPD-Kundgebung (2004), das den Beschluss des OVG NW vom 21.6.2004, 5 B 1208/04, aufhob, weil das in Frage stehende Versammlungsverbot sich allein auf den Inhalt der im Rahmen der Kundgebung zu erwartenden Äußerungen stütze.

⁴⁷⁴ Etwa zum Verbot einer Versammlung in Stuttgart: BVerfG (Kammer) NVwZ 2020, S. 711 (Tz. 20 ff.).

⁴⁷⁵ Dazu emphatisch Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, 1977, S. 223 ff.

⁴⁷⁶ Zur gesetzessichernden Stoßrichtung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit Stephan Hinghofer-Szalkay, Verfassungsrechtsentwicklung aus rechtstatistischer Perspektive, 2019, S. 225 ff. m. w. N.

⁴⁷⁷ Zu Organstreitigkeiten s. → 147 f.

⁴⁷⁸ Der Forderung des BVerfGE 115, 81 (92) – Kulturpflanzenanbau (2006), fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen wegen Art. 19 Abs. 4 GG auch im Wege einer Feststellungsklage zu gewähren, kam das BVerfG NVwZ 2007, S. 1311 (Tz. 16 ff.), nach. Siehe dazu näher → Rn. 207.

⁴⁷⁹ BVerfGE 33, 1 – Strafvollzug (1972).

⁴⁸⁰ BVerfGE 7, 377 (441) – Apothekenurteil (1958).

⁴⁸¹ Zur Diskussion, wie weit dieser Grundsatz bei der gebundenen Verwaltung reicht, s. Tristan Bercel, Der gebundene Verwaltungsakt unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, VerwArch, Bd. 105 (2014), S. 142; Torben Westerhoff, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen, 2016; Benedikt Vogt, Die verhältnismäßige Anwendung „gebundener“ Normen, 2019; für einen extremen Fall der verwaltungsgerichtlichen Intervention qua Verhältnismäßigkeit BVerfGE

heblich erweitert und damit die Verrechtlichung entscheidend vorangetrieben haben. Grundrechtlich angetrieben war auch die Ausweitung gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten zugunsten von Drittbetroffenen.⁴⁸² Als ein verfassungsgerichtetes Danaergeschenk kann demgegenüber die Elfes-Doktrin⁴⁸³ gelten. Sie hebt – in ihrer nicht zwingenden verwaltungsrechtlichen Rezeption⁴⁸⁴ – im „Eingriffsbereich“ das subjektivrechtliche Prinzip weitgehend auf, relativiert damit eine zentrale Steuerungsentscheidung des Prozessrechts und schlägt zugleich dem materiellen Gesetzgeber ein wichtiges rechtliches Differenzierungsmittel – nämlich die subjektive Zuordnung von Rechtsinhalten – aus der Hand. Rechtliche Vorgaben, die Voraussetzung eines Eingriffs sind, werden dadurch übers Eck rügefähig, selbst wenn sie nicht als subjektiv-berechtigtend gewollt waren.⁴⁸⁵

- 103 Inwieweit es sich auch bei der Verwendung der grundrechtlichen Rechtsweggarantie als verfassungsrechtlichem Passepartout der Verwaltungsgerichtsbarkeit um einen eigenständigen verfassungsgerichtlichen Impuls handelt, ist nicht ganz klar. Dagegen spricht, dass das Bundesverfassungsgericht die Normprägung des Art. 19 Abs. 4 GG stets betont und kaum jemals verwaltungsprozessuale Normen für nichtig erklärt hat.⁴⁸⁶ Dafür spricht allerdings die verfassungsgerichtliche Forderung nach einer rechtsschutzeffektuerenden Handhabung prozessualer Normen, etwa im Bereich der Wiedereinsetzung⁴⁸⁷ oder des Fortsetzungsfeststellungsinteresses⁴⁸⁸. Im Ergebnis war die Rechtsweggarantie in der jungen Bundesrepublik der entscheidende argumentative Katalysator verwaltungsgerichtlicher Selbst- und Kompetenzbehauptung, ohne den die weitreichenden Befugnisse, die die Verwaltungsgerichte gegenüber der Verwaltung in Anspruch nehmen, unvorstellbar wären. Unabhängig von diesen konkreten Impulsen, die von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgegangen sind, wirken die Grundrechte über die Urteilsverfassungsbeschwerde vereinheitlichend auf die Fachgerichtsbarkeiten und setzen damit ein Gegengewicht zur in Art. 95 GG begründeten starken Zergliederung der deutschen Gerichts- und Rechtsordnung. Die im Rechtsvergleich weitgehende Konstitutionalisierung der deutschen Rechtsordnung ist insofern womöglich auch eine Reaktion auf die erheblichen in Art. 95 GG angelegten Fliehkräfte.⁴⁸⁹ Das Problem dieser Lösung ist allerdings,

164, 379 (386 ff., Rn. 17 ff.) (Nichtbestehen der Ersten Juristischen Prüfung wegen zu späten Erscheinens).

⁴⁸² BVerwGE 32, 173 (2. Leitsatz); Hess VGH NVwZ 1990, S. 276; Eberhard Schmidt-Aßmann, Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immunitätsschutzrecht, AöR, Bd. 106 (1981), S. 205 (205f.); Günther Schwerdtfeger, Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht, NVwZ 1982, S. 5 (6 ff.); Christoph Enders, Neugründung des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes aus der grundrechtlichen Schutzpflicht, AöR, Bd. 115 (1990), S. 610 (612f., 620 ff.). Vorsichtig in diese Richtung weist auch BVerwG NJW 1983, S. 1507 (1508). Als „unausweichlich“, aber dogmatisch schwierig einzufangen beschreibt die Entwicklung Jost Pietzcker, „Grundrechtsbetroffenheit“ in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: FS Bachof, 1984, S. 131 (143–149, Zitat auf S. 143).

⁴⁸³ Anschließend an BVerfGE 6, 32 (41) – Elfes (1957).

⁴⁸⁴ Siehe dazu Krebs, Subjektiver Rechtsschutz (Fn. 71), S. 204; → Rn. 9, 169 f.

⁴⁸⁵ Siehe dazu näher → Rn. 161 ff.

⁴⁸⁶ Beispielfhaft BVerfGE 35, 65 (72 f.); 61, 82 (109 ff.); 69, 1 (48 ff.); BVerwGE 60, 297; 104, 337 (345).

⁴⁸⁷ So die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, s. BVerfGE 40, 88 (91); 67, 208 (212 f.); 69, 381 (385); 110, 339 (342).

⁴⁸⁸ BVerfG (Kammer) NVwZ-RR 2011, S. 405 (Tz. 20 ff.).

⁴⁸⁹ Für diesen Zusammenhang auch Heun, Verfassungsrecht (Fn. 421), S. 110.

dass das unitarisierende Element dann auf Ebene des Verfassungsrechts liegt und damit nicht zur demokratischen Disposition steht.

4. Relativierungen durch das Unionsrecht

Als zweiter vereinheitlichender Faktor wirkt das Unionsrecht bzw. sein gerichtlich-einheitsmodell. Das Gerichtssystem der Verträge ist eine eigenwillige Mischung: Institutionell lehnt es sich stark an das französische Verwaltungsrecht an (Nichtigkeitsklage, Generalanwalt, Begründungsstil usw.), konstruiert sich insoweit also als Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁴⁹⁰ Gleichzeitig institutionalisiert es aber keine scharfe Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht,⁴⁹¹ ähnelt insofern dem angelsächsischen Modell und nimmt eine technisch-nüchtere Haltung zu den gewachsenen Gerichts- und Rechtssystemen der Mitgliedstaaten ein. Wichtig ist aus Sicht des Unionsrechts, dass seine Festlegungen von den Mitgliedstaaten effektiv und äquivalent umgesetzt werden.⁴⁹² Damit sind über das Vorabentscheidungsverfahren die ausdifferenzierten Fachgerichtsbarkeiten, einschließlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit, auch kraft Unionsrechts verklammert und einer einheitlichen, übergeordneten Instanz unterworfen. Die in Deutschland verbreitete Irritation über einen als unsensibel wahrgenommenen Europäischen Gerichtshof⁴⁹³ ist damit das Produkt einer doppelten Konfrontation: zum einen die in einem supranationalen Gebilde unvermeidliche Irritation durch andere Rechtsvorstellungen und -kulturen, zum anderen die Konfrontation mit einem dem Einheitsmodell folgenden Gerichts- und Rechtssystem. Die Fachgerichte werden dadurch nicht nur in ihrer Funktion als *deutsche Gerichte*, sondern zusätzlich in ihrer Rolle als *Fachgerichte* herausgefordert.

Auch andere Eigenheiten und Differenzierungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen werden durch die unionale Verklammerung infrage gestellt und relativiert. Das gilt für subjektive und objektive Rechtsschutzansätze, die Wertschätzung des Verfahrensrechts oder inhaltlich aufgeladene Verständnisse des „Strafrechts“ und der „subjektiven Rechte“. Ein maßgeblicher Teil der verwaltungsprozessualen Groß-Diskurse und Diskussionsverschiebungen der letzten fünfzig Jahre geht damit auf die Einbindung in die unionale Rechtsordnung und ihr Gerichtssystem zurück. Dabei erweist sich die institutionelle Entscheidung, die mitgliedstaatlichen Gerichte bei Wahrung verfahrensmäßiger Eigenständigkeit als Unionsgerichte nutzbar zu machen und – anders als etwa die USA – kein vollständiges eigenes Gerichtssystem für unionsrechtliche Fragen zu etablieren, als Clou. Die Systeme bestehen nicht nebeneinander als gesonderte und abgegrenzte Entscheidungs- und Rechtssphären, sondern fordern sich als

⁴⁹⁰ Claus D. Classen, Der EuGH und die Herausbildung eines europäischen Verwaltungsrechts, in: Scherke/Suerbaum (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, 2016, S. 11 f.

⁴⁹¹ → Bd. 1 Burgi § 18 Rn. 31; *Wassilios Skouris*, Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, EuR 1998, S. 111 f.

⁴⁹² EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Ra. 106/177, Slg. 1978, S. 629, Rn. 14 ff. – *Simmenthal*; Urt. v. 19.6.1990, Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433, Rn. 20 f. – *Factortame*; Urt. v. 8.9.2011, Rs. C-89/10 und C-96/10, Rn. 32; Urt. v. 16.1.2014, C-429/12, Rn. 23; *Rudolf Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, 3. Aufl. 208, Art. 4 EUV Rn. 33 f. m. w. N.

⁴⁹³ Siehe *Halter/Bergmann* (Hrsg.), EuGH (Fn. 94).

verschränkte Rechtsordnungen mit überlappenden Festlegungen immer gegenseitig heraus.⁴⁹⁴ Gleichzeitig führt das bei verhärteten Fronten zu einer Durchsetzungsschwäche des europäischen Rechts, weil die Sachentscheidung bei den vorliegenden – mitgliedstaatlichen – Gerichten verbleibt. Im Konflikt um die Unabhängigkeit und Besetzung der polnischen Richterdisziplinarkammer,⁴⁹⁵ aber auch mit dem Bundesverfassungsgericht⁴⁹⁶ führt das in kaum auflösbare Situationen: Um seinen Vorranganspruch hier tatsächlich durchzusetzen, müsste das Unionsrecht entweder zu offenem Gerichtsungehorsam mitgliedstaatlicher (Exekutiv-)Stellen oder zu einer Einwirkung auf die jeweils dissentierenden Gerichte anstiften und damit zentrale Säulen der eigenen Rechtsordnung infrage stellen.⁴⁹⁷

III. Verwaltungsgerichte als Kontrollinstanzen

106 Die wohl folgenreichste Systementscheidung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Einsetzung der Gerichte als Kontrollinstanzen der Verwaltung. Die Rechtsfeststellung und Rechtsverwirklichung sind in erster Linie der Verwaltung übertragen.⁴⁹⁸ Die Gerichte kontrollieren jene und sind dafür durch die VwGO mit wirksamen Instrumenten ausgestattet.⁴⁹⁹

1. Erstzugriff der Verwaltung und Vorrang der Verwaltungsgerichte

107 Mit der Funktion der Gerichte als Kontrolleure der Verwaltung korrespondiert der Erstzugriff der Verwaltung auf verwaltungsrechtliche Sachverhalte.⁵⁰⁰ Ohne ein vorausgehendes rechtserhebliches Handeln der Verwaltung gäbe es nichts zu kontrollieren. Dogmatisch ist dieser Zusammenhang in der Anerkennung eines Prinzips des ex post- oder nachlaufenden Rechtsschutzes angelegt,⁵⁰¹ dessen normativer Anknüpfungspunkt und Reichweite freilich nicht ganz klar sind. Zumeist wird der Grundsatz an der Zulässigkeitsbedingung des Vorverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO festgemacht, was allerdings nicht erklären kann, weshalb auch vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsakten normalerweise ausgeschlossen sein sollten. Denn wenn man es gar nicht erst zu einem Verwaltungsakt kommen lässt, braucht man keine Anfechtungs- oder Verpflichtungs-

⁴⁹⁴ Zu diesem Aspekt der Auflockerung systembedingter Erstarrungen in den Mitgliedstaaten ebenso *Classen*, *Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsakzeptanz* (Fn. 91), S. 228.

⁴⁹⁵ Siehe dazu die einstweilige Anordnung des EuGH, Beschl. v. 8.4.2020, Rs. C-791/19R.

⁴⁹⁶ Siehe BVerfGE 154, 17 – Europäische Bankenunion (2020).

⁴⁹⁷ Ähnlich *Anna Katharina Mangold*, *Der Widerspenstigen Zähmung*, LTO v. 13.5.2020, verfügbar unter www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfge-ebz-urteil-provokation-eugh-eu-vertragsverletzungsverfahren/; s. zum Konflikt auch *Christoph Möllers*, *Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra-Vires-Urteils verklagen?* CONTRA, *VerfBlog*, 16.5.2020, verfügbar unter <https://verfassungsblog.de/sollte-die-eu-kommission-deutschland-wegen-des-karlsruher-ultra-vires-urteils-verklagen-contra/>.

⁴⁹⁸ Siehe bereits → Rn. 24; *Nolte*, *Eigenart* (Fn. 2), S. 72.

⁴⁹⁹ Siehe → Rn. 187 ff.

⁵⁰⁰ Siehe dazu ausführlich *Buchheim*, *Vorrecht* (Fn. 154); ähnlich schon *Wilhelm Henke*, *Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts*, DÖV 1980, S. 621 (628–631); kritisch zu dieser Figur ab „unscharf“ *Funk*, *Ansprüche* (Fn. 465), S. 252.

⁵⁰¹ BVerfGE 77, 207 (211 ff.); 89, 327 (329); *Hufen*, *VerwaltungsprozessR* (Fn. 335), § 18 Rn. 2. Siehe a. die Nachweise in Fn. 15.

klage, sodass auch §§ 68 ff. VwGO keine Anwendung finden könnten. Stattdessen sichert das Widerspruchsverfahren den Zweitzugriff der Verwaltung auf den Sachverhalt bzw. den kontrollierenden Erstzugriff auf die eigene Entscheidung.⁵⁰² Ein besserer Kandidat, das Prinzip des nachlaufenden Rechtsschutzes in einer einzelnen gesetzlichen Norm zu verwurzeln, ist wohl § 42 Abs. 2 VwGO, der mit dem Erfordernis einer geltend zu machenden Rechtsverletzung – nicht eines Rechts – ein Ersthandeln der Verwaltung voraussetzt.⁵⁰³ Je nachdem, wie weit man den Anwendungsbereich dieser Norm zieht – und er wird allgemein weit gezogen⁵⁰⁴ –, wäre damit der Positivierungsnachweis für einen Großteil verwaltungsrechtlicher Konstellationen geführt. Unabhängig davon kommt der Erstzugriff der Verwaltung in einer Fülle verwaltungsrechtlicher Normen, Dogmatiken und Praktiken zum Ausdruck, z. B. in der Stellung eines Antrags als materiel-verfahrensrechtliche Anspruchsvoraussetzung, in § 75 VwGO und der dort implizierten grundsätzlichen Unzulässigkeit – nicht Unbegründetheit – vorbeugender Klagen, in § 44a VwGO, der die Integrität des Verwaltungsverfahrens sichert, in § 54 Abs. 2 VwGO, der davon auszugehen scheint, dass dem Prozess ein Verwaltungsverfahren vorausgeht, oder in der von der Rechtsprechung aufgestellten Zulässigkeitsbedingung eines vorherigen Ansprechens der geforderten Leistung bei Leistungsklagen.⁵⁰⁵

Aus der Einsetzung der Verwaltung als erstzugreifende Instanz und der Verwaltungsgerichte als Kontrolleure folgen koordinative Herausforderungen an verwaltungsrechtliche und verwaltungsprozessuale Normierung und Dogmatik, die im Privatrecht keine Entsprechung finden.⁵⁰⁶ Sie tragen, weil sie die grundlegenden Handlungsmöglichkeiten und -räume der Verwaltung und der Gerichte betreffen, immer eine die grundgesetzliche Gewaltengliederung betreffende Komponente in sich und entziehen sich damit einer rein technischen oder allein auf den Schutz der Rechte der Einzelnen blickenden Perspektive. Interessant ist hier, dass in verwaltungsprozessualen Diskussionen klassische Konzeptionen von Gewaltenteilung im Sinne einer möglichst klaren Trennung der Gewalten und ihrer Handlungssphären geläufiger und wirkmächtiger sind als im Staatsorganisationsrecht, in dem das Paradigma der Gewaltentrennung von Vorstellungen der Gewaltverschränkung weitgehend abgelöst wurde.⁵⁰⁷ Wenn etwa in Diskussionen um die Anfechtung von Nebenbestimmungen im Ermessensbereich darauf abgestellt wird, dass man der Verwaltung keinen Verwaltungsakt unterschieben dürfe, den sie so niemals erlassen wollte und auch nicht erlassen musste,⁵⁰⁸ wird deutlich, dass man sich den Verwaltungsbereich weiterhin als

108

⁵⁰² Siehe dazu → Rn. 123 ff.

⁵⁰³ Siehe dazu auch → Rn. 144 ff.

⁵⁰⁴ Siehe relativierend → Rn. 172 ff.

⁵⁰⁵ Zum vorherigen Ansprechen als Zulässigkeitskriterium der Leistungsklage BVerfGE 81, 164 (181); 114, 350 (356); *Jost Pietzcher*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 42 Abs. 1 Rn. 156 m. w. N.; *Hufen*, *VerwaltungsprozessR* (Fn. 335), § 17 Rn. 11; a. A. statt aller *Wolf-Rüdiger Schenke*, *VerwaltungsprozessR*, Rn. 363.

⁵⁰⁶ Siehe dazu bereits → Rn. 29 f.; s. auch → Rn. 210.

⁵⁰⁷ Diese Grundvorstellungen einander gegenüberstellend bereits *James Madison*, *The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts*, *The Federalist Papers* No. 47; zum Überblick auch *Möllers*, *Gewaltengliederung* (Fn. 221), S. 68 ff.

⁵⁰⁸ So auch noch BVerfGE 55, 135 (138); *Theodor Elster*, *Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen*, 1979, S. 320 ff., 330 ff.; *Klaus Lange*, *Die isolierte Anfechtung*

etwas vorstellt, in dem gerichtliche Interventionen wenig zu suchen haben. Dieses Gewaltenteilungsverständnis, das auf selbständige, von den anderen Gewaltenteilungen unberührte Handlungssphären abstellt, dürfte nicht zuletzt der französischen Prägung⁵⁰⁹ des deutschen Verwaltungsrechts geschuldet sein. Die beiden Systemen eigene entschiedene Trennung des öffentlichen und privaten Rechts, das mächtige Instrument des Verwaltungsakts und die administrative Selbstkontrolle galten in Frankreich als zentrale Elemente der Abgrenzung des Verwaltungsbereichs von der ordentlichen Justiz und damit als Inbegriff und notwendige Voraussetzung einer gewaltenteiligen Ordnung.⁵¹⁰ Ausfluss einer solchen Gewaltenteilungskonzeption ist eine Einsetzung der Verwaltungsgerichte als Kontrollreue, nicht als Rechtsverwirklicher.⁵¹¹ Sie belässt beiden Gewalten ihren jeweiligen Handlungsraum, innerhalb dessen sie mehr oder weniger unbeeinträchtigt von der jeweils anderen Instanz walten können. Dieser Gewaltenteilungskonzeption entsprechend etabliert das Verwaltungsprozessrecht einen relativ strikten zeitlichen und systematischen Vorrang der Verwaltungsentscheidung und verbindet ihn mit einem umfassenden und effektiv abgesicherten⁵¹² normativen Vorrang gerichtlicher Interventionen.

a) Integrität des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsentscheidung

109 Die Verwaltungsgerichtsordnung respektiert bzw. schafft den zeitlichen und systematischen Vorrang der Verwaltungsentscheidung, indem sie die Abgeschlossenheit des Verwaltungsverfahrens voraussetzt und sichert. Isolierte gerichtliche Interventionen gegen Verfahrenshandlungen sind grundsätzlich ausgeschlossen, § 44a VwGO. Hauptgegenstand des Prozessrechts ist der Verwaltungsakt,⁵¹³ § 42 Abs. 1 VwGO, der eine Regelung mit Außenwirkung voraussetzt, § 35 Satz 1 VwVfG. Damit orientiert sich das Rechtsschutzsystem der Verwaltungsgerichtsordnung an den vom Verwaltungsverfahrensrecht vorgegebenen und ausgewiesenen Entscheidungsschritten, die dann unter Wahrung der Integrität der verwaltungsverfahrensrechtlichen Regelung und des danach ablaufenden Verfahrens gerichtlich kontrolliert werden. Hier erschließt sich auch die durch die verwaltungsgerichtliche Generalklausel nicht überholte Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsakts: Dieser bildet einen justiziablen Angriffspunkt im amorphen „Meer der Verwaltungstätigkeit“.⁵¹⁴ Vorbeugender Rechts-

barkeit von Auflagen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur „modifizierenden Auflage“, AöR, Bd. 102 (1977), S. 337 (353).

⁵⁰⁹ Siehe zum Vorbildcharakter des französischen Verwaltungsrechts Mayer, VerwR I (Fn. 1), Vorwort zur 1. Aufl. 1895; differenziert Ulrich Scheuner, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, DÖV, Bd. 16 (1963), S. 714–719.

⁵¹⁰ Siehe nur Monique Drapeur, La Doctrine Française en Droit administratif 1954–1974, JöR, Bd. 2 (1975), S. 339 (368 f.); Marsch, Subjektivierung (Fn. 12), S. 37 ff. m. w. N.

⁵¹¹ Ebenso BVerwG NVwZ 2015, S. 906 (Tz. 17): „Verwaltungsrechtsschutz ist allerdings grundsätzlich nachgängiger Rechtsschutz. Das folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Gerichtsbarkeit nur die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit aufträgt, ihr aber grundsätzlich nicht gestattet, bereits im Vorhinein gebietend oder verbietend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen.“

⁵¹² Siehe → Rn. 187 ff.

⁵¹³ Siehe näher → Rn. 198 ff.

⁵¹⁴ Zur Strukturierungsfunktion des Verwaltungsakts Mayer, VerwR I (Fn. 1), S. 92 f.; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 6 Rn. 35 f.; Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, VerwR, § 9 Rn. 41; Paul Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 31.

schutz ist dementsprechend grundsätzlich gesondert rechtfertigungsbedürftig, §§ 42 Abs. 2, 75 Alt. 1 VwGO.⁵¹⁵ Andernfalls ginge dieser über die verwaltungsverfahrensrechtliche Gliederung und Stufung der Rechts- und Tatsachenfeststellung hinweg und begründete damit die Gefahr, dass Gerichte in einen unabgeschlossenen Sachverhalt hineinwirken. Aus diesem Grund sind gerichtliche Interventionen in noch laufende Verwaltungsverfahren auch auf Grundlage des § 123 VwGO nur unter besonderen Bedingungen zulässig. Zwar wird man § 123 Abs. 5 VwGO nicht als Ausschluss solcher Eingriffe lesen können, weil der dort statuierte Vorrang der §§ 80, 80a VwGO nur greifen kann, wenn ein Verwaltungsakt bereits erlassen ist. Man wird aber dort, wo das Verwaltungsverfahrensrecht ein Handeln im Bescheidweg vorsieht und dennoch keine Interimsregelung für den Zeitraum bis zur verfahrensmäßigen Rechtsfeststellung existiert,⁵¹⁶ folgern können, dass ein Zuwarten bis zur erstmaligen Verwaltungsentscheidung vom Gesetzgeber für generell zumutbar erachtet wird. Darüber sollten auch im Kontext des § 123 VwGO beliebte Rechtsschutzargumente⁵¹⁷ nicht ohne Weiteres hinweghelfen können.

Dass die VwGO auf eine Kontrolle der Erstentscheidung der Verwaltung zugeschnitten ist, zeigt sich auch daran, dass die Verwaltung dort, wo sie eine Verwaltungsaktbefugnis hat, über kein Rechtsschutzbedürfnis für Leistungsklagen verfügt,⁵¹⁸ weshalb auch bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen eine Widerklage der Verwaltung ausgeschlossen ist, § 89 Abs. 2 VwGO. Die Verwaltung wird dort, wo sie das kann, auf die Festsetzung ihrer Ansprüche im Verwaltungsverfahren verwiesen. Auch die verwaltungsgerichtliche Tatsachenfeststellung wird – ungeachtet der diesbezüglichen Zugriffsmöglichkeiten, § 86 VwGO – praktisch der Verwaltung, deren Verfahren und dem „Verwaltungsvorgang“ überantwortet.⁵¹⁹ Spruchreife muss im gerichtlichen Verfahren nicht immer herbeigeführt werden, § 113 Abs. 3, Abs. 5 Satz 2 VwGO, was sowohl rechtliche (Ermessen, andere Spielräume) als auch tatsächliche Gründe haben kann.⁵²⁰ Das ist aber eine systematisch bemerkenswerte Regelung, weil sie die Ermittlungs- und Entscheidungspflichten der einmal mit dem prozessualen Begehren befassten Gerichte wieder zurücknimmt. Sie spielt die Angelegenheit wieder an die Verwaltung und ihr Verfahren zurück. Daran zeigt sich, dass die Überführung einer Verwaltungssache in das verwaltungsprozessuale Verfahren nicht immer endgültig ist und die Gerichte auch in Verpflichtungskonstellationen primär als Kontrollreue der Erstentscheidung, nicht als Sachentscheider eingesetzt sind. Das ist auch in Wortlaut und historischer Entwicklung der Verpflichtungsklage angelegt, die eine Konzeption als erweiterte Anfechtungsklage –

110

⁵¹⁵ BVerwG NVwZ 2015, S. 906 (Tz. 17); Richard Naumann, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, in: GS Walter Jellinek, 1955, S. 391 (393, 399); Carl H. Ule, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, VerwArch, Bd. 65 (1974), S. 291 (304 ff.); Horst Dreier, Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, JA 1987, S. 415 (420).

⁵¹⁶ Zum Problem des Interimsrechts a. → Rn. 200 ff.

⁵¹⁷ Z. B. Friedrich Schock, Verwaltungsgerichtliche einstweilige Anordnung, in: Dirk Ehlers/ders. (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, S. 851 f.; → Vorauf. Bd. III Schock § 50 Rn. 228 f.

⁵¹⁸ Vgl. auch zu Einschränkungen dieses Grundsatzes BVerwGE 115, 389 (390); 80, 164 (165 f.); BayVGH BayVBl 2017, S. 276 (Tz. 12); Nds. OVG Nds-VBl. 2008, S. 227.

⁵¹⁹ Siehe dazu → Rn. 132 ff.

⁵²⁰ Siehe Riese, in: Schock/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 113 Rn. 213 ff.; zur Konstellation der fachwissenschaftlichen Erkenntnisgrenzen Eichberger, Gerichtliche Kontrollrichte (Fn. 158), S. 1566.

nicht umgekehrt der Anfechtungsklage als verkürzte Verpflichtungsklage – zu helegen.⁵²¹ Wie § 114 VwGO⁵²² gilt diese Entlastung der Gerichte von der Pflicht zur Herstellung der Spruchreife entsprechend auch für andere Klagearten, in sich nicht gegen oder auf einen Verwaltungsakt richten, die aber eine engeren Spielraum unterliegende oder komplexe Sachverhaltsmittlung erfordern. Entscheidung voraussetzen.

111 Das Anliegen der VwGO, zeitlichen Vorrang und Integrität des behördlichen Verfahrens und seiner Abschlussentscheidung zu respektieren, zeigt sich schließlich auch dort, wo dieses sich gegen die Verwaltung wendet: Eine völlig defizitäre Ermessensentscheidung kann nicht im gerichtlichen Verfahren ergriffen werden, § 114 Satz 2 VwGO.⁵²³ Das ist nicht nur ein Gebot des Rechtsschutzes, auch weil man das anderweitig – etwa durch Kostentragungsregeln – zulasten der Verwaltung – in den Griff bekäme. Es geht ebenso um Respekt vor administrativer Entscheidungslogik. Eine Ermessenserwägung, die noch gar nicht in der Entscheidung angelegt war und die allein unter dem (Ein-)Druck und im Kontext eines gerichtlichen Verfahrens zustande kommt, ist keine, die aus dem administrativen Geschäft und seinen Logiken heraus entstanden ist.⁵²⁴ Sie entspringt allein dem Interesse, den Prozess nicht zu verlieren. Für eine solche nachgeschobene, gleichsam vorgeschobene – Erwägung braucht die gerichtliche Entscheidung keinen gesteigerten Respekt aufzubringen und muss sich damit nicht befassen. Beurteilt wird vielmehr die angegriffene Entscheidung und das, was in ihr angelegt war, auf seine rechtliche Haltbarkeit. Damit bleiben die Gerichte – unter Respektierung der Logiken des Verwaltens – bei ihrer Kontrollaufgabe und befassen sich nicht mit nur hypothetischen, aber niemals ernsthaft so getroffenen Entscheidungen der Verwaltung. Hieraus erschließt sich auch der systematische Ort der Vorschrift, § 114 Satz 2 VwGO verhandelt das Ausmaß, in dem die Gerichte einerseits den Eigenbereich der Verwaltung respektieren und andererseits auf die Sachentscheidung zugreifen.

112 Die derart gewährte Integrität und Eigengesetzlichkeit des Verwaltungshandelns⁵²⁵ ist ein wichtiges Gut, weil gerichtsformige Verfahren zwangsläufig Asymmetrien in der Rechtsverwirklichung produzieren. Sie sind aufwändig und wirken immer nur punktuell. Sie sind kostspielig und werden daher bevorzugt von denen beschritten, die ihre rechtlichen Möglichkeiten gut kennen und abschätzen können, wann es sich lohnt. Eine Verwaltung, die nur auf gerichtliche Impulse oder in deren Antizipation handelte, wäre eine sozial zutiefst ungleiche Angelegenheit, die aus subjektiven Rechten faktisch Privilegien machen würde. Auch hat die Verwaltung zwangsläufig einen breiteren Überblick über den Kontext ihrer Entscheidungen und handelt daher vor einem umfassenderen sachlichen Horizont. Sie hat und kultiviert einen verfahrensübergreifenden Fundus an

⁵²¹ So aber *Schenke*, Konkurrentenklage (Fn. 157), S. 324; ähnlich *Funk*, Ansprüche (Fn. 68) S. 246.

⁵²² Siehe *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 7 m. w. N.

⁵²³ Zusammenfassend, hierbei aber auf ungeschriebene Grundsätze des materiellen Rechts verweisend *BVerwGE* 147, 81 (91 ff., Rn. 31–34).

⁵²⁴ Kritisch daher zu § 114 Satz 2 VwGO insgesamt *Notte*, Eigenart (Fn. 2), S. 87.

⁵²⁵ Siehe dazu → Bd. I *Hoffmann-Riem/Pilniok* § 12 Rn. 27 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsgabe (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 36 ff., Kap. 6 Rn. 46 ff.; *Christoph Möllers*, Kognitive Gewaltengliederung, DV, Heft 9 (2010), S. 113 (124 f.).

Wissen,⁵²⁶ den sie flexibel und ohne formale Einbringungsregeln ihren Entscheidungen zugrunde legen kann, während Gerichte ihr Wissen kontext- und verfahrensspezifisch konstruieren. Gerichte sehen nicht wirklich, was ihre Entscheidungen „in der Praxis bedeuten“. Gerade diese Distanz hilft, eine allein dem Recht verpflichtete Entscheidung zu ermöglichen. Gerichtliche Verfahren haben gewichtige Vorteile, die aber nicht ohne Nachteile kommen. Das macht es wichtig, das Verwaltungshandeln gerichtlichen Logiken nicht zu sehr anzugleichen. Ebenso wenig sollte man das verwaltungsgerichtliche Verfahren seiner Vorzüge berauben und einer Erledigungslogik unterwerfen. Das aber geschieht, je mehr man – etwa im Bereich des Interimsrechts⁵²⁷ – die Verwaltungsgerichte selbst als Entscheider verwaltungsrechtlicher Fragen einsetzt.

b) Gerichtlicher Vorrang

Notwendiges Gegengewicht zum Erstzugriff der Verwaltung ist der normative Vorrang des sie kontrollierenden gerichtlichen Verfahrens und der darin getroffenen Entscheidungen. Die VwGO etabliert und organisiert diesen Vorrang verwaltungsgerichtlicher Verfahren umfassend⁵²⁸ und an Wirksamkeit orientiert.⁵²⁹ Ein solcher Vorrang, der auch über die jeweils entschiedene Sache hinauswirkt, ist auch deshalb notwendig, weil gerichtliche Entscheidungen im Vergleich zu Verwaltungsentscheidungen eine knappe und teure Ressource sind. Sie können immer nur punktuell Geltendes feststellen, was – um sinnvoll zu sein – eine überschießende Steuerungskraft gerichtlicher Verfahrensergebnisse voraussetzt. Anders als ein Verwaltungsakt erledigt sich ein Urteil daher nicht mit seinem Vollzug. Ohne ein klares normatives Übergewicht verwaltungsgerichtlicher gegenüber administrativen Festlegungen entstünde eine institutionell asymmetrische Situation. Denn die Verwaltung handelt eigeninitiativ und mit weit überlegener sachlicher und personaler Ausstattung, während Gerichte nur auf Fremdinitiative hin tätig werden und überfordert wären, wenn auch nur ein nennenswerter Teil der Verwaltungsentscheidungen angegriffen würde. Für ein allgemeines Zurücktreten der Gerichte gegenüber Einschätzungen der Verwaltung – wie sie etwa in der US-amerikanischen *Chevron-Doktrin*⁵³⁰ oder der Bindung an administrative Auslegungen administrativer Rechtsetzung⁵³¹ zum Ausdruck kommt – spricht daher institutionell wenig.

113

⁵²⁶ Siehe zur Verwaltung als Informationsverarbeitungszusammenhang → Bd. II *Wischmeyer* § 24.

⁵²⁷ Siehe zu diesem Problem → Rn. 200 ff.

⁵²⁸ Siehe dazu → Rn. 130.

⁵²⁹ Siehe dazu → Rn. 187 ff.

⁵³⁰ *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984); überblicksweise *Case R. Sunstein*, *Chevron Step Zero*, *Virginia Law Review*, Bd. 92 (2006), S. 187; s. zu den Ursprüngen der Doktrin *Stephen Breyer*, *Judicial Review of Questions of Law and Policy*, *Administrative Law Review*, Bd. 38 (1986), S. 36; *Antonin Scalia*, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, *Duke Law Journal* 1989, S. 511.

⁵³¹ Siehe *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945), S. 414; dazu *John Manning*, *Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules*, *Columbia L. Rev.*, Bd. 96 (1996), S. 612; *Conor Clarke*, *The Uneasy Case Against Auer and Seminole Rock*, *Yale L. & Pol. Rev.*, Bd. 33 (2014), S. 175.

114 Diese Feststellung ist wichtig, weil sie gerichtliche Entscheidungen von Folgerwägungen⁵³² und übermäßigem „Verständnis“ für die Situation der Verwaltung und deren Schwierigkeiten entlastet. Gerichte können faktisch ohne nicht viel ausrichten. Sie sollten sich daher darauf konzentrieren, ihren Kontrollauftrag anhand der für sie geltenden Vorschriften möglichst unbeeindruckt zu erfüllen. Das setzt im Gegenzug voraus, dass die Verwaltung für ihre eigenen Entscheidungen aktiv Verantwortung übernimmt und sich nicht legalistisch als Vollstreckerin gerichtlich festgestellter gesetzlicher Programme versteht.⁵³³ Somit entsteht eine Unwucht, weil einerseits die gerichtliche Entscheidung ohne Absehung ihrer Realfolgen getroffen wurde und andererseits die Verwaltung über den Möglichkeiten ungenutzt ließe. Wichtig erscheint also eine beidseitige Verantwortungsübernahme, die den normativen Vorrang gerichtlicher Verfahren und Festlegungen respektiert, diesen aber auch nicht überschätzt.⁵³⁴ Verwaltungsgerichtliche Verfahren und ihre Ergebnisse sind ein wichtiger und dem Anspruch nach der höchstrangige Steuerungsfaktor des Verwaltungshandelns. Das heißt aber nicht, dass das Verwaltungsrecht, so wie es letztendlich zur Anwendung kommt, damit auch nur im Wesentlichen identisch wäre.

2. Administrative Letztentscheidungsansprüche

115 Ein verwaltungsrechtliches und verwaltungsprozessuales Dauerthema, das sowohl Eigenwert und Integrität des Verwaltungsverfahrens als auch den Vorranganspruch gerichtlicher Verfahren und Entscheidungen betrifft, ist der Umgang mit und die Anerkennung von administrativen Letztentscheidungsansprüchen oder Spielräumen.⁵³⁵ Während andere Rechtsordnungen und das Unionsrecht diese Frage unter dem einheitlichen Begriff des Ermessens abhandeln⁵³⁶ und Spielräume zumeist dort enden lassen, wo rechtliche Programmierung beginnt, hat sich in der deutschen Verwaltungslehre hierzu ein eigenes

⁵³² Klassisch hierzu Gertrude Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981; aus jüngerer Zeit: Philipp Lassahn, Folgenberücksichtigung, ARSP 99 (2013), S. 323 ff.; Thomas Wischmeyer, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 366 ff.

⁵³³ Ähnlich auch Schmidt-Aßmann, Ordnungs- und Realfolgen (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 37 ff.

⁵³⁴ Zur Verwaltungsverantwortung: Rupert Scholz bzw. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL, Bd. 34 (1976), S. 145 (160 f.) bzw. S. 221 (229 ff.); Rainer Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990; Röhl, Verwaltungsverantwortung (Fn. 98).

⁵³⁵ Dazu Otto Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97; Horst Ehmke, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960; Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961; Hans-Joachim Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979; Robert Alexy, Ermessensfehler, JZ (1986), S. 701; Eckhard Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001; Poscher, Missverständnisse (Fn. 162); Matthias Jestaedt, Das doppelte Ermessensantlitz, Zeitschrift für Verwaltung, Bd. 40 (2015), S. 339; Matthias Wendel, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, 2019.

⁵³⁶ Siehe etwa Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 113 Rn. 32 m. w. N.; Schmidt-Aßmann, Ordnungs- und Realfolgen (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 46; siehe etwa für England William Wade/Christopher Forsyth, Administrative Law, 11. Aufl. 2014, S. 596 ff.

Bündel von Dogmatiken entwickelt.⁵³⁷ Neben dem allgemeinen Verwaltungsermessen und dem Planungsermessen sind u. a. administrative Beurteilungsspielräume und jüngst auch faktische Kontrollgrenzen anerkannt. Gemeinsam haben diese Figuren, dass sich Verwaltungsgerichte dort jeweils nicht oder nur bedingt für ermächtigt halten, eine eigene Einschätzung an die Stelle derjenigen der Verwaltung zu setzen. Daher wird seit Langem die Unterscheidbarkeit dieser Figuren und Dogmatiken in Zweifel gezogen.⁵³⁸ Die Gerichte kontrollierten immer und nur so weit, wie die rechtliche Bindung reiche; jenseits dessen sei eben Spielraum.⁵³⁹ Richtig daran dürfte sein, dass sich die genannten Figuren aus der Kontrollperspektive stark annähern und jeweils zu einer Zurücknahme gerichtlicher Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse führen. Die eigentliche Sachentscheidung ist den Gerichten hier noch deutlicher als sonst entzogen; sie bleiben auf die Kontrolle der Erstentscheidung verwiesen. In letzter Konsequenz moderieren und tariieren die Spielraumlehren also gerichtliche Kontroll- und Zugriffsmöglichkeiten, weshalb sie häufig aus prozessualer Warte formuliert sind und als „Fehlerlehren“, nicht als Anforderungen an das Verwaltungshandeln daher kommen.

a) Die Problematik administrativer Beurteilungsermächtigungen

Ungeachtet dieser Problemähnlichkeiten handelt es sich doch um Figuren, die man sinnvoll unterscheiden kann.⁵⁴⁰ Das zeigt sich, wenn man nicht auf die gerichtliche Entscheidung und ihren Kontrollmaßstab, sondern auf das Handeln der Verwaltung und die Ansprüche der gesetzgebenden Instanzen blickt.⁵⁴¹ Ermessensentscheidungen und Entscheidungen mit Beurteilungsspielraum operieren unter fundamental unterschiedlichen Prämissen. Während eine Ermessensentscheidung auf der Annahme grundsätzlicher rechtlicher Gleichwertigkeit der bestehenden Handlungsoptionen basiert,⁵⁴² operiert eine Entscheidung mit Beurteilungsspielraum unter der Annahme der bestmöglichen Einschätzung einer feststehenden Lage, also unter der Prämisse der Gebundenheit.⁵⁴³ Eine behördliche Prüfungsentscheidung, die mit dem Anspruch aufträte, in einem prüfungsrechtlich ansonsten nicht angreifbaren Korridor nach Gutdünken eine Punktzahl festzusetzen, wäre bereits aus diesem Grund angreifbar. Anders die Entscheidung einer Streifenpolizistin, die zufällig einen Rotlichtverstoß eines Fußgängers beobachtet und mit der Erwägung „Heute eben nicht, es gibt Wichtigeres“

⁵³⁷ Überblickshalber etwa Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 188–217a; kritisch zur übermäßigen Verfeinerung ders., Ordnungs- und Realfolgen (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 46: „Marginalisierung durch Überdogmatisierung“.

⁵³⁸ Siehe etwa Hans-Joachim Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, 1979, S. 172 ff.; tendenziell auch Matthias Herdgen, Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JZ 1991, S. 747.

⁵³⁹ Dietrich Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR, Bd. 82 (1957), S. 163 (211 f.); Ehmke, „Ermessen“ (Fn. 535), insbes. S. 50 f.

⁵⁴⁰ Ebenso → Vorauf. Bd. III Schoch § 50 Rn. 286; Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 92; Poscher, Missverständnisse (Fn. 162), S. 527 ff.

⁵⁴¹ Für eine Abkehr von einer gerichtszentrierten Diskussion der Spielraumfrage hin zur Handlungsperspektive Schmidt-Aßmann, Ordnungs- und Realfolgen (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 46 f.

⁵⁴² Siehe dazu sogleich → Rn. 119 ff.

⁵⁴³ So zu Recht (bezogen auf die Tatbestandsseite) etwa Redeker, in: ders./v. Oertzen (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 7: „für sie gibt es grundsätzlich nur eine richtige Antwort“.

davon absieht, einzuschreiten. Eine solche Entscheidung wäre nicht ermessensfehlerhaft. Dasselbe gilt, wenn die Polizistin von mehreren Rotlichtsündern nur Fahrradfahrer anhält, weil sie meint, zuletzt besonders viele rücksichtslose Fahrradfahrer beobachtet zu haben und hier ein Zeichen setzen zu wollen. Eine Ermessensentscheidung kommt nicht – auch nicht wegen Art. 3 Abs. 1 GG – mit dem Anspruch daher, ein Prinzip zu statuieren, das in Ermangelung besserer Einsicht auch für alle zukünftigen Fälle gelten soll. Sie ist eine situative Entscheidung, deren normativer Anspruch sich in ihrem Erlass erschöpft. Eben das ist auch der in einer Ermessensnorm enthaltene gesetzliche Auftrag. Eine Beurteilung der Verwaltung mit normativem Spielraum muss demgegenüber eben diesen Verallgemeinerbarkeitsanspruch stellen – auch wenn sie nur für einen einzelnen Fall letztgültig von der Verwaltung getroffen wird.⁵⁴⁴ Daraus wird auch deutlich, weshalb die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen – auch bei ausdrücklichen gesetzlichen Beurteilungsermächtigungen, die zumeist fehlen⁵⁴⁵ – den Vorranganspruch der Verwaltungsgerichte entschiedener herausfordert und die Dogmatik nachhaltiger verunsichert als das Ermessen. Anders als letzteres ruft die Ausfüllung eines Beurteilungsspielraums **hermeneutische Konkurrenz** hervor: Sie relativiert die vorausgesetzte gerichtliche Deutungshoheit über vom Recht verwendete Begriffe einschließlich ihrer Subsumtion in Einzelfällen. Es geht nicht – wie beim Ermessen – darum, dass das Recht an einer bestimmten Stelle „aufhört“ und Optionen eröffnet, sondern darum, dass die Verwaltung hier letztgültig sagen darf, was Recht ist, ohne zugleich einen offen von ihr zu verantwortenden Gestaltungsanspruch stellen zu müssen. Eben diese **mächtige Ohnmacht des Boten**, zu sagen, was gilt, und gleichzeitig zu behaupten, dass es schon vorher so gegolten habe, ist durch Art. 92 GG den Gerichten zugewiesen. Ein allein an Bindung i.S.v. Erzwingbarkeit orientierter Rechtsbegriff, für den alle Bereiche und Handlungen, in denen man nicht „gebunden“ ist, einerlei und letztlich „politisch“ sind, kann diese Differenzierung nicht in sich aufnehmen. Recht und gerichtliche Verfahren betreiben aber nicht nur Zwang,⁵⁴⁶ sondern sind auch eine expressive Form,⁵⁴⁷ der es darum geht zu klären, welche normativen Ansprüche verschiedene Akteure stellen und inwieweit sich andere diesen Ansprüchen unterwerfen.

117 Der Anspruch, dass grundsätzlich die Gerichte, nicht die Verwaltung, sagen, was Recht ist, ist objektivrechtlich durch Art. 92 GG abgesichert und subjektivrechtlich durch Art. 19 Abs. 4 GG unterfüttert.⁵⁴⁸ Diese Norm ist eine sekundäre Regel, genau genommen eine Feststellungsregel (*rule of adjudication*). Sie sagt nicht, was der Fall sein soll, sondern wer **entscheidet**, wenn die öffentliche Gewalt (möglicherweise) ein Recht verletzt, also nicht beachtet hat, was der Fall sein sollte. Nach Art. 19 Abs. 4 GG sind das die Gerichte. Diese Feststellungs-

⁵⁴⁴ Siehe → Vorauff. Bd. III Schock § 50 Rn. 286f., 296, der die Beurteilungsermächtigung auf die Subsumtionsebene beschränkt.

⁵⁴⁵ Daher kritisch hinsichtlich der Prämissen der normativen Ermächtigungslernlehre Poscher, *Missverständnisse* (Fn. 162), S. 549f.

⁵⁴⁶ Für einen Zwangacharakter des Rechts als begriffliches Kriterium Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 223), S. 71–118; dagegen Möllers, *Möglichkeit* (Fn. 99), S. 97ff., 171–179.

⁵⁴⁷ Zur Diskussion über expressive Straftheorien Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl. 2017, S. 31ff.

⁵⁴⁸ Siehe zuletzt BVerfGE 149, 407 (u.a. 413f., Rn. 19) – Rotmilane; grundlegend BVerfGE 129, 1 (20ff.); s.a. BVerwG NVwZ 2018, S. 528 (Tz. 11); BVerwGE 167, 33 (37f., Rn. 12–15).

gel kann man nicht einfach dadurch ausschalten, dass man die Kompetenz zur Rechtsfeststellung zum Bestandteil der primären Regel erklärt und damit ein Recht schafft, dessen Verletzung letztverbindlich durch die Verwaltung festgestellt wird.⁵⁴⁹ Entweder verleiht eine solche Norm kein subjektives Recht, was durchaus der Fall sein kann und womöglich zu bestimmten Modifikationen der Praxis der Schutznormlehre veranlassen sollte,⁵⁵⁰ oder aber sie begründet eines und dann befinden im Grundsatz Gerichte letztverbindlich darüber, ob es verletzt ist. Die gesetzliche Beurteilungsermächtigung kann also keine hinreichende Bedingung administrativer Beurteilungsspielräume sein. Die normative Ermächtigungslernlehre, soweit sie diese Behauptung aufstellt,⁵⁵¹ geht daran vorbei.⁵⁵²

Entsprechend erkennt die Rechtsprechung administrative Beurteilungsspielräume nur fallgruppenspezifisch bei besonderem sachlichen Grund und nicht nur kraft gesetzlichen *fiats* an.⁵⁵³ Dazu gehören u.a. Prüfungsentscheidungen, beamtenrechtliche Bewertungen, manche komplexe Risikoeinschätzungen, bestimmte verwaltungs-, außen- und wirtschaftspolitische Wertungen und Entscheidungen bestimmter Gremien, etwa bei der Kulturförderung. Hier eine gemeinsame Linie auszumachen, ist nicht einfach und wird teils als aussichtslos verworfen.⁵⁵⁴ Auch die Rede von „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ gibt keine Kriterien an die Hand, weil Gerichte eben entscheiden können, was sie entscheiden müssen.⁵⁵⁵ Eher dürfte es um **Grenzen der Verrechtlichung und rechtlicher Logiken** gehen. Die anerkannten Fälle betreffen zumeist Konstellationen, in denen zwar rechtlich verbindliche Entscheidungen getroffen werden sollen oder müssen, etwa im Bereich staatlicher Kulturförderung oder bei Leistungsbewertungen. Auch sollen teils Kriterien für die Entscheidung vorgegeben werden, die dem Anspruch nach vollständig sind: Die Besten sollen befördert, gute Leistungen mit „gut“ bewertet werden. Zugleich sollen diese Entscheidungen aber gerade nicht nach den Logiken des Systems „Recht“, sondern nach anderen Gesichtspunkten und Gesetzmäßigkeiten gebildet werden. Es sind also Fälle, in denen durch staatliche und damit zumeist rechtsförmige Entscheidung Programme vorgegeben werden, deren Umsetzung aber nicht nach rechtlichen Maßstäben operieren soll. Das Prüfungsrecht will, dass eine nach philologischen und pädagogischen Maßstäben überdurchschnittliche Leistung im Staatsexamen Französisch für Lehramt als „gut“ bewertet wird. Es will damit aber nicht erreichen, dass sich eine zisierte Dogmatik der „guten Leistung“ entwickelt, die dann über die Zeit hinweg angereichert, ergänzt, ausgefeilt, verdichtet und durch eingetübte prüfungsrechtliche Urteilskraft umgesetzt wird. Es soll stattdessen der romanistischen Pädagogik überlassen bleiben, Gütekriterien zu entwickeln und anzuwenden. Ähnliches gilt bei bestimmten wirtschafts- oder

118

⁵⁴⁹ Plastisch Poscher, *Missverständnisse* (Fn. 162) S. 550: „Der an Art. 19 Abs. 4 GG gebundene Gesetzgeber kann sich nicht am Schopf der gesetzlichen Ermächtigung aus der grundrechtlichen Bindung ziehen“.

⁵⁵⁰ Siehe dazu → Rn. 170f.

⁵⁵¹ Siehe etwa Martin W. Nell, *Beurteilungsspielraum zugunsten Privater*, 2010, S. 193ff.

⁵⁵² Ebenso Poscher, *Missverständnisse* (Fn. 162), S. 550.

⁵⁵³ Grundlegend BVerfGE 129, 1 (20ff.); s.a. BVerwG NVwZ 2018, S. 528 (Tz. 11); kein Spielraum (mehr) etwa bei Indizierungsentscheidungen, s. BVerwGE 167, 33 (39f., Rn. 18f.).

⁵⁵⁴ Siehe etwa Riese, in: Schock/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, § 114 Rn. 114f.

⁵⁵⁵ Ähnlich Poscher, *Missverständnisse* (Fn. 162), S. 541.

außenpolitischen Einschätzungen wie etwa nach § 3 Nr. 1 lit. a IFG.⁵⁵⁶ Diese Verweigerungsgrund verweist auf die Binnenlogiken der internationalen Beziehungen und ihrer Erfordernisse, soll aber gerade keinen Anlass setzen, den Begriff der „Gefährdung internationaler Beziehungen“ als Rechtsbegriff auszuwickeln und zu konturieren. Vor allem soll die gerade in schwierigen Fällen nötige Urteilskraft nicht nach rechtlichen, sondern nach den Logiken der Diplomatie ausgeübt werden. Behördliche Letztentscheidungsermächtigungen sind damit eine bewusste Gegenbewegung zu den Verrechtlichungsautomatismen, die sich einstellen, sobald ein sprachlicher Begriff in einer Rechtsnorm auftaucht.⁵⁵⁷ Sie sind eine Reaktion darauf, dass moderne Gesellschaften fast alle Entscheidungen, die sie treffen – etwa Lehrpläne, Beförderungen, Kulturförderungsentscheidungen, Zeugnisse – in die Rechtsform gießen oder in Rechtsnormen aufgreifen und zugleich nicht wollen, dass all diese Lebensbereiche deshalb auch nach rechtlichen Gesichtspunkten und Logiken operieren und subsumieren sollen. Auch wenn die Verfassung ein System der „Bestenauslese“ im Bereich öffentlicher Ämter verspricht, stellt sie nicht den Anspruch, dass es eine Rechtsfrage sei, was eine tüchtige Amtsträgerin ausmacht und wer „die Tüchtigste“ ist. Administrative Letztentscheidungsansprüche sind damit ein Mittel, eine Tendenz zur ubiquitären Verrechtlichung zu beschränken. Man darf allerdings nicht übersehen, dass die Übertragung solcher Entscheidungen auf die Verwaltung und damit auf eine Verwaltungslogik nicht zwangsläufig sinnvoller ist. Administrative Beurteilungsermächtigungen müssen daher kompetenziell und verfahrensmäßig so gestaltet sein, dass die Entscheidung in der Sache auch tatsächlich dem sozialen Subsystem zukommt, dessen Integrität und Eigengesetzlichkeit man dadurch wahren möchte, dass man sie den Gerichten entzieht.⁵⁵⁸ In diesem Sinn erschiene es etwa bei einer Informationsverweigerung wegen Gefährdung der internationalen Beziehungen nach § 3 Nr. 1 lit. a IFG angebracht, die Entscheidung einer Stelle in der Behördenhierarchie zuzuweisen, bei der man davon ausgehen kann, dass sie mit eben diesen Gepflogenheiten der internationalen Beziehungen vertraut ist. Regelungstechnisch läge höhere, politisch agierende Verwaltungsebene zu markieren. Ohne eine solche Markierung liegt es fern, hier eine Beurteilungsermächtigung der Verwaltung zu verorten.⁵⁵⁹ In Fällen, in denen funktional gerechtfertigte normative Beurteilungsermächtigungen der Verwaltung angenommen werden, beschränkt sich das gerichtliche Kontrollprogramm dann im Wesentlichen auf die Gewährleistung elementarer Verfahrensrationalität durch Nachvollzug der Sachverhalts-

⁵⁵⁶ Hier einen Beurteilungsspielraum annehmend BVerwG NVwZ 2010, S. 321 (Tz. 15-32); BayVGfL, Ur. v. 22.10.2015, 5 BV 14.1805, Rn. 73; bekräftigend BVerwG NVwZ 2015, S. 1566 (Tz. 29); kritisch Friedrich Schock, in: dem. (Hrsg.), Informationsfreiheitsgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 28 ff. (ins bes. Rn. 38).

⁵⁵⁷ Siehe dazu Ralf Poscher, The Hand of Midas, in: Jaap Hago/Dietmar v.d. Pfordten (Hrsg.), Concepts in Law, 2009, S. 99-115.

⁵⁵⁸ Ähnlich Poscher, Missverständnisse (Fn. 162), S. 551; dazu bereits Rainer Wahl, Risikobewertung und gerichtliche Kontrollpflicht, NVwZ 1991, S. 409 (418): „Die Reduzierung der Kontrollpflicht durch das Verwaltungsverfahren verdient werden“.

⁵⁵⁹ Anders akzentuierte Kritik bei Friedrich Schock, Informationsfreiheitsgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 40.

mühtung, die Einhaltung der besonderen, den Spielraum rechtfertigenden Verfahrensmaßgaben und eine Willkürkontrolle.⁵⁶⁰

b) Die Ermessenskontrolle

Gewöhnliche Ermessensermächtigungen und -entscheidungen werfen solche Probleme nicht auf. Hier stellt die anzuwendende Norm keinen vollständigen Programmierungsanspruch, sondern weist offen auf bestehende Optionen hin. Ergebnis der Ermessensausübung ist zwar oft eine rechtlich verbindliche Festlegung durch Bescheid oder andere rechtsförmige Akte, sodass es insoweit um „Rechtskonkretisierung“ geht. Die Verwaltung hat dabei aber nicht den Anspruch, zu sagen, was Recht ist (und schon vorher war). Es geht um eine bewusst nicht rechtlich angeleitete Setzung, also um etwas, was Gerichte ohnehin nichts angeht. Das Recht soll hier gerade nur Grenzen ziehen und die Verwaltung ansonsten nach ihren – gesetzlich und politisch gesteuerten – Tunlichkeiten gestalten.⁵⁶¹ Eine hermeneutische Konkurrenz zu den Gerichten wird so nicht begründet. Diese kontrollieren nur – wie sonst auch –, ob sich die gewählte Handlung tatsächlich im rechtlichen Rahmen bewegt, sie insbesondere verhältnismäßig ist (äußere Ermessensgrenzen), ob die Verwaltung ihre Entscheidungsverantwortung wahrgenommen hat (Ermessensnichtgebrauch) und ob sie nach sachwidrigen Gesichtspunkten entschieden hat.⁵⁶² Der Mehrwert des § 114 Satz 1 VwGO liegt dabei in der Erstreckung der gerichtlichen Kontrolle auf die innere Entscheidungsseite, das Verhältnis der Verwaltung zu ihrer Entscheidung. Kern der gerichtlichen Ermessenskontrolle ist der Ausschluss des Nichtgebrauchs oder Missbrauchs der durch Ermessensnormen eingeräumten behördlichen Gestaltungsspielräume und damit die Rückbindung an das jeweilige gesetzliche Mandat und Handlungsprogramm.⁵⁶³ Im Ermessensbereich ist das Handeln der Verwaltung durch die objektive Rechtslage unterbestimmt und soll es auch sein. Verwaltungsbehörden haben zumeist ein ganzes Bündel von Aufgaben und Befugnissen, die jeweils sowohl für unverdächtige und gesetzlich gewollte als auch für problematische Zwecke eingesetzt werden könnten. Nur die Kontrolle der inneren Entscheidungsseite erlaubt es, darauf hinzuwirken, dass die mit der Umsetzung des Straßenrechts betraute Straßenbehörde sich nicht zur Entscheiderin über die Nutzung von Einweg- oder Mehrwegeschirr aufschwingt⁵⁶⁴, oder zu verhindern, dass Polizeibehörden beim Gebrauch ihrer vielfältigen Kontrollbefugnisse etwaige Vorurteile durch selektive „Empirie“ unterfüttern.⁵⁶⁵ Je nachdem, wie eng oder weit die Gerichte den Kreis der von der

⁵⁶⁰ Siehe dazu BVerwGE 167, 33 (37 f., Rn. 13) m. w. N.

⁵⁶¹ Gegen die Annahme der grundsätzlichen rechtlichen Gleichwertigkeit und Wahlmöglichkeit von Entscheidungen im Ermessensbereich allerdings Riese, in: Schock/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 15; offenbar auch Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 49, der die Ermessensausübung als Rechtskonkretisierung in abwägender Verarbeitung verschiedener rechtlicher und nicht-rechtlicher Richtigkeitskriterien sieht.

⁵⁶² Allgemein zur Ermessenskontrolle Alexy, Ermessensfehler (Fn. 535), S. 705 ff. S. a. die weiteren Nachweise in Fn. 535.

⁵⁶³ Insoweit ähnlich Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 49 f.

⁵⁶⁴ Siehe etwa ausführlich zu Ermessensgrundsätzen VGf BW NVwZ-RR 1997, S. 679 (680 f.).

⁵⁶⁵ Siehe zum Problem etwa OVG NW NVwZ 2018, S. 1497; zu den Folgerungen für die gleichheitsrechtliche Dogmatik Tischbirek/Wahl, „Racial Profiling“ (Fn. 252), S. 219 ff.; zu den unionsrechtlichen Problemen verdachtsunabhängiger Kontrollen VGf BW, Ur. v. 13.2.2018, 1 S 1468/17.

jeweiligen Behörde legitimer Weise zu berücksichtigenden Aspekte ziehen, ist die Rückbindung an die jeweils auszuführenden gesetzlichen Programme und Aufgaben direkter oder weniger direkt. Je kleiner der Kreis zulässigerweise zu berücksichtigender Erwägungen, desto größer werden aber auch die Anforderungen an die Bestimmungskraft der anzuwendenden gesetzlichen Programme. Denn irgendwie müssen Behörden zu ihren Entscheidungen kommen. Über die Ermessenskontrolle und ihre Justierung verteilen die Verwaltungsgerichte damit auch Entscheidungs- und Normierungsobliegenheiten zwischen Gesetzgeber und Verwaltung, sodass § 114 Satz 1 VwGO die Funktionenordnung zwischen allen drei Gewalten betrifft.⁵⁶⁶ Zu berücksichtigen ist dabei, dass in Systemen mit einer demokratisch verantwortlichen Verwaltung Interventionen der politischen Mehrheit im Ermessensbereich unmittelbarer wirken können als über gesetzliche Programme, die stets einer rechtlichen Formalisierung bedürfen und durch die Unabhängigkeit der Gerichte dem aktuellen Willen der Mehrheit entzogen sind. Während die gesetzlich gesteuerte und durch gerichtliche Kontrolle justierte Weite des Ermessens damit in einem System mit monarchischer oder selbstständig legitimierter Exekutive immer einen klaren demokratischen Gegensatz verhandelt, ist die Gleichung in einer parlamentarischen Demokratie komplexer. Dort markiert die Weite des Ermessens einen Konflikt zwischen zwei Konzeptionen bzw. Instrumenten demokratischer Legitimation, nämlich rechtsförmiger

120 Aussichtsreicher als die Frage nach dem demokratischen Mandat ist für die Erschließung des Ermessens, seiner adäquaten Reichweite und gerichtlichen Kontrolle die Frage nach den mit Ermessensnormen verfolgten Regelungsabsichten. Hier wird zumeist die Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit des Verwaltungshandelns genannt, die im Ermessensbereich größer sei und für die das Gesetz Raum gebe.⁵⁶⁷ Da auch Rechtsnormen ohne explizit ausgewiesene Entscheidungsoptionen flexibel ausgelegt und angewendet werden können,⁵⁶⁸ „Gewichtigkeit“ notorisch umstritten ist⁵⁶⁹ und die Privatrechtsordnung auch ohne „Ermessensnormen“ recht gut und flexibel auszukommen scheint, erklärt das wenig. Die spezifische Funktion von Ermessensnormen liegt eher darin, die Verwaltung auf ein Handlungsprogramm zu verpflichten, ohne dass dieses Programm dadurch sofort zum Rechtsprogramm wird und nach juristischen Logiken operiert. Entscheidungen im Ermessensbereich sollen situativ⁵⁷⁰ und konsequentialistisch, nicht nach deontischen Gesichtspunkten getroffen werden. Die

⁵⁶⁶ Martin Bullinger, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung – Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle, JZ 1984, S. 1001 (1007 ff.); Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 16.

⁵⁶⁷ Vgl. Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 23; Karl-Eberhard Hein/Volker Schlichte/Thomas Schmitz, Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, AöR, Bd. 122 (1997), S. 32 (35); Friedrich Schoch, Das verfassungsrechtliche Ermessen, Jura 2004, S. 462 (463); Andreas Voßkuhle, Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, S. 117 (117 f.); differenziert Martin Bullinger, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung (Fn. 566) S. 1007 ff.

⁵⁶⁸ Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 51 ff.

⁵⁶⁹ Hans Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit, in: ders., Reine Rechtslehre. Studienausgabe, 2017, S. 611 ff.; kritisch zur Ausrichtung auf Einzelfallgerechtigkeit auch Philipp Lessahn, Besprechung Vogl, Der Staat, Bd. 60 (2020), S. 628 (630).

⁵⁷⁰ Insoweit ähnlich Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 52: „situationsbestimmtes Abwägen“.

sollen fallen, wie sie fallen, nicht weil sie so fallen sollen, sondern weil die Verwaltung sie in der Situation für nützlich oder politisch opportun hält. Die Entscheidung ist nicht Ausdruck einer auch noch so komplexen und schwer fassbaren Regel und keiner durch „Abwägung“ zu bestimmenden Optimierungsgebots. Ein Subsumtionsmodell der Entscheidungsfindung und -begründung passt für die Ermessensausübung daher mangels Regelerorientierung nicht.⁵⁷¹ Dieser Grundmodus von Ermessensentscheidungen muss von der gerichtlichen Ermessenskontrolle respektiert werden. Verregelnde und juridifizierende Figuren administrativer Selbstbindung über Art. 3 Abs. 1 GG und Eingrenzungen aus Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit sollten daher klar von der Ermessenskontrolle i.e.S. abgegrenzt und nicht mit ihr zu einem schwer entwirrbaren Knäuel vermengt werden.⁵⁷²

Eine solche klare Konzeptualisierung der eigentlichen Ermessenskontrolle ist 121 auch deshalb vorzuziehen, weil das pflichtgemäße Ermessen bzw. seine Kontrolle kein Randphänomen ist, sondern ein allgemeines Ordnungsprinzip. Wo das Privatrecht auf nach privatautonomem Gesichtspunkten genutzte vertragliche Selbstorganisation und die Wahrung einiger elementarer absoluter Rechte setzt, basiert das Öffentliche Recht auf dem gesetzlich angeleiteten ordnenden Erstzugriff der Verwaltung und seiner Konkretisierung nach pflichtgemäßem Ermessen.⁵⁷³ In beiden Fällen verzichtet das Gesetzesrecht auf eine Durchnormierung des Verhaltens der Rechtsteilnehmerinnen. Allerdings handelt es sich bei der Verwaltung um einen durch Recht geschaffenen, nach Recht operierenden und im Namen aller handelnden Akteur, der daher zur Ausfüllung seiner Freiräume nicht auf private Willkür zurückgreifen kann. Zu kontrollieren, dass eben das nicht passiert und die Verwaltung ihren Anspruch, im Namen aller zu handeln, tatsächlich einlöst, ist Kern der Ermessenskontrolle, die daher zwangsläufig auch eine Motivkontrolle ist.

c) Gerichtliche Kontrolle von Planungsentscheidungen

Die gerichtliche Kontrolle von Planungsentscheidungen,⁵⁷⁴ in deren Bereich 122 die Verwaltung ebenfalls „Letztentscheidungsansprüche“ stellt, steht zwischen diesen Phänomenen. Wie beim Ermessen ist klar, dass sich das Ergebnis einer Planungsentscheidung nicht als die Vollziehung – auch nicht durch dogmatisierende Anreicherung⁵⁷⁵ – eines vorgefassten rechtlichen Programms verstehen

⁵⁷¹ Siehe dazu Ulfrid Neumann, Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung, in: Gabriel/Gröbner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 311 (315).

⁵⁷² Die verschiedenen „Richtigkeitskriterien“ bzw. die Rahmen- und Ausfüllungsanalyse stark miteinander amalgamierend etwa Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 4 Rn. 49 ff.

⁵⁷³ Für eine ähnliche Gegenüberstellung, allerdings die höhere Steuerungsdimension des Öffentlichen Rechts zurecht betonend Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 6 Rn. 13 ff.

⁵⁷⁴ Siehe zur Insoweit von der Rspr. unter Hinweis auf § 114 VwGO entwickelte Abwägungslehre grundlegend BVerwGE 34, 301 (insbes. 304, 307); 45, 309 (322 ff.). Aus neuerer Zeit BVerwGE 161, 17 (36 ff., Rn. 62 ff.). S. a. umfassend → Bd. II Köck § 36 Rn. 124 ff.; Rüdiger Rubel, Planungsermessen, 1982; Werner Hoppe, Planung und Pläne in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, in: FS Menger, 1985, S. 747; Wilfried Erbuth, Die planerische Abwägung und ihre Kontrolle – aus rechtsstaatlicher Sicht, in: ders./Winfried Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle, 2012, S. 103; zu den Besonderheiten des planungsrechtlichen Ermessens Ekkehard Hofmann, Abwägung im Recht, 2007, S. 374 f., 450 ff.

⁵⁷⁵ Siehe zur Struktur juristisch-dogmatischer Rechtsfortbildung Poscher, Rechtsdogmatik (Fn. 143), S. 203–219.

lässt. Weder das jeweilige Ziel der Planung noch deren Ausgang sind – jenseits bestimmter Rahmenvorgaben – rechtlich vorgegeben. Gerichte können hier also nicht mit ihrem hermeneutischen Instrumentarium zu Sachentscheidungen gelangen. Es gibt schon begrifflich keine einzig richtige Planung,⁵⁷⁶ anders als es aus der Sicht der Prüferin eben eine einzig faire Prüfungsbewertung geben muss. Ein Subsumtionsmodell passt daher – wie bei der Ermessensausübung i. e. S. – auch für Planungsentscheidungen nicht. Anders als bei Ermessensentscheidungen umfasst diese Unzulänglichkeit aber die gesamte Planungsoperation. Es gibt hier keine obere und keine untere Prämisse, keinen Tatbestand und keine Rechtsfolge mit Ermessen, keinen gedachten Zwischschritt von Konstruktion eines „Falles“ und „rechtlicher Würdigung“, sondern nur eine einheitliche Entscheidungsbildung unter Verarbeitung bestimmter Sollvorgaben.⁵⁷⁷ Das Planungsrecht, im Besonderen das Bauplanungs- und das Raumordnungsrecht, spezifizieren allerdings die Gesichtspunkte und Ziele, nach denen die behördliche Planungsentscheidung gebildet werden soll, deutlicher als klassische Ermessensnormen.⁵⁷⁸ Diese geben zumeist nur die rechtlichen Optionen und vage die behördlichen Aufgaben vor, setzen aber voraus, dass der Verwaltung schon klar ist, nach welchen Erwägungen sie ihre Ermessensentscheidungen treffen soll und darf. Das Kontrollprogramm von Planungsentscheidungen ist daher weniger problematisch, weil die gerichtliche Kontrolle schlicht nachvollziehen kann, ob die nach dem Gesetz anzusprechenden Belange ermittelt und verarbeitet wurden. Gerichtlicher Rechtsschutz ist hier nachvollziehend;⁵⁷⁹ er soll nicht selbst die Aufgabe guter Planung übernehmen. Dieser Leitgedanke muss bei der Kontrolle von Planungsentscheidungen präsent bleiben, weil immer möglich ist, dass Gerichte einen Belang anders ermitteln und gewichten würden als die von ihnen kontrollierte Verwaltung. Das können die Gerichte als Kontrolleure der behördlichen Planungsentscheidung zwar immer, allerdings verlassen sie damit ihr Mandat, ihre Kompetenzen und Funktion als Vergewisserer über das rechtlich Geltende. Egal, wie weit sie dabei gehen: Eine Planungsermessensreduzierung auf Null – also die Sachentscheidung – können Gerichte nie in Anspruch nehmen. In der vermehrten Hinwendung zu planungsrechtlichen Instrumenten liegt damit auch eine Verschiebung im Machtgefüge zwischen Gerichten und Verwaltung. Zielt der gesetzliche Normierungsanspruch nicht mehr darauf, das Handeln der Verwaltung inhaltlich zu bestimmen, büßt auch die Institution, de-

⁵⁷⁶ Ähnlich schon BVerwGE 34, 301 (304): „Erstens, daß die Befugnis zur Planung – hier wie anderweit – einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit einschließt – weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre“. Dieser Gedanke firmiert in der Rechtsprechung auch unter der Bezeichnung „Abwägungsgebot“: Die Befugnis zur Abwägung enthält das Gebot der Abwägung, also die tatsächliche Prüfung von Alternativen. Vgl. nur BVerwGE 34, 301 (308 f.); 41, 67 (68 f.); 48, 56 (63 f.).

⁵⁷⁷ Ebenso zum holistischen Charakter von Planungsentscheidungen bereits BVerwGE 34, 301 (304): „Zweitens, daß sich diese planerische Gestaltungsfreiheit nicht auf einen bestimmten geistig-sachlichen Vorgang zurückführen läßt, sondern verschiedene Elemente – insbesondere des Erkennens, des Wertens und Bewertens sowie des Wollens – umfaßt“; s. a. Werner Neumann/Christoph Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 49–51 m. w. N.

⁵⁷⁸ Siehe etwa § 1 Abs. 6 BauGB, § 2 Abs. 2 ROG. Dazu zum einen Stefan Muckel/Markus Ogorek, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 122 ff.; zum anderen Jens Kersten, Abschied von der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse, UPR 2006, S. 245 ff.

⁵⁷⁹ Der gerichtliche bloße Nachvollzug ist Teil des planungsrechtlichen Abwägungsgebots. Deutlich etwa BVerwG, Urt. v. 28.11.2017, 7 A 17/12, Rn. 63. S. zudem die Nachweise in Fn. 576.

ren spezifische Aufgabe es ist, in relativer Isolation von äußeren Einflüssen in einer streitigen Auseinandersetzung zu sagen, was Recht ist, und die ihre Entscheidungen dem Anspruch nach allein aus dem Recht entwickelt, an Bedeutung ein. Ihre einzige Funktion kann dann darin liegen, eine Sicherung bereitzustellen, die die Bindungen der Verwaltung gegenüber der Verwaltung behauptet und mit Zähnen versieht.⁵⁸⁰ Als Forum, in dem man in streitiger Auseinandersetzung anhand konkreter Fälle über das selbst Gesetzte und seine praktische Bedeutung verhandelt,⁵⁸¹ können Gerichte im Planungsbereich nicht dienen. Das macht es umso wichtiger, die hierbei bestehenden Artikulations- und Deliberationsmöglichkeiten dort vorzusehen und ernst zu nehmen, wo Planungsentscheidungen getroffen werden, also im Verwaltungsverfahren. Das – zumindest anfänglich verwaltungsgerichtliche gestaltete – Recht der Planerhaltung, das noch immer in erster Linie in Kategorien der Ergebnisrelevanz operiert⁵⁸² und Verfahrensfehler geringgeschätzt, geht an diesen Zusammenhängen vorbei, was auch zu unionsrechtlichen Verwerfungen geführt hat.⁵⁸³ Das hat auch eine demokratische Komponente. Die Gesetzmäßigkeit der Ergebnisse ist für die demokratische Legitimation behördlicher Planung evident unzureichend, weil man im Gesetzgebungsverfahren nur über einen sehr abstrakten Rahmen verhandelt und übereingekommen ist. Demokratische Elemente, insbesondere die Stimmen anderer, müssen daher über Verfahrensvorgaben in das Verwaltungsverfahren integriert werden.⁵⁸⁴ Zur Demokratie gehört nicht nur die Rückführbarkeit auf das Parlament,⁵⁸⁵ sondern wesentlich auch Möglichkeiten und Foren des Dissens.⁵⁸⁶ Es wäre daher falsch, partizipative Elemente im Verwaltungsverfahren als undemokratische Anmaßung bestimmter Interessengruppen zu desavouieren.

⁵⁸⁰ Zur Sicherstellung der Rechtsbindung als spezifische Funktion der Verwaltungsgewalt → Rn. 25 ff.

⁵⁸¹ Siehe zur für die Verwaltungsgerichtsbarkeit pointierten demokratischen Vergewisserungsfunktion über die eingegangenen Bindungen → Rn. 19 ff.; ähnlich auch Schmidt-Aßmann, in: Maurz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 117a: Verwaltungsprozesse als „Foren der Gemeinwohlokonzertierung“.

⁵⁸² Siehe etwa §§ 214 f. BauGB.

⁵⁸³ Zu den – teilweise durch Änderung der Planerhaltungsvorschriften behobenen – Friktionen mit dem Unionsrecht s. etwa Schmidt-Aßmann, Ordnungsrechte (Fn. 67), Kap. 6 Rn. 149; zu Zweifeln noch in jüngerer Zeit Vorabentscheidungsersuchen BVerwG, Vorlage v. 14.3.2017, 4 CN 3.16 (keine Entscheidung des EuGH wegen Rücknahme des Streitgegenständlichen Normenkontrollantrags).

⁵⁸⁴ BVerwG NVwZ 1988, S. 822 (823); BVerwGE 133, 98 (114 f.). Zur Forderung nach partizipativen Elementen → Bd. I Trute § 9 Rn. 54 f., 82; Bd. II Kersten § 29 Rn. 46 ff.; Walter Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL, Bd. 31 (1973), S. 179 (209 ff.); Hans-Joachim Menzel, Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater?, 1980; Andreas Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002; Birgit Peters, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, 2020.

⁵⁸⁵ Siehe dazu grundlegend Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR I, § 24; zur Kritik etwa Brun-Otto Bryde, Die bundesrepublikanische Volkdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWSrP 1994, S. 305; Thomas Blanke, Antidemokratische Effekte der verfassungsrechtlichen Demokratietheorie, KJ, Bd. 31 (1998), S. 452 ff.; Lassahn, Parlamentsgesetz (Fn. 7), S. 113 ff.; Claus D. Classen, Demokratische Legitimation im offenen Verfassungsstaat, 2009, S. 9 ff.

⁵⁸⁶ Ausführlich Ley, Opposition (Fn. 415), S. 183–207 m. w. N.; s. a. Carl J. Friedrich, Democracy and Dissent, The Political Quarterly, Bd. 10 (1939), S. 571 ff.; zugespitzt Chantal Mouffe, The Democratic Paradox, 2000.

3. Selbstkontrollen der Verwaltung

123 Nicht nur Gerichte kontrollieren die Verwaltung, diese kontrolliert sich immer auch selbst. Manche dieser Selbstkontrollen sind rechtlich formalisiert (z.B. Dienst- und Disziplinarrecht), andere wirken informell. Zusammengefasst sind sie praktisch wirkmächtiger als die gerichtliche Verwaltungskontrolle unmittelbar, die wie gesehen nur punktuell und selektiv eingreifen kann. Alle Formen administrativer Selbstkontrolle beruhen aber mittelbar auch auf dem Rückgrat wirksamer verwaltungsgerichtlicher Kontrolle.⁵⁸⁷ Eine unabhängige verwaltungsgerichtliche Kontrolle dürfte damit hauptverantwortlich dafür sein, dass die Formalisierung des Verwaltungsapparats und des gesamten Verwaltungsgeschehens in Rechtsstaaten weit über das für die bloße Funktions- und Rationalitätssicherung Erforderliche hinausgeht. Denn bis zu einem gewissen Punkt wird sich jede staatliche Struktur und besonders ihre Verwaltung formalisieren und verregeln, um beständig über die Zeit zu operieren und nicht von einzelnen Amtsträgern abzuhängen, aber auch, um Hierarchie überhaupt erst möglich und verlässlich zu machen.⁵⁸⁸ Diese förmlich verwaltungsnotwendigen Formalisierungen können daher nicht das Spezifikum einer rechtsstaatlichen Verwaltung ausmachen. Unentbehrlicher Garant dafür ist stattdessen eine institutionell und funktionell von der Verwaltung und ihren Logiken abgegrenzte Kontrollinstitution wie die Gerichtsbarkeit.⁵⁸⁹

a) Intraadministrative Selbstkontrollen

124 Die Verwaltung kontrolliert sich selbst zum einen behördenintern im Vorfeld ihrer Entscheidungen durch das hierarchische Prinzip, welches in Weisungen und Verwaltungsvorschriften seinen Ausdruck findet. Im stetigen Prozess der internen Abstimmung, Informationsverdichtung und anschließender Inhaltsanreicherung und Umsetzungen auf den unteren Verwaltungsebenen kann man die Entscheidung der politischen Verwaltungsspitze und -reduzierung bis zu einer reicheren und intrikaten Kontroll- und Steuerungsebene sehen. Die Usancen der Aktenführung sind ebenfalls ein wesentlicher Kontrollfaktor.⁵⁹⁰ Sie gewährleisten die Nachvollziehbarkeit und damit Kontrollierbarkeit des Verwaltungsgeschehens, zunächst einmal für andere Amtsträgerinnen innerhalb der Verwaltung und höhere Verwaltungsebenen, besonders aber auch für die Gerichte, die ihre Sachverhaltskonstruktion weitgehend auf den Verwaltungsvorgang stützen. Zugleich haben diese Usancen wie jede Art der Kontrolle erhebliche Vorwirkungen für das, was Amtsträgerinnen denken, sagen und tun. Weitere zentrale Faktoren interner administrativer Selbstkontrolle sind

⁵⁸⁷ Zu dieser Rückgrat-Funktion der Gerichtsbarkeit auch Wolfgang Hoffmann-Riem, *Selbstbindung der Verwaltung*, VVDStRL, Bd. 40 (1982), S. 187 (233); Gärditz, *Steuerungspotential* (Fn. 103), S. 230 f.

⁵⁸⁸ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, S. 650 f.; Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 2. Aufl. 1997, Kap. 3; Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, 1762, Buch 1, Kap. III (Du droit du plus fort): „Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir“.

⁵⁸⁹ Ebenso für die Gerichtsabhängigkeit subjektiver Rechte Gerber, *Öffentliche Rechte* (Fn. 4), S. 77 f.; Rupp, *Grundfragen* (Fn. 29), S. 154 f.

⁵⁹⁰ Siehe dazu auch → Bd. I *Ladeur* § 21 Rn. 12 ff.; Bd. II *Schneider* § 28 Rn. 51 ff.; ebenso zu den Vorwirkungen gerichtlicher Kontrolle Gärditz, *Steuerungspotential* (Fn. 103), S. 230.

Ausbildung, Auswahl, Disziplinierung und Beförderung des Verwaltungspersonals.⁵⁹¹

b) Interadministrative Selbstkontrollen

125 Selbstkontrolle findet in einer gegliederten Verwaltung auch zwischen Verwaltungseinheiten statt, sowohl im Vorfeld als auch im Nachgang von Entscheidungen. Die Kommunalaufsicht – nicht die sie kontrollierende Verwaltungsgewalt – trifft die Aufgabe, die weitgehende Verselbständigung des kommunalen Verwaltungsraums, insbesondere in den kreisfreien Städten, wieder einzufangen und die plurale Struktur mit einer gewissen Gleichförmigkeit auszustatten.⁵⁹² Gesetzliche Programme verschränken vielfach Entscheidungskompetenzen und Mitwirkungsmöglichkeiten von Verwaltungseinheiten, ebenso wie sie über das Verwaltungsorganisationsrecht auch das Ausmaß der administrativen Pluralität und Vielgesichtigkeit gestalten. Derartige Verschränkungen sind mal rechtlich strikt formalisiert, etwa beim gemeindlichen Einvernehmen, § 36 BauGB, mal loser in Form von Informations- und Abstimmungspflichten, mal nur im Status von Gepflogenheiten.

c) Selbstkontrolle durch Wiederaufnahme und Neuentscheidung

126 Im Nachgang ihrer Entscheidungen findet Selbstkontrolle der Verwaltung insbesondere in den verwaltungsverfahrensrechtlichen Formen statt, also in Gestalt der echten und unechten Wiederaufnahme, §§ 48 ff. VwVfG.⁵⁹³ Das Verwaltungsverfahrensrecht gestaltet durch die Voraussetzungen solcher Verfahren die Beständigkeit und Häufigkeit von Verwaltungsverfahren und deren Ergebnissen in der Zeit. Je beständiger Verwaltungsentscheidungen wirken, etwa dadurch, dass neuerliche Anträge oder Verfahren ausgeschlossen oder prä-administriert sind, desto seltener sind die Zugriffsmöglichkeiten der Verwaltung auf den jeweiligen Regelungsbereich, desto weniger können Behörden durch neuerliche Entscheidungen gegensteuern und desto wichtiger wird es, dass sie auch einen kontrollierenden Zugriff auf ihre vergangenen Entscheidungen haben. Gerade in diesen Fällen wird aber auch die Wirkung des einzelnen gerichtlichen Kontrollzugriffs gewichtiger, weil die dort gefällte Entscheidung eine längere Halbwertszeit und einen weitergehenden Steuerungsanspruch hat. Die Gestaltung der Beständigkeit von Verwaltungsentscheidungen in der Zeit ist damit eine Stellschraube, über die die praktische Wirkung gerichtlicher Kontrollanlässe reguliert werden kann. Interessanterweise ist dabei das im Erstzugriff und den weit überlegenen Mitteln angelegte Übergewicht der Verwaltung je größer, desto zurückhaltender die Beständigkeit von Verwaltungsentscheidungen ausgestaltet. Gerade die Multiplizierung und Trivialisierung von Verwaltungsentscheidungen – wie etwa im Sozialrecht – führt also zu einer Verflüchtigung gerichtlicher Entscheidungsmacht. Die Bestandskraft der Verwaltungsentscheidung und ihr Ausmaß sind daher nicht nur ein Machtinstrument der Verwaltung, sondern sie begünstigen zugleich eine praktisch relevante gerichtliche Kontrolle.

⁵⁹¹ Siehe auch → Bd. II *Vofkuhle/Kaiser* § 41 Rn. 1 ff.; → Rn. 73 ff.

⁵⁹² Siehe dazu Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht*, 2000, S. 474 ff.

⁵⁹³ Siehe dazu ausführlich *BVerwGE* 135, 121 (127 f. [echtes Wiederaufgreifen], 129 f. [unechtes Wiederaufgreifen]); a. a. Andreas Engels, in: *NK-VwVfG*, § 51 Rn. 8–47.

d) Selbstkontrolle im gerichtlichen Vorverfahren

127 Eine besondere Form der Selbstkontrolle bietet das Widerspruchsverfahren. Verwurzelt in §§ 68 ff. VwGO berechtigt und verpflichtet⁵⁹⁴ es die Verwaltung auf einen Widerspruch hin grundsätzlich⁵⁹⁵ zu einer Kontrolle ihrer beschließenden Entscheidungen, ehe eine entsprechende Klage zulässig ist. Die Verwaltung erhält so neben dem ersten auch den zweiten Zugriff auf das Verwaltungsrechtsverhältnis. Kompetenziell unterfällt das Widerspruchsverfahren der Regelungsverwaltung für das gerichtliche Verfahren, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG,⁵⁹⁶ obwohl die Entscheidung der Verwaltung dort auch auf ihre Zweckmäßigkeit überprüft wird und es sich jedenfalls insoweit um materielle Verwaltungsfunktion, obwohl seine Disponibilität durch den Landesgesetzgeber (§ 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO)⁵⁹⁷ zeigt, dass es der VwGO mit diesem Schutz der Verwaltungsorgane nicht sehr ernst ist. Es geht mehr darum, der Verwaltung eine formalisierte Möglichkeit zu geben, ihre eigenen Entscheidungen in einem Rahmen zu überprüfen, der – schon von der entscheidenden Stelle her – dem gewöhnlichen Verwaltungsalltag entzogen ist, in dem das Rechtsprogramm das Verwaltungs-Trotz der stärkeren Betonung der Rechtsmaßstäbe nähme eine übermäßige Anhebung des Widerspruchsverfahrens an die Gerichtsform dem Verfahren ein-stäben der zu kontrollierenden Instanz liegt.⁵⁹⁸ Aus diesem Grund erscheint es zweifelhaft, nicht nur die Zulässigkeit, sondern auch die Widerspruchsentscheidung nach dem subjektivrechtlichen Prinzip⁵⁹⁹ auszugestalten, zumal dafür kein Anknüpfungspunkt im Gesetz besteht. Denn während nahelegend ist, dass die Zulässigkeit des Vorverfahrens denselben Bedingungen wie das gerichtliche Verfahren unterliegt, bestehen hinsichtlich der Sachentscheidung ausweislich des § 68 VwGO Maßstabsunterschiede. Dass das Widerspruchsverfahren einer anderen Logik folgt als das gerichtliche, zeigt sich auch an der Zulässigkeit der Verböserung.⁶⁰⁰ Widerspruch ist nur ganz oder gar nicht zu haben. Die Wider-

⁵⁹⁴ Siehe BTDrucks 3/55, S. 38, wonach die Regelung die Behörde „zwingt“, den Verwaltungsakt ein weiteres Mal zu überprüfen; zum Widerspruch als Verfahrensrecht, nicht bloße Obliegenheit Schock, Widerspruchsverfahren, in: Ehlers/dara. (Hrsg.), Rechtschutz im Öffentlichen Recht, 2008, § 20 Rn. 1.

⁵⁹⁵ Für Ausnahmen s. § 68 Abs. 1 VwGO und das Fachrecht, insbesondere Planfeststellungsentscheidungen.
⁵⁹⁶ So auch der Gesetzgeber, a. BTDrucks 3/55, S. 24 f.; Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 157–162 m. w. N.; dagegen etwa Schock, Widerspruchsverfahren (Fn. 594), Rn. 3; Kompetenz kraft Annex oder Sachzusammenhangs.

⁵⁹⁷ Hiervon machen etwa Bayern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen teilweise Gebrauch, vgl. überblicksartig Kothe, in: Redeker/v. Oertzen (Hrsg.), VwGO, § 68 Rn. 11; Max-Emmanuel Geb, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 68 Rn. 131, zur Kritik daran Rn. 132a.
⁵⁹⁸ Siehe dazu BTDrucks 3/55, S. 38: „Vor allem bietet das Vorverfahren aber auch dem Rechtssuchenden selbst unmittelbare Vorteile, da es eine nochmalige Überprüfung auch im Erkenntnispunkt vorsieht.“

⁵⁹⁹ Siehe dazu ausführlich → Rn. 153 ff.
⁶⁰⁰ Siehe dazu BVerwGE 14, 175 (178 f.); 51, 310 (313); 65, 313 (319), allerdings die Verböserungsbe-fugnis dem ungeschriebenen materiellen Recht entnehmend; 140, 245 (254, Rn. 22); vom prozess-rechtlichen Befund ausgehend etwa Thomas Württemberg/Dirk Hochmann, VerwaltungsprozessR, Rn. 371; Andreas Greiffeld, Abchluß von der reformatio in petus im Widerspruchsverfahren der

spruchsführerin braucht keine Anträge zu formulieren oder Gründe zu geben. Das Verfahren ist anders als das gerichtliche Verfahren⁶⁰¹ nicht dialogisch darauf angelegt, dass sich Betroffene normativ artikulieren und etwas mit der Verwaltung ausfechten können. Stattdessen verschafft der Widerspruch der Verwaltung einen vollständigen Zweitzugriff auf ihre Entscheidung. Daher ist Maßstab der Widerspruchsentscheidung – auch der verbösernden – das Recht der ursprünglichen Sachentscheidung,⁶⁰² wie des anschließenden gerichtlichen Verfahrens. Der Widerspruch ist damit auch eine Zumutung für Klagewillige. Sie wenden gezwungen, ihre Rechtsposition noch einmal vollständig zur Disposition der Verwaltung zu stellen. Für Drittbetroffene ergibt sich hier eine erheblich über ihre im gerichtlichen Verfahren bestehende Rechtsmacht hinausgehende Befugnis, weil sie unter der Bedingung einer Rechtsbetroffenheit eine Gesamtüberprüfung des Verwaltungsakts – nicht nur der sie betreffenden Teile – herbeiführen können. Das ist auch regelungstechnisch sinnvoll, weil Drittbetroffene, wenn sie im ursprünglichen Verfahren nicht gut eingebunden sind, erstmals im Widerspruchsverfahren formalisiert ihre Interessen an der Entscheidung anmelden können. Soweit diese Interessen rechtlich formalisiert sind, der Widerspruch also zulässig ist, köst er eine Kontrolle der Erstentscheidung aus, die über den Bereich der Drittinteressen des Widerspruchsführers hinausreicht und alle für die handelnde Behörde zulässigerweise relevanten Interessen einbezieht (Zweckmäßigkeitkontrolle). Anders als ähnlich weitreichende gerichtliche Drittanfechtungsmöglichkeiten wirkt das keine legitimatorischen Probleme auf, weil die nicht rechtlich formalisierten Drittinteressen oder andere Interessen, soweit sie Eingang in die Widerspruchsentscheidung finden, durch die politisch verantwortliche behördliche Entscheidung vermittelt und legitimiert sind.

Der Umstand, dass sich keine Organisation gern revidiert und Widerspruchsbehörden ohnehin den Geist des Aufrechterhaltens pflegen,⁶⁰³ ist auch dafür verantwortlich, dass die Zulässigkeit einer Heilung von Verfahrensfehlern im Widerspruchsverfahren – und erst Recht im gerichtlichen Verfahren – von größtem Nachteil für die Steuerungswirkung von Verfahrensnormen ist.⁶⁰⁴ Wer sich die Entscheidungsmacht der Verwaltung – nicht nur, aber insbesondere im Ermessensbereich – vor Augen führt, wird nicht zu der Auffassung gelangen, dass ein Verfahrensfehler irrelevant oder eine nachgeholt Verfahrenshandlung an-

VwGO7, NVwZ 1983, S. 725 (726 f.); ebenfalls, aber in der Sache die Verböserung ablehnend Hufen, VerwaltungsprozessR (Fn. 335), § 9 Rn. 16–18.

⁶⁰¹ Siehe dazu → Rn. 65.

⁶⁰² So bereits eine der beiden in der Entwurfsbegründung des VwVfG in Bezug genommenen Positionen, vgl. Regierungsentwurf VwVfG, BTDrucks 7/910, S. 74; gegen eine Anwendung der §§ 48 f. VwVfG als Entscheidungsmaßstab im Widerspruchsverfahren auch Schock, Widerspruchsverfahren (Fn. 594), Rn. 48, 51 (implizit), Rn. 72 (explizit); implizit auch in BVerwGE 101, 64 (69 f.) (Wahlrecht zwischen Abhilfeentscheidung im Widerspruchsverfahren und Rücknahme des Verwaltungsakts aus Anlass des Widerspruchsverfahrens).

⁶⁰³ Siehe dazu den Gesetzesentwurf zum Bürokratieabbaugesetz II NRW, Landtags-Drucks 14/4199, S. 1: „In der Praxis hat sich herausgestellt, dass in verschiedenen Verwaltungsbereichen das vom Bundesgesetzgeber vorgesehene Widerspruchsverfahren seiner Befriedigungs- und Selbstkontrollfunktion nicht nachkommt und damit nur eine formale zeit- und kostenintensive Durchlaufstation vor dem Klageverfahren darstellt.“

⁶⁰⁴ Sehr kritisch etwa Hufen/Siegel, Fehler (Fn. 108), Rn. 911 ff.; 955; weniger scharf Burgi, Derwande Funktion (Fn. 108), S. 1318; ders./Wolfgang Dürner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012, S. 24 ff.

nähernd gleichwertig ist.⁶⁰⁵ Das Paradigma der gerichtlichen Ergebniskontrolle,⁶⁰⁶ das die Rechtsprechung – bestätigt u.a. durch §§ 45f. VwVfG, §§ 214f. BauGB – weiterhin pflegt,⁶⁰⁷ ist der Komplexität und Rationalität gestufter und arbeitsteiliger Rechtskonkretisierung in jeweils unterschiedlichen Verfahrensschritten und -typen, wie es besonders im Verwaltungsrecht prägend ist, offensichtlich unangemessen.⁶⁰⁸

4. Akzentverschiebungen aufgrund der Kontrollfunktion

129 Den Gerichten ist durch die VwGO die Funktion als Kontrolleure der Verwaltung und ihrer bereits für sich komplexen und rechtlich angeleiteten Verfahren zugewiesen. Ihre Aufgabe ist nicht primär die Verwirklichung von Rechtsmaßstäben. Das gilt durch alle Rechtsschutzformen hindurch und wird nur partiell etwa im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes, der Gleichordnungsverhältnisse und verwaltungsinterner Streitigkeiten – relativiert, aber im Prinzip nicht in Frage gestellt.⁶⁰⁹ Dieser fundamentale Funktionsunterschied zum Zivilprozess gibt Anlass für Akzentverschiebungen im Nachdenken über das Prozessrecht und seine Handhabung. Das gilt etwa für den Bezugspunkt von Effektivitätsansprüchen, die im Verwaltungsprozess mit Verweis auf Art. 19 Abs. 4 GG so häufig sind.⁶¹⁰ Effektiv müssen die Verwaltungsgerichte zunächst einmal in der Kontrolle der Verwaltung sein und sein können – nicht in der Rechtsdurchsetzung. Konkret muss diese Funktionsbestimmung auch Folgen für die dogmatische Arbeit haben, etwa für die Rechtskraftlehren oder den entscheidungserheblichen Zeitpunkt. Geht es dem Verfahren weniger um Verwirklichung von Rechtsmaßstäben, geht es zwangsläufig weniger um vollstreckbare Titel, sondern um die vom einzelnen Kontrollanlass loslösbare rechtliche Feststellung, was grundsätzlich für weiter gezogene Rechtskraft spricht.⁶¹¹ Über die durch gerichtliche Verfahren produzierten Bindungen muss man daher anders nachdenken als im Zivilprozess, dem es zunächst einmal um Rechtsdurchsetzung geht.⁶¹² In Hinblick auf den entscheidungserheblichen Zeitpunkt spricht der Vor-

⁶⁰⁵ Zum Selbststand des Verfahrens in diesem Kontext kritisch etwa Willi Blümel, *Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1997, S. 32; Lucia Eckert, *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1997, S. 64; Markus Kaltenborn, *Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, 2007, S. 250 ff.; Helge Sadan, *Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens- und Formfehlern*, in: Jan Ziekow (Hrsg.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1998, S. 107 (126 f.); Friedhelm Hufen, *Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern (nach dem Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz und dem 6. VwGO ÄndG.)*, JuS 1999, S. 313 (318); Friedrich E. Schuppert/Axel Cordewener, *Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts?* Teil 2, JuS 1999, S. 147 (150 f.).

⁶⁰⁶ Ähnliche Diagnose bei Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee (Fn. 67)*, Kap. 6 Rn. 149: „der traditionellen Denkansatz, der vom Vorrang der materiellen Gesetzesbegriffe und folglich der materiellen gerichtlichen Kontrolle geprägt ist“.

⁶⁰⁷ BVerwGE 70, 143 (147); 71, 63 (65); 78, 93 (95); 116, 188 (193 f.).

⁶⁰⁸ Kritisch auch Nolte, *Eigenart (Fn. 2)*, S. 86–88; Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee (Fn. 67)*, Kap. 6 Rn. 149; s.a. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, S. 772 ff.

⁶⁰⁹ Siehe dazu → Rn. 147, 200, 209, 211 f.

⁶¹⁰ Siehe dazu → Rn. 188 ff.

⁶¹¹ Zur Rechtskraft von verwaltungsgerichtlichen Urteilen BVerwGE 14, 359 (362); 35, 234 (236); 91, 256 (258); BVerwG NVwZ 1986, S. 293 (294).

⁶¹² Eine weitgehende Entlastung der Gerichte von der Aufgabe der Durchsetzung und Vollstreckung nimmt auch Nolte, *Eigenart (Fn. 2)*, S. 50 f., an; s. dazu auch → Rn. 192, 210 ff.

rang der Kontroll- gegenüber der Verwirklichungsfunktion für eine Anknüpfung an den Moment der letzten behördlichen Entscheidung – nicht der mündlichen Verhandlung. Auch zum Eigenwert rechtlicher Verfahren muss sich eine solche Sicht auf den Verwaltungsprozess anders verhalten, als es klassischer Prozessualistik entspricht. Die Doktrin der Irrelevanz von Verfahrensfehlern bei feststellbarer Ergebnisirrelevanz, die auf Grundlage des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO („Rechtsverletzung“) bereits vor Erlass der §§ 45f. (L)VwVfG praktiziert wurde,⁶¹³ ist hier problematisch. Sie war und ist etwa auch im Revisionsrecht üblich (§ 144 Abs. 4 VwGO), wurde von dort aufgegriffen und bleibt sicher auch deshalb im rechtsmittelähnlichen Verwaltungsprozess⁶¹⁴ so wirkmächtig. Sie weist aber eigentlich ins Leere, wenn überprüfendes und überprüftes Verfahren gänzlich unterschiedlichen Logiken folgen. Denn dann kann die Kontrollinstanz nicht sinnvollerweise feststellen oder behaupten, dass ein Verfahrensfehler des überprüften Verfahrens unerheblich gewesen sei. Ein Hinwegblicken über die Fehler eines anderen Verfahrens setzt voraus, dass man in den Gepflogenheiten und Logiken dieses Verfahrens versiert ist. Eben das ist für die Verwaltungsgerichte in Hinblick auf das Verwaltungsverfahren nicht der Fall. Die Entlastung von der Funktion als Rechtsverwirklicher sollte sich auch in der Prozessleitung niederschlagen, was bedeuten würde, dass der dialogische, vergewissernde und Öffentlichkeit herstellende Charakter gerichtlicher Verfahren stärker betont wird. Je mehr Verwaltungsgerichte in die Rolle eines zügigen und effektiven Vollstreckers gedrängt werden, desto mehr verliert das gerichtliche Verfahren seinen Eigenwert und wird zum Zweitentscheidungs- und Hinterfragungsrecht einer relativ hermetischen beruflichen und sozialen Gruppe. Mit einer Betonung der Kontrollfunktion schützt man die Verwaltungsgerichte schließlich auch vor Erwartungsüberfrachtung. Nicht jedes Problem kann man dadurch lösen, dass man zunächst Recht setzt und irgendwann ein Gericht darüber entscheiden lässt.

IV. Vollständige gerichtliche Kontrolle

1. Bedeutung der verwaltungsprozessualen Generalklausel

Die oft als wesentliche Neuerung und Vollendung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Verwaltung betrachtete verwaltungsgerichtliche Generalklausel⁶¹⁵, § 40 Abs. 1 VwGO, war nicht so revolutionär, wie es vielleicht scheint. Für Vollständigkeit und Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes⁶¹⁶ sind Zuschnitt und Voraussetzungen der Rechtsschutzformen, insbesondere die allgemeine Feststellungs- und Leistungsklage bedeutsamer, die schon zuvor nach

⁶¹³ Siehe zum dolo-agit-Einwand im Rahmen des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der später mit § 46 VwVfG nachvollzogen wurde Bettermann, *Anfechtung (Fn. 187)*, S. 271, 295 f.

⁶¹⁴ Zur rechtsmittelgerichtlichen Stellung der Verwaltungsgerichte s. bereits Mayer, *VerwR I (Fn. 1)*, S. 152: „Sachlich ist es [...] eine Berufung, denn der Verwaltungsakt, der angefochten wird, ist doch schon ein obrigkeitlicher Ausspruch gewesen“; ähnlich für den Anfechtungsprozess Menger, *System (Fn. 134)*, S. 134.

⁶¹⁵ Siehe zu § 40 VwGO und zum Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit bereits → Rn. 93 f.

⁶¹⁶ Vgl. zu diesen beiden vom Gesetzgeber mit der Generalklausel verbundenen Gesichtspunkten BTDruck 3/55, S. 30.

den Länder- und Zonenprozessrechten bestanden.⁶¹⁷ Letztlich ist § 40 VwGO eine Abrundungs- und Zuweisungsnorm zwischen den Gerichtsbarkeiten und Rechtsbereichen. Was der zugewiesene Rechtsweg leistet, ist damit noch nicht gesagt. Dass es Rechtsschutz gegen sämtliches vermeintlich rechtsverletzende Verwaltungshandeln vom rechtlichen Standpunkt aus bereits zuvor geben musste, folgte schon seit Erlass des Grundgesetzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG.⁶¹⁸ Dennoch schaffte die verwaltungsgerichtliche Generalklausel erstmals eine rechtlich vollständige Gerichtsbarkeit, deren klarer gesetzlicher und verfassungsrechtlich unterfütterter Auftrag in der Kontrolle der Verwaltung am Maßstab des für sie geltenden Rechts liegt. Dieses Selbstverständnis, ein echtes, auch in das Verwaltungshandeln auf Primärebene eingreifendes Gegengewicht zu bilden, hatten die ordentlichen Zivilgerichte niemals entwickelt. Stattdessen beschränkten sie sich – wie auch heute noch wegen Art. 34 Satz 3 GG – zumeist auf eine haftungsrechtliche Aufarbeitung des Verwaltungshandelns. Auch das ist eine Form der Kontrolle und Steuerung, allerdings eine mittelbare und vielfältig gebrochene. Die verwaltungsgerichtliche Generalklausel kann man damit im Kern als eine entschiedenere und direktere Rückbindung der Verwaltung an ihre rechtlichen Handlungsprogramme verstehen.

2. Öffentliches Recht als Normierungs- und Regulierungsmodus

131 Die verwaltungsgerichtliche Generalklausel konstatiert und etabliert zugleich die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht.⁶¹⁹ Sie bestand schon vorher, wird aber durch die Technik der VwGO unterstrichen.⁶²⁰ Die Zuordnung geschieht nicht nach Themenbereichen oder Fallkonstellationen, sondern im Kern nach einer gedachten Zweiwertigkeit allen Rechts als entweder öffentlich oder privat. Jeder Verwaltungsprozess beginnt mit dieser Unterscheidung, was mit erklärt, warum sie Rechtsdenken, Ausbildungsstruktur und institutionelle Gliederung des Fachs weiter so beherrscht. Das ist umso erstaunlicher, als die Rechtspraxis diese Unterscheidung permanent relativieren muss. Die Unterscheidung wird klarer fassbar und besser zu rechtfertigen, wenn man sie wie vorgeschlagen nicht thematisch-sachlich, sondern als modal versteht.⁶²¹ Öffentliches Recht ist ein bestimmter Modus, auf rechtliche Probleme zuzugreifen und ihre Feststellung und Klärung zu bewerkstelligen. Die Unterscheidung kann daher nicht materiellrechtlich vorausgesetzt, sondern muss durch die Verfahrensrechte – den Zivilprozess, das Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht – hergestellt bzw. geleistet werden.

⁶¹⁷ Siehe → Rn. 8.

⁶¹⁸ Entsprechend ging der Gesetzgeber davon aus, dass für den bisher von den ordentlichen Gerichten geleisteten residualen Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln nun kein Anlass mehr bestand, s. BTDrucks 3/55, S. 30 f.

⁶¹⁹ Siehe → Rn. 93 f.

⁶²⁰ Eine artikuliert Vorstellung der Unterscheidung fehlt, s. BTDrucks 3/55, S. 30: „Auf eine nähere Bestimmung darüber, wann eine Streitache als öffentlich-rechtliche anzusehen ist, mußte verzichtet werden, weil der Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit noch nicht genügend bestimmt ist.“

⁶²¹ → Rn. 94.

3. Grundsätze der gerichtlichen Tatsachenerhebung

Weil sich rechtliche Vorgaben immer auf Tatsachen beziehen, gehören zur 132 Vollständigkeit der gerichtlichen Kontrolle Zugriffsmöglichkeiten auf die Tatsachen und das Recht. Die Ermittlung und Verarbeitung der tatsächlichen Seite eines Rechtsproblems gehört allerdings zu den größten praktischen Problemen der gerichtlichen Verwaltungskontrolle. Das Gesetz gibt in § 86 Abs. 1 VwGO den Gerichten die Aufklärung von Amts wegen auf,⁶²² womit es sie von den Beiträgen der Parteien zu dieser Aufklärung löst, ohne dass diese Beiträge dadurch praktisch entbehrlich werden könnten. Diese gesetzliche Ausgestaltung ist zunächst im Kontext der verwaltungsverfahrenrechtlichen Entscheidung zu sehen, die Verwaltung in gleicher Weise mit der Ermittlung des Sachverhalts zu beauftragen, § 24 VwVfG.⁶²³ Das Nebeneinander beider Normen zeigt, dass das Gesetz selbst eine konstruktivistische Perspektive zur Möglichkeit der Tatsachenermittlung einnimmt. Denn nur wenn man unterstellt, dass die Amtsermittlung der Verwaltung keine objektive Wahrheit, sondern eine bestimmte Tatsachenkonstruktion unter den Bedingtheiten des Verwaltungsverfahrens produziert, wird es notwendig, diesen Auftrag für die Gerichtsbarkeit zu wiederholen – mit der unvermeidlichen Folge, dass die gleiche Einschränkung auch für den Verwaltungsprozess gilt, wenn auch mit anderen, eben prozessspezifischen Grenzen. Diese Einschränkungen gebieten es, § 86 Abs. 1 VwGO in einen weiteren prozessrechtlichen Zusammenhang zu stellen, also zu fragen, was die Regelung für einen Parteiprozess bedeuten kann. Maßgeblich gehört dazu die Dispositionsbefugnis der Parteien, die sich namentlich aus §§ 81, 88 VwGO ergibt.⁶²⁴ Sie führt dazu, dass die Beteiligten selbst zunächst bestimmen, was Gegenstand des Verfahrens ist, und damit auch, welche Tatsachen der Ermittlung bedürfen.⁶²⁵ Ohne eine solche vorgängige Bestimmung des Prozessstoffs läuft die gerichtliche Tatsachenermittlung leer. Dass die Parteien selbst zu dieser Ermittlung herangezogen werden können, wie § 86 Abs. 1 Satz 1, 2. Hs. VwGO vorsieht, dass ihre Weigerung, dies zu tun, sogar Einfluss auf den einer Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhalts nehmen kann, § 87b VwGO, relativiert die Amtsermittlungspflicht. Die Spannung zwischen gerichtlicher Amtsermittlung und der Form des Gerichtsverfahrens, das unvermeidlich den Parteien ein konstitutives Maß an Kontrolle zuweist, wurde in der Frühphase der verwaltungsgerichtlichen Debatte genau

⁶²² Allgemein zur gerichtlichen Amtsermittlung im Verwaltungsprozess Michael Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess, 1989; Harald Geiger, Amtsermittlung und Beweiserhebung im Verwaltungsprozess, BayVBl. 1999, S. 321; umfassend Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz (Fn. 228).

⁶²³ Dazu → Vorauf. Bd. II Gusy § 23 Rn. 39 ff.; Dieter Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 24 Rn. 5; Rüdiger Engel/Mario Pfau, in: NK-VwVfG, § 24 Rn. 12 ff.

⁶²⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 1997, S. 890 (892); BVerwGE 116, 188 (196 f.); dazu Dawin, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 86 Rn. 49b ff. S. a. BTDrucks 3/55, S. 41: „Es ist nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, staatsanwaltschaftliche Funktion zu übernehmen, sondern die Verwaltungstätigkeit in dem Rahmen zu überprüfen, in dem sich die Beteiligten beschwert fühlen.“

⁶²⁵ Zu einer genauen Analyse der VwGO mit Blick auf Dispositionsgrundsatz, Amtsermittlung und Überzeugungsgrundsatz bereits Hans-Heinrich Rupp, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, Teil 1. AöR, Bd. 85 (1960), S. 149 (183 ff.).

gesehen.⁶²⁶ Die Entscheidung für „justizstaatliche“ Elemente, also die Form der gerichtlichen Verwaltungskontrolle, ist notwendig auch eine solche für ein bestimmtes Maß an Verfahrens- und Sachverhaltshoheit der Parteien.⁶²⁷

133 Der Stand des Verwaltungsprozessrechts zur Frage der Tatsachenermittlung wird heute zumeist unter der Überschrift des „**Amtsermittlungs- oder Untersuchungsgrundsatzes**“ dargestellt.⁶²⁸ Das erscheint aus mehreren Gründen problematisch: Zum Ersten zeigt das gerichtliche Verfahrensrecht, wie gesehen, ein differenzierteres Bild. Zum Zweiten erfüllt die gerade im Prozessrecht herrschende „Maximenmanie“⁶²⁹ zwar einen systematisierenden Zweck, wenn sie Elemente des Rechts normativ zusammenfasst und begrifflich aufrundet, doch wird diese Normativierung selten ernstgenommen, sondern permanent relativiert. Am Ende steht dann eine Art Pseudo-Norm, die die Praxis weder beschreibt noch ihr brauchbare Vorgaben macht.⁶³⁰ So wird der vermeintliche Untersuchungs-/Amtsermittlungsgrundsatz schnell mit anderen mehr oder weniger deutlich normativen Prinzipien kurzgeschlossen, namentlich mit der „Gemeinwohlbindung“ des Verfahrens und der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.⁶³¹ Beide Herleitungen werden aber weder der Komplexität des Prozessrechts gerecht noch taugen sie für eine schlüssige Begründung. Dies gilt offensichtlich für die Gemeinwohlbindung, die ebenso durch andere Formen der Tatsachenermittlung gesichert werden kann. Dass das Gemeinwohl auch durch die dezentrale Verfolgung eigener Interessen anvisiert werden kann, ist ja gerade auch für Art. 19 Abs. 4 GG. Dass aus dieser Norm Vorgaben für den Umgang der Verwaltungsgerichte mit Tatsachenfragen folgen, die unter dem Stichwort der Kontrolldichte zu diskutieren sind,⁶³² ist kaum umstritten. Dass die Rechtsweggarantie aber eine Verpflichtung vorhält, in welcher Weise diese Tatsachenbasis zu etablieren ist, ist nicht anzunehmen. Dies lässt sich zum einen dem Normprogramm nur entnehmen, wenn man es durch den Vermittlungsbegriff der „Effektivität“ sehr weitgehend auflädt.⁶³⁴ Zum anderen dürfte diese Annahme auch am verwaltungsgerichtlichen Umgang mit Tatsachen vorbegehen, der sich als

⁶²⁶ Siehe zu dieser Spannung bereits BTDrucks 3/55, S. 41; zu den prozessualen Verfügungsmöglichkeiten und deren Einschränkungen im Verwaltungsprozess s. a. Rupp, Neue VwGO I (Fn. 625) S. 149 (185 ff.).

⁶²⁷ In diesem Sinne umfassend Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz (Fn. 228), S. 382 ff. und öfter.

⁶²⁸ Siehe etwa Breunig, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 86 Rn. 1 ff.; Rainer Störmer, in: Hk-VerwR (Hrsg.), VwGO, § 86 Rn. 12: „In der dargestellten ‚modellhaften‘ Form tritt der Untersuchungsgrundsatz in der Prozesspraxis [...] nicht auf.“

⁶²⁹ Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, 1971, S. 159 ff.

⁶³⁰ Beispielhaft für diese Art begrifflicher Inkonzistenz: Max-Jürgen Seibert, Tatsachenermittlung und Kontrolldichte, NWVBZ 2015, S. 372.

⁶³¹ Siehe etwa Breunig, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 86 Rn. 8; Störmer, in: Hk-VerwR, § 86 VwGO Rn. 7 (mit zweifelhaftem Verweis auf BVerfGE 15, 275 [282] und 73, 339 [373], wo jeweils nur eine Bindung an die Tatsachenfeststellung der Behörde als Art. 19 Abs. 4 GG-widrig behandelt wird). Gegen eine Herleitung aus Art. 19 Abs. 4 GG auch Schütze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG I, Art. 19 IV Rn. 115.

⁶³² Siehe dazu → Rn. 159 f.

⁶³³ Siehe dazu → Rn. 115 ff.

⁶³⁴ Siehe dazu → Rn. 187 ff.

deutlich weniger prinzipiengeleitet erweist, als die akademische Debatte suggeriert.

Praktisch stellt sich das Problem der Tatsachenermittlung anders dar. Zunächst ist davon auszugehen, dass die Verwaltungsgerichte in den meisten Fällen keine eigenständige Tatsachenerhebung vornehmen, sondern eben der Darstellung der Parteien insoweit folgen, wie sie nicht umstritten ist. Sowohl die Prozessökonomie als auch die fehlenden Mittel der Gerichte, bestimmte Tatsachen zu erheben, sprechen dafür.⁶³⁵ Deutlich wird das auch daran, dass die Eröffnung einer Beweisaufnahme im Verwaltungsprozess einen Ausnahmefall darstellt.⁶³⁶ Dass dieses Instrument im Verwaltungsprozess viel seltener eingesetzt wird als im Zivilprozess, obwohl es doch den prozessualen Prinzipien folgend gerade umgekehrt sein müsste, zeigt einmal mehr die hohe Interdependenz von Steuerungsentscheidungen zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess. Die verwaltungsverfahrensrechtliche Amtsermittlung substituiert die gerichtliche Tatsachenermittlung weitgehend. Das Gericht übernimmt die Verantwortung für seine tatbestandlichen Voraussetzungen, es schafft sie aber nicht. Selbst dort, wo die Tatsachen des Falles zwischen den Parteien umstritten sind, bleiben Beweisaufnahmen die Ausnahme. Was in diesem Fall seitens des Gerichts geschieht, ist weniger als eigenständige Tatsachenerhebung des Gerichts zu verstehen denn als ein Versuch, mit Hilfe des gegebenen und konkret widersprüchlichen Prozessstoffs eine plausible Konstruktion von Tatsachen und Normen herzustellen. Nicht die geringste Leistung der gerichtlichen Kontrolle dürfte dabei darin liegen, sich mit Hilfe normativer Argumente von Tatsachenfragen unabhängig zu machen, die zwischen den Parteien umstritten sind, die sich aber auch durch das Gericht nicht aufklären lassen. Diese Praxis entweder als prinzipienwidrig zu verdammen oder aber als Ausnahme von einer auch faktischen Regel zu bagatellisieren, erscheint verfehlt. Die Notwendigkeit zu diesen Strategien entsteht ohnehin erst, wenn man die in § 86 Abs. 1 VwGO angelegte Spannung undialektisch in eine Richtung auflöst. Erkennt man die beiden widerstrebenden Pole der Regelung, ihr Vertrauen sowohl auf die Rolle der Parteien als auch auf das Gericht, lassen sich die Probleme präziser, aber auch weniger rigoros behandeln. Im Ergebnis ist dann die Rede von der gerichtlichen Amtsermittlung zu qualifizieren. § 86 Abs. 1 VwGO begründet keine Pflicht zur eigenhändigen gerichtlichen Tatsachenermittlung, sondern eine Verantwortung des Gerichts, eine in jedem Fall zwischen Gericht und Parteien arbeitsteilig gestaltete Tatsachenermittlung plausibel auszugestalten.⁶³⁷ Die Tatsachenerverantwortung der Verwaltungsgerichte ist damit im Ergebnis wesentlich geringer als diejenige der Strafgerichte im Strafprozess. Zwar fußt auch deren Arbeit auf der vorangegangenen polizeilichen und staatsanwaltlichen Sachverhaltsfeststellungsarbeit; schon mangels zu überprüfender Erstentscheidung ist den Strafgerichten jedoch eine erstmalige, weitgehend der Disposition der

134

⁶³⁵ Das wird in der Rechtsprechung auch teilweise verdrückt zum Ausdruck gebracht, s. „Fingerspitzengefühl“ in BVerwGE 116, 188 (197).

⁶³⁶ Im Jahre 2019 fand lediglich in 0,68 % der erledigten Hauptverfahren mindestens eine Beweiserhebung statt (1.389/208.155), vgl. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 138), S. 30. Dies wird von der Praxis als Problem angesehen, vgl. Beckmann, Effektiver Rechtsschutz (Fn. 214), S. 1172, 1178; Hans-Peter Vierhaus, Beweisrecht im Verwaltungsprozess, 2011, S. V.

⁶³⁷ Vgl. die verwandte Formulierung bei Kaufmann, Untersuchungsgrundsatz (Fn. 228), S. 433 f.

Staatsanwaltschaft und der Angeklagten entzogene Sachverhaltsfeststellung als indisponible Aufgabe zugewiesen.⁶³⁶

135 Der Herleitung des Untersuchungs-/ Amtsermittlungsgrundsatzes aus Art. 19 Abs. 4 GG liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Staat, der in Rechte eingreift, mit der Rechtfertigung des Eingriffs auch die Tatsachen etablieren muss, die zu diesem Eingriff ermächtigen.⁶³⁹ Wenn überhaupt, ist eine solche Begründung aber nur für diejenige Instanz stimmig, die den Eingriff als solchen setzt, also die ersthandelnde Verwaltung und ihr Verfahren, nicht die sie kontrollierenden Gerichte. Dogmatisch wäre auch zu klären, ob eine Begrenzung der Sachverhaltsermittlung nicht bereits in der Einsetzung der Gerichte als Kontrolleure mitgedacht ist. Denn der Gegensatz zur Amtsermittlung – der Beibringungsgrundsatz – entspricht schon immer dem Modus der ordentlichen Zivilgerichte, die durch Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG als Lückenfüller eingesetzt sind. Offenbar kann eine Kontrolle der Verwaltung also nach der Vorstellung des Grundgesetzes auch in einem Verfahren gelingen, das dem Beibringungsgrundsatz folgt.

136 Der Verknüpfung von Gemeinwohlauftrag und Amtsermittlung liegt die Vorstellung einer neutralen Entscheidungsfindung zugrunde, in der die Tatsachenbasis anders als im Zivilprozess nicht den Parteien überlassen bleiben soll. Obwohl diese Rekonstruktion die Praxis der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle wie gesehen nicht angemessen beschreibt, wird sie in bestimmten Konstellationen in besonderer Weise aufgerufen. Das gilt namentlich in Verfahren, in denen die private Partei besondere Verpflichtungen hat, den Sachverhalt aufzuklären, in denen es also zu einer Art Privatisierung der Tatsachenerhebung gekommen ist. Solche Konstellationen finden sich etwa im Naturschutzrecht.⁶⁴⁰ Weil diese Sachverhaltsermittlung im Auftrag der Verwaltung geschieht, ergibt sich hier ein Problem, weil sich die Klägerin einer unter Umständen einseitig informierten und zugleich deutlich besser ausgestatteten Verwaltung gegenübergestellt sieht. Man kann dieses Problem begrifflich entschärfen und dies unter der Formel einer „sachverständig informierten Einschätzungsprärogative“⁶⁴¹ verdecken, dies wird der Sache aber nicht gerecht. Vielmehr zeigt sich in solchen Konstellationen eine charakteristische Umkehrung: Während die gerichtliche Amtsermittlung als Prinzip überschätzt wird, wird sie in der Praxis vernachlässigt. Davon zeugt auch ein gar nicht so kleiner Fundus an einschlägiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, die sich keineswegs nur auf Grundlagenentscheidungen be-

⁶³⁸ Siehe dazu grundlegend BVerfGE 133, 168 – Deal im Strafprozess (2013).

⁶³⁹ So ließe sich das Argument eines Ungleichgewichts zwischen Bürger und Staat deuten bei Wittenberger/Hackmann, *VerwaltungsprozessR* (Fn. 600), 4. Aufl. 2019, Rn. 647; Manfred Marx, Die Notwendigkeit und Tragweite der Untersuchungsmaxime in den Verwaltungsprozessgesetzen (VwGO, SGG, FGO), 1985, S. 64; Niehaus, *Beweismaß und Beweislast* (Fn. 622), S. 478; stattdessen zur Begründung des Untersuchungsgrundsatzes auf den objektiven Kontrollauftrag abetelnd → Vorauf. Bd. III Schock § 50 Rn. 242; in Richtung einer Reibung zu weit ausgreifender Amtsermittlung mit dem subjektivrechtlichen Prinzip und § 88 Satz 2 VwGO teilweise die Rspr., s. etwa BVerwGE 116, 188 (196 f.) (unzulässige aktive Suche nach einem Fehler, der sich für die Klägerin bei erneuter Gebührenfestsetzung sogar nachteilig auswirken könnte). Hier zeigt sich der undurchsichtige argumentative Umgang mit Art. 19 Abs. 4 GG: Mal soll er zeigen, dass die Individualrechtsschutzfunktion vorrangig ist, mal soll er für eine maximale Kontrolle gegenüber der Verwaltung stehen und deshalb den Untersuchungsgrundsatz begründen.

⁶⁴⁰ Vgl. Wolfgang Kahl/Matthias Burs, *Beurteilungspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht Teil 2*, DVBl 2016, S. 1222 (1226).

⁶⁴¹ Vgl. die schlichte Umformulierung bei Safer, *Tatsachenermittlung* (Fn. 630), S. 372 (373, Rn. 13, 14).

schlicht.⁶⁴² Eine sich von den Parteien, insbesondere von der Sachverhaltsermittlung der Verwaltung lösende eigenständige Erforschung durch das Gericht bleibt häufig auch da die Ausnahme,⁶⁴³ wo sie angezeigt wäre.

Aus einer Steuerungsperspektive kann sich das Problem angemessener Tatsachenermittlung immer nur als komplexe Aufgabe darstellen, die mit dem Hinweis auf das Aufspüren der „Wahrheit“ durch ein gemeinwohlgebundenes Gericht allenfalls das Problem bezeichnet. Zur Lösung dieser Aufgabe in Rechnung zu stellen sind namentlich die begrenzten Möglichkeiten von Gerichten, Sachverhalte zu erforschen, und die rechtliche Ausgestaltung des Verfahrens, das den Parteien die Disposition über den Prozessstoff übereignet. Beide Faktoren sind unmittelbare Konsequenzen einer Entscheidung für eine gerichtliche Kontrolle und es erscheint zweifelhaft, dass und inwieweit sie sich mit Hilfe spezieller Ermittlungsregeln weiter steuern lassen. Wenn sie sich denn steuern lassen und wenn sie vom Gesetzgeber gesteuert werden – dies zeigen so unterschiedliche Regeln wie im materiellen Recht Art. 16a Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 74 Abs. 2 AsylG⁶⁴⁴ oder im Prozessrecht § 87b VwGO⁶⁴⁵ –, dann zielt diese Steuerung zumeist in Richtung einer weiteren förmlichen Inanspruchnahme der Parteien, die sich aber ohnehin nicht selten in der Praxis findet.⁶⁴⁶ Ob eine Umstellung von Amtsermittlung auf eine zivilprozessuale Lösung praktisch einen großen Unterschied machen würde, erscheint dagegen schon wegen § 24 VwVfG zweifelhaft. Wenn überhaupt, dürften sich die Effekte der geltenden Regelungen als Vorwirkung auf die Verwaltungspraxis zeigen, die die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten antizipiert, weniger dagegen als wirksame Gestaltung des Verwaltungsprozesses. So eröffnet die gesetzliche Ausgestaltung dem Gericht die Möglichkeit, Tatsachen auch in Widerspruch zu den Erkenntnissen der Verwaltung zu etablieren, auch wenn diese Möglichkeit selten genutzt wird. Diese Möglichkeit bleibt aber wichtig, auch weil sie den Raum schafft, bestimmte strittige Tatsachenfragen unabhängig von einer Disposition der Parteien im gerichtlichen Verfahren aufzuarbeiten. Die selbständigen gerichtlichen Zugriffsmöglichkeiten auf den Sachverhalt nach § 86 VwGO werden damit der besonderen demokratischen Vergewisserungsfunktion des Verwaltungsprozesses gerecht bzw. können als deren Beleg gelten. Sie entziehen den immer auch die Allgemeinheit berührenden Verwaltungsprozess ein wenig – nicht vollständig – der Parteidisposition und sind auch aus diesem Grund ein Steuerungskompromiss. Denn das Modell gerichtsförmiger Verwaltungskontrolle setzt ohnehin unterschieden auf die bei Einzelnen vorhandenen Interessen, Informationen und Ressourcen, um eine Rückbindung der Verwaltung an das Recht abzusichern. Damit verweist es immer auch auf faktische gesellschaftliche Ungleichheiten und macht sie rechtlich relevant.

⁶⁴² BVerfGE 93, 130 (147); 84, 59 (79); 85, 36 (37 f.), zuletzt etwa BVerfG (Kammer) NVwZ 2020, S. 475.

⁶⁴³ Das gilt selbst bei der oberverwaltungsgerichtlichen Tätigkeit als Eingangsstanz bei technischen Großvorhaben. Auch hier wurde in weniger als 5 Prozent der 84 Verfahren eine Beweisaufnahme durchgeführt, siehe Statistisches Bundesamt, *Destatis* (Fn. 138), S. 98.

⁶⁴⁴ Zur geringen Steuerungswirkung des § 74 Abs. 2 AsylG Lukas Mitsch, *Das Wissensproblem im Asylrecht*, 2020, S. 127.

⁶⁴⁵ Für diesen Fall Kaufmann, *Untersuchungsgrundsatz* (Fn. 228), S. 398 ff.

⁶⁴⁶ Vgl. die für die Normenkontrolle entwickelte hilfreiche Typisierung bei Bethge, *Normenkontrolle* (Fn. 274), S. 36 ff.

138 Die damit ohnehin beschränkte „Tatsachenhoheit“ der Verwaltungsgerichte wird in jüngerer Zeit auch durch „faktische Kontrollgrenzen“ in Hinblick auf Tatsachenfragen herausgefordert, wie sie etwa im Naturschutzrecht anerkannt sind.⁶⁴⁷ Sie folgen aus dem Hintereinander des administrativen und des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und betreffen die gerichtlichen Ermittlungs- und Entscheidungspflichten bei wissenschaftlich-technischer Unaufklärbarkeit von Tatsachenfragen.⁶⁴⁸ Der Erstzugriff der Verwaltung wird hier – mangels besonderen Tatsachenwissens der Gerichte – zum Letztzugriff. Während Zivil- oder Straferichte eine eigene Entscheidung auch bei tatsächlicher Unaufklärbarkeit (z.B. Rückfallwahrscheinlichkeit bei Sicherungsverwahrten; Gefährdung des Kindeswohls durch Kontakt mit Elternteil) treffen und verantworten müssen, kontrollieren die Verwaltungsgerichte eine Erstentscheidung, die sie eben nicht aufheben, wenn sie keinen tatsächlichen Fehler feststellen können. Mit Blick auf unauflösbare Tatsachenfragen liegt damit – noch mehr als sonst – im Erstzugriff eine echte Machtbefugnis der Verwaltung. Sie kann die Prozesslast auf die Gegenseite verschieben. Die gesetzliche Nichtspezifizierung von Feststellungsregeln kommt damit einer Feststellungsermächtigung mit Blick auf offene fachlich-wissenschaftliche Fragen gleich. Das wird je mehr zu einem institutionellen Problem, desto mehr Entscheidungen der Verwaltung auf unklarer Tatsachenbasis als in die Zukunft blickende Risikoentscheidungen getroffen werden dürfen. Zu vielen solchen Fragen wird es keinen fachlich-wissenschaftlichen Konsens geben, schon allein, weil sie zu spezifisch sind, um eine wissenschaftliche Community zu interessieren.⁶⁴⁹ Statistik und Häufigkeitsverteilungen sind aber Grundbedingung jeder Wahrscheinlichkeitsrechnung. Dagegen lassen sich eingetretene Tatsachen – etwa die Frage, ob ein konkretes Windrad einen Rotmühlan auf dem Gewissen hat – ohne anspruchsvollen wissenschaftlich-theoretischen oder statistischen Apparat leicht feststellen. Auf Dauer darf es das Gesetz deshalb nicht bei einem Risikorecht ohne besonderes Risikoverfahrens- und -feststellungsrecht belassen.⁶⁵⁰ Andernfalls liefe in Hinblick auf Tatsachenfragen die verwaltungsgerichtliche Kontrolle zunehmend leer und die Verwaltung könnte unter Berufung auf von ihr ohne normative Anleitung festzustellende „Wahrscheinlichkeiten“ nach Belieben schalten. Dieselben Probleme bestehen für die Risikofeststellung durch Gerichte, weil auch gerichtliche Verfahren auf Tatsachenfeststellung, nicht auf Risikofeststellung zugeschnitten sind. Hier zeigt sich, dass das Präventions- und Erzwingungsparadigma des deutschen Rechts,⁶⁵¹ die Vorstellung, dass das Recht auch vorschreibt, dass jede Rechtswidrigkeit legitimer Weise verhindert und die Rechtmäßigkeit erzwungen werden

⁶⁴⁷ BVerfGE 149, 407 – Rotmühle, m. Anm. Buchheim, Anmerkung (Fn. 440), S. 92 ff. (auch zum Folgenden); s. a. Eichberger, Gerichtliche Kontrollrechte (Fn. 158), S. 1560 ff.
⁶⁴⁸ Ebenso Eichberger, Gerichtliche Kontrollrechte (Fn. 158), S. 1566.
⁶⁴⁹ Siehe dazu Poscher, Gefahrenabwehr (Fn. 8), S. 83 ff.; zu den Grenzen der Wahrscheinlichkeitslogik auch Benjamin Rustberg, Wissensgenerierung in der panormenbezogenen Prävention, in: Laux/Münkler (Hrsg.), Wissen im Recht, 2019 S. 233 (246 f.).
⁶⁵⁰ Wolfgang Hoffmann-Riem, Risiko- und Innovationsrecht im Verbund, DV, Bd. 38 (2005), S. 145 rückhaltend zur Leistungsfähigkeit von Verfahren im Bereich des Risikorechts Udo Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 466–469.
⁶⁵¹ Dazu kritisch auch → Rn. 212.

blame und mühe,⁶⁵² auf tönernen Füßen steht. Rechtliche Praktiken sind in ihrem Kern retrospektiv⁶⁵³ und setzen voraus, dass es zu Rechtsbrüchen kommt, die dann festgestellt und markiert werden können.

Eine weitere Infragestellung gerichtlicher „Tatsachenhoheit“ ergibt sich aus den Regelungen zum in camera-Verfahren⁶⁵⁴ bei einer Verweigerung der Vorlage von Dokumenten aus Geheimschutzgründen, § 99 VwGO.⁶⁵⁵ Danach entscheidet das OVG im abgeschirmten Zwischenverfahren nur über die Zulässigkeit der Verweigerung, nicht aber über die dadurch aufzuklärende Tatsachenslage. Was sich im Fall einer zulässigen Verweigerung als Entscheidungsregel ergibt, klärt das Gesetz nicht.⁶⁵⁶ Dies wird jedoch relevanter,⁶⁵⁷ desto mehr abgeschirmtes staatliches Halb-Wissen besonders Polizeien und Nachrichtendienste produzieren. Die Förmlichkeit des gerichtlichen Verfahrens, die Parteiöffentlichkeit, Art. 103 Abs. 1 GG, spricht – zumindest bei hochsensiblen Informationen etwa im Sicherheitsbereich⁶⁵⁸ – dafür, eine in camera-Verwertung weiterhin nicht zuzulassen und es bei der gesetzlichen Alles-oder-Nichts-Entscheidung⁶⁵⁹ zu belassen, allerdings kombiniert mit einer klaren Nichtverwertbarkeit nicht formalisiert einführbarer Tatsachen.⁶⁶⁰ Denn hier wie auch sonst gilt, dass das Interesse an wirksamem gerichtlichem Rechtsschutz nicht einseitig bevorzugt werden darf,⁶⁶¹ sondern den ihrerseits verfassungsrechtlich unterfütterten Grenzen der gerichtlichen Form unterliegt. Andererseits zeigt sich an der Praxis des für Gerichtsformlichkeit eigentlich vorbildgebenden britischen Rechts, namentlich an dem 2013 allgemein gesetzlich normierten *Closed Material-Verfahren*,⁶⁶² dass die

⁶⁵² So prägend Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, Werke VIII, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1977, S. 339 = § D: „...mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen, nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft“.

⁶⁵³ Allgemeiner zur Entstehung normativer Praktiken aus der Unrechtserfahrung Möllers, Möglichkeit (Fn. 99), S. 203–208; ebenso schon Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 77–83, bei dem die Normativität sich in der Situation und dem Umgang mit einer Erwartungsenttäuschung zeigt.

⁶⁵⁴ Siehe dazu ausführlich Anton Trossbach, Öffentlichkeit und Geheimhaltung im Verwaltungsprozess, 2019, insbes. S. 102 ff., 149 ff., 279 ff.; zum Überblick Eberhard Schmidt-Aßmann, In-camera-Verfahren, in: FS Schenke, 2011, S. 1147 ff.

⁶⁵⁵ Zurückgehend auf BVerfGE 101, 106 (124 ff.), das die ungeprüfte gerichtliche Hinnahme hinreichend glaubhaft gemachter Sperrvermerke ohne Kenntnis der jeweils gesperrten Akten als unverhältnismäßige Beschränkung des Art. 19 Abs. 4 GG beurteilte.

⁶⁵⁶ Siehe grundlegend zum Problem BVerfGE NVwZ 2005, S. 1435 (1436); BVerfGE 126, 365 (374); Benjamin Rustberg, Informationsherrschaft durch Polizei und Nachrichtendienste, in: Andreas Kulik/Michael Goldhammer (Hrsg.), Der Terrorist als Feind, 2020, S. 211 (220 ff.); s. a. Richard Rudisile, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 99 Rn. 49; Thomas Mayen, Verwertbarkeit von geheim gehaltenen Verwaltungsvorgängen im gerichtlichen Verfahren?, NVwZ 2003, S. 537 (542 f.).

⁶⁵⁷ Ebenso eine steigende Relevanz der Vorschrift annehmend: Rudisile, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 99 Rn. 6c; für eine steigende Bedeutung von in camera-Verfahren als Element der Steuerung durch Informationen Schmidt-Aßmann, In-camera-Verfahren (Fn. 654), S. 1148.

⁶⁵⁸ Für ein solches „Kern-Schalen-Modell“ Schmidt-Aßmann, In-camera-Verfahren (Fn. 654), S. 1164 f.; allgemein kritisch gegenüber § 99 VwGO und für die Einführung einer in camera-Verwertung Wolf-Rüdiger Schenke, Probleme des verwaltungsgerichtlichen „in-camera“-Verfahrens, in: Winfried Kluth/Klaus Rennert (Hrsg.), Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht, 2008, S. 115 (117 ff.); → Voraufl. Bd. III Schoch § 90 Rn. 246.

⁶⁵⁹ So die (kritisch gemeinte) Formulierung bei Trossbach, Öffentlichkeit (Fn. 654), S. 149.

⁶⁶⁰ So im Ergebnis auch Rustberg, Informationsherrschaft (Fn. 656), S. 229 ff.

⁶⁶¹ Siehe dazu ausführlich → Rn. 187 ff.

⁶⁶² Siehe dazu Trossbach, Öffentlichkeit (Fn. 654), S. 251 ff.

Grenzen der gerichtlichen Form durchaus gestalt- und verhandelbar sind.⁶⁶³ Sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als auch der Europäische Gerichtshof erkennen jedenfalls das *Investigatory Powers Tribunal* als *effective domestic remedy* bzw. als vorlageberechtigt – also als Gericht i.S.d. Verträge – an,⁶⁶⁴ obwohl es standardmäßig auf dieses Geheimverfahren zurückgreift und auf Grundlage der dort festgestellten Tatsachen entscheidet (in camera-Verwertung). Man wird die Lösung nach beiden Richtungen nicht unmittelbar aus der Verfassung entwickeln können, kann die Regelung des § 99 VwGO aber insgesamt als Zeichen dafür betrachten, dass die VwGO die Begrenzungen der gerichtlichen Form auch gegenüber allfälligen Effektivitätsansprüchen betont und aufrechterhält.

140 Mittelfristig dürfte auch die u.a. in § 35a VwVfG begonnene digitale Transformation des Verwaltungshandelns⁶⁶⁵ die gerichtliche Tatsachenfeststellung und Kontrolltätigkeit vor erhebliche Probleme stellen.⁶⁶⁶ Denn oft werden weder die Verwaltung als potentielle Anwenderin algorithmengestützter Entscheidungsprogramme noch Betroffene noch Gerichte die Gesetzmäßigkeiten hinreichend nachvollziehen können, nach denen strittig gewordene Verwaltungsentscheidungen gebildet wurden. Selbst wenn insoweit – etwa hinsichtlich des Codes oder des Lermaterials bei selbstlernenden Programmen – optimale Transparenz⁶⁶⁷ hergestellt würde, wäre nicht viel gewonnen. Aufwand und technischer Sachverstand, die erforderlich wären, um das ordnungsgemäße Funktionieren eines verwendeten Programms in strittigen Einzelfällen nachlaufend zu prüfen, wären so groß, dass sie im täglichen Geschäft der Verwaltung und ihrer gerichtlichen Kontrolle nicht aufgebracht werden könnten. Vergleichbare Probleme zeigen sich bereits heute bei der gerichtlichen Kontrolle statistischer Erhebungen, etwa zur Ermittlung der gemeindlichen Einwohnerzahl im Rahmen des Zensus. Die hier anzuwendenden statistischen Verfahren⁶⁶⁸ sind so

⁶⁶³ So aber wohl *BVerfGE* 154, 152 (293, Rn. 280) – BND: Ausland-Ausland-Aufklärung; ähnliche Vorbehalte mit Blick auf die Gerichtsöffentlichkeit hatte – vor Übertragung des Instruments in die allgemeinen Verfahrensregeln – der *UK Supreme Court*, 13.7.2011, *Al Rawi v. Security Service*, UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; zur weiterhin geäußerten Kritik im Vereinigten Königreich *Trossbach*, *Öffentlichkeit* (Fn. 654), S. 263 ff.

⁶⁶⁴ *EGMR*, *Urt. v. 13.9.2018*, Nr. 58170/13 u.a. – *Big Brother Watch and others v. United Kingdom*, Rn. 249 ff.; für den *EuGH* a. zuletzt *EwGH*, *Urt. V. 6.10.2020*, Rs. C-623/17.

⁶⁶⁵ Siehe dazu → Bd. II *Britz/Eifert* § 26 Rn. 73 ff. und *passim*; zur Problematik automatisierter Verwaltungsentscheidungen aus jüngerer Zeit *Ariane Berger*, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, NVwZ 2018, S. 1260; *Christian Djeflal*, *Artificial Intelligence and Public Governance*, in: Thomas Wischmeyer/Timo Rademacher (Hrsg.), *Regulating artificial intelligence*, 2020, S. 277; *Hans-Peter Bull*, *Der „vollständig automatisiert erlassene“ Verwaltungsakt*, DVBl 2017, S. 409; *Leonid Guggenberger*, *Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung*, NVwZ 2019, S. 844. S. bereits → Rn. 61.

⁶⁶⁶ Allgemein zu den Kontrollherausforderungen und -möglichkeiten bei algorithmensbasierten Entscheidungen *Joshua Kroll u. a.*, *Accountable Algorithms*, U. Penn. L. Rev., Bd. 167 (2017), S. 633; beispielhaft zu den Rechenschutzfragen bei automatisierten Entscheidungen der Steuerverwaltung *Julius Helbig*, *Rechenschutzfragen der „automatisierten“ Ermessensausübung im Steuerrecht*, DStR 2017, S. 574 (578 ff.); *Nadja Braun Binder*, *Artificial Intelligence and Taxation*, in: Wischmeyer/Rademacher (Hrsg.), *Artificial intelligence* (Fn. 665), S. 295 (insbes. 303 f.).

⁶⁶⁷ Zu den Transparenzfragen bei der Nutzung intelligenter Entscheidungshilfen s. *Thomas Wischmeyer*, *Opening the black box*, in: *ders./Rademacher* (Hrsg.), *Artificial intelligence* (Fn. 665), S. 75.

⁶⁶⁸ Siehe zuletzt zum Zensusgesetz 2011 *BVerfGE* 150, 1 (insbes. 30 ff., Rn. 30 ff.); zu den Kontrollproblemen beim Gesetzesvollzug *VG Regensburg*, *Urt. v. 6.8.2015*, RO 5 K 13.2149, insbes. Rn. 276 ff.; *VG Schleswig-Holstein*, *Urt. v. 19.12.2019*, 12 A 48/16, Rn. 69 ff.

komplex und die Rückverfolgbarkeit des Erhebungsprozesses rechtlich so begrenzt (Statistikgeheimnis, Rückrechnungsverbot), dass von einem ernsthaften gerichtlichen Nachvollzug der Erhebungs- und Kalkulationsabläufe keine Rede sein kann. Die bei algorithmengestützten Entscheidungen zu durchblickenden Zusammenhänge dürften solche Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht und mit Blick auf an Codes u. U. bestehenden gerichtlichen Formen – z. B. durch Schaffung höherer Instanzen – übersteigen. In den üblichen gerichtlichen Formen – z. B. durch Schaffung von Instanzen – und informationstechnisch besonders geschulter Spezialkammern – wird sich dieses Problem daher kaum lösen lassen. Die Herausforderung besteht vielmehr darin, Techniken zu entwickeln, das rechtmäßige Design und den ordnungsgemäßen Ablauf programmgestützter Entscheidungen zu prüfen und zu verifizieren, ohne die Funktionsweise der ablaufenden Prozesse im Einzelnen verstehen zu müssen.⁶⁶⁹ Diese Aufgabenstellung sollte aber nicht zum Verzagen führen. Denn auch das Zustandekommen menschlicher Entscheidungen – etwa im Rahmen einer Ermessensausübung – können weder Entscheidungspersonen noch Kontrollinstanzen wirklich nachvollziehen,⁶⁷⁰ sondern nur explizieren, rationalisieren und nachvollziehen. Der Unterschied besteht darin, dass wir der menschlichen Black Box und vor allem ihrem grundsätzlichen Gleichlauf mit dem eigenen Kognitionsapparat mehr Vertrauen schenken als Computerprogrammen.⁶⁷¹ Eine denkbare Möglichkeit, Kontrollierbarkeit aufrecht zu erhalten, dürfte folglich darin bestehen, Systeme zu entwerfen, die neben der Entscheidung zugleich eine Entscheidungsrationalisierung automatisch generieren, deren Tragfähigkeit anschließend kontrolliert werden kann.

4 Prüfungsmaßstäbe und Kontrolldichte

Die Frage des angemessenen Prüfungsmaßstabs stellt ein spezifisches Problem aller öffentlich-rechtlichen Rechtswege, einschließlich des Verfassungsprozesses dar. Das zeigt sich am Vergleich mit dem Zivilprozess, namentlich in Gebieten, in denen beide Prozessarten miteinander in Kontakt geraten, wie im Wettbewerbsrecht.⁶⁷² Während die Zivilgerichte das Recht anwenden, sind die Verwaltungsgerichte damit konfrontiert, dass das Verwaltungsrecht der erstentscheidenden Verwaltung Entscheidungskompetenzen zubilligt, die diese nach eigenen, nicht notwendig gerichtlich nachvollziehbaren Maßstäben wahrnehmen soll. Das Gericht trifft eine sekundäre Entscheidung, die nicht nach Maßstäben erfolgen muss, die mit der primären Entscheidung identisch sind. Dabei sind drei Ebenen zu unterscheiden, die praktisch miteinander verschleifen. Zunächst geht es in der Diskussion, obwohl selten, um die Auslegung von Rechtsbegriffen, hinter denen sich komplexe zusammengesetzte gesellschaftliche Wertungen verbergen. Beispielhaft sind § 10 KWG⁶⁷³ oder §§ 10, 11

⁶⁶⁹ Ausführlich zu diesem Ansatz *Kroll u. a.*, *Accountable Algorithms* (Fn. 666), S. 657 ff.

⁶⁷⁰ Ähnlich für eine realistische Perspektive auf menschliche Entscheidungen *Wischmeyer*, *Black box* (Fn. 667), S. 87 ff.

⁶⁷¹ Zum Vertrauensaspekt *Ariane Berger*, *Digitales Vertrauen*, DVBl 2017, S. 804.

⁶⁷² *Hilmar Wißmann*, *Richterliche Kontrolldichte im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, in: FS Reiner Schmidt, 2006, S. 627 (630 ff.). *Wolfgang Kahl*, *Droht die Entmachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Zivilgerichte?*, 2016, S. 65 ff.

⁶⁷³ Dazu *Dirk Auerbach*, in: *Andreas Schwennicke/ders.* (Hrsg.), *KWG*, 4. Aufl. 2021, § 10 Rz. 49 ff.

TKG.⁶⁷⁴ Auf der zweiten Ebene steht das der Verwaltung eingeräumte Ermessen, also die gerichtlich nur spezifisch zu kontrollierende Entscheidungsmacht der Verwaltung auf der Rechtsfolgenseite. Die Ermessenausübung ist insbesondere durch die Figur des „Fehlgebrauchs“ der gerichtlichen Kontrolle seit langem nicht mehr so entzogen, wie es zu Zeiten des „freien Ermessens“ der Fall war.⁶⁷⁵ Die dritte Ebene betrifft die bereits behandelte Frage der Tatsachenerhebung. Diese drei Ebenen sind in unterschiedlicher Intensität dem verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsmodus zugewiesen. Gerichte sind auf die Entscheidung von Rechtsfragen praktisch besser eingerichtet und normativ stärker verpflichtet als auf die Etablierung von Sachverhalten.

142 Die Frage der Kontrolldichte betrifft damit die Übergänge zwischen normativen Maßstäben und Sachverhaltsaufklärung. Solche Übergänge können, wie seit längerem auch ausdrücklich anerkannt wird,⁶⁷⁶ maßgeblich dadurch gestaltet werden, dass der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen Tatsachenerhebung und Bewertung seinerseits durch Verfahren, aber auch durch die Feststellung bestimmter Tatsachen regelt.⁶⁷⁷ Neben dem Asylrecht ist das Recht der Verkehrsplanung ein Beispiel für eine solche materielle Gestaltung, in dem der Gesetzgeber etwa einen Bedarf stipuliert.⁶⁷⁸ Diese Lösung hat jedoch zweierlei Probleme: Zum Ersten scheinen nicht alle Arten von Fakten für eine gesetzgeberische Gestaltung gleich geeignet. Mit der amerikanischen Terminologie „legislative facts“ könnte man von Tatsachenannahmen einer bestimmten Allgemeinheit in gleicher Weise mit unmittelbar relevanten Eingriffsvoraussetzungen in individuelle Rechtspositionen. Ein Problemfall im Übergang ist die Projektplanung in Gesetzesform, in der die eigentlich behördlichen Feststellungen durch die Form des Parlamentsgesetzes der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen sind und damit zugleich das Problem auf eine verfassungsrechtliche Ebene gehoben wird.⁶⁸⁰ Hier ergeben sich verfassungsrechtliche Grenzen, selbst wenn die Rechtsschutzgarantie durch gesetzliches Handeln nicht betroffen ist. Die Ausgestaltung individueller Rechtspositionen unmittelbar durch Gesetz hat nämlich sowohl diskriminierende als auch gewaltenteilig problematische

⁶⁷⁴ Karl-Heinz Ladewig/Christoph Möllers, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl 2005, S. 525 (527 f.); BVerwG, Urt. v. 2.4.2008, 6 C 16.07, Rn. 14 ff.; dazu Klaus F. Gärditz, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005 (1006).

⁶⁷⁵ → Rn. 5 und die Nachweise in Fn. 27.

⁶⁷⁶ BVerfGE 49, 89 (131); 149, 407 (414, Rn. 20); vgl. auch BVerfG (Kammer), Beschl. v. 2.7.1993, 2 BvR 1971/92, Rn. 15; BVerwGE 154, 377 (384 f., Rn. 24).

⁶⁷⁷ Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl 1997, S. 281 (286 f.); Klaus F. Gärditz, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (legislative facts) im öffentlichen Recht, in: FS Puppe, 2011, S. 1557 (1558 ff.).

⁶⁷⁸ Fernstraßenausbaugesetz (BGBl I [2005], S. 201). Zur gesetzlichen Bedarfsplanung → Bd. II Köck § 36 Rn. 43 ff.; Marcel Buus, Bedarfsplanung durch Gesetz, 2018, insbes. S. 82 ff. (dort zur Verkehrsplanung).

⁶⁷⁹ Zum Begriff Bethge, Normenkontrolle (Fn. 274), S. 21–27; zum Problem: Gärditz, Gerichtliche Feststellung genereller Tatsachen (Fn. 677), S. 1563 ff.

⁶⁸⁰ Zum Problem BVerfGE 95, 1 (22 f.) – Stützmannfahrt Stendal; VGH BW, Beschl. v. 26.7.2004, 8 S 902/04, Rn. 17; → Bd. II Köck § 36 Rn. 15 ff.; Peter Badura, Vorhabenplanung im Rechtsstaat, in: FS Hoppe, 2000, S. 167 (168 ff.).

Effekte.⁶⁸¹ Zum Zweiten ergeben sich Probleme der gesetzlichen Ausgestaltung daraus, dass sie dazu führen kann, Rechtsbegriffe mit Tatsachenannahmen zu überfrachten und dadurch die Gerichte selbst in ihrer Funktion als gesetzesauslegende Instanz zu überfordern. Klauseln aus dem Technikrecht sind hierfür ein altbekanntes Beispiel.⁶⁸² Noch älter, aber besser dogmatisch eingefangen gilt dies im Prinzip auch für den polizeilichen Gefahrenbegriff, der nach wie vor als gerichtlich voll überprüfbarer Rechtsbegriff behandelt wird. In Einzelfällen jedenfalls hat die Rechtsprechung anders reagiert, etwa bei der Marktanalyse im Telekommunikationsrecht,⁶⁸³ für die das BVerwG einen Beurteilungsspielraum angenommen hat. Dies mag in diesem Fall auch dem komplexen unionsrechtlich determinierten Verwaltungsverfahren geschuldet gewesen sein. In anderen Fällen bleibt das Problem, dass die gesetzliche Tatsachenfeststellung zu einer Belastung der Rechtskontrolle führen kann. Eine Lösung kann nur darin liegen, an die Stelle einer materiellen Anreicherung eine prozedurale Lösung zu setzen, der zufolge die gerichtliche Kontrolle nachvollziehen kann, wie es zu der Anwendung des Rechtsbegriffs durch die Verwaltung gekommen ist.⁶⁸⁴

Ein weiterer Weg, sich dem Problem durch gesetzliche Steuerung zu nähern, ist damit die prozedurale Gestaltung, wie wir sie im Planungsrecht kennen.⁶⁸⁵ Die von der Genehmigungsbehörde getroffene Entscheidung stellt sich als Ergebnis eines Abstimmungsprozesses zwischen verschiedenen Behörden und mit Betroffenen dar. Das Entscheidungsprogramm verbindet hier materielle und prozedurale Vorgaben mit der Ausübung von Ermessen und der Erhebung umfangreicher Sachverhalte. Im Ergebnis kommt es trotz umfangreicher Dogmatik der Planungskontrolle⁶⁸⁶ nur höchst selten vor, dass große Planungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte gekippt werden.⁶⁸⁷ Praktisch bedeutsamer als eine oft fiktive Meta-Ebene der Selbstrechtfertigung scheinen hier Organisationsentscheidungen wie die Beschränkung des Instanzenzugs im Planungsrecht zu sein. Damit wird abgebildet, dass die ansonsten wichtige Entzerrung von Tatsachenebene und Rechtsebene, die sich aus der Unterscheidung zwischen Berufung und Revision ergibt, im holistisch orientierten Planungsrecht

⁶⁸¹ Andreas v. Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 179–182; Christoph Möllers, Die drei Gewalten, 2. Aufl. 2015, S. 97; Renthert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 1 Rn. 16.

⁶⁸² §§ 3 Abs. 6, 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG; § 10 Abs. 1 Satz 2 WindSeeG; § 16 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 GenTG. Zum Begriff „Stand der Technik“ Rüdiger Breuer, Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR, Bd. 101 (1976), S. 46 (51 ff.); Christoph Gusy, Probleme der Verrechtlichung technischer Standards, NVwZ 1995, S. 105. Aus der Rechtsprechung: BVerfGE 49, 99 (135 f.); BVerwG, Beschl. v. 4.8.1992, 4 B 150/92, Rn. 4.

⁶⁸³ → Rn. 141.

⁶⁸⁴ So auch schon BVerfGE 95, 1 (22 f.); dazu, dass eine solche „Plausibilitätskontrolle“, die für Planungsentscheidungen adäquat sein kann, sonst nur unter besonderen Umständen genügt, s. etwa BVerfGE 149, 407 (416, 418, Rn. 25, 29) – Rotmilane.

⁶⁸⁵ Allgemein zur Prozeduralisierung und zum Verfahrensgedanken im VerwR s. die Nachweise in Fn. 119.

⁶⁸⁶ → Bd. II Köck § 36 Rn. 109 ff. sowie die Nachweise in Fn. 574. Zur Planungskontrolle → Rn. 122.

⁶⁸⁷ 2019 beendeten die OVG-Senate für technische Großvorhaben insgesamt 84 Verfahren, von denen 33 durch Stattgabe bzw. Abweisung erledigt wurden. Hierbei obsiegte die Behörde 23 Mal, sieben Mal obsiegte sie teilweise und drei Mal unterlag sie, vgl. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 138), S. 86. Zwar können auch Behörden einen Normenkontrollantrag stellen (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO), dies war jedoch nur drei der 84 Verfahren der Fall.

kaum umsetzbar ist.⁶⁸⁸ Zwei Fragen bleiben allerdings von Bedeutung. Zum Ersten muss das Gericht darauf achten, dass in noch so komplexen Verfahren wirklich eine Entscheidung getroffen und nicht bloß ein vorgefasster Entschluss nachbuchstabiert, also nicht nur eine prozedurale Fassade aufgebaut wird.⁶⁸⁹ Hier geht es nicht um einen verfeinerten Nachvollzug des gesamten Programms, sondern um die Sicherung der Integrität des Verfahrens im Ganzen. Zum Zweiten ist zu fragen, inwieweit die verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der Lage ist, die Gesamtheit eines Verwaltungsverfahrens innerhalb einer eigenen Verfahrensstruktur nachzuvollziehen. Dies wird teilweise von gerichtlichen Akteuren beansprucht,⁶⁹⁰ es ist aber nicht klar, was damit gewonnen wäre. Im Gegenteil kann der intensive Nachvollzug jeder Verästelung einer komplexen Entscheidung auch dazu führen, dass die Gerichte zu stark aus Perspektive der Verwaltung denken. Dann geschieht, was in der Praxis zum Regelfall geworden ist: gewaltiger Kontrollaufwand, der so gut wie nie zur Aufhebung führt. Die Gerichte liefern im Ergebnis eine verbesserte normative Rechtfertigung für die gleiche Entscheidung, die dadurch nur länger dauert.

V. Gerichtszugang: Individualklage und subjektiver Rechtsschutz

1. Individualklage und Individualrechtsschutz

a) Individualklage als dezentral-unkoordinierter Rechtsbewehrungsmodus

- 144 Vielfach übersehener Ausgangspunkt der gesetzlichen Gestaltung der Verfahrensinitiative ist nicht das Prinzip des subjektiven Rechtsschutzes, sondern das Prinzip der Individualklage.⁶⁹¹ Nicht eine zentrale und hierarchisch eingebundene Behörde wie ein Staatsanwalt oder ein *procureur d'état* setzt das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Gang, sondern eine offene Vielzahl von dezentral und nach je eigenen Gesichtspunkten handelnden Klägern. Die Möglichkeiten, durch Rechtsschutzbegehren und prozessuales Verhalten an der gerichtlichen Rechtsproduktion mitzuwirken, sind damit breit in Staat und Gesellschaft verteilt. Sie sind nicht einer einheitlich geschulten, sozialisierten und dem Legalitätsprinzip – also wiederum rechtlichen Maßgaben – verpflichteten Organisation überantwortet. Dadurch ist die Wirksamkeit rechtlicher Festlegungen – soweit sie durch gerichtliche Verfahren hergestellt werden soll – nicht nur unter die Bedingung gestellt, dass eine mit Unabhängigkeit ausgestattete Richterin das als Recht Gesetzte im Einzelfall als Recht feststellt. Sie ist zusätzlich unter die Bedingung gestellt, dass sich für diese Festlegung eine daran interessierte und mit

⁶⁸⁸ → Rn. 122.

⁶⁸⁹ In der Rechtsprechung firmiert dies unter der Bezeichnung „Abwägungsgebot“. Die Bezugnis zur Abwägung enthält das Gebot der Abwägung, vgl. nur *BVerwGE* 34, 301 (308 ff.); 41, 67 (68 ff.); 48, 56 (63 f.). Zur uneinheitlichen Verwendung dieser Rechtsfigur in der Rechtsprechung *Hans-Joachim Koch, Das Abwägungsgebot im Planungsrecht, DVBl* 1983, S. 1125 (1226 f.).

⁶⁹⁰ *Gerhardt, Funktionaler Zusammenhang* (Fn. 18), S. 420 f.

⁶⁹¹ Zur Gleichsetzung des Individualrechtsschutzes mit dem subjektiven Prinzip s. etwa → *Voraufl.* Bd. III *Schoch* § 50 Rn. 133; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig, GG*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 117; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG I*, Art. 19 IV Rn. 60; *Wahl*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGG*, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 4; Gegensatzpaar „Individualrechtsschutz – objektives Kontrollverfahren“; eine ähnliche Gleichsetzung für die Verfassungsbeschwerde etwa bei *Herbert Bethe*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/ders., BVerfGG*, § 90 Rn. 1.

Initiativbefugnissen ausgestattete Berechtigte findet, die – weshalb auch immer – ein Gericht mit einem Sachverhalt und einer darauf gründenden Problematik befasst. Die bereits in der Form des gerichtlichen Verfahrens angelegte Brechung, die in der fehlenden Selbstinitiativbefugnis eines Gerichts wurzelt⁶⁹² und durch den dezentralen, föderalen und gestuften Aufbau der Gerichtsbarkeit verneint wird,⁶⁹³ ist damit durch die dezentrale Organisation und fehlende Koordination oder gemeinsame inhaltliche Ausrichtung der Initiativbefugten potenziert. Die Möglichkeit der Entscheidung für ein System der Individualklage, in dem rechtliche Fragen verbindlich und mit gegenüber anderen Verfahren abgesicherten Entscheidungswirkungen⁶⁹⁴ geklärt werden, ist damit zwangsläufig – wie selbstverständlich auch im Zivilrecht – eine fundamental unkoordinierte Wirksamkeit rechtlicher Maßstäbe im Verwaltungsrecht mitgedacht.

Dieser nicht systematisch vorgehende Kontrollansatz schuldet liberalen Konzepten von Politik und Gesellschaft viel.⁶⁹⁵ Er unterstellt, dass Anreize zur Klageerhebung, die durch die Verteilung von klagbaren Positionen geschaffen werden, besser funktionieren als eine zentrale Steuerung des zu kontrollierenden gerichtlichen Eingangs. Dieses System geht damit auch davon aus, dass Informationen über mögliche Rechtsbrüche der Verwaltung aus der Gesellschaft kommen.⁶⁹⁶ Es setzt damit schließlich voraus, dass die Verteilung von Klagebefugnissen und den darin liegenden Rechtsgestaltungsmöglichkeiten einen zentralen Beitrag zur Legitimation der politischen Gewalt zu leisten hat.⁶⁹⁷ Dabei ist das Verhältnis einer Steuerung des gerichtlichen Eingangs durch die spontane unsichtbare Hand der Klagenden zur zentralisierten politischen Gestaltung des weiten Weges verschlungen, weil über alle Möglichkeiten zu dezentraler prozessualer Anlassbildung zentral entschieden wird und legitimationstheoretisch auch entschieden werden soll. Trotzdem sind Art und Maß der Anlassgenerierung unterschiedlich, das zeigt der Fall der Verbandsklagen, bei dem in den „Markt“ individualisierter Klagechancen in Gemeinwohlsicht interveniert wird.⁶⁹⁸ Anders formuliert: Schutz und Kontrollanlässe werden als Produkte politischer Verfahren geschaffen, um bestimmte Kontrollgelegenheiten zu nutzen – oder auch nicht.

Ein Verwaltungsrecht, das für seine Umsetzung auf das Prinzip der Individualklage setzt, denkt damit Vollzugsdefizite, punktuelle Aussparungen und Übertreibungen oder Forcierungen seiner rechtlichen Maßstäbe notwendig mit. Man kann sich entscheiden, diese Verschiebungen um der Freiheitlichkeit und Pluralität des Systems willen hinzunehmen. Man kann die Folgen dieser Systementscheidung für übersichtlich halten, indem man unterstellt, dass sich die dezentral handelnden Akteure, darunter auch behördliche, mitsamt ihrer Interessen

⁶⁹² Siehe dazu → Rn. 52.

⁶⁹³ Siehe dazu → Rn. 77 ff.

⁶⁹⁴ Siehe dazu → Rn. 31 ff., 113 ff., 194 ff.

⁶⁹⁵ Siehe dazu auch → Rn. 157.

⁶⁹⁶ Die Vorstellung einer überlegenen dezentralen gesellschaftlichen Informationsentwicklung findet sich einflussreich bei *Friedrich A. Hayek, The Use of Knowledge in Society, The American Economic Review*, Bd. 35 (1945), S. 519–530.

⁶⁹⁷ Siehe zur legitimatorischen Dimension subjektivrechtlicher Technik → Rn. 159 f.; ausführlich nach *Gährnitz, Gutachten* (Fn. 2), D28–D48.

⁶⁹⁸ Zu Verbandsklagen s. → Rn. 181 ff.; zum Problem – mit anderer Tendenz – auch *Gährnitz, Gutachten* (Fn. 2), D41 ff.

schon irgendwie ausmitteln werden.⁶⁹⁹ Man kann sich aber auch an denjenigen Punkten, für die an einer flächendeckenden Wirksamkeit rechtlicher Maßstäbe besonders gelegen ist, entscheiden, auf andere Verfahren und Entscheidungsmodi zu setzen oder die Initiativbefugnisse entsprechend umzugestalten, etwa mit finanziellen Anreizen zu unterfüttern.⁷⁰⁰ Schiefe der Bundesgesetzgeber aus solchen Gründen Klagebefugnisse, beispielsweise auf Geldersatz, die über die materiell-verfahrensrechtlich bestehenden Ansprüche gegenüber der Verwaltung hinausgingen, läge darin nicht zwingend ein unzulässiger Übergreif in die materielle Regelungskompetenz, sondern ein spezifisch prozessual begründetes Regelungsanliegen, das sich als solches womöglich kompetenzmäßig rechtfertigen ließe.⁷⁰¹

- 146a Die Entscheidung für ein System der Individualklage, dessen wesentliches Merkmal die dezentral-unkoordinierte Rechtsdurchsetzungsförm ist, ist unter theoretischem Gesichtspunkt in zweierlei Hinsichten nicht zwingend subjektivrechtlich: Erstens ist eine Klagemöglichkeit nicht immer ein subjektives prozessuales Recht. Eine Behörde wie eine öffentliche Anwaltschaft, ein Verwaltungsträger wie eine Kommune, aber auch Private können rechtlich verpflichtet sein, ihre Initiativ- und Verfahrensführungsbefugnisse einzusetzen.⁷⁰² Wichtiger als dieser Punkt ist, zweitens, dass die Entscheidung für ein System der Individualklage noch nichts darüber aussagt, nach welchem Gesichtspunkt die Klagemöglichkeiten zugewiesen sind. Sie können insbesondere objektivrechtlich, interessengeleitet oder subjektivrechtlich orientiert sein.

b) Prozessbeteiligung und ihre Folgen

aa) Beteiligte verwaltungsgerichtlicher Verfahren

- 147 Die im Verwaltungsprozess zugelassenen Beteiligten können unterschiedlich verfasst sein: Natürliche und juristische Personen des Privatrechts, juristische Personen des öffentlichen Rechts, Vereinigungen, Behörden, Bürgerinitiativen⁷⁰³ kommen nach § 61 VwGO als Prozessbeteiligte infrage.⁷⁰⁴ Betrachtet man diese Norm genauer, hat sie einen Doppelcharakter:

Einerseits verweist § 61 Nr. 1 VwGO auf anderweitig getroffene Organisationsentscheidungen – die Entscheidung über die Rechtssubjektivität.⁷⁰⁵ Damit rezipiert die VwGO die im Gesellschaftsrecht, im Verwaltungsorganisationsrecht oder anderweitig getroffene Entscheidung für die rechtliche Selbständigkeit und Wehrhaftigkeit der davon erfassten rechtlichen Einheiten und spricht

⁶⁹⁹ Zu dieser auch dem subjektiven Recht zugrundeliegenden Hoffnung s.a. Johannes Buchheim, Subjektive Rechte als Fehlerkalkül, in: ARSP, Beiheft 162 (2020), S. 223 ff.

⁷⁰⁰ So früh der im Zusammenhang mit betrügerischen Praktiken im amerikanischen Bürgerklagegesetz False Claims Act, 31 U.S. Code § 3729 ff.; s. dazu Simona Kreis, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, 2017, S. 209 ff. m. w. N.

⁷⁰¹ Zu diesem kompetenzrechtlichen Argument näher Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 142–145.

⁷⁰² Z. B. ein Vorstand einer AG zur Geltendmachung der Rechte der AG (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG); die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der Klage (§ 170 Abs. 1 StPO).

⁷⁰³ Die Möglichkeit der prozessualen Durchsetzung von Bürgerbegehren ist unstrittig, allerdings nicht, aus welchen Vorschriften sich das ergibt, s. Roland Kintz, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 61 Rn. 12.

⁷⁰⁴ Siehe zum Überblick etwa Kintz, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 61 Rn. 3 ff.; Bier/Christine Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 61 Rn. 3 ff.

⁷⁰⁵ Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 61 Rn. 3.

ihnen pauschal die Möglichkeit zu, zur Durchsetzung ihrer Interessen einen juristischen Konfliktlösungsmechanismus zu nutzen. Dieser Verweischarakter des Prozessrechts ist rechtstechnisch sinnvoll und notwendig, will man die rechtliche Ausdifferenzierung von materiellem Recht und einzelnen Verfahrensrechten aufrechterhalten.⁷⁰⁶ Er erklärt, worin der berechtigte Kern der nach wie vor herrschenden Lehre vom verbotenen „Insichprozess“⁷⁰⁷ im Kontext von Streitigkeiten zwischen Verwaltungseinheiten liegt. In den von dieser Lehre erfassten Fällen entspringt die Problematik dem Umstand, dass das Organisationsrecht bestimmte verwaltungsrechtliche Interessenbündelungen und Anliegen gerade nicht als verselbständigte Einheiten eingerichtet hat. § 61 Nr. 1 VwGO ist in diesem Zusammenhang dahingehend zu verstehen, dass für diesen Fall der juristische Konfliktlösungsmechanismus nicht zur Verfügung stehen soll. Widerstreitende Interessen sollen hier informell oder im Wege der Hierarchie ausgeglichen werden.⁷⁰⁸ Das Recht verweist hier auf politische Lösungen, auf faktische Beharrlichkeiten, will den Konflikt also nicht selbst auflösen, sondern delegiert. Auch hier kann ein Anliegen durch Rechtsmaßstäbe begründet sein, sich auf sie stützen und zu seiner Plausibilisierung geltend machen, es geht also nicht darum, dass dieser Bereich rechtlicher Regelung entzogen wäre.⁷⁰⁹ Das Rechtsstaatsprinzip reguliert aber nicht die Reichweite von Verrechtlichungsprozessen und damit nicht seinen eigenen Anwendungsbereich. Die in der Diskussion der Prozesskonstellation Staat gegen Staat und des „Insichprozesses“ noch immer durchschimmernde Lehre von der Impermeabilität der Staatsperson⁷¹⁰ hat daher einen Kern, den man von seinem Ballast befreit auch in eine – ohnehin schon immer dagewesene – plurale, aus vielfältigen Interessen und Akteuren komplex zusammensetzende Institutionenordnung übertragen kann.⁷¹¹ Er besagt, dass rechtlich unselbständige Untereinheiten der Verwaltung ihre Meinungsverschiedenheiten im Grundsatz nicht gerichtlich austragen können.

Bei diesem Blankettverweis belässt es die VwGO jedoch *andererseits* nicht: In 148 Gestalt von § 61 Nr. 2 VwGO enthält sie eine Öffnungsklausel, durch die sich die Regelung der Verfahrensbeteiligten von ihrem Verweischarakter löst. Danach können auch nicht näher eingegrenzte Einheiten, die rechtlich unselbständig sind, die aber in einem bestimmten Kontext rechtliche Möglichkeiten haben sollen, als Beteiligte auftreten. Hier wird die Verfügbarkeit juristischer Konfliktlösungsmodi direkter verhandelt. § 61 Nr. 2 VwGO positioniert sich nicht durch einen Verweis auf das Organisationsrecht, sondern auf die jeweils infrage stehenden Rechtsmaßstäbe. Das Problem der Norm liegt darin, dass diese in aller

⁷⁰⁶ Zur delegativen Tendenz des Prozessrechts → Rn. 18.

⁷⁰⁷ Selbstverständlich mit diversen Einschränkungen, s. ausführlich und kritisch Gero Bartsch, Staat gegen Staat, 2018, der deshalb das Konstrukt insgesamt ad acta legen will; s. dazu die Besprechung von Johannes Buchheim, Der Staat, Bd. 59 (2020), S. 150.

⁷⁰⁸ Dazu im Kontext der Normenkontrolle BTDrucks 3/55, S. 33: „Hält eine Verwaltungsbehörde eine Verordnung für rechtswidrig, so mag sie auf dem Dienstweg vorstellig werden. Gegebenenfalls ist die Frage im Schoße der Staatsregierung zu klären.“

⁷⁰⁹ Deher ist auch der berechtigte Hinweis auf die plurale Struktur der Verwaltung bei Bartsch, Staat (Fn. 707), S. 104 ff., ein Kurzschluss. Nicht jeder Interessengegensatz, auch wenn er rechtlich formalisiert ist, muss auch spezifisch juristisch aufgelöst werden.

⁷¹⁰ Zum Konnex m. w. N. Bartsch, Staat (Fn. 707), S. 56 ff.; zur Impermeabilitäts- und Einheitsthese und ihrer Kritik auch Christoph Möllers, Staat als Argument, 2000, insbes. S. 25 ff., 116 ff., 245 f.

⁷¹¹ Möllers, Argument (Fn. 710), S. 151 ff.

Regel selbst nicht die Frage der Verfügbarkeit verwaltungsprozessualen Rechtsschutzes adressieren. Der Verweis geht damit ins Leere und lädt zu Zirkelschlüssen ein.⁷¹² Hier ist eine auf die Besonderheiten gerichtlicher Verfahren blickende Herangehensweise naheliegend. Wenn der in Bezug genommene Rechtsmaßstab die Frage, welcher Konfliktlösungsmechanismus bei Streitfragen zur Verfügung stehen soll, selbst nicht adressiert, ist es ratsam, eine Antwort aus den Funktionen, Besonderheiten, Vorzügen und Grenzen gerichtlichen Rechtsschutzes zu entwickeln, weil andere Quellen nicht zur Verfügung stehen. Geht man in dieser Weise an das Problem heran, erschließt sich, weshalb rechtlich nicht näher verfasste Personenmehrheiten, denen durch das Kommunalrecht bestimmte Initiativmöglichkeiten zugewiesen sind, oft verwaltungsgerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen können.⁷¹³ Solche Streitigkeiten sind punktuell, haben zumeist klare rechtliche Anknüpfungspunkte, gut formalisier- und feststellbare tatsächliche Voraussetzungen und erscheinen damit entscheidungsgünstig. Die durch solche Initiativrechte eingeräumte Möglichkeit einer Irritation der üblichen kommunalen Abläufe findet ihre Entsprechung im auf Öffentlichkeit und dialogische Selbstvergewisserung angelegten Verwaltungsgerichtsprozess. Hier die Konfliktlösung einem anderen Verfahren – etwa der nichtöffentlichen staatlichen Rechtsaufsicht – zuzuweisen, erschiene wenig sinnvoll.⁷¹⁴

bb) Allgemeine Folgen aus der Beteiligtenstellung

149 Nicht nur die Verfasstheit möglicher Prozessbeteiligter, sondern auch die Gesichtspunkte, nach denen sie ihre Prozesstätigkeit ausrichten, unterscheiden sich. Darauf reagieren die unterschiedlich gestalteten Verfahrensbedingungen und Klagemöglichkeiten und die mit ihnen korrespondierenden Prozessführungsbefugnisse. Daneben bringt die Stellung als Beteiligte eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aber Folgen mit sich, die unabhängig von der jeweiligen Initiativbefugnis und den für die Prozesstätigkeit geltenden Rechtsprogrammen sind und daher bei jeder Zuweisung von Initiativbefugnissen bedacht werden müssen.⁷¹⁵

149a Der Einfluss der Beteiligten auf das Verfahrensergebnis ist – quer über alle Verfahrensarten – erheblich. Dazu gehört an erster Stelle die Qualität des Partivortrags, der den Prozess maßgeblich in die eine oder andere Richtung lenken kann. Hinzu kommen rechtlich formalisierte Einflussmöglichkeiten. Je nachdem, wann die Beteiligten bestimmte Argumente anbringen, können sie im Prozess noch Berücksichtigung finden (prozessuale Präklusionen).⁷¹⁶ Diese prozessualen Obliegenheiten reichen teilweise in das vorprozessuale Stadium. Je nachdem, ob eine Ermessenserwägung bereits im angegriffenen Verwaltungsakt angelegt war,

⁷¹² Zur zirkulären Tendenz am Beispiel der Lehre von den Kontrastorganen *Bartsch, Staat* (Fn. 707), S. 70 f.

⁷¹³ Siehe *BVerwG, Beschl. v. 7.3.1980, 7 B 58/79, Rn. 5; BVerwG NVwZ 1989, S. 470; VGH BW NVwZ-RR 1989, S. 153; OVG NW NVwZ 1990, S. 188; VGH BW NVwZ-RR 1990, S. 369.*

⁷¹⁴ Siehe grundlegend für den Kommunalverfassungstreit *Gunter Kisker, Insiehprozess und Einheit der Verwaltung, 1968; zusammenfassend Jemine Greim/Fabian Michl, Kommunalverfassungsrechtliche Drittanfechtung?, NVwZ 2013, S. 775; s. a. Bartsch, Staat* (Fn. 707), S. 69–76 m. w. N.

⁷¹⁵ Zu Initiativrechten und Klagebefugnissen als Verteilungsfrage auch *Gárditz, Gutachten* (Fn. 2), D46–D48.

⁷¹⁶ Siehe etwa § 87b VwGO.

kann sie in einem anschließenden Prozess noch Berücksichtigung finden, § 114 Satz 2 VwGO.⁷¹⁷ Die Möglichkeit, ein Anerkenntnis zu erklären, besteht für beide Seiten und begründet – insbesondere für die Verwaltung – eine Möglichkeit, mit formeller Rechtskraftwirkung die gesetzliche Rechtstellung der sie verklagenden Bürger zu erweitern.⁷¹⁸ Der Prozessvergleich birgt ähnliche Gestaltungs- und Modifikationspotentiale, § 106 VwGO. Der Prozess begründet also Verfügungsmöglichkeiten beider Seiten über den Streitgegenstand, die je nach Prozesshandlungsvoraussetzungen, Streitgegenstandslehren und Konkurrenzregeln zum materiellen Verwaltungsrecht und zum Verwaltungsverfahren auf die dortige Rechtstellung zurückwirken und damit auf Seiten der Verwaltung stets auch deren Rechtsbindung herausfordern. Diese Verfügungsmöglichkeiten sind – unabhängig vom Inhalt der Verfahrensabschlussentscheidung – auch außerhalb des Prozesses erheblich, wie sich besonders an dem zunächst keine unmittelbaren Rechtsfolgen verursachenden Feststellungsprozess zeigt. Denn die verbindliche Rechtsfeststellung hat nach allgemeiner Auffassung einschneidende Folgen für das Rechtsprogramm der Verwaltung, etwa mit Blick auf das festgestellte Recht oder auf Haftungsfragen.⁷¹⁹

Die Probleme einer Überschneidung materiellrechtlicher Normen und prozessualer Verfügungsmöglichkeiten sind aus der Zivilprozessualistik seit der vermeintlich strengen Scheidung des prozessualen vom materiellen Recht im späteren neunzehnten Jahrhundert bekannt und wurden dort umfassend behandelt.⁷²⁰ Allerdings werden sie durch die umfassende Rechtsbindung der Verwaltung verschärft.⁷²¹ Das entscheidende Problem, nämlich die Einfügung eines umfassend rechtsgebundenen Akteurs in ein von seinen Wurzeln her auf individueller Freiheit beider Seiten gründendes Prozessrechtssystem, wird – zumindest in jüngerer Zeit – kaum als solches verhandelt.⁷²² Diese Gemengelage schafft neben dem auf dem ersten Zugriff der Verwaltung beruhenden Ungleichgewicht eine zweite grundlegende Asymmetrie, die auch in § 106 Satz 1 VwGO zumindest angedeutet ist.⁷²³ Während die mit dem Verwaltungshandeln in Berührung kommenden Subjekte über ihre prozessuale Stellung und Bewirkungsmöglichkeiten frei verfügen dürfen, kann die Gegenseite dies nicht in derselben Weise.⁷²⁴ Sie ist Sachwalterin der Allgemeinheit. Das ist ein zentraler Grund für die Handhabung des Verwaltungsprozessrechts als materiellrechts-

⁷¹⁷ Siehe dazu Entwurf 6. VwGO ÄndG, BTDrucks 13/3993, S. 9; *BVerwGE* 106, 351 (365); 107, 164 (169).

⁷¹⁸ Siehe § 87a Abs. 1 Nr. 2 VwGO; ausführlich und kritisch zur Zulässigkeit des Anerkenntnisses *Rupp, Neue VwGO I* (Fn. 625), S. 149 (195–199).

⁷¹⁹ Siehe *Buchheim, Actio* (Fn. 95), S. 225 f.; s. etwa für das Verbot der Vollstreckung aus bewusst rechtswidrigen Grundverfügungen *Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, PolzeiR, 2020, § 24 Rn. 33; Würtenberger/Hickmann/Tanneberger, PolzeiR, Rn. 757 m. w. N.; kritisch Poscher, Vollstreckung* (Fn. 125), S. 121 f.

⁷²⁰ Siehe etwa *Werner Niese, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950; überblicksartig zu den Problemen auch Hagen, Elemente* (Fn. 2), S. 119 ff. m. w. N.; zur im Anschluss an Windschelds Umdeutung entwickelten Lehre vom „Rechtsschutzanspruch“ *Buchheim, Actio* (Fn. 95), 64–66.

⁷²¹ Ebenso für einen grundlegenden Unterschied zwischen Verwaltungs- und Zivilprozess hinsichtlich der Gestaltbarkeit durch die Parteien *Hagen, Elemente* (Fn. 2), S. 34.

⁷²² Siehe aber umfassend dazu *Nolte, Eigenart* (Fn. 2).

⁷²³ Die Entwurfsverfasser sahen darin eine aus prozessökonomischen und psychologischen Gründen gebotene „Durchbrechung des Offizialprinzips“, BTDrucks 3/55, S. 42.

⁷²⁴ Ebenso *Nolte, Eigenart* (Fn. 2), S. 79 f.

§ 46 Gerichtliche Verwaltungskontrolle als Steuerungsinstrument

akzessorische Materie nach dem herrschenden Anspruchsmodell: Die Rückbindung prozessrechtlicher Einfluss- und Verfügungsmöglichkeiten der Verwaltung an das Verwaltungsverfahren, etwa im Fall der Ermessensergänzung⁷²⁵ oder des Prozessvergleichs⁷²⁶, garantiert eine Rückbindung an ein Regelungsprogramm, das von vornherein anderen Prämissen verpflichtet ist und für das der Grundsatz privatautonomer Gestaltung und Verfügung über die rechtlichen Verhältnisse keine maßgebliche Rolle spielt.⁷²⁷ Hierin liegt aber ein Kurzschluss. Die besondere Konstellation, der das Verwaltungsprozessrecht gerecht werden muss, könnte ebenso gut zu einer Anpassung der prozessualen Lehren an diese spezifischen Probleme Anlass geben, etwa eigene Zulässigkeits- und Nichtigkeitslehren für bestimmte Prozesshandlungen.⁷²⁸ Entsprechend wäre es Aufgabe der Verwaltungsprozessualistik, ein Recht des gerichtlichen Verfahrens zu entwerfen, das zwar spezifischen prozessualen Gesetzmäßigkeiten folgt, aber beachtet, dass es nicht auf denselben Prämissen gebaut ist wie der Zivilprozess. Denn ein gesetzgeberischer Wille zur selbständigen verwaltungsprozessualen Gestaltung kommt regelmäßig zum Ausdruck, etwa bei der Regelung des Entscheidungsausspruchs bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen,⁷²⁹ der Ermessenskontrolle,⁷³⁰ des Prozessvergleichs⁷³¹ oder der Ermessensergänzung.⁷³²

151 Evident wird der gestaltende Einfluss, der aus der bloßen Beteiligtenstellung erwächst, wenn man nicht nur die unmittelbaren Verfahrenswirkungen, sondern die Einbettung des einzelnen Prozesses in den Instanzenzug und den gesamten Komplex verwaltungsprozessualer Rechtskonkretisierung, Vergewisserung und Kommunikation des rechtlich Geltenden betrachtet. Gerichtliche Verfahrensabschlussentscheidungen, aber auch Hinweise erledigen sich nicht einfach, wenn ihr Gegenstand oder Tenor vollzogen ist. Sie sind ein besonders sichtbares Element autoritativer Textproduktion, stehen für sich und begründen wegen des hermeneutischen Modus der Gerichte besondere Pfadabhängigkeiten und Folgewirkungen. Eine prozessuale Stellung in einem ober- oder höchstgerichtlichen Verfahren, die auch eine Verhinderungsstellung sein kann, erlaubt daher eine Mitwirkung an mitunter höchst sichtbaren Entscheidungen, die die gesamte weitere Rechtsanwendung prägen und auch außerhalb dieser rechtlichen Verfahren eine erhebliche Steuerungswirkung entfalten. Über das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen einer Präzedenzentscheidung verfügen zu

⁷²⁵ Siehe etwa BVerwGE 106, 351 (363 ff.); Sebastian Kluckert, Nachschieben von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DVBl 2013, S. 355 (357) m. w. N.

⁷²⁶ Man orientiert man sich am Ergebnis der zivilprozessualen Diskussion zu doppeifunktionalen Prozesshandlungen und stellt die Wirksamkeit unter die doppelte Bedingung prozessualer und materieller (§ 55 VwVfG) Wirksamkeit, s. Sandner/Wittmann, Unstreitige Beendigung (Fn. 292), S. 225 f. m. w. N.

⁷²⁷ Ebenso Sandner/Wittmann, Unstreitige Beendigung (Fn. 292), S. 226.

⁷²⁸ Für eine selbständig verwaltungsprozessuale – inzwischen gesetzlich überholte, § 87a Abs. 1 Nr. 2 VwGO – Argumentation gegen Anerkenntnis- und Verzichtsurteile Rupp, Neue VwGO I (Fn. 625), S. 197–199.

⁷²⁹ BTDrucks 3/55, S. 43.

⁷³⁰ BTDrucks 3/55, S. 43.

⁷³¹ BTDrucks 3/55, S. 42; die Regelung verweist zwar – reichlich unbestimmt – auf die materielle Verfügungsbefugnis, gibt aber der Verwaltung unstrittig das Instrument des Vergleichs(-vertrags) an die Hand, das zu diesem Zeitpunkt im Bereich der Subordinationsverhältnisse noch hochumstritten war, dazu Gesetzentwurf VwVfG, BTDrucks 7/910, S. 78.

⁷³² BTDrucks 13/3993, S. 9, 13.

B. Die Grundentscheidungen des deutschen Verwaltungsprozessrechts

können, ist manchmal Milliarden wert, wie sich zuletzt besonders in der Dieselproblematik – dort allerdings bei der zivilprozessualen Aufarbeitung – gezeigt hat.⁷³³ Dort hat die von der Beklagtenseite systematisch praktizierte Flucht in den Vergleich gerichtliche Leitentscheidungen jahrelang verhindert und so die gesetzliche Einführung der zivilprozessualen Musterfeststellungsklage mit angeschafften Unternehmen strategisch prozessierende Akteure, die dadurch erheblichen Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen können.⁷³⁵

Eine Beteiligung „Dritter“ am Verwaltungsrechtsstreit ist denkbar und häufig. Dort, wo durch Zwischenschaltung der Verwaltung in der Sache ein rechtliches Horizontalverhältnis gestaltet wird, etwa im Baunachbarrecht, wird dieses Verhältnis in mehrere Rechtsverhältnisse zwischen der Verwaltung, Bauherrin und den Nachbarn „zerlegt“, in denen die jeweils anderen „interessierte Dritte“ sind. Dem kann bzw. muss man durch Beiladung im Verwaltungsprozess, § 13 Abs. 2 VwVfG, oder spätestens durch Beiladung im Verwaltungsprozess, § 65 VwGO, gerecht werden.⁷³⁶ Unter der Voraussetzung einer Beiladung wirkt das Urteil gegen die Beigeladenen, §§ 63 Nr. 3, 121 Nr. 1 VwGO. Auch an der Technik der Beiladung, die die Beigeladenen zu formellen Beteiligten des Rechtsstreits macht, zeigt sich der eher dingliche Charakter verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten.⁷³⁷ Anders als bei der zivilprozessualen Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) und der Nebenintervention (§ 66 ZPO) wird das Problem des Drittbezugs nicht relational und je nach Parteidisposition in einem durch die Interventionswirkung modifizierten Folgeprozess gelöst, sondern wird der Konflikt auch gegenüber den Beigeladenen im Hauptprozess selbst entschieden.⁷³⁸

2. Das subjektivrechtliche Prinzip

Die Kriterien, nach denen Individuallagemöglichkeiten durch das Prozessrecht zugewiesen werden, können sich je nach Prozessrecht und auch innerhalb eines Prozessrechts je nach Klageart unterscheiden. Dass die VwGO hier – in Gestalt des § 42 Abs. 2 VwGO – grundsätzlich für das subjektivrechtliche Prinzip optiert, ist unstrittig.⁷³⁹ Allerdings lässt sich fragen, was genau mit dieser Entscheidung impliziert ist und wie weit sie im Einzelnen reicht.⁷⁴⁰

⁷³³ Dies hat den BGH zu dem unorthodoxen Mittel greifen lassen, noch nach Rücknahme der Revision einen Hinweisbeschluss zu veröffentlichen, in dem er sich deutlich zu den Erfolgsaussichten positioniert hatte, s. BGH NJW 2019, S. 1133. Dazu Roman Kehrberger/Daniel Roggenkemper, Prozessleitung oder Anleitung für die Instanzgerichte?, JR 2019, S. 547.

⁷³⁴ Siehe dazu Astrid Stadler, Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?, JZ 2018, S. 793–803.

⁷³⁵ Siehe dazu → Rn. 185; grundlegend Galanter, The „Haves“ (Fn. 375).

⁷³⁶ Zum Institut der Beiladung und seinen Zwecken BTDrucks 3/55, S. 37; zur Geschichte Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 65 Rn. 1.

⁷³⁷ → Rn. 100.

⁷³⁸ Zur Konzentrationswirkung und prozessökonomischen Zwecksetzung der §§ 65 f. VwGO Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 65 Rn. 6 f.; zum Institut der Beiladung Karl A. Bettermann, Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, DVBl 1951, S. 72.

⁷³⁹ Siehe zur Systementscheidung nur Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 11–16; zusammenfassend, aber weitergehend als hier auch Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D9–D11, D15–D19.

⁷⁴⁰ Eine differenzierte Untersuchung der einzelnen Klagearten auch bei Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 21 ff.

a) Begriff und Funktion des subjektiven Rechts nach der VwGO

154 Die Figur des subjektiven Rechts⁷⁴¹ ist im Verwaltungsrecht genau genommen ein Produkt des Prozessrechts. Für das VwVfG spielt der Begriff keine große Rolle.⁷⁴² Insbesondere das Fehlerfolgenregime des Verwaltungsakts ist rein objektivrechtlich orientiert: Die Nichtigkeitsgründe nach § 44 (L)VwVfG nehmen nicht Bezug auf Individualrechte, sondern knüpfen an objektivrechtliche Fehlerleistungen und deren Schwere an. Unabhängig davon muss jedenfalls dort, wo man Aussagen über das subjektivrechtliche Prinzip als Grundsatz des deutschen Verwaltungsprozessrechts treffen will, Ausgangspunkt der Begriffsbildung die VwGO selbst sein. §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 VwGO binden die Anfechtungsklage und den gerichtlichen Entscheidungsauspruch an die Verletzung eines subjektiven Rechts durch einen Verwaltungsakt. Das gemeinte subjektive Recht kann daher nicht der aus der Verletzung folgende, gegen die Verwaltung oder das Gericht gerichtete Aufhebungsanspruch sein. Es muss stattdessen als eine dem Verwaltungsakt vorausliegende, durch ihn rechtswidrig betroffene Rechtsposition gedacht werden.⁷⁴³ Das Gesetz stellt sich also das subjektive Recht als eine Rechtsposition vor, deren rechtswidrige Störung eine besondere Klagemöglichkeit, nämlich eine Anfechtungsklage, begründen soll. Nichts anderes gilt für die Normstruktur des Art. 19 Abs. 4 GG. Auch dort ist das mittels gerichtlichen Rechtsschutzes zur Geltung zu bringende Recht die durch ein staatliches Handeln (möglicherweise) verletzte Rechtsposition.⁷⁴⁴ Diese Position kann etwa – inzwischen unstrittig – eine grundrechtliche Freiheit sein. Begriffsbestimmungen des subjektiven Rechts, die wie jene Georg Jellineks, Otto Mayers oder Hans-Heinrich Rupp⁷⁴⁵ Freiheitsrechte nicht integrieren können, verfehlen damit jedenfalls das heute geltende Recht.

§ 42 Abs. 2 VwGO als die Fundamentalnorm der VwGO zur Frage des Gerichtszugangs ist ihrem textlichen Ausgangspunkt nach also eine Reaktionsregel. Sie schreibt vor, was folgt, wenn der Verwaltungsakt Rechte (womöglich) verletzt hat, nämlich: die Möglichkeit gerichtlicher Befassung im Wege der Anfechtungsklage. Diese prozessuale Fehlerfolgenregel nimmt man nicht ernst, wenn man ihre Wirkung von der gleichzeitigen Verleihung materieller Reaktionsansprüche abhängig macht.⁷⁴⁶ Sie würde funktionslos, wenn ohnehin alle

⁷⁴¹ Allgemein zur Figur im Verwaltungsrecht → Bd. I Masing § 10 Rn. 112 ff.; Arno Scherzberg, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl 1988, S. 129 (130–134); klassisch, aber überholt Gerber, Öffentliche Rechte (Fn. 4); Jellinek, System (Fn. 72), S. 41 ff.; Mayer, VerwR I (Fn. 1), S. 108; zur Figur im Allgemeinen Friedrich C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, § 4 (insbes. S. 7) und § 52 (S. 331 ff.); Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 223), S. 137 ff.
⁷⁴² Legal Rights, in: ders., Essays (Fn. 441), S. 162 ff.; Ewa Schulte-Steindl, Subjektive Rechte, 2008.
⁷⁴³ Siehe aber §§ 28 Abs. 1, 58 Abs. 1 VwVfG.
⁷⁴⁴ Deren Charakter als „echtes“ subjektives Recht in Zweifel ziehend Rupp, Grundfragen (Fn. 29), S. 161 f.; ebenso bereits Jellinek, System (Fn. 72), S. 57 f.
⁷⁴⁵ BVerfGE 51, 176 (185); 61, 82 (110); 83, 182 (194 f.); 84, 34 (49); 113, 273 (310); Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 118 f.; Schulte-Steindl, in: Dreier (Hrsg.), GG I, Art. 19 IV Rn. 61.
⁷⁴⁶ Siehe nochmals Jellinek, System (Fn. 72), S. 41 ff.; Mayer, VerwR I (Fn. 1), S. 108; Rupp, Grundfragen (Fn. 29), S. 161 f.
⁷⁴⁷ So aber die ganz h.M., s. Hans-Heinrich Rupp, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, Teil 2, AöR, Bd. 85 (1960), S. 301 (313); Baumeister, Beseitigungsanspruch (Fn. 157), S. 9; Martin Morlok, Erstattung als Rechtmäßigkeitsinstitution, DV, Bd. 25 (1992), S. 371 (379); Barbara Remmert, Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten, VerwArch, 1838

B. Die Grundentscheidungen des deutschen Verwaltungsprozessrechts

und nur diejenigen, die einen Anspruch auf Aufhebung gegenüber der Verwaltung haben, eine Aufhebung auch gerichtlich verlangen könnten. Die Normierung der Leistungsklage genügt völlig, um diesen Rechtszustand zu erzielen. Selbst die kassatorische Wirkung des Anfechtungsurteils, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, ist kein echter Mehrwert. Bedenkt man, dass der Verwaltungsakt als behördliche Willenserklärung rekonstruiert wird,⁷⁴⁷ wäre diese Rechtsfolge auch über Vollstreckungsregeln nach Vorbild des § 894 ZPO zu haben, wonach mit Rechtskraft die abzugebende Willenserklärung fingiert wird.⁷⁴⁸

Zur Frage, was subjektive Rechte „sind“, schweigen sowohl VwGO als auch 156 Grundgesetz. Dem Verwaltungsprozessrecht ist allerdings zu entnehmen, dass nicht jeder rechtswidrige Verwaltungsakt eine Kassation begründen kann, sondern nur der rechtsverletzende rechtswidrige Verwaltungsakt, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Auch soll nur diejenige Person eine solche Klage erheben können, deren Recht es war, das durch den Verwaltungsakt verletzt wurde, § 42 Abs. 2 VwGO. Es gibt also nach Ansicht der VwGO rechtsverletzende und nicht rechtsverletzende Rechtswidrigkeiten; auch scheint das Prozessrecht davon auszugehen, dass Rechtswidrigkeiten – und spiegelbildlich Rechtmäßigkeiten – personal zugeordnet werden können. Die personale Zuordnung einer Rechtmäßigkeit zu einer Person kann aber nur darin wurzeln, dass der rechtliche Maßstab dieser Person in besonderer Weise zugewiesen ist. Der schlichteste aus dem prozessrechtlichen Material heraus zu entwickelnde Begriff eines subjektiven Rechts ist also ein Rechtsinhalt, der einer Person in besonderer Weise zugeordnet ist, der ihr – im Gegensatz zu anderen – zusteht, ein Rechtsinhalt, der einer Person gebührt.⁷⁴⁹ Bei der Frage, was das „Zustehen“ eines Rechtsinhalts ausmacht, lohnt wiederum der Blick auf die prozessuale Rechtsfolge: Wenn es sich bei dem nichtbefolgten Maßstab um einen solchen handelt, der einer klagewilligen Person gebührt, soll diese erfolgreich klagen und den Rechtsakt wieder aus der Welt entfernen lassen können. Eine hervorstechende Besonderheit des „Zustehens“ eines rechtlichen Maßstabs ist also, dass man ihn mit dem wirkungsmächtigen Instrumentarium des Prozesses zur Geltung bringen kann.⁷⁵⁰ Die Frage nach dem subjektiven Recht wird also durch das Prozessrecht selbst aufgeworfen und betrifft in seinem Kern die Möglichkeit des Zur-Geltung-Bringens von Rechtsmaßstäben. In ihr reflektiert die Rechtsordnung die Möglichkeiten und Bedingungen der Wirksamkeit, nicht der Geltung, ihrer eigenen Maßstäbe. Dort, wo rechtsetzende Instanzen Maßstäbe nicht nur allgemein setzen, sondern einzelnen Akteuren individuell zuordnen, versprechen sie den so Berechtigten

Bd. 88 (1997), S. 112 (120); Wolf-Rüdiger Schenke, Der Anspruch des Verletzten auf Rücknahme des Verwaltungsakts vor Ablauf der Anfechtungsfrist, in: FS Maurer, 2001, S. 723 f.
⁷⁴⁷ BVerfGE 49, 244 (246 f.); 67, 305 (307 f.); Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 35 Rn. 69. Allgemein zum Verwaltungsakt: → Bd. II Hoffmann-Riem/Bäcker § 32 Rn. 11, Bumke § 34; Karl-Heinz Ladeur, Die Zukunft des Verwaltungsakts, VerwArch, Bd. 86 (1995), S. 511 ff.
⁷⁴⁸ Siehe ausführlich zur Frage des der Anfechtungsklage zugrundeliegenden Aufhebungsanspruchs Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 192 ff.
⁷⁴⁹ Ähnlich etwa Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 46 f.; Scherzberg, Grundlagen und Typologie (Fn. 741), S. 130 ff.; ders., Subjektiv-öffentliche Rechte, in: Ehlers/Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, S. 557 m. w. N.; Schulte-Steindl, Subjektive Rechte (Fn. 741), S. 57–59.
⁷⁵⁰ Kelsen sieht darin die einzige Besonderheit des subjektiven Rechts: Reine Rechtslehre (Fn. 223), S. 141.

die prinzipielle Möglichkeit, ihnen auch tatsächlich zur Wirksamkeit zu verhelfen. Insofern lässt sich das subjektive Recht theoretisch, aber auch vor dem Hintergrund der VwGO am besten als ein individualisiertes **Wirksamkeitsversprechen** verstehen.⁷⁵¹ Die VwGO erklärt sich in §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO bereit, dieses Versprechen dort, wo das materielle Verwaltungsrecht es macht, mit den Mitteln eines Verwaltungsprozesses einzulösen.

157 In der Figur des subjektiven Rechts liegt zugleich **Konstituierung** und **Zurücknahme rechtlicher Normativität**. Das Recht schafft zusätzlich zu der jeder Norm eigenen Möglichkeit ihres Bruchs⁷⁵² die Möglichkeit ihrer Nichtgeltendmachung. Dass die Welt sich so verhält wie normativ vorgezeichnet, ist damit nicht nur einfach, sondern doppelt bedingt. „Ich tue nichts Unrechtes, wenn ich mein Recht nicht *geltend* mache –“⁷⁵³ Darin liegt die Freiheitlichkeit des subjektiven Rechts: In ihr verzichtet die rechtsetzende Instanz darauf, unmittelbar zu bestimmen, was der Fall sein soll. Sie entscheidet nur noch, was der Fall sein soll, wenn die Berechtigte will, dass es der Fall sein soll, und gibt damit die Verwirklichung der mit dem jeweiligen Rechtsmaßstab verfolgten Zwecke teilweise aus der Hand.⁷⁵⁴ Die juristische Form des subjektiven Rechts öffnet also dort, wo sie genutzt wird, einen Reflexions- und Brechungsraum für die in Rechtsform verfolgten Zwecke, die sich an den Interessen der mit subjektiven Rechten ausgestatteten Akteure reiben und durch sie beeinflusst werden können.⁷⁵⁵ Darin liegt auch immer ein Potential für andere Faktoren normativer und nichtnormativer Art, bestimmend in die durch Recht gestaltete Wirklichkeit hineinzuwirken.⁷⁵⁶ Die Form des subjektiven Rechts, die die Wirksamkeit rechtlicher Maßstäbe an die Berechtigten delegiert, impliziert also einen ähnlich dezentral-unkoordinierten und durch vielfältige Interessen mitgesteuerten Rechtsbewehrungsmodus wie das Prinzip der Individualklage. Sie zieht dieses Prinzip auf die Ebene der materiellrechtlichen Maßstäbe: Nicht nur die gerichtliche Geltendmachung rechtlicher Maßstäbe, sondern deren **Geltendmachung und Wirksamkeit schlechthin** wird randomisiert und einem dezentral-unkoordinierten Mechanismus überantwortet.

158 Nach welchen Gesichtspunkten das in der Zuordnung eines Rechtsinhalts liegende **Wirksamkeitsversprechen** gegeben wird, also wem rechtliche Maßstäbe zur Geltendmachung zugewiesen sind, ist durch das Prozessrecht und den daraus abzuleitenden Begriff des subjektiven Rechts nicht determiniert. Vielmehr verweist die VwGO dort, wo nicht in Anknüpfung an § 42 Abs. 2 VwGO zusätzliche Klagebefugnisse geschaffen werden, auf eine dem Anspruch nach allgemein getroffene Entscheidung des materiellen Rechts. In Beantwortung der Frage, ob und wem eine Rechtsnorm subjektive Rechte verleiht, hat die Dogmatik in Gestalt der **Schutznormlehre**⁷⁵⁷ die Privatnützigkeit des infrage stehenden

⁷⁵¹ Siehe dazu und auch für das Weitere ausführlich *Buchheim, Actio* (Fn. 95), S. 71–100.

⁷⁵² *Möllers, Möglichkeit* (Fn. 99), S. 153–155.

⁷⁵³ *Hegel, Grundlinien* (Fn. 124), S. 81 (handschriftliche Notiz zu § 29), Hervorhebung dort.

⁷⁵⁴ Siehe dazu *Buchheim, Subjektive Rechte* (Fn. 699), S. 223 (226 ff.).

⁷⁵⁵ *Möllers, Eigenlegitimität des Rechts*, MS. 2019 (Fn. 226).

⁷⁵⁶ Deshalb kritisch gegenüber der Form des subjektiven Rechts *Christoph Menke, Kritik der Rechte*, 2015, etwa S. 9 f., 12.

⁷⁵⁷ *BVerwGE* 28, 268 (270); 41, 58 (63); 52, 122 (128 f.); 65, 167 (171 ff.); 66, 307 (308 f.); 81, 329 (394); 98, 118 (120 f.); 131, 129 (136); 156, 180 (188, Rn. 27); *BVerwG NJW* 1995, S. 1628. Zurückgehend auf *Bähler, Subjektive öffentliche Rechte* (Fn. 20), S. 224; für einen Überblick *Bauer, Altes und Neues*

Maßstabs lange als das entscheidende Kriterium postuliert und es zum **Begriffsmerkmal** erhoben.⁷⁵⁸ Bis heute wird dieses Kriterium vor allem gegenüber europarechtlichen Einflüssen und den dort klarer unter ihrem funktionalen Aspekt betrachteten „funktionellen“ subjektiven Rechten in Stellung gebracht.⁷⁵⁹ Verfehlt ist daran, dass schon *Jellinek* als vermeintlicher Gewährsmann der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht die rechtliche Formbarkeit des Interessenbegriffs von Anfang an in aller Schärfe erkannt hatte: Dort, wo ein Rechtsmaßstab einer Person zugewiesen ist, bestehe kraft dieser Zuweisung ein besonderes Interesse an seiner Befolgung.⁷⁶⁰ Auf begrifflicher Ebene ist das Problem daher nicht zu lösen. Jeder beliebige Rechtsinhalt kann als subjektives Recht Akteuren zur Geltendmachung zugewiesen werden und „ist“ dann ein subjektives Recht. Das zeigt sich auch an der Vielgestaltigkeit als subjektiv-berechtigtend im Sinne der VwGO anerkannter Positionen,⁷⁶¹ zu denen grundrechtliche Beherrschungsrechte ebenso gehören wie Abstandsnormen, Zahlungsansprüche oder Organrechte.

Die Frage, für welche Rechtsmaßstäbe eine subjektive Zuordnung sinnvoll ist, 159 sich anbietet oder eher fernliegt, stellt sich trotzdem.⁷⁶² Daher wäre es falsch, nach Zurückweisung des Privatinteresses als Kriterium die darin verhandelte Frage ad acta zu legen. Wenn man davon ausgeht, dass die Frage nach der subjektiven Zuordnung eines Rechtsmaßstabs letztlich die Art und Weise seiner Umsetzung und Wirksamwerdung adressiert, lohnt sich allerdings eine Perspektivverschiebung. Geht es um die Einräumung eines **Wirksamkeitsversprechens**, ist es konsequent, bei der Zuordnung von Rechten den **Wirksamkeitsbedingungen** und den Realfolgen dieses Versprechens besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Der dezentral-unkoordinierte Umsetzungsmodus sollte dazu Anlass geben, sich genau darüber im Klaren zu werden, wozu man sich eigentlich verpflichtet. Denn später hat die Rechtsordnung die Frage nicht mehr in der Hand – das Versprechen ist in der Welt. Das ist völlig anders, wenn eine hierarchisch kontrollierte Behörde nach einem ihr vorgegebenen Handlungsprogramm mit der Umsetzung eines Rechtsprogramms betraut wird.⁷⁶³ Zu vorausschauendem

(Fn. 69), S. 582–631; *Peter M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, 1991, S. 107 ff.; *Joni Plekader, Die Schutznormlehre – Verständnisse und Missverständnisse*, in: FS Isensee, 2007, S. 577 ff. Zu den historischen Hintergründen *Anna I. Scharl, Die Schutznormtheorie*, 2018.

⁷⁵⁸ Siehe zur historischen Entwicklung auch *Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986; dazu m. w. N. *Wahl*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 94 ff.

⁷⁵⁹ Deutlich *Martin Nettesheim, Subjektive Rechte im Unionsrecht*, AöR, Bd. 132 (2007), S. 333 (359 f.); weniger kritisch *Friedrich Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts*, NVwZ 1999, S. 457 (465); *Astrid Epiney, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, VVDStRL, Bd. 61 (2002), S. 362 (399 ff.); *Wolfgang Kahl/Lutz Obendorf, Die Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts*, JA 2011, S. 41 (42 f.). Zusammenfassend *Hong, Schutznormtheorie* (Fn. 81), S. 381 ff.

⁷⁶⁰ *Jellinek, System* (Fn. 72), S. 71.

⁷⁶¹ Zur Vielgestaltigkeit der als subjektiven Rechts anerkannten Positionen und gegen eine der Imperativtheorie geschuldeten Reduktion auf Ansprüche auch *Scherzberg, Grundlagen und Typologie* (Fn. 741), S. 130 ff.

⁷⁶² Zur oft vernachlässigten Frage, was subjektive Rechte sollen, *Buchheim, Actio* (Fn. 95), S. 93–100 m. w. N.; *ders.*, *Subjektive Rechte* (Fn. 699), S. 223 ff.; a. a. instruktiv *Luhmann, Recht der Gesellschaft* (Fn. 653), S. 481–489.

⁷⁶³ Zur allgemeinen Diskussion um Sinn und Funktionsweise eines „private enforcement“ s. *Willi* (Fn. 653), S. 481–489.

⁷⁶⁴ *M. Landes/Richard A. Posner, The Private Enforcement of Law*, *The Journal of Legal Studies*, Bd. 4

Handeln bei der Zuerkennung subjektiver Rechte sollte auch die in dieser Technik liegende Einschaltung diverser Akteure mit ihren mannigfaltigen Interessen und ihrer individuellen Beharrungskraft mahnen. Denn angesichts der Formbarkeit und Konkretisierungsoffenheit rechtlicher Maßstäbe und ihrer tatsächlichen Anwendung werden sie sich immer auch in Richtungen entwickeln und in einer Weise zugespitzt werden, die im Zeitpunkt ihrer Setzung weder absehbar noch intendiert waren. Auch unabhängig von solchen Bedeutungsverschiebungen verlangt die mit der Figur des subjektiven Rechts aufgerufene Wucht der Eigeninitiative eine entschiedene normative Selbstverpflichtung. Zweifelt der Gesetzgeber an der Richtigkeit und Brauchbarkeit zu setzender Maßstäbe oder wähnt diese noch in der Pilotphase, sollte er sich davor hüten, sie subjektivrechtlich zuzuordnen. Sieht er im Gegenteil punktuell besondere Umsetzungsdefizite oder möchte er bestimmten rechtlichen Bindungen Nachdruck verleihen, bestehen gute Gründe, gerade zum Mittel der Subjektivierung zu greifen.⁷⁶⁴ Überhaupt eröffnet die Technik des subjektiven Rechts einer Rechtsordnung zusätzliches normatives Stufungs- und Differenzierungspotential, das ohne sie fehlte. Sie erlaubt, rechtlich zum Ausdruck zu bringen, dass der von der Verwaltung nichterfüllte Vertrag, der polizeiliche Übergriff mittels eines Schlagstocks oder das Abfangen einer E-Mail diejenigen, die finanzielle Einbußen, Hämatome oder einen Einbruch in ihre kommunikative Privatheit erfahren, normativ stärker betrifft als andere, denen allein an der Einhaltung der rechtlichen Maßstäbe seitens der sie repräsentierenden öffentlichen Gewalt gelegen ist. So verweist der Begriff des subjektiven Rechts immer auch auf materielle, vermeintlich naturwüchsige Betroffenheitsvorstellungen. Er verlangt – auch wenn sich das schwer fassen lässt –, die Befugnis zur Geltendmachung immer auch von den Maßstäben selbst abhängig zu machen,⁷⁶⁵ und führt damit in schwierige Gewässer. Das ist der Frage aber inhärent, weil die soziale Praxis der subjektiven Zuordnung von Normen sich selbst kaum als willkürlich oder beliebig begreifen wird, kann oder sollte.

160 Zu den konkreten, in den Blick zu nehmenden Folgen der individuellen Zuordnung eines Rechtsinhalts gehört seine prinzipielle prozessuale Bewehrung, die durch Art. 19 Abs. 4 GG versprochen und durch §§ 40, 42 Abs. 2, 43, 113 Abs. 1 VwGO umgesetzt wird. Die Zuerkennung subjektiver Rechte bzw. die Identifizierung rechtlicher Maßstäbe als subjektiv-berechtigtend im Rahmen der Rechtsauslegung muss daher immer mit einem Auge auf das Prozessrecht geschehen, also die Frage stellen, ob es subjektiv intendiert und objektiv überzeugend ist, den betreffenden Rechtsmaßstab in einem gerichtlichen Verfahren durchsetzen zu können. In der Konstellation staatsinterner Streitigkeiten zeigt sich, dass es gute Gründe geben kann, Normen keine subjektiven Berechtigun-

(1975), S. 1ff.; Clifford A. Jones, Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999, insbes. Kap. 5; Dörte Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 24ff. und öfter.

⁷⁶⁴ Zur funktionellen Subjektivierungsdiskussion im Unionsverwaltungsrecht s. → Rn. 10; EuGH, Urt. v. 19.1.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982 I-55 – Becker; Masing, Mobilisierung (Fn. 24), insbes. S. 187ff.; Matthias Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 71ff.; ders., Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, DVBl 1998, S. 69ff.

⁷⁶⁵ Zu den Problemen und Möglichkeiten solcher Überlegungen Gustav Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, 1960.

gen zu entnehmen, weil das gerichtliche Forum ungeeignet erscheint.⁷⁶⁶ Das gilt auch für Normen, deren tatsächliche Folgen derart diffus verteilt sind, dass es besonders begründungsbedürftig wäre, Einzelne herauszugreifen und ihnen in Gestalt der Prozessführungsbefugnis einen privilegierten Zugriff auf die durch den Maßstab berührte Sachfrage einzuräumen.⁷⁶⁷ Im Ergebnis bedeutet das, dass bei der Frage der subjektiven Berechtigung nicht nur das materielle Recht das Prozessrecht informiert, sondern ebenso umgekehrt, weil die Möglichkeit des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eine entscheidende Konsequenz der materiellen Anerkennung ist.

Die Schutznormlehre, die diese Frage immer schon behandelt hat, weist daher nicht umsonst eine Tendenz zur Zirkelschlüssigkeit⁷⁶⁸ auf. Schon die durch § 42 Abs. 2 VwGO aufgeworfene Frage trägt ein solches Element in sich: Der für die meisten Rechtsordnungen paradigmatische Rechtsbewehrungsmodus (Prozessrecht) verweist bei der Frage, ob er zur Verfügung stehen soll, auf eine angeblich anderweitig getroffene, aber oft nicht eindeutig ausgedrückte Entscheidung über die Befugnis zum Geltendmachen. Entscheidende Kriterien für die Zuweisung und Anerkennung einer solchen Befugnis zum Geltendmachen ergeben sich jedoch wiederum erst aus den besonderen Formen des Prozessrechts, sodass die VwGO letztlich immer auch auf sich selbst zurückverweist.

b) Das subjektivrechtliche Prinzip als Selektionskriterium

Dort, wo sie greift,⁷⁶⁹ begründet und beschränkt die Rückbindung prozessualer Befugnisse an subjektive Rechte den gerichtlichen Rechtsschutz gleichermaßen. Die ermächtigende Komponente des subjektivrechtlichen Denkens hat als Kehrseite immer den Ausschluss der Nichtberechtigten von der Geltendmachung. In einem System, das wie das deutsche Verwaltungsrecht entschieden auf den subjektivrechtlichen Gedanken setzt, führt das zwangsläufig zu einer Herabsetzung der Steuerungskraft nicht subjektivrechtlich zugeordneter Maßstäbe. Das wiederum lädt dazu ein, allen Rechtsmaßstäben, die man hinreichend ernst meint, subjektive Rechte zu entnehmen, da sie anders in einem subjektivrechtlich strukturierten Rechtsbewehrungssystem nicht zur Wirksamkeit gebracht werden können. Das manchmal überzogene Vertrauen in das subjektivrechtliche Prinzip führt daher im Ergebnis dazu, das subjektive Recht als juristische Form, die neben der ermächtigenden Seite auch eine begrenzende Komponente hat, nicht mehr ernst zu nehmen. Angesichts dieser Beobachtung lohnt es sich, gründlicher zu reflektieren, was die Rückbindung gerichtlicher Verfahren an das subjektive Recht überhaupt leisten kann und soll.⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ Dazu → Rn. 147.

⁷⁶⁷ Siehe zu diesem Aspekt ausführlich Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D46ff.

⁷⁶⁸ Zu dieser Kritik etwa Hans M. Heinig, Subjektive öffentliche Rechte im Verwaltungsverfahren, in: Werner Heun/Christian Starck (Hrsg.), Grundrechte, Rechtsstaat und Demokratie als Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 91 (98); allgemein zur Kritik an der Schutznormlehre Thomas Groß, Die Klagebefugnis als gesetzliches Regulativ des Kontrollzugangs, DV, Bd. 43 (2010), S. 349 (350ff.).

⁷⁶⁹ Sogleich → Rn. 172ff.

⁷⁷⁰ Siehe zu den prozessualen und legitimatorischen Folgen der subjektivrechtlichen Technik ausführlich Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D28ff.

162 Das subjektive Recht ist ein zentrales Mittel, mit dem das Prozessrecht seine Selektionsfunktion⁷⁷¹ wahrnimmt. Die Rückbindung von Verwaltungsprozessen an subjektive Rechte sichert die demokratische Legitimation gerichtlicher Verfahren und der an ihrem Abschluss stehenden Entscheidungen.⁷⁷² Sie tut dies erstens dadurch, dass sie die durch das Prozessrecht eingeräumten Befugnisse und Gestaltungsmöglichkeiten von einer bei Setzung der verfahrenserheblichen Normen getroffenen, dem Prozessrecht vorausliegenden Entscheidung abhängig macht. Im Gegensatz zu einer Zuweisung je nach konkret gegebenem Interesse – wie beim Prinzip der Interessentenklage⁷⁷³ – verweist das Kriterium des subjektiven Rechts damit auf eine selbst bereits rechtsförmige, demokratisch verantwortete Entscheidung über die Möglichkeiten der Geltendmachung.⁷⁷⁴ Damit springt das Prozessrecht bei der Entscheidung über die Verleihung prozessualer Gestaltungsmöglichkeiten gerade nicht direkt auf die infrage stehende „Sache“ und die damit aufgerufenen materiellen Interessen oder Betroffenheiten, sondern verweist auf die rechtliche Formalisierung dieser Interessen im demokratischen Rechtsetzungsverfahren. Die Entscheidung über die Befugnis zum Geltendmachen wird zwar zumeist nur implizit getroffen – dies begründet die Notwendigkeit der „Schutznormlehre“ – und eröffnet den Rechtsanwendern Spielraum, der es erlaubt, auch prozessuale Machbarkeiten und Gesichtspunkte einfließen zu lassen. Nichtsdestoweniger handelt es sich um eine dem Anspruch nach der VwGO vorausliegende rechtsförmige demokratische Entscheidung. Ihr Inhalt ist im Wege der Auslegung zu rekonstruieren und die Entscheidung wird dem Ausgangspunkt nach einzelfallindifferent getroffen. Wenn einmal entschieden ist, dass eine bestimmte Abstandsnorm zugunsten von Grundstücksnachbarn berechtigend wirkt, gilt das – vorbehaltlich einer Recht(sprechungs)änderung – für alle Nachbarn in der vergleichbaren Situation, und zwar unabhängig von ihrem jeweiligen materiellen Interesse an der Einhaltung der Norm. Das Kriterium des subjektiven Rechts impliziert damit, dass über die Zuweisung prozessualer Befugnisse in abstrakt-genereller Weise und gerade nicht je nach Einzelfall zu urteilen ist. Der richterliche Rechtsfindungsbeitrag ist hier geringer als bei einem Verweis auf das nicht rechtlich formalisierte, zwangsläufig formbarere und subjektivere Interessenkriterium. Sowohl durch das Prinzip der Interessentenklage als auch durch das subjektivrechtliche Prinzip wird die Entscheidung über die Verfügbarkeit gerichtlichen Rechtsschutzes in der Sache nicht konkret getroffen, sondern nur delegiert. Nur die Begünstigten dieser Delegation sind verschieden: Im einen Fall sind es die abstrakt-generelles Recht setzenden Instanzen; im andern Fall sind es die im jeweiligen Prozess handelnden Richterinnen, je nachdem, wie sie die konkret bestehende Interessenlage wahrnehmen. Damit ist die Entscheidung über die Anerkennung prozessualer Gestal-

⁷⁷¹ Siehe dazu → Rn. 22; zur Selektionsfunktion der Rückbindung an subjektive Rechte s. nur Wahl/Schütz, Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 10 f.; Schmidt-Aßmann, Funktionen (Fn. 187), S. 122 f.; Marsch, Subjektivierung (Fn. 12), S. 48 f.

⁷⁷² Emphatisch, aber mit teilweise gegenteiliger gesetzlicher Gestaltung gerade ausschließendem Ergebnis Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 553 (1980), S. 555 (575 ff.).

⁷⁷³ Siehe dazu Marsch, Subjektivierung (Fn. 12), S. 52–54.

⁷⁷⁴ Zur Rechtsatzabhängigkeit des subjektiven Rechts s. Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 95–97 m.w.N.; dezidiert etwa Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 120–130.

tungsmöglichkeiten bei Zugrundelegung des subjektiven Prinzips der Tendenz nach besser politisch legitimiert.

163 Im Gegenzug, zweitens, impliziert das subjektive Recht ein geringeres Maß an Flexibilität der Rechtsanwenderinnen im konkreten Verfahren. Dort, wo Rechte einmal anerkannt sind, gibt es kaum Spielraum, einem gerichtlichen Verfahren zu entgehen, während mit dem Prinzip der Interessentenklage feinere Abstufungen möglich sind. Zu welcher undifferenzierten Lösungen das subjektivrechtliche Prinzip veranlassen kann, zeigt sich etwa in Konstellationen umweltrechtlicher Klagen, die auf das Eigentum an sogenannten Sperrgrundstücken gestützt sind. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verweigert hier die verwaltungsprozessuale Anerkennung der prozessualen Folgen des Grundeigentums, wenn es allein mit Blick auf sich konkret abzeichnende Klagen erworben wurde.⁷⁷⁵ Zu solch freihändigem Zugriff müsste man unter Geltung des Prinzips der Interessentenklage nicht greifen. Man könnte das Problem offen als das verhandeln, was es tatsächlich ist: als Frage, ob es angemessen ist, die verwaltungsprozessualen Hindermöglichkeiten auch Akteuren zuzusprechen, die zwar formell durch das Grundstückseigentum legitimiert sind, deren materielles Interesse an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung sich aber kaum vom Interesse anderer Bürgerinnen unterscheidet. Schon eine solche Fragestellung verbietet sich im subjektivrechtlichen System. Sein Kern liegt gerade darin, dass man die Wahrnehmung seiner Rechte nicht begründen muss.

164 Neben Delegationsstrategien, wie sie das subjektivrechtliche Prinzip und der Grundsatz der Interessentenklage in der Sache sind, kann das Prozessrecht auch den Anspruch stellen, nach allein eigenen Gesichtspunkten prozessuale Rechtsbewehrungsressourcen zu verteilen. In der Sache tut das auch die Verwaltungsgerichtsordnung in Gestalt der §§ 43 und 47 VwGO⁷⁷⁶ und der Öffnungsklausel⁷⁷⁷ in § 42 Abs. 2 VwGO. Eine Möglichkeit, das in systematischer Weise zu tun, sind Enumerativklagesysteme. Neben § 13 BVerfGG sind historische Beispiele eines solchen selbständig-prozessrechtlichen Regelungsmodells das römische Legisaktionensystem, das prätorische Edikt oder das System der writs im englischen Recht.⁷⁷⁸ Bis in die Zeit der Bundesrepublik war in Teilen auch das deutsche Verwaltungsprozessrecht so strukturiert, weshalb die Qualifikation des Angriffsgegenstands als Verwaltungsakt so bedeutsam war.⁷⁷⁹ Vorteil eines solchen Systems ist, dass die Frage der Verfügbarkeit gerichtlichen Rechtsschutzes und damit eine besonders prominente und durchschlagskräftige Form der Geltendmachung explizit politisch verhandelt und demokratisch verantwortet

⁷⁷⁵ Siehe etwa BVerwG, Gerichtsbescheid v. 16.3.1998, 4 A 31/97, Rn. 16; Urt. v. 18.12.1998, 4 A 10/97, Rn. 18; BVerwGE 112, 135 (137 f.); BVerwG NVwZ 2012, S. 567 (Tz. 12–19); kritisch auch schon Christoph Knödler, Sperrgrundstücksklagen als Rechtsmissbrauch?, NuR 2001, S. 194 ff.; Johannes Masing, Relativierung des Rechts durch Rücknahme verwaltungsgerichtlicher Kontrolle, NVwZ 2002, S. 810 ff.

⁷⁷⁶ Dazu näher → Rn. 173, 180.

⁷⁷⁷ Dazu näher → Rn. 181.

⁷⁷⁸ Zum Legisaktionensystem: Alfred Stöllner, Einführung in die römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 1996, S. 64 ff.; zum prätorischen Edikt: Walter Selb, Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm, in: FG Kasez, 1986, S. 245 ff.; zum System der writs: Edward Jenks, The Prerogative Writs in English Law, Yale Law Journal, Bd. 32 (1922), S. 523 ff.

⁷⁷⁹ Siehe dazu etwa Rupp, Neue VwGO I (Fn. 625), S. 153–156; zur Herauentwicklung der VwGO aus einem Enumerativsystem s. etwa Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 1–3.

162 Das subjektive Recht ist ein zentrales Mittel, mit dem das Prozessrecht seine Selektionsfunktion⁷⁷¹ wahrnimmt. Die Rückbindung von Verwaltungsprozessen an subjektive Rechte sichert die demokratische Legitimation gerichtlicher Verfahren und der an ihrem Abschluss stehenden Entscheidungen.⁷⁷² Sie tut dies erstens dadurch, dass sie die durch das Prozessrecht eingeräumten Befugnisse und Gestaltungsmöglichkeiten von einer bei Setzung der verfahrenserheblichen Normen getroffenen, dem Prozessrecht vorausliegenden Entscheidung abhängig macht. Im Gegensatz zu einer Zuweisung je nach konkret gegebenem Interesse – wie beim Prinzip der Interessentenklage⁷⁷³ – verweist das Kriterium des subjektiven Rechts damit auf eine selbst bereits rechtsförmige, demokratisch verantwortete Entscheidung über die Möglichkeiten der Geltendmachung.⁷⁷⁴ Damit springt das Prozessrecht bei der Entscheidung über die Verleihung prozessualer Gestaltungsmöglichkeiten gerade nicht direkt auf die infrage stehende „Sache“ und die damit aufgerufenen materiellen Interessen oder Betroffenheiten, sondern verweist auf die rechtliche Formalisierung dieser Interessen im demokratischen Rechtsetzungsverfahren. Die Entscheidung über die Befugnis zum Geltendmachen wird zwar zumeist nur implizit getroffen – dies begründet die Notwendigkeit der „Schutznormlehre“ – und eröffnet den Rechtsanwendern Spielraum, der es erlaubt, auch prozessuale Machbarkeiten und Gesichtspunkte einfließen zu lassen. Nichtsdestoweniger handelt es sich um eine dem Anspruch nach der VwGO vorausliegende rechtsförmige demokratische Entscheidung. Ihr Inhalt ist im Wege der Auslegung zu rekonstruieren und die Entscheidung wird dem Ausgangspunkt nach einzelfallindifferent getroffen. Wenn einmal entschieden ist, dass eine bestimmte Abstandsnorm zugunsten von Grundstücksnachbarn berechtigend wirkt, gilt das – vorbehaltlich einer Recht(sprechung)sänderung – für alle Nachbarn in der vergleichbaren Situation, und zwar unabhängig von ihrem jeweiligen materiellen Interesse an der Einhaltung der Norm. Das Kriterium des subjektiven Rechts impliziert damit, dass über die Zuweisung prozessualer Befugnisse in abstrakt-genereller Weise und gerade nicht je nach Einzelfall zu urteilen ist. Der richterliche Rechtsfindungsbeitrag ist hier geringer als bei einem Verweis auf das nicht rechtlich formalisierte, zwangsläufig formbarere und subjektivere Interessenkriterium. Sowohl durch das Prinzip der Interessentenklage als auch durch das subjektivrechtliche Prinzip wird die Entscheidung über die Verfügbarkeit gerichtlichen Rechtsschutzes in der Sache nicht konkret getroffen, sondern nur delegiert. Nur die Begünstigten dieser Delegation sind verschieden: Im einen Fall sind es die abstrakt-generelles Recht setzenden Instanzen; im andern Fall sind es die im jeweiligen Prozess handelnden Richterinnen, je nachdem, wie sie die konkret bestehende Interessenlage wahrnehmen. Damit ist die Entscheidung über die Zuerkennung prozessualer Gestal-

⁷⁷¹ Siehe dazu → Rn. 22; zur Selektionsfunktion der Rückbindung an subjektive Rechte s. nur Wahl/Schütz, Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 10 f.; Schmidt-Aßmann, Funktionen (Fn. 187), S. 122 f.; Marsch, Subjektivierung (Fn. 12), S. 48 f.

⁷⁷² Emphatisch, aber mit teilweise gegenteiliger gesetzlicher Gestaltung gerade ausschließendem Ergebnis Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1990), S. 555 (575 ff.).

⁷⁷³ Siehe dazu Marsch, Subjektivierung (Fn. 12), S. 52–54.

⁷⁷⁴ Zur Rechtsatzabhängigkeit des subjektiven Rechts s. Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 95–97 m. w. N.; dezidiert etwa Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 120–130.

tungsmöglichkeiten bei Zugrundelegung des subjektiven Prinzips der Tendenz nach besser politisch legitimiert.

Im Gegenzug, zweitens, impliziert das subjektive Recht ein geringeres Maß an Flexibilität der Rechtsanwenderinnen im konkreten Verfahren. Dort, wo Rechte einmal anerkannt sind, gibt es kaum Spielraum, einem gerichtlichen Verfahren zu entgehen, während mit dem Prinzip der Interessentenklage feinere Abstufungen möglich sind. Zu welcher undifferenzierten Lösungen das subjektivrechtliche Prinzip veranlassen kann, zeigt sich etwa in Konstellationen umweltrechtlicher Klagen, die auf das Eigentum an sogenannten Sperrgrundstücken gestützt sind. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verweigert hier die verwaltungsprozessuale Anerkennung der prozessualen Folgen des Grundeigentums, wenn es allein mit Blick auf sich konkret abzeichnende Klagen erworben wurde.⁷⁷⁵ Zu solch freihändigem Zugriff müsste man unter Geltung des Prinzips der Interessentenklage nicht greifen. Man könnte das Problem offen als das verhandeln, was es tatsächlich ist: als Frage, ob es angemessen ist, die verwaltungsprozessualen Hinderungsmöglichkeiten auch Akteuren zuzusprechen, die zwar formell durch das Grundstückseigentum legitimiert sind, deren materielles Interesse an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung sich aber kaum vom Interesse anderer Bürgerinnen unterscheidet. Schon eine solche Fragestellung verbietet sich im subjektivrechtlichen System. Sein Kern liegt gerade darin, dass man die Wahrnehmung seiner Rechte nicht begründen muss.

Neben Delegationsstrategien, wie sie das subjektivrechtliche Prinzip und der Grundsatz der Interessentenklage in der Sache sind, kann das Prozessrecht auch den Anspruch stellen, nach allein eigenen Gesichtspunkten prozessuale Rechtsbewehrungsressourcen zu verteilen. In der Sache tut das auch die Verwaltungsgerichtsordnung in Gestalt der §§ 43 und 47 VwGO⁷⁷⁶ und der Öffnungsklausel⁷⁷⁷ in § 42 Abs. 2 VwGO. Eine Möglichkeit, das in systematischer Weise zutun, sind Enumerativklagesysteme. Neben § 13 BVerfGG sind historische Beispiele eines solchen selbständig-prozessrechtlichen Regelungsmodells das römische Legisaktionensystem, das prätorische Edikt oder das System der writs im englischen Recht.⁷⁷⁸ Bis in die Zeit der Bundesrepublik war in Teilen auch das deutsche Verwaltungsprozessrecht so strukturiert, weshalb die Qualifikation des Angriffsgegenstands als Verwaltungsakt so bedeutsam war.⁷⁷⁹ Vorteil eines solchen Systems ist, dass die Frage der Verfügbarkeit gerichtlichen Rechtsschutzes und damit eine besonders prominente und durchschlagskräftige Form der Geltendmachung explizit politisch verhandelt und demokratisch verantwortet

⁷⁷⁵ Siehe etwa BVerwG, Gerichtsbescheid v. 16.3.1998, 4 A 31/97, Rn. 16; Urt. v. 18.12.1998, 4 A 10/97, Rn. 18; BVerwGE 112, 135 (137 f.); BVerwG NVwZ 2012, S. 567 (Tz. 12–19); kritisch auch schon Christoph Knödler, Sperrgrundstücksklagen als Rechtsmissbrauch?, NuR 2001, S. 194 ff.; Johannes Masing, Relativierung des Rechts durch Rücknahme verwaltungsgerichtlicher Kontrolle, NVwZ 2002, S. 810 ff.

⁷⁷⁶ Dazu näher → Rn. 173, 180.

⁷⁷⁷ Dazu näher → Rn. 181.

⁷⁷⁸ Zum Legisaktionensystem: Alfred Sölner, Einführung in die römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 1996, S. 64 ff.; zum prätorischen Edikt: Walter Selb, Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm, in: FG Kaser, 1986, S. 245 ff.; zum System der writs: Edward Jenks, The Prerogative Writs in English Law, Yale Law Journal, Bd. 32 (1922), S. 523 ff.

⁷⁷⁹ Siehe dazu etwa Rupp, Neue VwGO 1 (Fn. 625), S. 153–156; zur Herauentwicklung der VwGO aus einem Enumerativsystem s. etwa Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 1–3.

wird. Nachteil ist, dass bei einer nichtdelegativen Gestaltung des Prozessrechts die Frage der gerichtlichen Geltendmachung von der anderweitigen Geltendmachung und – vor allem – von der Setzung der materiellen Maßstäbe entkoppelt wird. Die Rechtsordnung verfügt dann über zwei unkoordiniert nebeneinanderstehende Maßstabssysteme, die unter Umständen nicht genügend aufeinander Bezug nehmen. Eine solche Ordnung prozessualer Befugnisse kann sogar den Zweck der Ausdifferenzierung verschiedener Verfahrensrechte unterminieren, wenn sie die praktische Relevanz der dem Prozessrecht vorausliegenden Rechte infrage stellt.

165 Ein weiterer Vorzug des subjektivrechtlichen Prinzips liegt in der verbesserten Legitimationsleistung des gerichtlichen Verfahrens selbst. Die Verwaltung scheidet die Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidungen nicht mit irgendjemandem aus, sondern mit derjenigen Person, die dem Streit „am nächsten steht“. Nur unter dieser Voraussetzung kann es funktionieren, dass bereits das gerichtliche Ausfechten des Streits, unabhängig von seinem Ergebnis, zur Befriedung beiträgt und sich die unterlegene Partei die Entscheidung dennoch zu eigen macht.⁷⁶⁵ Die befriedende Funktion gerichtlicher Verfahren, die maßgeblich aus den dort bestehenden Möglichkeiten folgt, sich Gehör zu verschaffen, Dinge vorzutragen, Gründe zu erfragen und gegeben zu bekommen, eine unabhängige Instanz mit der Sache befasst zu sehen und selbst gestaltend an staatlicher Machtentfaltung mitwirken zu können, verbietet es deshalb, prozessuale Befugnisse zufällig zu verteilen, selbst wenn damit der Kontrolleffekt höher wäre. Die durch das Prozessrecht eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien hängen ohne Rückbindung an formal ausgewiesene oder materielle Betroffenheiten legitimiert in der Luft.⁷⁶¹ Die Probleme, die bei einer ungenügenden Abstimmung der prozessualen Möglichkeiten auf die im Prozess zur Geltung zu bringenden Maßstäbe erwachsen, erfassen auch die Tatsachenfeststellung. Geht man davon aus, dass es einer der Hauptzwecke gerichtlicher Verfahren ist, nicht nur zu einer Rechtsfolge zu gelangen, sondern auch über tatsächliche Umstände überein zu kommen,⁷⁶² wären gerichtliche Verfahren dysfunktional, wenn nicht die sach nächsten Personen mit den bei ihnen vorhandenen Informationen als Beteiligte ins Verfahren einbezogen wären. Wenn für am Prozess Unbeteiligte nicht ersichtlich ist, weshalb es ausgerechnet die Prozessbeteiligten sind, die bestimmte Tatsachenfragen und Rechtsmaßstäbe untereinander ausfechten, leidet die Akzeptanz verwaltungsgerichtlicher Verfahren auch gegenüber ihnen.

c) Implikationen und Reichweite des subjektivrechtlichen Prinzips

aa) Implikationen des subjektivrechtlichen Prinzips

166 Die aus dem subjektivrechtlichen Prinzip abzuleitenden Folgerungen reichen weniger weit, als oft angenommen.⁷⁶³ Insbesondere ergibt sich aus dem Grundsatz (und auch aus Art. 19 Abs. 4 GG) keine Verpflichtung der Rechtsordnung

⁷⁶⁰ Siehe zu dieser Funktion bereits → Rn. 65.

⁷⁶¹ Ähnlich insoweit Gährütz, Gutachten (Fn. 2), D31-D36.

⁷⁶² → Rn. 134; zur Funktion der auch tatsächlichen Vergewisserung s. auch Gährütz, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 207 (216f.).

⁷⁶³ Exemplarisch bei Rupp, Grundfragen (Fn. 29), S. 146–272; aus jüngerer Zeit etwa Funks, Perspektiven (Fn. 95), S. 369; ders., Falldenken (Fn. 67); s. a. Baumeister, Beseitigungsanspruch (Fn. 157), S. 21ff.

auf eine materiellrechtliche Ausdefinition jeder rechtlichen Position, einschließlich einer materiellen Ausgestaltung der Fehlerfolgen.⁷⁶⁴ Aus dem Prinzip folgt nur, dass dort, wo es Geltung beansprucht, Anlass, Referenz und Zielpunkt verwaltungsgerichtlicher Verfahren nicht irgendwelche Rechtsmaßstäbe sind, sondern solche, die den Prozessführenden in besonderer Weise zugeordnet sind. Es fordert daher keine strikte Akzessorietät des Prozessrechts, sondern nur einen im Grundsatz delegativen Charakter des Prozessrechts im Sinne einer Ausrichtung auf ihm vorausliegende subjektiv zugeordnete Inhalte. Das subjektivrechtliche Prinzip erlaubt damit eine Aus- und Zu-Ende-Definition und auch Modifikation rechtlicher Zielvorgaben aus prozessualen Gesichtspunkten wie Ressourcenknappheit, Umsetzbarkeit im gerichtlichen Verfahren, Handhabbarkeit und Abschließbarkeit. Beispielhaft: Aus dem subjektiven Prinzip oder aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt kein Verbot einer Klagefrist.

Die These einer Notwendigkeit materiellrechtlicher Entsprechungen zur Unterfütterung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzformen – etwa bei § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO – basiert auf begrifflichen Vorannahmen zur Form und Bestimmtheit subjektiver Rechte, die sich schwer halten lassen.⁷⁶⁵ Danach sei es ausgeschlossen, in ihren Rechtswirkungen noch eher diffuse und nicht persönlich-sachlich zugespitzte Rechtspositionen – etwa das Eigentum oder grundrechtliche Freiheiten – als subjektive Rechte anzuerkennen.⁷⁶⁶ Ein solches Begriffsverständnis entspricht zwar demjenigen der Vordenker Gerber, Jellinek und Mayer.⁷⁶⁷ Es widerspricht aber dem bereits in den fünfziger Jahren⁷⁶⁸ und erst recht heute üblichen dogmatischen Gebrauch, der insbesondere den Charakter der Grundrechte als Rechte nicht mehr ernsthaft anzweifelt.⁷⁶⁹ Vor allem aber muss eine solche Konzeption subjektiver Rechte die Zentralnormen des Art. 19 Abs. 4 GG und der §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, die jeweils eine Verletzung in eigenen „Rechten“ zur Voraussetzung haben, als „irrtümlich“ abtun. Denn das, was darin als „Recht“ bezeichnet wird, wäre nach dieser Auffassung kein „echtes“ subjektives Recht, sondern – in Anknüpfung an Jellinek – ein *status negativus*, aus dessen Verletzung erst subjektive Rechte entspringen.⁷⁷⁰ Hier be-

⁷⁶⁴ Dennoch in Richtung eines – nicht verfassungsrechtlich zwingenden – materiellrechtlichen Fehlerfolgensystems Schmidt-Aßmann, in: Mauruz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 281ff. Baumeister, Beseitigungsanspruch (Fn. 157), S. 29, leitet zwar nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG einen Beseitigungsanspruch her, sondern aus den Grundrechten, sieht die Rechtsschutzklausel aber als „Indiz“ für einen solchen. Dieses Argument führt aber nur im Bereich grundrechtlich unterfütterter Rechte weiter und kann damit einen allgemeinen Verletzungsreaktionsanspruch nicht (oder nur um den Preis einer grundrechtlichen Aufblähung der gesamten Verwaltungsrechtsordnung) begründen.

⁷⁶⁵ Zu diesem Anspruchsmodell grundlegend Rupp, Grundfragen (Fn. 29), S. 147ff.; aus jüngerer Zeit etwa Funks, Falldenken (Fn. 67), S. 91, 15ff.; s. a. Schenke, Anspruch auf Rücknahme (Fn. 746), S. 723f., und die weiteren Nachweise in Fn. 746. Zur Kritik an den Prämissen hinsichtlich Form und Bestimmtheit subjektiver Rechte Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 40, 58–61.

⁷⁶⁶ Rupp, Grundfragen (Fn. 29), S. 147, 161f., 169.

⁷⁶⁷ Gerber, Öffentliche Rechte (Fn. 4), S. 65f.; Mayer, VerwR I (Fn. 1), S. 108; Jellinek, System (Fn. 72), S. 102–104.

⁷⁶⁸ BVerwGE 1, 159 (160ff.) – Fürsorge (1954).

⁷⁶⁹ Siehe Wolf-Rüdiger Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 64–72; Scherzberg, Grundlagen und Typologie (Fn. 741), S. 557 m. w. N.; Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO. Vor § 42 Rn. 49–54.

⁷⁷⁰ Siehe Jellinek, System (Fn. 72), S. 103 f.: „juristisch nicht korrekt, von Freiheitsrechten zu reden“; Rupp, Grundfragen (Fn. 29), S. 169.

mächtigt sich ein theoretisch-spekulativer Begriff des subjektiven Rechts ohne Rücksicht auf Widersprüche des positivrechtlichen Materials. Damit nicht genug, ist die Begriffsbildung geschichtlich eigenwillig: Denn die Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht beruft sich als ersten Gewährsmann für das Kriterium der „Willensmacht“ auf Savigny,⁷⁹¹ dessen Begriffsdefinition des subjektiven Rechts als „durch das Recht definierter Freiraum, der einem gebührt“, gerade auch das Eigentum, andere Beherrschungsrechte und entsprechend auch den grundrechtlichen *status negativus* einschloss.⁷⁹²

168 Der subjektivrechtliche Charakter eines Rechtsschutzsystems ist nicht zweifelhaft.⁷⁹³ Die Rückbindung prozessualer Befugnisse an subjektive Rechte lässt sich graduieren. Ein Beispiel für mögliche Stufungen ist der Unterschied zwischen verwaltungsprozessualer Normenkontrolle und Anfechtungsklage: Auf der Ebene der Zulässigkeit folgen beide (soweit es nicht um Behörden geht) dem subjektivrechtlichen Prinzip, §§ 42 Abs. 2, 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Für den Urteilsanspruch fordert der Grundsatz hingegen nur bei der Anfechtungsklage Beachtung, §§ 47 Abs. 5 Satz 2, 113 Abs. 1 VwGO.⁷⁹⁴ Ein weiterer Schauplatz der Auseinandersetzung darüber, wie weit die subjektivrechtliche Rückbindung gestalten will, ist die umstrittene Frage der Anfechtung von Nebenbestimmungen. Während eine Seite als Ergebnis des erfolgreichen Anfechtungsprozesses nur stehen lassen möchte, worauf man auch bereits kraft Verwaltungsverfahrenrechts einen Anspruch gehabt hätte,⁷⁹⁵ beruft sich die andere auf § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO und verweist hinsichtlich des Restverwaltungsakts auf verwaltungsverfahrenrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Verwaltung, um nachzukorrigieren.⁷⁹⁶ Erstere Auffassung treibt die Rückbindung der Anfechtungsklage an das dem Prozessrecht vorausliegende subjektive Recht also weiter als letztere. Wichtig zu sehen ist, dass diese Entscheidung nicht durch das in §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO zum Ausdruck kommende subjektivrechtliche Prinzip präjudiziert ist. Das zeigt sich auch bei der Behandlung ergebnisrelevanter Verfahrensfehler: Bereits vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes wurde das durch § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO prinzipiell eingeräumte Recht auf gerichtliche Aufhebung unter Berufung auf den *dolo agit*-Einwand bei nachweislich ergebnisrelevanten Verfahrensfehlern im Bereich gebundener Verwaltungsentscheidungen versagt.⁷⁹⁷ Prozessuale Befugnisse seien nicht eingeräumt,

⁷⁹¹ Siehe etwa Otto Bachof, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, in: GS Jellinek, 1955, S. 287 (292 f.); Scherzberg, *Grundlagen und Typologie* (Fn. 741), S. 131; Weid, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 47.

⁷⁹² Savigny, *System* (Fn. 741), § 52 (S. 331 ff.).

⁷⁹³ Ebenso Gerditz, *Gutachten* (Fn. 2), D15: keine Verwirklichung „in Reinform“; a. a. die Untersuchung der einzelnen Rechtsschutzformen bei Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 21 ff.

⁷⁹⁴ Siehe nur Hüfen, *Verwaltungsprozessur* (Fn. 335), § 19 Rn. 19; Parzer, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 47 Rn. 88.

⁷⁹⁵ BVerwG NVwZ 1984, S. 366 f.; NVwZ-RR 1997, S. 530; Christian Bumke, *Rechtsschutz bei Nebenbestimmungen eines Verwaltungsaktes*, in: FS Battis, 2014, S. 177 (187 f.); Hans-Dieter Sprall, *Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen eines Verwaltungsaktes*, NJW 2002, S. 3221 (3223).

⁷⁹⁶ Klaus Lange, *Die isolierte Anfechtbarkeit von Auflagen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur „modifizierenden Auflage“*, AöR, Bd. 102 (1997), S. 337 (358 f.); Jost Platzher, *Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen – unlösbar?*, NVwZ 1999, S. 15 (19); Stelkens, in: ders./Bank/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 36 Rn. 56 ff.

⁷⁹⁷ BVerwGE 61, 45 (49); 65, 287 (289); Bettmann, *Anfechtung* (Fn. 187), S. 271, 295 f.

um eine Leistung zu erwirken, die sofort wieder rückabzuwickeln sei.⁷⁹⁸ Wollte man dieses Ergebnis nicht frei aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen schöpfen, musste man es normativ über das Kriterium der Rechtsverletzung begründen.⁷⁹⁹ Wie bei der Frage der Anfechtung von Nebenbestimmungen ließ sich das nur mit dem Argument bewerkstelligen, dass prozessual nichts erreicht werden könne, worauf verwaltungsverfahrenrechtlich offensichtlich kein Recht bestehe. Denn in diesem Fall habe die Verwaltung dem Kläger in der Sache nicht das ihm Gebührende versagt.

Noch sichtbarer wird die Graduirbarkeit des subjektivrechtlichen Gedankens an der verfassungsgerichtlichen Elbes-Konstruktion⁸⁰⁰ und ihren prozessualen Folgen. Diese Konstruktion, nimmt man sie beim Wort, begründet im Bereich staatlichen Eingriffshandelns im Ergebnis ein prozessuales Recht auf Erwirkung der Rechtmäßigkeit verbindlicher staatlicher Entscheidungen.⁸⁰¹ Dies wird im Elbes-Urteil unter den Stichwort der Reichweite des Vorbehalts der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 GG erörtert, die im Ergebnis die „Gesamtheit“ der formellen und materiellen verfassungsrechtlichen Normen umfasse.⁸⁰² Darin lag jedoch weniger eine echte Subjektivierung der grundgesetzlichen Kompetenzordnung als eine Zurücknahme des subjektiven Prinzips im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Es wurde also nicht das gesamte verfassungsrechtliche Regime der Kompetenzabgrenzung zum Bestandteil der subjektiven Rechtspositionen aller Bürgerinnen gemacht, sondern die Begrenzung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens auf unmittelbar grundrechtsspezifische, gerade den Beschwerdeführer betreffende Fragen gelockert.⁸⁰³ Das zeigt sich in den Fällen, in denen mangels eines Grundrechtseingriffs verfassungs- und verwaltungsprozessuale Klagen weiterhin nicht auf einen Kompetenzverstoß gestützt werden können.⁸⁰⁴ Die Rechtsbetroffenheit – bzw. im Verfassungsprozess der Grundrechtseingriff – wird dann in der Sache zu einem bloßen Schlüssel, um eine letztlich objektivrechtliche Kontrolle auf die Recht- bzw. Verfassungsmäßigkeit auszulösen. Nicht anders verhält es sich im Bereich des Verwaltungsrechts für Adressaten eines Verwaltungsaktes.⁸⁰⁵ Auch sie können das gesamte im Eingriffsbereich geltende Rechtsprogramm der Verwaltung über Art. 2 Abs. 1

⁷⁹⁸ Nochmals BVerwGE 61, 45 (49).

⁷⁹⁹ Siehe dazu eingehend Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit* (Fn. 461), S. 209 ff.

⁸⁰⁰ Zurückgehend auf BVerfGE 6, 32 – Elbes (1957); dazu und zur Vorgeschichte Everhardt Franzen, *Verfassungsbeschwerde – eine verkappte Normenkontrolle?*, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Bürger – Richter – Staat*, München 1991, S. 81 (83 ff.).

⁸⁰¹ Kritisch zu den verfassungsprozessualen Folgen bereits BVerfGE 80, 164 (165 ff.) – Reiten im Walde (1989), (Sondervotum von Dieter Grimm); für die Forderung eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs im Verwaltungsrecht Krebs, *Subjektiver Rechtsschutz* (Fn. 71), S. 203 f.; ders., *Verwaltungskontrolle durch Verwaltungsgerichte?*, DV, Bd. 21 (1988), S. 155 (163 f.); Wahl bzw. ders./Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 116 bzw. § 42 Rn. 48.

⁸⁰² BVerfGE 6, 32 (2. und 3. Leitsatz, 36 f.) – Elbes (1957).

⁸⁰³ Für eine Reflexion dieser Problematik s. jüngst BVerfGE 153, 182 (306 f., Rn. 331). Beispielhaft für eine fehlende Klagebefugnis trotz Adressatenstellung BVerwGE 153, 162 (167 f., Rn. 20); vgl. auch BVerwGE 153, 234 (242, Rn. 25), in dem die Klagebefugnis zwar im Ergebnis bejaht wird, aber der Schutzcharakter einer Verfahrensnorm begründet wird, obwohl der Kläger Adressat des Bescheids ist.

⁸⁰⁴ BVerfGE 77, 84 (101); BVerwG NVwZ 2012, S. 180 (Tz. 13).

⁸⁰⁵ Eine Auflösung des subjektivrechtlichen Gedankens bei Klagen von Bescheidadressaten sieht auch Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 116.

GG als verletzt rügen, wodurch ihnen letztlich eine prozessuale Befugnis zur Erwirkung allgemeiner Rechtmäßigkeit erwächst. Inkonsequent erscheint aber, dass der subjektivrechtliche Gedanke gegenüber Drittbetroffenen nicht entsprechend relativiert wird.⁸⁰⁶ Das verwaltungsgerichtliche Kontrollprogramm fragt – etwa bei der Drittanfechtung einer Genehmigung – nur nach der drittrechtsverletzenden Rechtswidrigkeit und spart damit den Großteil des verwaltungsbehördlichen Handlungsprogramms aus. Dabei übergeht man, dass auch für Drittbetroffene aus verwaltungsbehördlichen Entscheidungen (Genehmigung einer emittierenden Anlage) belastende Duldungspflichten erwachsen können. Ihre Legalisierungswirkung ist nicht auf die Beteiligten des Verwaltungsverfahrens beschränkt. Es wird hier also hingenommen, dass die Verwaltung Betroffene mit durchsetzbaren Duldungs- und Unterlassungspflichten belastet, obwohl diese in rechtswidriger Weise zustande gekommen sind. Warum für rechtsbetroffene Dritte und für Adressaten derart unterschiedliche Kontrollprogramme greifen, ist schwer zu rechtfertigen. Auf die Spitze getrieben wurde diese Logik jüngst vom BVerwG bei der Überprüfung des vereinsrechtlichen Verbots der Internetplattform linksunten.indymedia.⁸⁰⁷ Weil wegen im Raum stehender strafrechtlicher Vorwürfe niemand als faktischer Vorstand der Unternehmung verantwortlich zeichnen wollte, behandelte das BVerwG die Zustellungsadressaten der Verbotsverfügung als faktische Vereinsmitglieder und beschränkte seinen Prüfungsmaßstab entsprechend vereinsrechtlicher Dogmatik auf die grundsätzliche Einschlägigkeit vereinsrechtlicher Eingriffsbefugnisse. Die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Vereinsverbots sparte das Gericht hingegen bei der Prüfung vollständig aus. Im Ergebnis ist es nun jedermann in der Bundesrepublik untersagt, die Domain der Plattform zu nutzen, obgleich die Verbotsverfügung zu keinem Zeitpunkt einer gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle unterworfen war.

170 Eine Anpassung dieser Doktrin in beide Richtungen erschiene sinnvoll: Auf der einen Seite ist die Elfes-Doktrin im Eingriffsbereich zu überprüfen. Die das subjektive Prinzip relativierende Ausweitung der Rügemöglichkeiten von Bescheidadressaten ist fragwürdig. Stattdessen wäre auch im Eingriffsbereich zu prüfen, ob der jeweils konkret missachtete Rechtsmaßstab seinem Inhalt nach wirklich einen Bezug zur die Beschwerdebefugnis begründenden grundrechtlichen Freiheit bzw. zur als verletzt gerügten subjektivrechtlichen Position aufweist. Es geht also um die Frage des Rechtswidrigkeitszusammenhangs.⁸⁰⁸ Gerade für die grundgesetzliche Kompetenzordnung könnte man einen solchen Bezug zur Freiheit des Einzelnen unter Umständen sehen, weil die Kompetenzspaltung auch eine freiheitssichernde Komponente hat.⁸⁰⁹ Dasselbe gilt – im Verwaltungsrecht – für andere Zuständigkeits- und Verfahrensmaßgaben für das

⁸⁰⁶ Ebenso Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 116, der darin aber kein Problem sieht.

⁸⁰⁷ BVerwGE 167, 293 – untenlinks.indymedia (2020) m. Anm. Elisabeth Buchberger, GSZ 2020, S. 191.

⁸⁰⁸ Für die Möglichkeit eines fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs s.a. Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 116; ebenso bereits Krebs, Subjektiver Rechtsschutz (Fn. 71), S. 204.

⁸⁰⁹ Dazu nach wie vor Madison, The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts (Fn. 507); Montesquieu, De l'esprit des lois, 1758, Elites Buch, Kapitel VI.

Verwaltungshandeln. Ein solcher Bezug lässt sich aber sicherlich nicht für sämtliche Maßstäbe des staatlichen Handelns – auch nicht im Eingriffsbereich – herstellen. Auf der anderen Seite ist der sehr restriktive Katalog der für Drittbetroffene rügefähigen Rechtsmaßstäbe zu hinterfragen – etwa bei von der Verwaltung einzuhaltenden Verfahrensförmlichkeiten, die neben der Freiheit der Adressatin regelmäßig auch die Freiheit mit Duldungs- und Unterlassungspflichten belasteter Drittbetroffener absichern.

Gegen die übliche Praxis spricht der Umstand, dass sie die – maßgeblich von 171 Beziehungentscheidungen der Verwaltung abhängige – Beteiligtenstellung im Verwaltungsverfahren und die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung überbetont, ohne hinsichtlich des Grades und der Schwere der Rechtsbetroffenheit normativ erhebliche Unterschiede zwischen beiden Konstellationen aufzuzeigen. Denn letztlich ist der Unterschied zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung nicht normativ fundiert, sondern knüpft an Rechtstechnik und den normativen Status quo an. Jede Wegnahme dessen, was ich schon habe, wird als Eingriff gewertet, nicht aber die Nichtgewährung dessen, was ich noch nicht habe, auch wenn es mir rechtlich zustehen mag.⁸¹⁰ Die Vorstellung eines Eingriffs in als naturwüchsig gedachte Freiheit verweist aber immer auf eine verschiebbare und gestaltbare Basislinie⁸¹¹ und privilegiert die Habenden.⁸¹² Sie impliziert einen Normalzustand, von dem negative Abweichungen zu rechtfertigen sind, über den hinaus aber alles ein „Bonus“ ist und zunächst einmal nichts verlangt werden kann. Damit blendet die Unterscheidung die von vornherein auch rechtliche Gestaltung gesellschaftlicher Wirklichkeit aus. Das macht es fragwürdig, an diese Unterscheidung so weitreichende prozessuale Folgen zu knüpfen. Diese Erkenntnis ist umso wichtiger angesichts einer Rechtsentwicklung, die sich seit langem von den Paradigmen einer primär auf formale Anordnung und Zwangsdrohung setzenden Eingriffsverwaltung gelöst und vielfach flexiblere Instrumente für sich nutzbar gemacht hat.⁸¹³ Dogmatisch hat das die Konsequenz, sich bei der subjektivrechtlichen Analyse, insbesondere der Bestimmung der Klagebefugnis und des Prüfungsmaßstabs, stärker von Gesetzestechnik und Verfahrenskonstellation zu lösen und auf die Rechtsfolgen und intendierten Wirkungen staatlicher Maßnahmen und Maßstäbe abzustellen.⁸¹⁴

⁸¹⁰ Das zeigt sich auch am einstweiligen Rechtsschutz, wenn je nach Ausgangslage das identische Rechtsschutzziel mal durch § 80 Abs. 5 VwGO, mal durch § 123 VwGO verfolgbar ist, s. Schoch, in: ders./Schneider (Hrsg.), VwGO, § 123 Rn. 20: „[...] bei verschiedenartigen Streitgegenständen und unterschiedlichen Verfahrensbeteiligten kommt die Kollisionsnorm des § 123 Abs. 5 gar nicht zur Anwendung“, in Auseinandersetzung mit BVerwG NVwZ 2001, S. 566.

⁸¹¹ Ralf Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 132 ff.; Alexander Somek, The Cosmopolitan Constitution, 2014, S. 82–84; Jeremy Paul, Searching for the Status Quo, Cardozo Law Review, Bd. 7 (1986), S. 743 (764 ff.); grundlegend Cass R. Sunstein, The Partial Constitution, 1982, S. 68–92, für das Verwaltungsrecht insbes. S. 82 ff. (due process-Garantie), 88 ff. (standing).

⁸¹² Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 229 f.; Caru Röhner, Ungleichheit und Verfassung, 2019, S. 92 ff.

⁸¹³ → Bd. I Wißmann § 14 Rn. 104 ff., 137 ff.; Bd. II Hoffmann-Riem/Bäcker § 32 Rn. 54 ff., 108 ff. Sachsfsky § 39 Rn. 12 ff., Michael § 40 Rn. 34 ff.; Johann Wolf, Anreize im Recht, 2021, S. 1, 3 ff.

⁸¹⁴ Zu dieser Forderung etwa auch Felix Ekart, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Gründe für eine liberalere Klagebefugnis, Der Staat, Bd. 44 (2005), S. 622 (insbes. 625 f.); in diese Richtung auf eine liberalere Klagebefugnis BVerfGE 105, 252 (268) – Glykol (2002); 105, 279 (294 f.) – Osho (2002); 63 (76 f.) – Junge Freiheit (2005); 148, 40 (51) – Lebensmittelpranger (2018); 153, 182 (265 f., Rn. 215 ff.) –

bb) Reichweite und Anwendungsbereich des subjektivrechtlichen Prinzips

- 172 Neben der Frage, was aus dem subjektivrechtlichen Prinzip folgt, stellt sich die weitere, in welchen Konstellationen es Geltung beansprucht. Nimmt man auch hier das Normmaterial zum Ausgangspunkt, ist die Entscheidung der VwGO je nach Klageart und Rechtsschutzform zu untersuchen.⁸¹⁵ Das Prinzip gilt zunächst einmal kraft § 42 Abs. 2 VwGO für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, soweit nicht gesetzlich anderes angeordnet ist.
- 173 Für die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO verlangt die VwGO – wie verschiedentlich in der Literatur betont⁸¹⁶ – ausdrücklich nur ein festzustellendes Rechtsverhältnis und ein besonderes Feststellungsinteresse. Von einem subjektiven Recht ist nicht die Rede. Auch auf Grundlage der gängigen Definition des Begriffs „Rechtsverhältnis“ – ein auf Grundlage eines konkreten Sachverhalts in Ansehung einer bestimmten Rechtsnorm bestehendes rechtliches Verhältnis zwischen zwei Personen oder einer Person und einer Sache⁸¹⁷ – lässt sich die Forderung, dass es sich bei der in Frage stehenden Rechtsnorm um einen subjektiv berechtigenden Rechtsinhalt handeln müsse, nicht begründen.⁸¹⁸ Die Selektionsaufgabe des subjektiven Rechts, die Auswahl tauglicher Streitgegenstände aus der Vielfalt rechtlicher Fragen, wird hier durch die Anforderung eines konkreten und bestimmten Sachverhalts, eines streitigen Rechtsverhältnisses und das Interessenkriterium geleistet.⁸¹⁹ In Gestalt der Feststellungsklage schafft das Verwaltungsprozessrecht damit eine selbständige prozessuale Befugnis,⁸²⁰ die sich – wie auch die Feststellungsklage und die Vollstreckungsrechtsbehelfe des Zivilprozesses⁸²¹ – von der materiell-verfahrensrechtlichen Anspruchsord-

Suizidbeihilfe (2020). Ebenfalls OVG NW NVwZ 1983, S. 414 (415f.); dagegen BVerwG NVwZ 1984, S. 38. Das Bundesverwaltungsgericht rekurriert insgesamt weniger auf die faktische Betroffenheit und gewinnt dadurch klarere Maßstäbe zur Bewertung der Klagebefugnis, vgl. BVerwG NVwZ 1985, S. 39; BVerwGE 72, 226 (227 ff.); 75, 147 (148 ff.); 95, 133 (134 ff.).

⁸¹⁵ Ebenso Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 21 ff.; ebenfalls keine Verwirklichung in Reinform unterstellend Gärditz, Gutachten (Fn. 2), D15; dann aber dennoch Rede von einer „Vollsubjektivierung“ (D19).

⁸¹⁶ Gegen eine subjektivrechtliche Anbindung Franz Knöpfle, Feststellungsinteresse und Klagebefugnis bei verwaltungsprozessualen Feststellungsklagen, in: FS Lerche, 1993, S. 771 (781 ff.); Hüfen, VerwaltungsprozessR (Fn. 335), § 18 Rn. 13 (einschränkend Rn. 17). Dafür in unterschiedlicher Ausgestaltung BVerwG, NJW 1982, S. 2205; BVerwGE 74, 1 (8f.); Friedrich Schoch, Der Kommunalverfassungstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, JuS 1987, 783 (790f.); Pietzcker, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 43 Rn. 31; Christoph Trzaskalik, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozess, 1978, S. 156 ff.; Schenke, VerwaltungsprozessR (Fn. 505), Rn. 382; Wolf Selb, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, 1998, S. 63 ff., 167; Giorgos Christonakis, Das verwaltungsprozessuale Rechtsschutzinteresse, 2004, S. 61 f.

⁸¹⁷ BVerwGE 136, 75 (77 f.).

⁸¹⁸ So aber – hinsichtlich der Folgebeziehung („also“) schwer nachvollziehbar – BVerwGE 136, 75 (78); „... setzt ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis voraus, dass zwischen den Parteien dieses Rechtsverhältnisses ein Meinungsstreit besteht, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können. Es müssen sich also aus dieser Rechtsbeziehung heraus bestimmte Rechtsfolgen ergeben können“; eine analoge Heranziehung des § 42 Abs. 2 VwGO ist dann natürlich nicht mehr nötig, ebd., S. 80.

⁸¹⁹ Ebenso Hüfen, VerwaltungsprozessR (Fn. 335), § 18 Rn. 2.

⁸²⁰ Statt aller Schenke, VerwaltungsprozessR (Fn. 505), Rn. 377; Funke, Falldenken (Fn. 67), S. 79; Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 54–56, 225–228.

⁸²¹ Siehe Eckehard Becker-Eberhard, in: Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher (Hrsg.), MUKo ZPO, § 256 Rn. 1 m. w. N.; Karsten Schmidt/Moritz Brinkmann, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), MUKo ZPO, § 766 Rn. 3.

nung etwas emanzipiert und stattdessen eigene prozessrechtliche Bedingungen ihrer Verfügbarkeit aufstellt.⁸²² Das zeigt sich insbesondere an der negativen Feststellungsklage, etwa auf Feststellung der Genehmigungsfreiheit eines bestimmten Verhaltens, die als Geltendmachung eines negatorischen Anspruchs nicht sinnvoll zu beschreiben ist. Denn die Frage, ob das betreffende Verhalten in den Kreis genehmigungspflichtiger Verhaltensweisen fällt, ist der Frage, welche Folgemaßnahmen die Verwaltung im Falle einer nichtgenehmigten Tätigkeit ergreifen dürfte, vorgelagert und erschöpft sich nicht in möglichen behördlichen Sanktionen. Ein nicht zu unterschätzender Unterschied zwischen der Auffassung der Rechtsprechung und der Literatur ergibt sich auch in der Konstellation der Nichtigkeitsfeststellungsklage, besonders bei statusbegründenden, -versagenden oder -beendenden Verwaltungsakten. So wäre in der Konsequenz der hier vertretenen Auffassung eine Nichtigkeitsfeststellungsklage des ausländischen Ehemanns einer Asylbewerberin bezogen auf die Zurückweisung ihres Asylantrags oder die Aufhebung ihres früheren Anerkennungsbescheids im Grundsatz möglich. Denn auch die aufenthaltsrechtliche Stellung des Ehemanns wird dadurch erheblich verschlechtert.⁸²³ Bei Geltung des subjektiven Prinzips nach für Feststellungsklagen scheidet eine solche Klage hingegen aus, da das etwaige Asylrecht der Ehefrau rechtlich zugeordnet ist. Für eine solche Beschränkung der Feststellungsklagemöglichkeit ist kein Grund ersichtlich.⁸²⁴ Insbesondere handelt es sich in der geschilderten Konstellation nicht um den berüchtigten *quirois ex populo*, sondern um Personen, die aufgrund eines sehr spezifischen Sachverhalts und rechtlicher Zusammenhänge ein klar fassbares Interesse an einer Rechtsfeststellung haben.

Für die in der VwGO nicht geregelte, aber in § 43 Abs. 2 VwGO vorausgesetzte allgemeine Leistungsklage lässt sich für die Geltung des subjektiven Prinzips nichts aus dem Gesetz ableiten.⁸²⁵ Auch die Gesetzgebungsmaterialien schweigen zu der Frage. Es liegt nahe, dass man es für evident hielt, dass nur derjenige die Leistung einklagen kann, der sie auch verlangen kann.⁸²⁶ Was man dabei übersah, war allerdings der Umstand, dass man im Verwaltungsrecht, insbeson-

⁸²² Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Allgemeiner Teil, 1888, S. 512 (zu § 194).

⁸²³ §§ 27 ff. AufenthG.

⁸²⁴ A. A. etwa Pietzcker, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 43 Rn. 3, der eine Feststellungsklage zwischen dem Beteiligten des klagegegenständlichen Rechtsverhältnisses zulassen will.

⁸²⁵ Ob § 42 Abs. 2 VwGO analog anzuwenden ist, ist umstritten. Dafür BVerwGE 36, 192 (199); 60, 141 (150); 62, 11 (14); BVerwG NJW 1977, S. 118 (119); NVwZ 1991, S. 574 (575); NVwZ-RR 1992, S. 371; BayVGH BayVBl. 1985, S. 83 (84); VGH BW NVwZ 1991, S. 184 (185); Werner Frotzcher, Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte?, DÖV 1971, S. 259 (262); Udo Steiner, Die Klagearten und besonderen Klage im Verwaltungsprozess, JuS 1984, S. 853 (856); Dirk Ehlers, Die Klagearten und besonderen Sachentscheidungs voraussetzungen im Kommunalverfassungstreitverfahren, NVwZ 1990, S. 105 (109 f.); Alex, Die Klagebefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und U.S.-amerikanischem Recht, VerwArch 84 (1993), S. 139 (142 f.); Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 33 f.; Hüfen, VerwaltungsprozessR (Fn. 335), § 17 Rn. 8. Dagegen Karl A. Bittermann, § 42 Abs. 2 Rn. 33 f.; Hüfen, VerwaltungsprozessR (Fn. 335), § 17 Rn. 8. Dagegen Karl A. Bittermann, Anmerkung, DVBl 1981, S. 278 (279); Hans Heinrich Rupp, Kritische Bemerkungen zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozess, DVBl 1982, S. 144 (146); Hans-Uwe Erichsen, Die Umsetzung von Befugnissen im Verwaltungsprozess, DVBl 1982, S. 95 (100); Dieter Neumeyer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozess, 1979, S. 124 ff.

⁸²⁶ Darauf deutet BTDrucks 3/55, S. 43: „Der Ausspruch des Leistungs- und Feststellungsurteils ist nicht besonders geregelt, da er sich aus der Natur der Klage ergibt.“

dere bei den Rechtsverletzungsfolgen, anders als im Zivilrecht nicht auf ein auch nur halbwegs vollständiges materielles bzw. verwaltungsverfahrenrechtliches Anspruchssystem verweisen konnte.⁸²⁷ Der Blankettverweis, der die Leistungsklage in der Sache ist, zeigt ins Dunkle. Jenseits der Grundrechte und einiger einfachrechtlicher Freiheiten, etwa der Gewerbefreiheit und der Baufreiheit, war und ist das primäre verwaltungsrechtliche Rechtsprogramm nicht ein System von vornherein relational gedachter Pflichten und korrespondierender Ansprüche, sondern eher ein objektivrechtliches Handlungsprogramm für den besonderen Akteur „Verwaltung“: Zunächst legt das Recht fest, wie die Verwaltung handeln soll und welche Bindungen für sie gelten, dann erst fragt man sich, wem daraus welche Rechte erwachsen.⁸²⁸ Die Befugnis zur Geltendmachung – das Wirksamkeitsversprechen und seine Begünstigten – steht zunächst im Hintergrund und ist selten klar geregelt. Erst recht gilt das auf Sekundärebene: Die Folgen rechtlicher Fehlleistungen der Verwaltung werden im allgemeinen Verwaltungsrecht überhaupt nur für besondere Handlungsformen – den Verwaltungsakt und den Verwaltungsvertrag – rechtlich gespiegelt und sind ebenfalls nicht relational gefasst, sondern dinglich: Der Verwaltungsakt wirkt gegenüber dem Adressaten und allen, die von ihm betroffen sind, § 43 Abs. 1 VwVfG. Die Regelungen zum Verwaltungsvertrag enthalten ebenfalls Nichtigkeitslehren, § 59 VwVfG, aber sparen die Leistungsstörung und deren Folgen aus. Auch andere dem Privatrecht geläufige Unrechts- oder Fehlerfolgen wie negatorische Ansprüche, Erstattungsansprüche, Ausgleichsansprüche oder Haftungsregelungen⁸²⁹ kannte und kennt das geschriebene allgemeine Verwaltungsrecht nicht oder entzieht sie – im Fall der Amtshaftung, Art. 34 Satz 3 GG – den Verwaltungsgerichten. Anders als das Privatrecht, in dem das Handlungsprogramm der Privatrechtssubjekte entscheidend durch Fehlleistungsfolgen und Haftungsrecht ausdefiniert wird,⁸³⁰ bleibt die Systematisierungsleistung des geschriebenen allgemeinen Verwaltungsrechts im Wesentlichen auf der Primärebene stehen.⁸³¹ Für alles Weitere wird auf das letztlich nur auf rechtsförmiges Handeln der Verwaltung zugeschnittene Fehlerfolgenregime,⁸³² auf ungeschrie-

⁸²⁷ So bereits die Einschätzung des „Vaters des Anspruchsmodells“, Rupp, Grundfragen (Fn. 29), S. 176.

⁸²⁸ Das ist der zentrale Grund, weshalb es nicht lohnt, etwa mit Funke, Falldenken (Fn. 67), alle verwaltungsrechtlichen Problemstellungen zunächst in die Rechte-Semantik zu übersetzen, um sie dann weiter zu bearbeiten. Die Analyse wird dadurch weder präziser noch sachgerechter, sondern nur komplizierter.

⁸²⁹ Siehe für das verwaltungsrechtliche Sanktionssystem → Bd. II Waldhoff § 44 Rn. 21 ff., Sauer § 47 Rn. 6 ff., 84 ff. und *passim*; ders., Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen, Habilitationsschrift 2014; Bernd Grzeszick, Rechte und Ansprüche, 2002; Bernd J. Hartmann, Öffentliches Haftungsrecht, 2013.

⁸³⁰ Zur Rechtsgestaltung durch Haftungsrecht Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, S. 26 ff.; Wagner, Aufgaben (Fn. 464); umfassend ders., Verhaltenssteuerung (Fn. 433), insbes. S. 422 ff., 434 ff., 451 ff.

⁸³¹ Siehe dazu Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 114–118; eine geringere Filigranität und Differenzierung verwaltungsrechtlicher Normierung sieht auch Wagner, Verhaltenssteuerung (Fn. 433), S. 434 ff., der die Eignung des Privatrechts zur Feinsteuerung hervorhebt. Dem stehen trotz magerer gesetzlicher Fundierung freilich erhebliche wissenschaftliche Systematisierungsleistungen gegenüber, s. etwa Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. 1968, S. 84 ff.; Wilfried Erbguth bzw. Wolfram Höfling, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, VVDStRL, Bd. 61 (2002), S. 221 ff. bzw. 260 ff.; Ossentühl/Cornils, StaatshaftungsR (Fn. 463).

⁸³² Zum rudimentären Reaktionsystem innerhalb des Unionsrechts bei Realhandeln s. Timo Rademacher, Realakte im Recht der Europäischen Union, 2014, S. 150 f. und *passim*.

bene, dem Zivilrecht entlehnte Anspruchsgrundlagen oder gar in eine andere Gerichtsbarkeit verwiesen. Das anhand der allgemeinen Leistungsklage erzwingbare Normprogramm beschränkt sich so im Wesentlichen auf subjektiv zugeordnete gesetzliche Primärpflichten der Verwaltung, die nicht in verwaltungsaktförmigem Handeln bestehen, auf durch Verwaltungsakt oder -vertrag stipulierte Rechte und auf punktuell normierte spezialgesetzliche Sekundär- und Tertiäransprüche, die eine Festsetzung im Bescheidweg nicht zur Voraussetzung haben.

Jedenfalls in diesem Bereich trägt eine Bindung an durch das Verwaltungshandeln verletzte Rechte, wie sie die analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO mit sich brächte, nichts ein. Denn die personelle Eingrenzung der Prozessführungsbefugnis auf die berechtigte Person folgt hier bereits aus der im materiellen Recht definierten Aktivlegitimation, ebenso wie auch die passive Prozessführungsbefugnis sich aus der Passivlegitimation ergibt. Auch die Reichweite der durch die Leistungsklage vermittelten Einwirkungsbefugnis ist durch den jeweiligen materiellen Anspruch bestimmt. Wenn überhaupt, liegt der Mehrwert der Analogie darin, prospektive Klägerinnen auf ein vorheriges Ansprechen der Verwaltung zu verpflichten.⁸³³ Die Anwendbarkeit des § 42 Abs. 2 VwGO auf Leistungsklagen betrifft also in der Sache nicht die personelle Reichweite der Klagebefugnis, sondern die Frage der unmittelbaren Klagbarkeit subjektiv-öffentlicher Rechte.⁸³⁴ Die grundsätzliche Rückbindung der Leistungsklage an materielle Ansprüche ist jedenfalls unstrittig,⁸³⁵ ohne dass es dafür einer analogen Heranziehung des § 42 Abs. 2 VwGO bedarf.⁸³⁶ Hielte man allerdings in Sonderkonstellationen nicht anspruchsunterfütterte Leistungsklagen für zulässig,⁸³⁷ dann hätte eine analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO eine eigenständige Bedeutung: Sie würde sicherstellen, dass die unmittelbar durch das Verwaltungsprozessrecht geschaffene Möglichkeit, im Fall eines rechtsverletzenden Verwaltungshandelns ein Unterlassen und eine Beseitigung gerichtlich zu erzwingen, nur der Person zükäme, deren Recht es war, das durch das Verwaltungshandeln verletzt wurde.

Auch für die übrigen Rechtsbehelfe stellt sich die Frage nach ihrer subjektiv-rechtlichen Rückbindung.⁸³⁸ Beim einstweiligen Rechtsschutz betreffend die Vollziehung eines Verwaltungsakts knüpft die Antragsbefugnis nach der gesetzlichen Systematik an die tatsächliche oder mögliche Beteiligtenstellung in einem Hauptsachewiderspruchs- oder Anfechtungsverfahren an (vgl. §§ 80 Abs. 5, 80a Abs. 1 und 2 VwGO). Die Antragsbefugnis und die aus ihr folgende

⁸³³ Siehe dazu → Rn. 106 ff.

⁸³⁴ Zur unmittelbaren Klagbarkeit der meisten *actiones* als zentralen Grund für deren Umdeutung in materielle Ansprüche Bruno Rimmelpacher, Materielle rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozessrecht, 1970, S. 17 f.

⁸³⁵ Ähnlich Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 282: „prozessrechtliche Auffüllung notwendiger Schutzmechanismen“ „nach Art aktionsrechtlichen Denkens“.

⁸³⁶ Ebenso Norbert Achterberg, Die Klagebefugnis – eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung, DVBl 1981, S. 278 (279); Bittermann, Anmerkung (Fn. 825), S. 365 f.; Hans-Uwe Erichsen, Die Umsetzung von Beamten, DVBl 1982, S. 95 (100); Schock, Der Kommunalverfassungstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (Fn. 816), S. 783 (790); für die Analogie etwa Sodem, in: des./Zielow (Hrsg.), VwGO, § 42 Rn. 371.

⁸³⁷ Siehe dazu → Rn. 204.

⁸³⁸ Zur Normenkontrolle nach § 47 VwGO s. → Rn. 180, 209.

Verfahrensstellung sind bereits dadurch subjektivrechtlich rückgebunden, so dass es einer analogen Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO nicht bedarf.⁶³⁹ Eine zusätzliche analoge Heranziehung des § 42 Abs. 2 VwGO führt zudem eine Doppeldeutigkeit und daraus folgende Unschärfe ein: Während Sicherungsgegenstand des Verfahrens nach §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO das Hauptsacheverfahren als solches und damit der dort verfolgte prozessuale Anspruch ist, wird durch § 42 Abs. 2 VwGO das durch den Anfechtungsprozess zur Geltung zu bringende materielle subjektive Recht bzw. – mit der herrschenden Ansicht⁶⁴⁰ – der materielle Aufhebungsanspruch ins Spiel gebracht.⁶⁴¹ Der Unterschied zwischen diesen beiden Verständnissen des einstweiligen Rechtsschutzes ist nicht rein akademisch. Virulent wird er beispielsweise aufgrund der unterschiedlichen Beweisanforderungen und -möglichkeiten, je nachdem, ob es sich um Hauptsache oder einstweiligen Rechtsschutz handelt. Insbesondere sind Tatsachen dort lediglich glaubhaft zu machen und sind eidestattliche Versicherungen ein taugliches Beweismittel.⁶⁴² Es ist daher durchaus denkbar, dass ein Sachverhalt zwar in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren glaubhaft gemacht werden könnte, eine Beweisführung bezüglich desselben Sachverhalts im Hauptsacheprozess aber aus Beweisnot von vornherein ausgeschlossen erscheint. Ist Sicherungsgegenstand des einstweiligen Rechtsschutzes das prozessuale Begehren der Hauptsache, müsste eine solche absehbare Beweisnot im späteren Prozess auch im einstweiligen Rechtsschutz zum Unterliegen führen. Der zu sichernde prozessuale Anspruch lässt sich dann eben nicht hinreichend glaubhaft machen. Ist Sicherungsgegenstand das materielle subjektive Recht, wäre ein absehbares Unterliegen im Hauptsacheprozess hingegen unerheblich, da für die Möglichkeit der Glaubhaftmachung eines Sachverhalts im einstweiligen Rechtsschutz eben andere Maßstäbe gelten. Eine explizite Reflexion dieser Frage in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen ist nicht erkennbar, obwohl sie das Funktionsverständnis des einstweiligen Rechtsschutzes entscheidend betrifft. Im Ergebnis wird man – mit der gesetzlichen Systematik – zumindest das Verfahren nach §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO als hauptsacheakzessorisches Sicherungsmittel begreifen müssen, da sonst die verfahrensrechtlichen Grenzen und Förmlichkeiten des Hauptsacheprozesses nicht ernstgenommen, sondern über eine unmittelbar materiellrechtliche Teleologisierung des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens konterkariert würden. Unmittelbar gesichert wird durch §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO also durchaus ein Recht, nur eben kein materielles, sondern ein prozessuales – der prozessuale Anspruch. Das materielle Recht ist nur mittelbarer Bezugspunkt des einstweiligen Rechtsschutzes, weil der zu sichernde prozessuale Anspruch durch § 42 Abs. 2 VwGO zumeist subjektivrechtlich rückgebunden ist.

⁶³⁹ Anders etwa *Hufen*, *VerwaltungsprozessR* (Fn. 335), § 32 Rn. 34; *Puttler*, in: *Sodan/Zlakow* (Hrsg.), *VwGO*, § 80a Rn. 20.

⁶⁴⁰ Siehe dazu *Gerhardt*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), *VwGO*, *Vorausf.* § 113 Rn. 5; *Andreas Funkz*, *Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im Öffentlichen Recht*, *JZ* 2015, S. 369 (370 m. w. N.); *Fischer*, *Krafft* (Fn. 110), insbes. S. 63, 82 ff., 165; *Schenke*, *Konkurrenzenklage* (Fn. 157), S. 321 ff.; *Peter Baumeister*, *Rücknahmeerlassen bei einem anfechtbaren rechtswidrigen Verwaltungsakt?*, in: *FS Schenke*, 2011, S. 601 (604 f.); *Christian Steinweg*, *Zeitlicher Regelungsinhalt des Verwaltungsaktes*, 2006, S. 310 ff.

⁶⁴¹ Siehe zum Ausmaß der Materiellechtsabhängigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes *Friedrich Schoch*, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, S. 966 ff.

⁶⁴² § 123 Abs. 5 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, 294 ZPO.

Dies gilt allerdings – etwa bei nicht materiellrechtlich unterlegten Verbandsklagebefugnissen (§ 2 UmwRG) – nicht ausnahmslos.

Nicht anders verhält es sich mit dem einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO: Auch dieser sichert die Wirksamkeitsvoraussetzungen eines bereits angegriffenen oder möglichen Hauptsacheverfahrens, nicht unmittelbar die im Hauptsacheverfahren bewehrten Rechte.⁶⁴³ Das ergibt sich zum einen aus der gesetzlich klar zum Ausdruck kommenden Anlehnung an den Zivilprozess, § 123 Abs. 5 VwGO, in dem Sicherungsgegenstand das (hypothetische) Hauptsacheverfahren bzw. dessen Streitgegenstand ist.⁶⁴⁴ Es lässt sich anhand von § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zum anderen textlich belegen, weil die Norm mit dem „Streitgegenstand“ als Sicherungsobjekt eine prozessuale Kategorie verwendet. Allerdings stellt der zweite Teilsatz mit der Bedingung der Gefährdung eines „Rechts“ eine Verbindung zum materiellen subjektiven Recht her. Eines analogen Rückgriffs auf § 42 Abs. 2 VwGO bedarf es hier also bereits deshalb nicht. Demgegenüber gestattet Satz 2 eine Anordnung auch in Bezug auf Rechtsverhältnisse, was terminologisch auf die Feststellungsklage verweist, die wie hier vertreten nicht immer subjektivrechtlich rückgebunden ist. Dass man eine materiell-subjektivrechtliche Rückbindung nicht beabsichtigt, zeigt sich auch an den Bedingungen der Regelungsanordnung, die nicht auf einen Rechtsverlust, sondern allgemein auf schwere Nachteile oder drohende Gewalt, also nicht rechtlich formalisierte Interessen verweist. Alles andere wäre auch überraschend, da sonst das Instrument des vorläufigen Rechtsschutzes für nicht subjektivrechtlich strukturierte Hauptsacheverfahren nicht zur Verfügung stünde. Insbesondere ist einstweiliger Rechtsschutz auch im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 Abs. 6 VwGO zulässig, unabhängig davon, ob sie von subjektiv Berechtigten oder Behörden eingeleitet wird.⁶⁴⁵ Er ist auch zulässig, soweit in Anknüpfung an § 42 Abs. 2 VwGO nicht subjektivrechtlich unterlegte Klagebefugnisse eingeräumt sind.⁶⁴⁶

⁶⁴³ So offenbar auch *Schoch*, *Bürgerbegehren und Bürgerentscheid im Spiegel der Rechtsprechung*, *VwZ* 2014, S. 1473 (1481): „Diese Kritik übersieht, dass die prozessuale Ermächtigung gem. § 123 Abs. 5 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 ZPO zur Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes gerichtliche Anordnungen unabhängig von der materiellen Rechtlage erlaubt“. Beide Aspekte, nämlich die Rechtschutzfunktion und die rein prozessrechtliche Ausgestaltung vermischt *BVwVG*, *Urt. v. 23.11.2009*, 6 C 3/08, Rn. 27.

⁶⁴⁴ *Drecher*, in: *Krüger/Rauscher* (Hrsg.), *MüKo ZPO*, Vor § 916 Rn. 41, m. w. N.

⁶⁴⁵ Vgl. *BayVGH NVwZ-RR* 1990, S. 352 (Antragsberechtigung einer Universität); so wohl auch *SH OVG NVwZ* 2012, S. 771 (774).

⁶⁴⁶ Ausdrücklich auch die Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 VwGO einbeziehend *Württemberg/VerwaltungsprozessR* (Fn. 600), Rn. 625; wohl auch *OVG Saml. Beschl. v. 23.11.2016*, 1 D

Rn. 21 (wenn auch im vorliegenden Fall nicht einschlägig). Aus der Analogie unmittelbar auf das Bedürfnis, dass eigene Rechte vorliegen, schließend, also ohne Rücksicht auf die Öffnungsklausel *OVG Sachs NJW* 1999, S. 2832 f.; *Schoch*, *Vorläufiger Rechtsschutz* (Fn. 841), S. 1538 f.; *Wahl/Leitz*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 42 Abs. 2 Rn. 35; *Hufen*, *VerwaltungsprozessR* (Fn. 335), § 33 Rn. 9; *Michael Ronellenfytsch*, *Der vorläufige Rechtsschutz im beamtetenrechtlichen Konkretenzeit*, *VerwArch*, Bd. 82 (1991), S. 121 (125 f.). Die Frage, ob diese Analogie auch die gesetzlich eingeführten Klagebefugnisse ohne eigene Rechte umfasst, offen lassend *Nds OVG NVwZ-RR* 2001, S. 412 (413); *OVG Bln.-Bbg.*, *Beschl. v. 19.7.2013*, *OVG* 11 S 26.13, Rn. 5. Gegen die Analogie *Wahl/Leitz*, *Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO*, *Jura* 1984, S. 644 (648 f.).

c) Folgen der Entscheidung für ein subjektivrechtliches Rechtsschutzsystem

178 Wie sich die Entscheidung für ein subjektivrechtlich orientiertes Rechtsschutzsystem tatsächlich auswirkt, ist systematisch kaum – und erst recht nicht empirisch – untersucht.⁸⁴⁷ Auch Gesetzgebungsmaterialien enthalten zumeist nur spärliche Ausführungen zu den eigenen Umsetzungsbedingungen und -hintergründen.⁸⁴⁸ Die wohl differenziertesten Erörterungen der Realfolgen dieser Systementscheidung finden sich im Umweltrecht, etwa im völker- und menschenrechtlichen Diskurs über die Sinnhaftigkeit von Ressourcenrechten wie einem Recht auf Wasser,⁸⁴⁹ in gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Einhaltung von Artenschutzbestimmungen oder Rechten auf frische Luft⁸⁵⁰ sowie in der Debatte um die Durchsetzung sozialer Grundrechte.⁸⁵¹ Im Großen und Ganzen dürfte die subjektivrechtliche Form die rechtsetzenden Instanzen wegen der mit ihr verbundenen Folge einer unkoordinierten Geltendmachung zu einer gewissen Sparsamkeit und Zurückhaltung anhalten. Auch verlangen subjektive Rechte von ihrer Grundanlage her ein Mindestmaß an Exklusivität subjektiver Zuordnungen.⁸⁵² Ihre Rechtstechnik sträubt sich gegen allzu unbestimmte Rechtsinhalte und verlangt eine Mindestfassbarkeit der mit einem Rechthalt verbundenen Interessen. Damit schließt sie bestimmte Gegenstände rechtlicher Normierung tendenziell aus. Dementsprechend sehen sich in einem System, das großes Vertrauen in das subjektivrechtliche Prinzip setzt, bestimmte Rechtsinhalte strukturell an den Rand gedrängt und auch manchmal unterbewehrt.⁸⁵³

⁸⁴⁷ Spekulativ, aber plausibel *Galanter*, The „Haves“ (Fn. 375); zur schlechten empirischen Forschungslage zu den Steuerungseffekten von Haftungsregelungen s. etwa *Wagner*, Verhaltenssteuerung (Fn. 433), S. 177, auch dort geht es um das Recht der Fehlerfolgen; exemplarisch für das Kapitalmarktrecht: *Thomas M. Möllers*, Effizienz als Maßstab des Kapitalmarktrechts, AcP, Bd. 208 (2006), S. 1 (21 ff.), der den empirischen Teil wesentlich auf die tatsächlich realisierten Sanktionen straf-, zivil- oder öffentlich-rechtlicher Art beschränken muss. Dies sagt freilich nichts über den Steuerungseffekt entsprechender Haftungsnormen im Vorfeld.

⁸⁴⁸ Kritisch dazu *Helmut Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1969, S. 516, 518. Zur politischen Dimension dieser bewussten Sparsamkeit der Begründung von Gesetzen *Ulrich Seibert*, „Gesetzesmaterialien“ in der Gesetzgebungspraxis, in: *Holger Fleischer* (Hrsg.), *Myterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 111 (113 f., 119).

⁸⁴⁹ *Silke R. Leskowiak*, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 61 ff.; *Lite Mager*, Recht auf Wasser, in: *Oscar Loureda* (Hrsg.), *Wasser*, 2018, S. 57.

⁸⁵⁰ Siehe die Diskussion zwischen Gerichtsmehrheit und Sondervoten in *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, (1992), dort insbes. S. 571 ff., und *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007); s. jüngst *Süddeutsche Zeitung* v. 20.12.2019, verfügbar unter www.sueddeutsche.de/politik/niederlande-klimawandel-urteil-1.4732989.

⁸⁵¹ *Jeff King*, *Judging Social Rights*, Cambridge 2012.

⁸⁵² *Jürgen Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 1969, S. 17, 32 ff., anknüpfend an *Wesley N. Hohfeld/Walter W. Cook*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, 1923, S. 38 ff.

⁸⁵³ Hierzu wird von Generalanwältin *Sharpston* aus der mündlichen Verhandlung zu EuGH, Urt. v. 12.5.2011, *Rs. C-115/09*, die Äußerung „fish cannot walk into court“ kolportiert, s. www.court.housenews.com/eu-court-ushers-appeal-in-fight-over-coal-plant/; einen Totalausfall gerichtlicher Kontrolle nach dem subjektivrechtlichen Modell im Umweltbereich sieht etwa *Jost Pietzchar*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, S. 89 (101); zu Asymmetrien im Umweltrecht auch *Gärdtitz*, Gutachten (Fn. 2), D43 f.; *Gertrude Lübke-Wolf*, Sind die Grenzwerte der 17. BImSchV für krebserzeugende Stoffe drittschützend?, NuR 2000, S. 19 (22).

Dies gilt besonders – wie im Übrigen auch im Privatrecht⁸⁵⁴ – für Rechtsmaßstäbe, die nicht monetarisierbare und damit schwerer fassbare ideelle Interessen abbilden. Das führt wiederum zu einem Ungleichgewicht zugunsten solcher Akteure, die primär unter monetärem und wirtschaftlichem Aspekt handeln.⁸⁵⁵ Hierfür müssen zum einen die rechtsetzenden Instanzen reagieren, indem sie sich mehr Gedanken über die Umsetzung und Umsetzungsbedingungen der von ihnen gesetzten Maßstäbe machen.⁸⁵⁶ Zum anderen ist aber auch die dogmatische Rechtsarbeit gefragt, die die Vorannahmen und Wirkungen des subjektiven Rechts als Leitprinzip der Rechtsbewehrung entschiedener reflektieren und in ihre dogmatischen Konstruktionen integrieren muss.

4 Rechtsschutz jenseits subjektiver Rechte

Auch angesichts dieser asymmetrischen Wirkungen subjektivrechtlicher Rechtsschutzmodelle stellt sich die Frage nach dem durch die VwGO eröffneten Rechtsschutz jenseits subjektiver Rechte.

a) Abstrakte Kontrollen

180 Als Hauptbeleg für Elemente einer objektivrechtlichen Verwaltungskontrolle in deutschen System gilt die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle gem. § 47 VwGO.⁸⁵⁷ Sie setzt auch seit Einführung der Zulässigkeitsvoraussetzung der Rechtsbetroffenheit auf Begründetheitsebene keine Rechtsverletzung voraus, sondern knüpft die Nichtigkeitsklärung an die schlichte Rechtswidrigkeit. Die praktische Brauchbarkeit der Figur des subjektiven Rechts als implizite Regelung einer gestuften Fehlerreaktion⁸⁵⁸ ist hier allerdings schnell deutlich geworden und hat zu aus einer ganzheitlichen Steuerungsperspektive heraus erklärenden Ausweichbewegungen geführt. Das zeigt sich besonders im mit abstrakten Instrumenten arbeitenden Bauplanungsrecht, das mit der Planerhaltung nach §§ 214 f. BauGB ein ebenso unentbehrliches wie dogmatisch schwer durchdringliches und europarechtlich nicht immer unproblematisches Fehlerfolgenregime kennt.⁸⁵⁹ Ohne eine solche Differenzierung kann es nicht gehen: praktischem Gesichtspunkt ist Rechtswidrigkeit eben nicht gleich Rechts-

⁸⁵⁴ Zu den Defiziten des deutschen Schadensrechts in Hinblick auf nicht monetarisierte Interessen s. etwa *Wagner*, Verhaltenssteuerung (Fn. 433), S. 352 (460 ff.).

⁸⁵⁵ Anders als Verbraucher und Bürger sind wirtschaftliche Akteure und die Verwaltung als „reputational“ strukturell im Vorteil, s. *Galanter*, The „Haves“ (Fn. 375), S. 97 ff.

⁸⁵⁶ Das ist der unstrittig berechnete Kern der Nudging-Debatte; dazu *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, *Nudge*, 2008; *Alberto Alemanno*, *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, ICON, Bd. 12 (2014), S. 429 ff.; *Stephan Gerg*, *Nudging*, 2019; Erwägungen zur geeigneten Reaktionen der Aktivlegitimation im Bereich des Kartellrechts bei *Wagner*, Verhaltenssteuerung (Fn. 433), S. 352 (407 ff.).

⁸⁵⁷ Siehe etwa *Gärdtitz*, Gutachten (Fn. 2), D18 „Splitterrest eines selbständigen ... objektiven Kontrollbegriffs“; *Zielke*, in: *Sodan/Zielke* (Hrsg.), *VwGO*, § 47 Rn. 37 f.; die Entwurfsbegründung sah in der Norm letztlich eine prozessökonomische Erleichterung zur Vermeidung zahlreicher Einzelurteile, s. BTDrucks 3/55, S. 33; zu anderen Formen der Normenkontrolle s. → Rn. 207.

⁸⁵⁸ Siehe dazu *Buchheim*, Subjektive Rechte (Fn. 66), S. 227 ff.

⁸⁵⁹ Zum Überblick etwa *Muckel/Ogorek*, Baurecht (Fn. 578), § 5 Rn. 51 ff., deren Darstellung des Problems bereits verdeutlicht, denn die Rechtsfolge eines Gesetzesverstosses wird für jeden möglichen Behördebesitzer gesondert behandelt; zu den europarechtlichen Problemen Nachweise bei → Rn. 122.

widrigkeit.⁸⁶⁰ Interessant ist, dass die verwaltungsrechtliche Dogmatik trotz solcher Probleme im Baurecht ansonsten noch nicht vom Grundsatz der Nichtigkeit und jedenfalls Vernichtbarkeit rechtswidriger abstrakt-genereller Rechtsnormen abgegangen ist.⁸⁶¹ Jenseits des Baurechts – und das betrifft insbesondere kommunale Satzungen – genügt damit jede schlichte Rechtswidrigkeit, um einen verwaltungsgerichtlichen Nichtigkeitsausspruch zu begründen. Damit ist die Fehlerfolgenlehre und ihre allgemeine Dogmatik im Bereich abstrakt-genereller Rechtsnormen wenig differenziert, was nur deshalb praktisch tragfähig ist, weil eine Engführung an anderer Stelle über den subjektiven oder anderweitig selektiven Zuschnitt der prozessualen Rechtsbehelfe geleistet wird.

bb) (Umweltrechtliche) Verbandsklagen

181 Auch umweltrechtliche Verbandsklagen begründen jedenfalls dort, wo es nicht um sogenannte Verbandsverletztenklagen geht, eine partielle Loslösung des deutschen Verwaltungsprozesses vom subjektivrechtlichen Prinzip.⁸⁶² Diese Entwicklung ist maßgeblich dem unionsrechtlich verstärkten Völkerrecht der Aarhus-Konvention geschuldet.⁸⁶³ Das deutsche Recht setzt diese Impulse um, indem es die Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 VwGO aufgegriffen und mit dem Umweltrechtsbehelfsgesetz besondere Klagebefugnisse von Umweltverbänden geschaffen hat. Dagegen hat es auch dort, wo das kompetenzrechtlich möglich gewesen wäre, zumeist davon abgesehen, die mit diesen Rechtsbehelfen verfolgbareren Vorschriften den Umweltverbänden als materielle subjektive Rechte zuzuordnen.⁸⁶⁴ Dies ist – wie gesehen⁸⁶⁵ – keine begriffliche, sondern eine rechtstechnische Frage, die man auch anders, nämlich im Sinne einer materiellrechtlichen Subjektivierung hätte lösen können. Die Konflikte mit dem Unions- und Umweltvölkerrecht machen praktisch immer wieder deutlich, dass darin ein erheblicher Unterschied liegt.⁸⁶⁶ Das gilt besonders auf Ebene der weiteren Fehlerfolgen, wenn nämlich Primärrechtsschutz gegen die dem UmwRG unterliegen-

⁸⁶⁰ Die Entwicklung der Theorie des Stufenbaus (Rechtserzeugungs- und -verdrängungszusammenhang; Fehlerkalkül) durch *Meckl* war unmittelbare Reaktion auf die von *Kelsen* herausgearbeitete theoretische Gleichwertigkeit aller Rechtswidrigkeiten, s. *Adolf Meckl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: FS *Kelsen*, 1931, S. 252 (292–294); in praktischer Hinsicht war die These der Äquivalenz aller Rechtswidrigkeiten – wie die Äquivalenztheorien der Kausalität – weder haltbar noch so gemeint.

⁸⁶¹ → Bd. II *Martini* § 33 Rn. 75ff.; *Andreas Glaser*, Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, 2013, S. 90; *Maurer/Waldhoff*, VerwR (Fn. 514), § 13 Rn. 17; *Markus Müstl*, Normative Handlungsformen: Allgemeiner Teil, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 19 Rn. 35. S. a. *BVerfGE* 91, 148 (175); 103, 332 (390): Grundsatz der Nichtigkeit ist „nicht aber verfassungsgemäß geboten“.

⁸⁶² Siehe nur *Wahl/Schütz*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), VwGO, § 42 Abs. 2 Rn. 229–235; *Gårditz*, Gutachten (Fn. 2), D41–D46 m. w. N., der deshalb eine Sonderprozessrecht fordert (D48–D50); dagegen etwa *Klaus Rennert*, Referat, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, 2017, N127 (N136f.); die dort begrüßte Beschränkung der einstweiligen Rechtsschutzmöglichkeiten nach § 4a Abs. 3 UmwRG a. F. ist inzwischen aufgehoben.

⁸⁶³ Siehe z. B. *Rennert*, Referat (Fn. 862), N130ff. m. w. N.
⁸⁶⁴ Sogenannte „altruistische Verbandsklage“, s. nur *Gårditz*, Gutachten (Fn. 2), D41 m. w. N.
⁸⁶⁵ Dazu → Rn. 158.

⁸⁶⁶ Siehe zum Unterschied und zu den Reibungen mit dem Unionsrecht *Hong*, Schutznormtheorie (Fn. 81), S. 380 (383ff.; 386ff.), unter Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 12.5.2011, Rs. C-115/09; Urt. v. 15.10.2015, Rs. C-137/14.

den Entscheidungen nicht möglich war, etwa weil er vereitelt wurde. Denn ohne materielles subjektives Recht gibt es im Verletzungsfall keinen Anknüpfungspunkt für Folgenbeseitigungs- oder auch Schadenersatzansprüche. Unterschiede ergeben sich aber auch auf Ebene des Verwaltungsverfahrensrechts, dessen Rechtsbehelfe – etwa Ansprüche aus § 48 VwVfG oder auf Nichtigkeitsfeststellung – nach allgemeinen Lehren eigentlich nicht zur Verfügung stehen dürften. Noch fundamentaler dürfte die Entscheidung für eine allein prozessuale Subjektivierung in Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG wirken: Der zentrale teleologische Weichmacher des Prozessrechts müsste eigentlich unanwendbar sein. Die Zuweisung prozessualer Rechtsbehelfe in Bezug auf Rechtsinhalte ist also die schlankeste Form der subjektiven Zuordnung und – in einem subjektivrechtlich geprägten Rechtsschutzsystem – damit zugleich die schlankeste Form der Rechtsbewehrung: Sie erschöpft sich in der Verfügbarkeit eben dieser Rechtsbehelfe, schließt aber nicht die Zugänglichkeit anderer Reaktionsansprüche, Rechtsbehelfe und Verfahren der Rechtsordnung ein, die auf dasselbe Normprogramm Bezug nehmen und auf seine Bewehrung zielen. Ob das den der Aarhus-Konvention entstammenden Vorgaben gerecht wird, steht im Streit.⁸⁶⁷

182 Als entscheidendes Argument gegen eine breitere Zulassung von Verbandsrechten und Rechtsbehelfen, die unstrittig Friktionen mit dem Unions- und Völkerrecht vermeiden würde, werden zumeist die legitimatorischen Grenzen solcher gerichtlicher Verfahren genannt.⁸⁶⁸ Dabei kann es allerdings nicht um die formell-demokratische Legitimation dieser Verfahren gehen. Denn diese ist bei Verbandsklagerechten und anderen „funktionalen“ subjektiven Rechten regelmäßig stärker ausgeprägt als im Normalfall. Soweit sie anerkannt werden, liegt dem zumeist eine explizitere rechtsförmige demokratische Entscheidung zugrunde als bei solchen subjektiven Rechten, die im Wege der Auslegung im Sinne der Schutznormlehre konstruiert werden. Es geht also um rechtlich schwerer zu fassende Rechtfertigungsgrenzen im Sinne einer beschränkten Leistungsfähigkeit des gerichtlichen Forums, seiner Formen und womöglich drohender Akzeptanzprobleme.⁸⁶⁹ Doch könnte es sein, dass eine offene Diskussion der durch die Figur des subjektiven Rechts aufgerufenen Durchsetzungsfrage im Rahmen des politischen Rechtsetzungsprozesses diese Probleme einfangen kann. Denn es ist – gerade beim Blick auf den beschränkten Katalog des UmwRG – nicht davon auszugehen, dass man Verbands(klage)rechte und deren Reichweite beliebig oder leichtfertig einräumen wird.⁸⁷⁰ Dort, wo man es tut, wird es spezifische Gründe haben, wie etwa völker- und unionsrechtliche Pflichten, besondere Durchsetzungsdefizite oder bewusste Akzentverschiebungen hin zu Rechtsin-

⁸⁶⁷ Siehe *Hans-Joachim Koch*, Die Verbandsklage im Umweltrecht, NVwZ 2007, S. 369 (378f.); *Claudio Frazzetta*, Objektive Rechtskontrolle statt subjektiver Rechtsschutz, NuR 2009, S. 384 (384–386); *Thomas von Danwitz*, Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten, NVwZ 2004, S. 272 (279); *Hong*, Schutznormtheorie (Fn. 81), S. 380 (384, 388); umfassend *Angela Schwerdtfeger*, Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention, 2010, S. 266 ff.

⁸⁶⁸ Siehe ausführlich etwa *Gårditz*, Gutachten (Fn. 2), D28–D48; *Rennert*, Referat (Fn. 862), N128–130; *lers*, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529.

⁸⁶⁹ Ausdrücklich den Blick auf die formelle demokratische Legitimation für unzureichend hält etwa *Gårditz*, Gutachten (Fn. 2), D30 ff.

⁸⁷⁰ Der „fiktive Grenzfall“ (*Gårditz*, Gutachten [Fn. 2], D29 m. w. N.) des allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs ist mehr Schreckgespenst als echte Bedrohung.

halten, deren Sichtbarkeit und Relevanz man verbessern möchte. Zwar sollte im Rahmen dieser Diskussion ein Bewusstsein für die funktionalen Grenzen gerichtlichen Entscheidens vorhanden sein.⁸⁷¹ Allerdings scheint hier mehr Vertrauen als Skepsis in den politischen Prozess angezeigt, dessen ohnehin nur gelegentliche Irritation Status-quo-affiner Betroffenheitsvorstellungen für die Rechtsentwicklung eher heilsam als schädlich sein dürfte.

- 183 Die genannten legitimatorischen Vorbehalte haben zur Forderung nach einem Sonderprozessrecht für Verbandsklagen geführt, in dem etwa der Amtsermittlungsgrundsatz zu suspendieren sei.⁸⁷² Ob angesichts des beschränkten und demokratisch bewusst gewollten Anwendungsbereichs der Verbandsklagen hierfür Anlass besteht, kann bezweifelt werden. Ein einheitliches und gerade nicht nach Prozesskonstellationen differenzierendes Verwaltungsprozessrecht ist ein hohes Gut,⁸⁷³ das eine wichtige Rolle für eine durch die Bank robuste gerichtliche Kontrolle spielt, gerade dort, wo sie manchen unliebsam ist.⁸⁷⁴ Das Asylprozessrecht ist ein Beispiel, das offenlegt, wessen Interessen leiden, wenn man vom bis dahin das Prozessrecht beherrschenden Generalisierungsanspruch⁸⁷⁵ abrückt. Rechtliche Formalität und Generalisierung schützen gerade dadurch, dass Selbstbindungen, die in einem bestimmten Bereich einleuchten und im Interesse „der Mehrheit“ liegen, in andere Bereiche hinübertransportiert werden können, wo sie ihr mitunter entgegenlaufen und auch schmerzhaft wirken. Aber auch in der Sache erscheint eine Abkehr von einer gerichtlich vollverantworteten Tatsachenfeststellung gerade im Bereich der Verbandsklage kontraproduktiv. Dadurch würde die Herrschaft der Beteiligten über den Stoff und das Verfahren weiter zugespitzt und dem moderierenden und auf das Rechtsprogramm verpflichteten Einfluss des Verwaltungsgerichts entzogen. Eben dadurch erhalte der von dieser Auffassung als unzureichend legitimiert wahrgenommene Verband, ebenso wie die Verwaltung, zusätzliche Verfügungsmacht über den Gang des Verfahrens und sein Ergebnis. Dabei verhandeln solche Verfahren regelmäßig Fragen von besonderem Allgemeinbezug und öffentlicher Sichtbarkeit, deren Überantwortung an private, nicht politisch legitimierte Akteure gerade deshalb kritisch bewertet wird. Auf Seiten der Verwaltung lauert gerade in solchen regelmäßig stärker politisierten Verfahren eine größere Bereitschaft zur Verfolgung von Gesichtspunkten, die vom rechtlich legitimierten Programm abgehen. Gerade diese Bereitschaft – etwa wegen der Gefahr einer *regulatory capture* – steht oft am Ausgangspunkt der Schaffung von Verbandsklagebefugnissen.⁸⁷⁶ Im Ergebnis könnte eine solche Reform die Verwaltungsgerichte zwar

⁸⁷¹ Emphatisch dazu Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1980), insbes. S. 575 ff.; Antonin Scalia, The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers, Suffolk University Law Review, Bd. 17 (1983), S. 881–900.

⁸⁷² Gärdtitz, Gutachten (Fn. 2), D48–D50; dagegen etwa Rennert, Referat (Fn. 862), N136 f.

⁸⁷³ Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 67), Kap. 1 Rn. 10 f.

⁸⁷⁴ Dazu lapidar und mit Recht Gärdtitz, Gutachten (Fn. 2), D50: „Effektiver Individualrechtsschutz hat seinen Preis“.

⁸⁷⁵ Diesen – aus primär praktischem Gesichtspunkt – betonend auch Rennert, Referat (Fn. 862), N136 f.

⁸⁷⁶ Überblicksartig zur Diskussion Sabine Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, S. 22 f. m. w. N.; zur *regulatory capture* als Anstoß der US-amerikanischen citizen-suit-Möglichkeiten Alexander Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 251 mit Fn. 165; Pamela H. Bucy, Private Justice, Southern California Law Review, Bd. 76 (2002), S. 1 (32 f.).

womöglich gegen eine Überforderung und Erwartungsüberfrachtung schützen. Die größeren legitimatorischen Zusammenhänge und Probleme, die Verbandsklagerechte einerseits erforderlich machen, andererseits mit ihnen einhergehen, würden dadurch aber nicht gelöst. Wenn überhaupt, erschiene im Bereich der Verbandsklagen eine entschiedenere Ergänzung der traditionellen gerichtlichen Formen um solche Elemente angezeigt, die auf den gesteigerten verallgemeinernden Charakter dieser Verfahren reagieren. Zu denken wäre hier etwa an eine Wiederbelebung der Figur des Vertreters des öffentlichen Interesses, an die Einbeziehung weiterer Verbände wie im verfassungsgerichtlichen Verfahren oder an Beteiligungsformen Drittinteressierter, etwa durch *amicus curiae*-Stellungnahmen. Anstelle einer Rückbesinnung auf klassische Formen des Zivilprozesses⁸⁷⁷ erscheint in diesem Bereich also eher eine Fortentwicklung des Verwaltungsprozesses in Hinblick auf seine spezifischen und teilweise bedeutender werdenden Legitimationsprobleme ratsam. Gerade hierfür ist es nötig, klarer zwischen Akzidentien und Kernbestand der gerichtlichen Form zu unterscheiden. Dieser Kernbestand ist weder durch funktionelle subjektive Rechte noch durch Verbandsklagebefugnisse bedroht.

Vermeintliche Akzeptanzprobleme gerade im Umweltbereich haben Anfang 2020 zum Erlass des Maßnahmenesetzvorbereitungsgesetzes (MgvG)⁸⁷⁸ geführt, das den Erlass von zwölf ansonsten im Planfeststellungsverfahren festzusetzenden Projekten in Gesetzesform ermöglichen soll. Die Schritte des Planfeststellungsverfahrens, insbesondere zur Öffentlichkeitsbeteiligung, werden durch das Gesetz in das Vorbereitungsstadium der einzelnen Maßnahmegesetze verschoben. Wesentlicher Ertrag der Reform ist die Ausschaltung der Verwaltungsgerichte als Kontrollinstanzen, die damit als Verantwortliche für die wahrgenommene Unfähigkeit einer vertretbar zügigen Durchführung von Großprojekten markiert werden. Bedauerlich ist daran nicht nur das populistisch anmutende Misstrauen in gerichtliche Kontrolle,⁸⁷⁹ sondern auch der Umstand, dass unions- und verfassungsrechtliche Probleme ausgeblendet wurden. Der Europäische Gerichtshof hat in vergleichbaren Fällen bereits signalisiert, die vollständige Ausschaltung eines gerichtlichen – und damit auch seines eigenen – Zugriffs im Bereich der UVP-Richtlinie nicht hinnehmen zu wollen.⁸⁸⁰ Er hat gefordert, dass Umweltverbände eine Möglichkeit haben müssen, die gleichwertige Erfüllung der UVP-Anforderungen durch das gesetzliche Verfahren überprüfen zu lassen. Es bleibt unklar, ob andere Formen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes – etwa unionsrechtlich veranlasster Feststellungsrechtsschutz gepaart mit ihn absichernden einstweiligen Anordnungen – nicht zu vergleichbar langen gerichtlichen Interventionen führen werden. Auf verfassungsrechtlicher Ebene stellt sich das Problem einer Verunklarung von Verantwortlichkeit

⁸⁷⁷ Auch dessen Tauglichkeit zur Aufarbeitung bestimmter Steuerungsprobleme ist kontinuierlich in der Diskussion, a. nur das Thema der zivilrechtlichen Sektion des 72. Deutschen Juristentags; dazu Stadler, Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 734); s. a. Michael Heese, Die Musterfeststellungsklage und der Dieselkandal, JZ 2019, S. 429 (430–432).

⁸⁷⁸ Gesetz v. 22. März 2020, BGBl I (2020), S. 640.

⁸⁷⁹ Kritisch auch Groß, Maßnahmegesetze (Fn. 300), S. 82: „fatales Signal für die Zukunft des Rechtsstaates in Deutschland“.

⁸⁸⁰ EuGH, Urt. v. 18.10.2011, Rs. C-128/09 u. a., Rn. 57; dazu Groß, Maßnahmegesetze (Fn. 300), S. 81 f. m. w. N.

ten,⁸⁸¹ die bereits bei Verordnungen mit parlamentarischen Umgestaltungen und Änderungsvorbehalten zu einer verfassungsgerichtlichen Intervention geführt hat.⁸⁸² Es steht nicht zu erwarten, dass das Bundesverfassungsgericht – sofern es damit befasst werden wird – eine solch offensichtliche Amalgamierung des gesetzgeberischen und des Verwaltungsverfahrens hinnehmen wird. Insbesondere eine rechtlich formalisierte Öffentlichkeitsbeteiligung als Vorstufe des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens verletzt die legitimatorischen Grundannahmen einer repräsentativen Demokratie. Ebenso wenig ist zu erwarten, dass das Bundesverfassungsgericht die Einsetzung als erste Kontrollinstanz der Planfeststellung für ein ganzes Bündel von Vorhaben akzeptieren wird. Die Situation ist anders als bei der vom Bundesverfassungsgericht gebilligten Legalplanung qua Maßnahmegesetz im Fall der Südumfahrung Stendal.⁸⁸³ Dort wurde ein einzelnes Projekt auf Grundlage eines regulären parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens festgelegt, nicht aber in einfacher Gesetzesform ein komplett neuer Rahmen für eine Reihe zukünftiger legislativer Planungsentscheidungen geschaffen. Nicht das einzelne Maßnahmegesetz wirft also die Probleme auf, sondern deren formvermischende Vorbereitung durch das MgvG. Inwieweit dieser Mangel auf die mit einer Verfassungsbeschwerde anfechtbaren Maßnahmegesetze durchschlägt, ist aber unklar.

cc) Strategische Verwaltungsprozesse

- 185 Das international an Bedeutung gewinnende Phänomen strategischer Prozessführung⁸⁸⁴ markiert eine weitere partielle Loslösung des Verwaltungsprozesses vom subjektiven Prinzip und von seinen legitimatorischen Grundannahmen. Ausgangspunkt dieser Dynamik ist allerdings das subjektive Prinzip selbst, weil es fordert, dass sich die mit subjektiven Rechten ausgestatteten Stellen für die Geltendmachung ihrer Rechte nicht rechtfertigen müssen. Die berechnete Person entscheidet selbst über ihr Rechtsschutzbedürfnis, das nur in Sonderkonstellationen entfällt. Das ist in einem System der Interessentenklage anders, in dem das berechnete Interesse an gerichtlichen Kontrollressourcen objektiviert und positiv etabliert werden muss.⁸⁸⁵ Gleich welche vom geltend gemachten Begehren losgelöste Absichten und Interessen „eigentlich“ hinter meinem Prozessverhalten stecken, stellt sich ein System subjektiven Rechtsschutzes zu dieser Frage grundsätzlich blind.⁸⁸⁶ Das aber schafft den Raum, innerhalb dessen strategische

⁸⁸¹ Spannend zum Problem und für einen numerus clausus der Formen: *INS v. Chodha*, 462 U.S. 919 (1983), S. 944 ff.; *Clinton v. City of NY*, 524 U.S. 417 (1998), S. 436 ff.

⁸⁸² *BVerfGE* 114, 196 (237 ff.); dazu *Christoph Möllers*, Rechtsstaatliche Form versus sozialstaatliche Formlosigkeit, *Jura* 2007, S. 932.

⁸⁸³ *BVerfGE* 95, 1 (16 ff.) m. Anm. *Ulrich Hüfeld*, *JZ* 1997, S. 302 (305).

⁸⁸⁴ Siehe dazu *Galanter*, *The Haves* (Fn. 375), S. 101 ff.; *Alexander Graser*, *Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann*, *Rechtswissenschaft* 2019, S. 317, sowie die Beiträge in *ders./Christian Helmrich* (Hrsg.), *Strategic Litigation*, 2019.

⁸⁸⁵ Überblicksweise zu Frankreich *Wahl*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, Vor § 42 Abs. 2 Rn. 20 f.

⁸⁸⁶ Dies ist der Grund für das moralphilosophische Misstrauen gegenüber dieser Figur in der kritischen Theorie: *Menke*, *Kritik* (Fn. 756), S. 197 ff.; *Axel Honneth*, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, 2013, S. 150 ff.; *Daniel Loick*, *Juridismus*, 2017, S. 140 ff. Umgekehrt zeigt sich hier, wie sehr das ganze System auf ein letztlich liberales Vorverständnis angewiesen ist. Zur Kritik auch *Tim Wühl*, *Die Politisierung des Legalen. Eine Kritik der „Kritik der Rechte“*, in: *Eric Hilgendorf/Benno Zabel* (Hrsg.), *Die Idee subjektiver Rechte*, 2020, S. 295 ff.

Prozessführung agiert: Sie nutzt die in einem bestimmten rechtlichen Kontext eingeräumten Rechte, um sich damit das gerichtliche Forum zu erschließen, Themen sichtbar zu machen und die Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung zu treiben. Der Prozess Erfolg im konkreten Fall tritt in den Hintergrund, ebenso wie die prozessführende Person und deren „Fall“.⁸⁸⁷ Nicht der Fall fordert „sein“ Recht ein, sondern die zuvor festgelegte Rechtsprävention sucht sich die dafür geeigneten Fälle. Eigentlich geht es den Prozessierenden um die durch den Prozess argumentativ erzwungenen Festlegungen und die damit eingeschlagenen Pfadabhängigkeiten, die in einer Reihe von Gerichtsverfahren in die jeweils gewünschte Richtung entwickelt werden sollen.⁸⁸⁸ Strategische Prozessführung enttäuscht damit einerseits zentrale Vorannahmen des subjektiven Prinzips, weil es eben nicht mehr primär um den konkreten Fall und die eigenen Interessen der prozessführenden Parteien geht,⁸⁸⁹ andererseits basiert sie gerade auf den Besonderheiten des subjektiven Prinzip (keine Rechtfertigungslast für die Rechtswahrnehmung), des gerichtlichen Forums (Sichtbarkeit, dialogischer Charakter) und der gerichtlichen Arbeitsweise (hermeneutischer Modus). Es handelt sich um eine Praxis, die außerhalb dieser Besonderheiten nicht funktionieren könnte und die sich darin fundamental von rechtspolitischen Kampagnen oder Lobbyarbeit unterscheidet, auch wenn sie ähnliche Zielsetzungen verfolgt. Weil sie sich gerade der Formen und Besonderheiten gerichtlicher Verfahren und „regulärer“ subjektiver Rechte bedient und sie zuspitzt, ist strategische Prozessführung damit eine Form sozialer Praxis und als dogmatischer Rechtsbegriff kaum zu fassen. Es gibt kein scharfes Kriterium, anhand dessen man sie identifizieren und in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren anders behandeln könnte. Das schließt allerdings nicht aus, im Prozessrecht Institute vorzusehen, die auf den gesteigerten Allgemeinbezug solcher Verfahren besonders zugeschnitten sind, wie sie hier im Kontext der Verbandsklage angeregt wurden. Verwaltungsgerichte könnten gesetzlich dazu ermächtigt werden, sich in Fällen, in denen sie – etwa aufgrund der Identität oder des Vortrags der klagenden Partei – einen starken strategischen Charakter des Vorbringens zu erkennen meinen, dieser besonderen Instrumente zu bedienen, die man gegebenenfalls von einem Antrag der Parteien abhängig machen und in einem Zwischenurteil formalisieren könnte. Jedenfalls kann die schwere rechtliche Fassbarkeit es nicht rechtfertigen, das Phänomen ganz zu ignorieren und gelegentlich die verwaltungsprozessualen Instrumente *ad hoc* und letztlich willkürlich zu entziehen. Freiheitlicher Kernbestand des subjektiven Rechts ist, dass die Wahrnehmung eines Rechts, auch wenn sie störend ist, nicht als Missbrauch abgetan werden kann.⁸⁹⁰

⁸⁸⁷ Zum Begriff des Falls mit Blick auf die Selektionsfunktion des Gerichtsprozesses → Rn. 22 f.

⁸⁸⁸ Zur Abfolge von Fällen, die zur Segregationsentscheidung des US-Supreme Court (Brown Board of Education, 347 U.S. 483) geführt hat s. *Mark Tushnet*, *Some Legacies of Brown v. Board of Education*, *Virginia Law Review*, Bd. 90 (2004), S. 1693–1720.

⁸⁸⁹ Zu diesen legitimatorischen Vorannahmen und Hintergründen s. bereits → Rn. 23; repräsentativ etwa *Gährdtz*, *Gutachten* (Fn. 2), D30–D34; *Klaus Rennert*, *Legitimation und Legitimität des Richters*, *JZ* 2015, S. 529.

⁸⁹⁰ → Rn. 163. Zur problematischen Figur des Rechtsmissbrauchs s. etwa *Frederick Schauer*, *Can Rights Be Abused?*, *The Philosophical Quarterly*, Bd. 31 (1981), S. 225.

dd) Europäische Einflüsse

186 Viele der geschilderten Relativierungen und Infragestellungen des subjektiven Prinzips, etwa im Bereich des Umweltrechts, gehen maßgeblich auf europäische Einflüsse zurück. Das dürfte vor allem an der in einer supranationalen Rechtsgemeinschaft unvermeidlichen Konfrontation mit anderen Vorstellungen und Selbstverständlichkeiten liegen, die den eigenen Rechtsinstituten den Anschein des Notwendigen nimmt. Schon allein, um nicht permanent Partei zu beziehen, muss die europäische Rechtsordnung hier einen gegenüber grundlegenden Gegensätzen wie subjektiver versus objektiver Verwaltungskontrolle agnostischen, technisch-funktionalistischen Stil pflegen. Aber auch weil europäisches Recht nicht auf ein gemeinsames, reichhaltiges begrifflich-institutionelles Vorverständnis verweisen kann, sind unionsrechtliche Rechtsbegriffe und Institute der Tendenz nach „dünner“. Eben deshalb bedienen sich europäische Rechtsakte des Instruments der Erwägungsgründe, die in der Sache einem Explizitmachen des Vorverständnisses gleichkommen bzw. es ersetzen. Diese Abstinenz hinsichtlich der Fundamente des eigenen Rechts wird durch die europäische Form des Föderalismus weiter verstärkt. Dieser kennt – anders als beispielsweise das US-amerikanische System und ähnlich dem deutschen – wenige unionale Gerichte und Verwaltungsbehörden, sondern überantwortet die Umsetzung des europäischen Rechts weitgehend den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Eben diese schwache Institutionalisierung hat es auch erforderlich gemacht, Einzelne über das Vehikel subjektiver Rechte in die Durchsetzung des unionsrechtlichen Vorranganspruchs einzubinden.⁸⁹¹ Die an diese Entwicklung anknüpfende Diskussion um funktionale subjektive Rechte, die damit einhergehende Relativierung und Technisierung der subjektivrechtlichen Form und der Bedeutungsgewinn der Verbandsklagen im Umweltrecht, einem der wenigen Bereiche offensiver unionsrechtlicher Gesetzgebungsaktivität, können damit als prägende Einflüsse des Unionsrechts auf jüngere verwaltungsrechtliche und verwaltungsprozessuale Debatten gelten. Gerade solche Irritationen des Gewohnten machen ein Nachdenken über Funktionen und Formen des Verwaltungsprozessrechts notwendig, will man die europäischen Einflüsse nicht nur im Sinne einer rückwärtsblickenden Abschirmung von sich fernhalten, sondern sie sinnvoll in das eigene System integrieren.

VI. Effektivität verwaltungsgerichtlicher Kontrolle

1. Begriffe der Effektivität

187 Einigkeit herrscht darüber, dass verwaltungsgerichtliche Verfahren eine wirksame gerichtliche Verwaltungskontrolle und effektiven Rechtsschutz bieten müssen. Was das bedeutet, ist allerdings nicht immer klar. Sicherlich nicht gemeint ist ein möglichst ökonomisches Verhältnis von Aufwand und Ertrag, also nicht Effizienz.⁸⁹² Gerichte und ihre Formen sind grundlegend unpragmatische

⁸⁹¹ → Rn. 10. Grundlegend dazu *Missing*, Mobilisierung (Fn. 24), S. 50 ff.; *Claus-Dieter Classen*, Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, *VerwArch*, Bd. 88 (1997), S. 645 (646 ff.).

⁸⁹² Unzutreffend daher die Formulierung von *Joachim Arntz*, Untersuchungsgrundsatz und tatsächliche Mitwirkung im Verwaltungsprozess, *DVB1* 2008, S. 78 (80), der den Untersuchungsgrundsatz

Institutionen, nicht Orte glatter Aufgabenerledigung. Das gilt aufgrund des Erstzugriffs der Verwaltung, die die Dinge eben zumeist zufriedenstellend „erledigt“, besonders für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁸⁹³ Auch kann es der Forderung nach „Effektivität“ des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht darum gehen, dass alles, was Recht ist, notfalls gerichtlich erzwungen werden kann, also nicht um Erzwingbarkeit. Das gilt theoretisch. Die Erzwingbarkeit allen Rechts führte in den infiniten Regress.⁸⁹⁴ Auch könnte das gesamte Verfahrenrecht, das ja gerade die Frage verhandelt, wie das, was gilt, festzustellen und umzusetzen ist, durch eine allgemeine Zwangsnorm (es kann erzwungen werden, was rechtlich gilt) ersetzt werden. Es gilt auch – insbesondere vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit – aus Wertungsgründen, weil nicht jeder Rechtsinhalt Zwang und Gewalt rechtfertigen kann. Zwang ist für manche Rechtsinhalte schlicht ungeeignet oder brächte unverhältnismäßige Kollateralfolgen mit sich, sodass hier Abstufungen geboten sind und von Rechtsordnungen seit jeher vorgenommen werden.⁸⁹⁵ Dass es der Forderung nach effektivem gerichtlichen Rechtsschutz – auch dort, wo subjektiviertes Recht im Raum steht – nicht um möglichst weitgehende Erzwingbarkeit geht, wird aber vor allem mit Blick auf andere Rechtsordnungen deutlich, deren Rechtsbehelfssysteme sonst als schwer defizitär gelten müssten. Der Standardrechtsbehelf des Common Law, ebenso wie derjenige des klassisch-römischen Rechts, ist bzw. war Schadenersatz, nicht die Erzwingung der geschuldeten Leistung.⁸⁹⁶ Das französische Verwaltungsrecht und das Unionsrecht kannten bzw. kennen keine echte Verpflichtungsklage und keine Leistungsklage.⁸⁹⁷ Rechtsvergleichend haben wenige Rechtsordnungen die tatsächliche Erzwingbarkeit ihrer Anordnungen so weit getrieben wie die deutsche.⁸⁹⁸ Auch auf Ebene der Europäischen Menschenrechtskonvention ist – als Element des *fair trial*, Art. 6 EMRK, oder unter dem Begriff des *effective remedy*, Art. 13 EMRK – eine bestimmte Mindestqualität nationaler Rechtsbehelfe gefordert, die aber nicht die Erzwingbarkeit des qua Konvention Geschuldeten *in natura* voraussetzt.⁸⁹⁹ Prominent ist der Begriff der

dem „effizienten Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG“ entnimmt. Doch dürfte gerade dieser Grundsatz das Verfahren weniger effizient gestalten.

⁸⁹³ Dazu bereits → Rn. 107 ff.

⁸⁹⁴ Siehe nur *Alf Ross*, *On Law and Justice*, 1959, S. 56 f.; zur Rehabilitation des Zwangscharakters des Rechts s. etwa *Frederick Schauer*, *The Force of Law*, 2015.

⁸⁹⁵ Beispielfhaft keine Erzwingbarkeit der Dienstleistung, § 896 Abs. 3 ZPO; keine klagbare Verpflichtung zur Eingehung der Ehe, § 1297 Abs. 1 BGB, und keine Vollstreckbarkeit der Pflicht zur Herstellung des ehelichen Lebens, § 120 Abs. 3 FamFG.

⁸⁹⁶ Umfassend *Riehm*, *Naturalerfüllung* (Fn. 199), S. 1 ff.; 30 ff.; 64 ff. zur Naturalerfüllung im Common Law *Alan Schwartz*, *The case for specific performance*, *Yale Law Journal*, Bd. 89 (1979), S. 271–306.

⁸⁹⁷ Zur Entwicklung der Verpflichtungsklage aus einer Kombination kassatorischer Befugnisse mit einseitigen Anordnungen im französischen Recht s. *Marsch*, *Subjektivierung* (Fn. 12), S. 178 ff.

⁸⁹⁸ Siehe zum historischen und rechtsvergleichenden Überblick *Riehm*, *Naturalerfüllung* (Fn. 199), S. 64 ff.

⁸⁹⁹ Siehe etwa *EGMR*, *Urt. v. 26.3.1987*, Nr. 9248/81 – *Leander u. Sweden*, Rn. 76–84; die Lage ist freilich differenziert, s. etwa *Marten Breuer*, in: *Ulrich Kaspenstein/Pranz Mayer* (Hrsg.), *EMRK*, Art. 13, Rn. 32 ff., 42 ff. m.w.N.; *Dagmar Richter*, in: *Oliver Dörr/Rainer Grote/Tiilo Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG*, Ksp. 20 Rn. 45 ff.; s. auch *ECHR*, *Guide to Article 13*, verfügbar unter www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf; überblicksartig zu den Wirksamkeitserfordernissen aus Art. 6 und 13 EMRK *Liermann-Witzack*, *Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention* (Fn. 402), S. 10 f.

Wirksamkeit schließlich im Unionsrecht in Gestalt des *effet utile* und des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf, Art. 47 GRC, wo er ebenfalls nicht eine *Koste-was-wolle-Verwirklichung*, sondern ernsthafte Anstrengungen im Rahmen der vorhandenen Formen verlangt.⁹⁰⁰ Die Forderung nach der Effektivität oder Wirksamkeit gerichtlicher Verfahren und anderer Rechtsbehelfe verweist also immer auf die jeweiligen Verfahren und Formen, von denen sie zugleich verlangt, dass sie nicht bloße Formen sein dürfen. Ein gerichtliches Verfahren, an dessen erfolgreichem Ende ich so dastehe wie zuvor, das also nicht mit einer gewissen Durchsetzungsstärke und einem fassbaren Mehrwert ausgestattet ist, wäre eine solche bloße Form. Die Forderung nach Effektivität verwaltungsgerichtlicher Verfahren lässt sich daher am besten *ex negativo* ausdrücken: Das Durchlaufen verwaltungsgerichtlicher Verfahren soll keine sinnlose Anstrengung sein.⁹⁰¹ Es muss gegenüber anderen Verfahren einen Mehrwert aufweisen und seine Ergebnisse gegenüber diesen behaupten können, sodass es Kosten hat, sie zu übergehen.

2. Verfassungsrechtliche Zentralvorgabe: Art. 19 Abs. 4 GG

- 188 Sucht man im deutschen Recht nach normativen Anknüpfungspunkten für die Forderung nach einem *effektiven* verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, ist erster Kandidat Art. 19 Abs. 4 GG.⁹⁰² Der Gehalt der Norm ist aber in mehrerer Hinsicht beschränkt.⁹⁰³ Diese Beschränkungen ziehen einer Ausdeutung des gesamten Verwaltungsprozessrechts als Vollzug der grundgesetzlichen Rechtsweggarantie klare Grenzen. Eine gründliche Bestimmung dieser Garantie schiebt auch einer allzu einseitigen materiellrechtlichen Teleologisierung des Prozessrechts einen Riegel vor und sichert damit zugleich den Freiraum für die Bestimmung selbständiger prozessrechtlicher Formen und Funktionen.
- 188a Schon die oberste Prämisse, nämlich dass es sich um eine Garantie *wirksamen* gerichtlichen Rechtsschutzes handele, ist eine *dogmatische* Konstruktion, weil in der Norm weder von Wirksamkeit noch von Schutz die Rede ist. Diese Konstruktion ist soweit berechtigt, wie man die Effektivitätsforderung wie soeben skizziert *ex negativo* versteht. Wie genau und mit welchen Folgen der Rechtsweg

⁹⁰⁰ Siehe umfassend jüngst *EuGH*, Urt. v. 19.12.2019, Rs. C-752/18, Rn. 29–56 (Zwanghaft gegen Ministerpräsidenten nur bei klarer Rechtsgrundlage); zur Formgebundenheit von positiven Pflichten grundlegend *Johannes Masing/Rainer Wahl*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.; zum Problem im Kontext des Art. 19 Abs. 4 GG *Buchheim*, Actio (Fn. 95), S. 245–249 m. w. N.

⁹⁰¹ *EuGH*, Urt. v. 19.12.2019, Rs. C-752/18, Rn. 36: „Dieses Recht wäre nämlich illusorisch, wenn die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats es zuließe, dass eine endgültige und bindende gerichtliche Entscheidung zulasten einer Partei wirkungslos bleibt“; zur Konkretisierung durch Umkehrung der Fragestellung am Beispiel der Loyalitätspflichten im Unionsrecht *Daniel Benrath*, Die Konkretisierung von Loyalitätspflichten, 2019, S. 286 ff. (Verletzungsperspektive).

⁹⁰² Zur Forderung nach „effektivem Rechtsschutz“ als Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG: *BVerfGE* 67, 43 (58); 88, 118 (123); 96, 27 (39); 107, 395 (401); *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, Art. 19 IV Rn. 80 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maurz/Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 229; *Horst Bauer*, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, 1973, S. 61; *Dieter Lorenz*, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR, Bd. 105 (1980), S. 623; *Volkühle*, Rechtsschutz gegen den Richter (Fn. 386), S. 176 ff.

⁹⁰³ Siehe dazu auch im Weiteren → Bd. I *Masing* § 10 Rn. 151 ff.; → Bd. I *Schmidt-Aßmann/Schubert/Haubold* § 5 Rn. 61 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maurz/Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 233 ff.

ausgestaltet ist, ist damit aber nicht gesagt.⁹⁰⁴ Diese entschiedene Normprägung, der stete Verweis auf die wiederum selbst durch das Prozessrecht geschaffenen Formen, gerät leicht in Vergessenheit. Schon sie schließt es aus, sich das Verwaltungsprozessrecht als optimalen Vollzug von Art. 19 Abs. 4 GG zu denken.⁹⁰⁵

Eine weitere Begrenzung ergibt sich aus der Betroffenheit in eigenen Rechten als zentralem Tatbestandsmerkmal des Art. 19 Abs. 4 GG. Wäre die Rechtsweggarantie Schlüssel des gesamten Verwaltungsprozessrechts, so würde verwaltungsgerichtliches Handeln, das keine subjektiven Rechte zur Geltung bringt, zu einem erklärungsbedürftigen Fremdkörper, obwohl es in der Verwaltungsgerichtsordnung vielfach vorgesehen ist.⁹⁰⁶ Das gilt neben den oben erörterten Konstellationen insbesondere für die Geltendmachung von Organrechten, die zwar die Kriterien des § 42 Abs. 2 VwGO, nicht aber die Voraussetzungen eines subjektiven Rechts im Sinne der Verfassung erfüllen.⁹⁰⁷ Eine stete Orientierung der Ausdifferenzierung, Auslegung und Handhabung des Verwaltungsprozessrechts an Art. 19 Abs. 4 GG und den daraus gefolgerten Effektivitätsgeboten schafft schließlich eine grundlegende Asymmetrie im System, weil sich in der Regel nur eine Seite verwaltungsgerichtlicher Streitigkeiten auf Art. 19 Abs. 4 GG als dynamischen Weichmacher des Verwaltungsprozessrechts berufen kann, nämlich die Bürgerin und nicht die Verwaltung. Eine „rechtsschutzfreundliche Auslegung“ der Klagebefugnisse, des Revisionsrechts oder der gerichtlichen Zugriffsbefugnisse ist damit immer entweder einseitig und stellt dadurch die prozessuale Waffengleichheit infrage oder sie bringt spiegelbildliche Spillover-Effekte zugunsten der nicht durch Art. 19 Abs. 4 GG berechtigten öffentlichen Gewalt mit sich.

Daneben ist zu beachten, dass es sich bei Art. 19 Abs. 4 GG nach dem textlichen Ausgangspunkt um eine Reaktionsregel handelt. Die Norm schreibt vor, was folgt, wenn eine vermeintliche Verletzung gegeben ist, nämlich die Möglichkeit gerichtlicher Befassung. Sie verspricht dagegen zunächst einmal keine Verhinderung der Rechtsverletzung.⁹⁰⁸ Die Verfügbarkeit vorbeugenden und einstweiligen Rechtsschutzes als zwingende Gebote des Art. 19 Abs. 4 GG auszulagern, scheint daher fragwürdig, ebenso wie eine in erster Linie auf die Rechtsweggarantie bezugnehmende und verweisende Auslegungs- und Anwendungspraxis in diesem Bereich.⁹⁰⁹ Denn eine gerichtliche Bewehrung des

⁹⁰⁴ Ebenso *Schmidt-Aßmann*, in: *Maurz/Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 280; *Schoch*, in: *ders./Schneider* (Hrsg.), VwGO, Vor § 80 Rn. 13; *ders.*, Vorläufiger Rechtsschutz (Fn. 841), S. 964; zur Komplexität und den Zielkonflikten der Wirksamkeitsforderung a. a. *Schmidt-Aßmann/Schenk*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), VwGO, Einleitung Rn. 153 f.; daher die Forderung nach „adäquatem“, nicht „wirksamem“ Rechtsschutz von *Kay Windthorst*, Der verwaltungsgerichtliche einstweilige Rechtsschutz, 2009, S. 474 ff.

⁹⁰⁵ Ebenso *Hagen*, Elemente (Fn. 2), S. 34: „Aus der Notwendigkeit einer effektiven Rechtsordnung kann höchstens die Rechtfertigung einer Verfahrensregelung zur Rechtsweggarantie abgeleitet werden, nicht jedoch deren Gestaltung im Einzelfall“.

⁹⁰⁶ Siehe zu den nicht subjektivrechtlich bedingten Rechtsweggarantien → Rn. 173 ff., 179 ff.

⁹⁰⁷ Siehe dazu *BVerfGE* 129, 108 (118) m. w. N.

⁹⁰⁸ Zu legitimatorischen Erwägungen dieses Zusammenhangs: *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 221), S. 95 ff.

⁹⁰⁹ So aber *BVerfGE* 46, 166 (179); ebenso schon der Gesetzesentwurf BTDrucks 3/55, S. 44; repräsentativ und differenziert *Schoch*, in: *ders./Schneider* (Hrsg.), VwGO, Vor § 80 Rn. 9 ff. m. w. N, mit

Rechts wie auch von Rechten – die Markierung des rechtlich Geltenden – könnte auch durch nachträgliche Feststellung, Kompensation oder andere gerichtliche Befassungsgründe geleistet werden.⁹¹⁰

190a Auf der anderen Seite nimmt man Art. 19 Abs. 4 GG kaum ernst, wenn man seine Wirkung von der gleichzeitigen Verleihung materieller Reaktionsansprüche – etwa eines Anspruchs auf Folgenbeseitigung – abhängig macht.⁹¹¹ Art. 19 Abs. 4 GG, der „dem Gewölbe des Rechtsstaats den Schlussstein einfügt“,⁹¹² würde sonst gegenüber dem Gesetzgeber zahlos. Das gegenüber allen Gewalten ausgesprochene grundrechtliche Versprechen, bei Verletzungen der Rechte, nicht nur der Grundrechte, Gerichte anrufen zu können, könnte durch schlichten Federstrich, nämlich den Ausschluss von Reaktionsansprüchen, vereitelt werden.⁹¹³ Dass Art. 19 Abs. 4 GG Rechte voraussetzt, nicht schafft, gilt daher nur für die in dieser Norm angesprochenen vorausliegenden Rechtspositionen, die Primärrechte. Das Regime der Fehlerfolgen selbst, also die Einräumung und der Umfang von Rechtsverletzungsreaktionen, muss sich hingegen an der Grundgesetznorm messen lassen.⁹¹⁴ Das gilt unabhängig davon, ob der Gesetzgeber dabei einen materiellen oder prozessualen Regelungszugriff wählt.

191 In der Sache enthält Art. 19 Abs. 4 GG damit ein institutionelles Folgerichtigkeitsgebot. Dort, wo die Rechtsordnung Rechte eingeräumt hat, muss es grundsätzlich möglich sein, wegen einer vermeintlichen Verletzung dieser Rechte durch die öffentliche Gewalt Gerichte anzurufen. Das hindert angesichts der oben hervorgehobenen Normprägung nicht, die Anrufung an weitere Formen und Bedingungen wie bestimmte Verfahrensarten, Fristen oder Konkretheit zu knüpfen. Es schließt aber aus, der geltend gemachten Rechtsverletzung ohne spezifisch prozessrechtlichen Grund das gerichtliche Forum zu verschließen. Aus diesem Grund haben – nicht verabsolutierende – Rechtsschutzargumente im Rahmen der Diskussion um §§ 45 ff. VwVfG, um andere Fehlerfolgenregime und auch im Staatshaftungsrecht ihren berechtigten Platz.⁹¹⁵ Diese zwingen aber

der Forderung, die Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 4 in Aussetzungskonstellationen nicht zu überschätzen, in Vornahmekonstellationen ernster zu nehmen.

⁹¹⁰ Siehe aus theoretischer Warte *Smith, Rights and Remedies* (Fn. 195), S. 45 ff.; *ders., Duties, Liability, Damages*, Harvard Law Review, Bd. 125 (2012), S. 1727 ff.; *Buchheim, Actio* (Fn. 95), S. 131 ff.; dagegen *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 283*, wonach die Eröffnung des Rechtswegs „auf Erfüllung und Restitution drängt“; ebenso *Wolfram Höftling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL, Bd. 61 (2002), S. 260 (268 ff.).

⁹¹¹ In diese Richtung (im Kontext der Diskussion um Beurteilungsermächtigungen der Verwaltung) aber *Jestaedt, Maßstäbe* (Fn. 97) S. 329, Rn. 38; *Martin Effer*, Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung, ZJS 1 (2008), S. 336 (336 f.); wie hier die Rechtsweggarantie für grundsätzlich anwendbar betrachtet *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 281 ff.*; a. a. → Bd. I *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* § 5 Rn. 61 ff.; Bd. II *Sauer* § 47 Rn. 70.

⁹¹² *Thoma*, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: *Dreier* (Hrsg.), *Richard Thoma* (Fn. 228), S. 9.

⁹¹³ Dazu *Buchheim, Actio* (Fn. 95), S. 170 ff. m. w. N.; ebenso → Bd. II *Sauer* § 47 Rn. 70.

⁹¹⁴ Ebenso für das gesamte Sanktionssystem → Bd. II *Sauer* § 47 Rn. 12; *ders.*, *Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen*, Habilitationsschrift 2014.

⁹¹⁵ Siehe für den beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit etwa *BVerwGE* 138, 102; kritisch dazu *Schenk*, *Konkurrentenklage* (Fn. 157), S. 321–327; für die diesbezügliche Kritik an § 46 VwVfG etwa *Friedhelm Hüfen*, Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern, DVBl 1988, S. 69 (73 f.); wiederum kritisch *Fischer, Kraftfeld* (Fn. 110), S. 114 ff.; allgemein zum aus Gründen des Rechtsschutzes vollzogenen Schluss auf die Notwendigkeit von materiellen Hilfsansprüchen *Gerhardt*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), *VwGO, Voraufgabe Vor § 113 Rn. 5*. Nach *Ossenbühl/Cornils*, *StaatshaftungsR*

nicht zur Anerkennung materieller Fehlerfolgen oder Reaktionsansprüche, die sich wegen des Fokus der Garantie auf den gerichtlichen Rechtsweg nicht als unmittelbar verfassungsrechtliches Gebot der Art. 19 Abs. 4 GG begründen lassen.

192 Fragt man sich, was Art. 19 Abs. 4 GG als Rechtsfolge einer verwaltungsgerichtlichen Befassung fordert, gelangt man zur verbindlichen Rechtsfeststellung als Basisleistung der Gerichtsbarkeit.⁹¹⁶ Dass schon sie durchaus effektiv sein kann, erweist sich am herrschenden – vom Reichsgericht übernommenen – Dogma, wonach sich die Verwaltung an gerichtlich festgestelltes Recht halte.⁹¹⁷ Sie tut das der allgemeinen Annahme nach nicht, weil sie ansonsten dazu gezwungen werden könnte, sondern, weil wir von einer rechtsstaatlichen Verwaltung erwarten, dass sie jedenfalls dort, wo Recht gerichtlich festgestellt ist, danach handelt und gerade nicht zuwartet, bis sie gezwungen wird.⁹¹⁸ Das erwarten wir zwar auch von Bürgern. Dennoch zeigt der ihnen gegenüber durchgehaltene und manchmal auch die klagende Partei belastende Vorrang der Leistungsklage im Zivilprozess und sein differenziertes Vollstreckungsrecht, dass wir darauf nicht genauso vertrauen und uns Private nicht als grundsätzlich rechtstreu denken. Die Effektivität der blanken Rechtsfeststellung erweist sich aber auch am Verfassungsprozess, der für Organstreitigkeiten nur die Rechtsfeststellung kennt,⁹¹⁹ am unionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren, das dem vorliegenden Gericht nur an die Hand gibt, wie Unionsrecht zu verstehen ist,⁹²⁰ und an der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der es teils bei der Feststellung bewenden lässt und eine Kompensation nicht zuspricht.⁹²¹ Auch die verbindliche Rechtsfeststellung als durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenes Minimum ist freilich durch die konkreten Formen des Prozessrechts bedingt, darin eingebunden und nicht voraussetzungslos. Die Rechts-

(Fn. 463), S. 354, steht der Schluss von den Geboten effektiven Rechtsschutzes auf bestimmte Ansprüche im Kontext der Zwangseinweisung in Wohnungen am Anfang der Diskussion um den allgemeinen Abwehranspruch gegen rechtsverletzendes Handeln der öffentlichen Hand: „Ein wirksamer Rechtsschutz kann sich nicht auf die Kassation des behördlichen Gebots [scil. Wohnungseinweisung] beschränken, sondern muss auch den realen Vollzug dieses Gebots rückgängig machen“.

⁹¹⁶ Vgl. *Schmidt-Aßmann, Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 280*.

⁹¹⁷ Stehe nur *BVerwGE* 36, 179 (181 f.); 51, 69 (75); *Pietzcker*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 43 Rn. 43. Diese Rechtsprechung geht zurück auf *RGZ* 92, 276 (278).

⁹¹⁸ *BTDrucks* 3/55, S. 49: „Die Befolgung gerichtlicher Urteile durch die Behörden müsste freilich in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit sein“.

⁹¹⁹ *Stefan Koriath*, in: *Schlaich/Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 97, 373; *Christian Walter*, in: *Benedikt Grünwald/Christian Walter* (Hrsg.), *BeckOK BVerfGG*, § 67 Rn. 1; näher *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/ders.*, *BVerfGG*, § 67 Rn. 5 ff.; *Jörg Lücke*, Die stattgebende Entscheidung im verfassungsrechtlichen Organstreitverfahren, JZ 1983, S. 380; auch ein Verpflichtungsausspruch ist grundsätzlich ausgeschlossen, vgl. *BVerfGE* 20, 119 (129); 124, 161 (188); allerdings sind Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG zulässig, s. *BVerfGE* 147, 50 (121 f., Rn. 176).

⁹²⁰ Daher jüngst die „Durchsetzung“ eines Vorabentscheidungsbeschlusses gegenüber der polnischen Regierung über ein Vertragsverletzungsverfahren und eine damit verbundene einstweilige Anordnung, a. *EuGH*, *Beschl. v. 8.4.2020*, Rs. C-791/19 R; zur Schwäche des Vorabentscheidungsverfahrens insoweit bereits → Rn. 87; *Linda Schneider*, *Responses by the CJEU to the European Crisis of Democracy and the Rule of Law*, reconstitution Working Paper, Forum Transregionale Studien 2/2020.

⁹²¹ Allerdings laut *Nicola Wenzel*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), *EMRK*, Art. 41 Rn. 6 u. 19, in der Praxis selten.

weggarantie gebietet also nicht die Verfügbarkeit einer allgemeinen Feststellungsklage, sondern kann auch inzidenter eingelöst werden.⁹²²

193 Blickt man darauf, welche gesetzlichen und richterrechtlichen Ausgestaltungen des Rechtswegs verfassungsrechtliche Anerkennung gefunden haben,⁹²³ zeigt sich, dass Art. 19 Abs. 4 GG neben der individuellen auch eine systemische Perspektive einnimmt.⁹²⁴ Formen und Begrenzungen des Rechtswegs wie Fristen, Kosten, besonderes Feststellungsinteresse oder Präklusionen müssen auf sachlichen Erwägungen beruhen, dürfen aber wie jede abstrakt-generelle Norm generalisieren und können den Rechtsweg daher im Einzelfall – auch in Fällen, in denen das Härten erzeugt – ausschließen. Gegen den sofort und ohne Gebührenfolge sich erledigenden Verwaltungsakt, der mich anweist, die Straßenseite zu wechseln, ist Feststellungsrechtsschutz in der Regel schlicht nicht eröffnet, egal wie rechtswidrig die Anweisung war. Der Staat muss seine Rechtsschutzressourcen nicht für Banalitäten bereitstellen. Ginge es allerdings um ein strukturelles Problem, etwa eine sich aufspielende schikanöse Dorfpolizistin, diskriminierende Personalkontrollen in Zügen⁹²⁵ oder das in den USA systematisch praktizierte oberflächliche Kontrollieren bestimmter Bevölkerungsgruppen (sog. *stop and frisk*⁹²⁶), stünde in ansonsten ähnlichen Situationen Feststellungsrechtsschutz wohl zur Verfügung.⁹²⁷ Das zeigt, dass der Garantiegehalt des Art. 19 Abs. 4 GG weniger in der gerichtlichen Durchsetzung subjektiver Rechte in jedem Einzelfall besteht als in einer Systementscheidung für die grundsätzliche Verfügbarkeit ernsthafter gerichtlicher Kontrolle gegenüber dem Handeln der öffentlichen Gewalt. Wenn man den Garantiegehalt des Art. 19 Abs. 4 GG gegenüber dem Gesetzgeber in dieser Weise fasst, muss man ihn aber auch gegenüber den rechtsanwendenden und mitgestaltenden Gerichten so verstehen. Aus der Grundgesetznorm folgt daher für die Gerichte nicht das Gebot, in jedem Fall, in dem dies von der betreffenden Prozessrechtsnorm her irgendwie durch Auslegung möglich erscheint, Rechtsschutz zu gewähren.⁹²⁸ Aus ihr folgt nur das Gebot, das Prozessrecht und seine Dogmatik so zu handhaben, dass dadurch systemisch betrachtet zumutbarer und wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz verfügbar ist und Fehlleistungen der Verwaltung begegnet werden kann. Man nähert sich damit auch wieder der ursprünglichen Bewertung der Rechts-

⁹²² So etwa der Rechtsschutzansatz des Unionsrechts, s. *Sauer*, Der Einzelne (Fn. 404), S. 168 ff.
⁹²³ Siehe etwa *BVerfGE* 10, 264 (267 ff.); 88, 118 (123 f.); 89, 28 (35 f.); zu den Ausgestaltungen des Gerichtszugangs etwa *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 233 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG I, Art. 19 Abs. 4 Rn. 90–105.

⁹²⁴ Siehe dazu etwa die Herleitung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses bei tiefgreifenden, sich typischerweise kurzfristig erledigenden Grundrechtseingriffen, *BVerfGE* 146, 303 (311 ff., Rn. 31–35).

⁹²⁵ *OVG NW NVwZ* 2018, S. 1497 (Tz. 34–36) (typischerweise kurzfristige Erledigung für Feststellungsinteresse ausreichend und über *BVerfGE* 146, 303 [311 ff., Rn. 31–35] hinausgehend).

⁹²⁶ Siehe zur Praxis *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); zum *stop-and-frisk*-Programm der Stadt New York, *Floyd v. City of New York*, 12.8.2013; a. zum Nachgang *New York Times v. 23.11.2013*, verfügbar unter www.nytimes.com/2013/11/23/nyregion/appeals-court-refuses-for-now-to-overturn-stop-and-frisk-ruling.html.

⁹²⁷ Unempfindlich für die systemische Dimension der Rechtsweggarantie – allerdings *BvVGH*, *Urt. V. 7.3.2018*, 3 *BV* 16.2040, Rn. 28–43 (kein Feststellungsinteresse wegen Verbots eines Kopftuchs im Referendariat nach dessen Beendigung).

⁹²⁸ Gegen ein „schlichtes Rechtsschutzmaximierungsgebot“ auch *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG I, Art. 19 Abs. 4 Rn. 81.

weggarantie als „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“, aus der ebenfalls eine systemische – nicht individualbezogene – Sicht deutlich wird.

3. Systementscheidung für eine wirksame verwaltungsgerichtliche Kontrolle

Löst man die Frage der Effektivität der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle 194 aus ihrer verfassungsrechtlichen Überformung, stellt sich die Frage, welche Aussagen die VwGO selbst zur Wirksamkeit und zu den Rechtsfolgen verwaltungsgerichtlicher Verfahren trifft. Hier kann man eine Systementscheidung für eine durchsetzungsstarke verwaltungsgerichtliche Kontrolle feststellen, die sich allerdings nicht an einer einzelnen Norm, sondern an einer Vielzahl von Regelungen und historisch-genetischen Anknüpfungspunkten festmachen lässt.⁹²⁹

Die Entscheidung für eine wirksame verwaltungsgerichtliche Kontrolle ent- 194a sprach dem erklärten Ziel der nachkriegsdeutschen Politik und Verwaltungsrechtslehre, aber auch der Westalliierten, der Gefahr einer neuerlichen Entgrenzung der öffentlichen Gewalt durch Einrichtung einer robusten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu begegnen.⁹³⁰ Die Verwaltungsprozessordnungen der süddeutschen Länder und die Verordnung 165 für die britische Besatzungszone sahen jeweils schon eine gerichtliche Ermessenskontrolle, eine allgemeine Feststellungsklage und besondere Reaktionen auf die in Bescheidform handelnde Verwaltung vor.⁹³¹ Entsprechend sah bereits das *BVerwGG* ein Verbot des Rechtswegausschlusses (§ 17), eine mit aufschiebender Wirkung (§ 29) ausgestattete Anfechtungs-, Versagungsgegen- und Untätigkeitsklage (§ 15), eine allgemeine Feststellungsklage (§ 16), einstweiligen Rechtsschutz (§ 30), den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 38) und eine Ermessenskontrolle (§ 15 Abs. 2) vor, die zu den Essentialia einer robusten gerichtlichen Verwaltungskontrolle gezählt werden können. Nicht anders verhält es sich mit der VwGO, die daneben noch die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, die kassatorische Wirkung der Anfechtungsklage und die bescheidersetzende Verpflichtungsklage sowie die Leistungsklage mitsamt – teils beschränktem⁹³² – Vollstreckungsrecht ergänzte. Insbesondere die Befugnis zum Erlass einstweiliger Anordnungen, die kassatorische bzw. bescheidersetzende Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage und die in diesem Zusammenhang geregelten Möglichkeiten des Fortsetzungsfeststellungsantrags sowie einer Verbindung mit gerichtlich angeordneten Folgenbeseitigungs- und Zahlungspflichten können als Beleg eines Willens zur effektiven Ausgestaltung des Prozessrechts gelten. Denn sie schließen es aus, dass sich die Gerichte von der ersthandelnden, über den Streitgegenstand verfügenden sowie personell und sachlich weit überlegenen Verwaltung hinhalten oder umgehen lassen müssen. Dieser Anspruch, eine wirksame und echte gerichtliche Kontrolle

⁹²⁹ Siehe nur *BTDrucks* 3/55, S. 43 (zur Regelung des Urteilstenors und der zusätzlichen Anordnungsmöglichkeiten); S. 49 (zu den Vollstreckungsbefugnissen gegen die öffentliche Hand).

⁹³⁰ Siehe zum Ganzen → Rn. 7 f. m. w. N.

⁹³¹ Siehe → Rn. 8; s. nur die Darstellung bei *Niedobitek*, in: *Sommermann/Schaffarzik*, *Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 915 ff.

⁹³² Siehe dazu → Rn. 212; die Erzwingungsmöglichkeit gegenüber der Verwaltung war zuvor nicht selbstverständlich, vgl. *BTDrucks* 3/55, S. 49.

des Verwaltungshandelns in all seinen Formen zu ermöglichen, kommt schließlich auch in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich zur Sprache.⁹³³

195 Dass das Augenmerk der VwGO mindestens ebenso sehr darauf liegt, den besonderen Befugnissen und Möglichkeiten der Verwaltung gerecht zu werden und sie wirksam einzuhegen, wie darin, in jedem Einzelfall effektiven Schutz subjektiver Rechte zu ermöglichen, lässt sich beispielhaft an den Regelungen zur Anfechtungsklage und ihrer aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO) zeigen. Denn aus der Stoßrichtung eines wirksamen Schutzes der Rechte lässt sich die generell aufschiebende und vollziehungshemmende Wirkung der Anfechtungsklage nicht erklären, wie auch die insoweit abweichenden Regelungen des französischen und unionalen Rechts zeigen.⁹³⁴ Flexibel an die Erfolgsaussichten und an das jeweilige Fehlerrisiko anknüpfende Instrumente der vorläufigen Vollstreckbarkeit und des Vollstreckungsschutzes wie im zivilprozessualen Vollstreckungs- und Rechtsmittelrecht würden genügen, wenn es nur darum ginge, die Verletzung der gefährdeten subjektiven Position im Einzelfall zu verhindern. Die aufschiebende und vollziehungshemmende Wirkung als Standardfolge von Rechtsbehelfen lässt sich besser als generell wirkendes Gegengewicht zur Machtstellung der Verwaltung und den schneidigen Wirkungen des Verwaltungsaktes begreifen.⁹³⁵ Es verhindert, dass sich die Gerichte permanent durch eine ersthandelnde, sich selbst ins Recht setzende Verwaltung unter Zugzwang gesetzt sehen und sie nur einschreiten können, wenn im Einzelfall die Erfolgsaussichten oder besonders schwerwiegende Nachteile der klagenden Partei das erlauben. Wird ein Rechtsbehelf eingelegt, verliert die einseitige Festlegung der Verwaltung stattdessen sofort ihre Wirkung und ist die prozessuale Gleichheit der Parteien für die Dauer des Verfahrens hergestellt. Der Verwaltung ist es so im Regelfall⁹³⁶ versperrt, für die Dauer eines Prozesses ihre jeweilige Anwendungspraxis zu behaupten und bereits dadurch Pfadabhängigkeiten und Beharrungskräfte zu begründen.⁹³⁷ Ehe es zu solchen Effekten kommen kann, soll vielmehr die Gerichtsbarkeit die Praxis rechtlich geprüft haben. Das ist eine nicht zwingende und etwa bei der Drittanfechtung von Großprojekten auch unerwünschte Effekte (siehe auch insoweit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO) mit sich

⁹³³ Siehe etwa BTDrucks 3/55, S. 25: „Die öffentliche Gewalt drängt sich mehr und mehr in die Sphäre des Bürgers; dies bedingt aber andererseits eine allumfassende und wirkungsvolle Verwaltungsgerichtsbarkeit als Damm gegen jedwelchen Mißbrauch“; für den Anspruch auf Lückenlosigkeit ebd., S. 31.

⁹³⁴ Kritisch zur Ableitung des Regel-Suspensiveffekts aus Art. 19 Abs. 4 GG auch Schoch, in: *ders./Schneider* (Hrsg.), VwGO, Vor § 80 Rn. 13; kein standardmäßiger Suspensiveffekt etwa im französischen Recht, s. *Marsch*, Subjektivierung (Fn. 12), S. 227 ff.; zur unionsrechtlichen Nichtigkeitssklage s. Art. 278 AEUV, dazu *Peter-Tobias Stoll/Boris Rigod*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), EU-Recht, Art. 278 AEUV Rn. 1 ff.

⁹³⁵ Zur Funktion der aufschiebenden Wirkung aufschlussreich BTDrucks 3/55, S. 39. S. a. *Klaus Beckmann*, Vorläufiger Rechtsschutz und aufschiebende Wirkung, 2008, S. 47; *Windthorst*, Einseitiger Rechtsschutz (Fn. 904), S. 577; *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz (Fn. 841), S. 1126 f.; *Michael Kloepfer*, Zur aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Abwasserabgabenbescheide, JZ 1983, S. 742 (750).

⁹³⁶ Zu den Ausnahmen s. § 80 Abs. 2 VwGO.

⁹³⁷ Siehe ausdrücklich BTDrucks 3/55, S. 39: „Der Verwaltungsschutz würde erheblich an Wirksamkeit einbüßen, wenn die Behörde es in der Hand hätte, bis zur verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ihren Willen durchzusetzen und damit für einen meist nicht unerheblichen Zeitraum vollendete Tatsachen zu schaffen“.

bringende institutionelle Richtungsentscheidung, nicht Ausfluss des Einzelnen geschuldeten Schutzes ihrer Rechte. Nicht anders verhält es sich mit dem vorläufigen Rechtsschutz. Sein gedanklicher Ausgangspunkt und Sicherungsgegenstand ist das Hauptsacheverfahren,⁹³⁸ das nicht durch eine voreilig handelnde Verwaltung oder durch bloßen Zeitablauf obsolet werden soll, unabhängig davon, ob die zugrundeliegende Hauptsache subjektive Rechte betrifft. Hier wird also wirksame gerichtliche Entscheidungsmacht abgesichert, nicht das einzelne Recht.

Deutlich wird die systemische Ausrichtung verwaltungsprozessualer Effektivitätsansprüche auch an der gerichtlichen Amtsermittlung, § 86 Abs. 1 VwGO.⁹³⁹ Dass sie nicht Konsequenz der der Rechtsinhaberin geschuldeten – insoweit mit der Rechtsweggarantie gleichlaufenden⁹⁴⁰ – Justizgewährung sein kann, zeigt sich daran, dass im Zivilprozess niemand am Beibringungsgrundsatz (§ 138 ZPO) Anstoß nimmt. Allfällige Informationsasymmetrien können auch dort durch Modifikation der Darlegungsanforderungen aufgefangen werden, sodass der durch § 86 VwGO eröffnete gerichtliche Zugriff auf die Tatsachen für den Schutz der einzelnen Rechtsposition nicht nötig ist.⁹⁴¹ Er ist aber notwendig, um die Verwaltung als ersthandelnden, strukturell der Gegenseite und dem Gericht informatorisch überlegenen prozessualen Gewohnheitsakteur⁹⁴² institutionell in den Griff zu bekommen und die Gerichte nicht deren Informationsvorsprung und seiner strategischen Nutzung auszuliefern.⁹⁴³ Die Verwaltung kann sich so der auch auf tatsächlicher Ebene spielenden Feststellungsfunktion des gerichtlichen Verfahrens nicht durch einseitige Gestaltungen entziehen, etwa indem sie Tatsachen unstrittig stellt, deren Erörterung in einem öffentlichen Verfahren unangenehm oder lästig wäre. Hier zeigt sich erneut auch die im Verwaltungsprozess besonders gesteigerte Vergewisserungs- und Aktualisierungsfunktion, die eine Vergewisserung über das, was in Verwaltungssachen tatsächlich „der Fall“ ist, einschließt⁹⁴⁴ und als solche vom Rechtsschutzbegehren der prozessführenden Partei unabhängig ist. Insofern gilt hier ähnliches wie für das strafgerichtliche Verfahren. Dort sind es die Staatsanwaltschaft und Polizeibehörden, deren Informationsübermacht durch den Untersuchungsgrundsatz eingefangen wird.⁹⁴⁵

⁹³⁸ Siehe dazu bereits → Rn. 176; s. etwa *Schoch*, in: *ders./Schneider* (Hrsg.), VwGO, Vor § 80 Rn. 34 f.

⁹³⁹ Siehe dazu → Rn. 132 ff.

⁹⁴⁰ *BVerfGE* 107, 395 (403 ff.) – fachgerichtlicher Rechtsschutz.

⁹⁴¹ Entsprechend lassen sich aus Art. 6 und 13 EMRK zwar bestimmte Informationszugangs- und Abmahnungsrechte im Verfahren („Anspruch auf Wissensparität“, vgl. *Jens Mayer-Ladewig/Stefan Barendorf/Stefan König*, in: *Mayer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* [Hrsg.], EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 111), nicht aber der Grundsatz der Amtsermittlung herleiten, s. a. *Lierpman-Witzack*, Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention (Fn. 402), insbes. S. 8.

⁹⁴² Siehe zum Aspekt der *repeat player* bereits → Rn. 185, zu denen auch Behörden zählen.

⁹⁴³ Siehe ebenso *Nolte*, Eigenart (Fn. 2), S. 33, 80; *Kaufmann*, Untersuchungsgrundsatz (Fn. 228), S. 282 f.

⁹⁴⁴ Zur Funktion gerichtlicher Tatsachenvergewisserung *Gardtitz*, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 213–217.

⁹⁴⁵ Vgl. *Sebastian Bürger*, Unmittelbarkeitsgrundsatz und kontradiktorische Beweisaufnahme, ZStW, Bd. 128 (2015), S. 518 (519 f., 524).

4. Klagearten und Urteilsfolgen als spezifische Reaktion auf Stellung und Instrumente der Verwaltung

197 Die Entscheidung der VwGO für eine wirksame verwaltungsgerichtliche Kontrolle kommt auch in Regelungsschwerpunkt, Rechtsschutzformen und Entscheidungsfolgen klar zum Ausdruck. Die VwGO reagiert auf die Schlüsselstellung der Verwaltung für die Umsetzung des Verwaltungsrechts und die daraus folgenden Problem- und Gefährdungslagen.⁹⁴⁶ Zugleich gestaltet sie das institutionelle Verhältnis der Gerichte zur Verwaltung im Sinn eines die Eigenheiten der Verwaltung respektierenden, zugleich wirksamen gerichtlichen Zugriffs.

a) Prozessuale Verarbeitung des Verwaltungsakts

198 Erstes und wichtigstes Spezifikum ihres Gegenstandsbereichs, auf das die VwGO reagiert, ist die Form des Verwaltungsakts.⁹⁴⁷ Dieses dem Zivilurteil nachempfundene, wirkmächtig ausgestaltete Instrument überlässt das Prozessrecht nicht einer Regelung durch den Verwaltungsverfahrensgesetzgeber, sondern widmet ihm einen eigenen Abschnitt und darüber hinaus verschiedene spezifische Regelungen (z.B. §§ 42, 113 f., 167 Abs. 2 VwGO). Bereits dieser Befund spricht dagegen, Anfechtungs-, Bescheidungs- und Verpflichtungsklagen als modifizierte anspruchverfolgende Klagen zu rekonstruieren. Wäre es so wie bei der Leistungsklage, hätte man auf die besondere Regelung der Klagebefugnis, des Vorverfahrens, des Klagegegners, der Anfechtungsfrist, der aufschiebenden Wirkung und des Urteilsauspruchs verzichten können, weil sich all das aus den zugrundeliegenden materiell-verfahrensrechtlichen Ansprüchen, ihren Begrenzungen sowie Wirksamkeits- und Bestandskraftlehren ergäbe. Stattdessen hat der Prozessrechtsgesetzgeber in Hinblick auf die Handlungsform des Verwaltungsaktes die entscheidenden Weichen für das Verhältnis zwischen Rechtsschutzsuchenden, Verwaltung und Gerichtsbarkeit selbst gestellt. So rezipiert etwa § 80 Abs. 1 VwGO das Dogma der fehlerunabhängigen Wirksamkeit des Verwaltungsakts und erkennt damit die besondere Stellung der Verwaltung an. Gleichzeitig nimmt das Verwaltungsprozessrecht Wirksamkeit und Vollziehbarkeit im Regelfall für die Dauer des Rechtsbehelfsverfahrens wieder zurück.⁹⁴⁸ Über die Reaktionsstruktur des § 42 Abs. 2 VwGO, den Nachrang der Feststellungsklage, § 43 Abs. 2 VwGO, die Untätigkeitsklage, § 75 VwGO, und die nur rudimentäre Regelung der Leistungsklage verpflichtet sich die VwGO im Regelfall auf einen ex post-Rechtsschutz.⁹⁴⁹ Über § 44a VwGO sichert die VwGO die Integrität des Verwaltungsverfahrens, das zum Abschluss gekommen sein soll, ehe gerichtliche Kontrolle eingreift.⁹⁵⁰ Über das Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO, ist der Verwaltung ein zweiter kontrollierender Zugriff auf ihre Entscheidungen er-

⁹⁴⁶ Ähnlich Marsch, Subjektivierung (Fn. 12), S. 127: „flexibles System der Klagearten und rechtsschutzadäquate Urteilsformen“; es geht genauer wohl eher um handlungsformadäquate Klage- und Urteilsformen.

⁹⁴⁷ So bereits die Einschätzung der Zeitgenossen, s. etwa Rupp, Neue VwGO I (Fn. 625), S. 149 (150 f.).

⁹⁴⁸ Siehe → Rn. 195. Zur recht anspruchsvollen Diskussion des § 80 VwGO in der Gesetzesbegründung BTDrucks 3/55, S. 39 f., die ganz offensichtlich gestaltend und nicht bloß nachzeichnend ist.

⁹⁴⁹ Dazu ausführlich → Rn. 107 ff.

⁹⁵⁰ Dazu → Rn. 109.

öffnet.⁹⁵¹ Über die Festlegung der Klagefrist setzt die VwGO den Zeitpunkt der Bestandskraft und damit die zentrale „Wartefrist“ für den Fortgang der Verwaltungstätigkeit.⁹⁵² Durch die Regelung des Urteilsauspruchs definiert das Prozessrecht das Ausmaß des gerichtlichen Zugriffs auf die zugrundeliegende Verwaltungsache. Dabei geht es weit über kassatorische Befugnisse hinaus, indem es den Gerichten erlaubt, die Sach- und Folgenentscheidung an sich zu ziehen und trotz Erledigung zu entscheiden, § 113 Abs. 1 Satz 2 und 4, Abs. 2 und Abs. 4. Gleichzeitig sichert § 113 Abs. 5 VwGO die grundsätzliche Kompetenz der Verwaltung, Entscheidungsreife herbeizuführen, und begrenzt § 114 VwGO den gerichtlichen Zugriff auf das Ermessen, wobei diese Norm das Verhältnis der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit nicht nur bei der Kontrolle von Verwaltungsakten, sondern handlungsformunabhängig gestaltet.⁹⁵³

Flexibilität und Zugriffsmacht des Verwaltungsakts und seine daraus folgende Omnipräsenz führen dazu, dass der spezifische Zuschnitt des Prozessrechts auf dieses Instrument bereits einen Großteil der Konfliktlagen und Entscheidungsfolgen aufarbeitet. Ist das gesamte Verwaltungsverfahren so angelegt, dass es am laufenden Band formalisierte und vollstreckbare Verwaltungsentscheidungen in Einzelfällen produziert, genügt im Ausgangspunkt ein Prozessrecht, das seine Anknüpfungspunkte notfalls fingiert (§ 75 VwGO), aufschiebende (§§ 80, 80a VwGO), kassatorische (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und bescheideretzende (§ 113 Abs. 5 VwGO) Befugnisse bereithält und Möglichkeiten eröffnet, finanzielle und andere Folgeentscheidungen (§ 113 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 4) an sich zu ziehen. Es bleiben nur wenige Problemlagen, etwa die voreilige oder langsame, die nichtformalisierte und die abstrakt-generell handelnde Verwaltung, die eigener Regelung bedürfen.⁹⁵⁴

b) Einstweiliger Rechtsschutz als Element prozessualer Wirksamkeitssicherung

Die Gefahren einer voreiligen oder langsamen Verwaltung und die Frage der interimistischen Rechtslagen⁹⁵⁵ vor einer verfahrensmäßigen Feststellung des rechtlich Geltenden werden durch die Rechtsbehelfe der VwGO ebenfalls in erkennbar an Wirksamkeit und Durchschlagskraft orientierter Weise adressiert.⁹⁵⁶

⁹⁵¹ Dazu → Rn. 127 f.

⁹⁵² Siehe BTDrucks 3/55, S. 38, wonach man sich bewusst gegen die zweiwöchige Frist der süd-deutschen VGGe und für die Frist der VO 165 entschied; in Frankreich liegt die Regelfrist bei 2 Monaten (R-421-1 Code de justice administrative).

⁹⁵³ Vgl. dazu Riese, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 7; Andreas Decker, in: Posser/Wolff (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 1, ohne allerdings auf die allgemein angenommene analoge Anwendung hinzuweisen; zum ähnlichen Problem bei § 172 VwGO s. → Rn. 212.

⁹⁵⁴ Kritisch zum Fokus der VwGO auf den Verwaltungsakt, da sich „die modernen Mittel der Verwaltung [...] jeder Erfassung durch das im Wesentlichen aus dem vorigen Jahrhundert stammende Schema der verwaltungsrechtlichen Institutionen entziehen“, bereits Rupp, Neue VwGO I (Fn. 625), S. 149 (150).

⁹⁵⁵ Zu diesen beiden Funktionen des einstweiligen Rechtsschutzes Schoch, in: ders./Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 80 Rn. 33 ff.

⁹⁵⁶ Die Verwaltungsgerichte lösen dieses Versprechen auch beherzt ein; im Jahr 2019 waren bei etwa 170 000 Hauptsacheeingängen weitere 68 000 Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz zu verzeichnen, s. Statistisches Bundesamt, Destatis (Fn. 138), S. 16, 42.

Wie überwiegend auch im Privatrecht⁹⁵⁷ wählt die deutsche Rechtsordnung hier einen prozessrechtlichen Zugriff über §§ 80, 80a, 123 VwGO.⁹⁵⁸ Bis zum Abschluss verwaltungsgerichtlicher Hauptverfahren bestehen danach auf Antrag weitreichende Gestaltungsbefugnisse der Gerichte zur Regelung des Interimszustands rechtlicher und tatsächlicher Unsicherheit. Diesen prozessualen Befugnissen entsprechen keine materiellen Zwischenansprüche gegen die Verwaltung, wie sich besonders in Folgenabwägungen bei unklarer Erfolgsaussicht zeigt.⁹⁵⁹ Sicherungsgegenstand ist stattdessen der prozessuale Anspruch der hypothetischen Hauptsache,⁹⁶⁰ sodass insoweit eine Rückbindung an das materielle Recht nicht fehlt,⁹⁶¹ sie aber auch nur bedingt ist. Auch andere wichtige Steuerungsimpulse gehen vom verwaltungsprozessualen Interimsrecht – nicht vom materiellen Recht – aus, etwa in Gestalt der Entscheidung für die Sicherung der staatlichen Finanzkraft und die sofortige und fehlerunabhängige Handlungsfähigkeit der Vollzugspolizei des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 VwGO. Eine Abweichungskompetenz der Länder besteht hier nicht. Schließlich finden sich im Prozessrecht auch eigene Befugnisse der Verwaltung zur Regelung von Interimsfragen, nämlich in §§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Abs. 3, 80a Abs. 1 und 2 VwGO.⁹⁶² Auch sie haben kein materiellrechtliches Pendant, ohne dass daran kompetenzrechtlich Anstoß genommen würde. Dass einstweilige Anordnungsbefugnisse ein zentrales und flexibles Instrument gerichtlicher Wirksamkeitsabsicherung sind, zeigt sich auch rechtsordnungsübergreifend. So hat sich insbesondere im französischen Verwaltungsrecht aus einer Kombination von Kassations- und einstweiligen Interventionsbefugnissen der Verwaltungsgerichte ein in mancher Hinsicht funktionelles Äquivalent der Verpflichtungsklage entwickelt.⁹⁶³ Diese Lückenfüllerfunktion hat sich auch im Unionsrecht gezeigt, wo der Europäische Gerichtshof im einstweiligen Rechtsschutz teils Interventionsbefugnisse gegenüber den Mitgliedstaaten in Anspruch nimmt, die über seine Befugnisse in der zu sichernden Hauptsache hinausgehen.⁹⁶⁴ Der einstweilige Rechtsschutz kommt aber nicht ohne Kosten. Er beruht wegen des summarischen Charakters immer auf einer Zurücknahme von Förmlichkeit, dialogischer Verfahrensführung, gründlicher Tatsachenvergewisserung und Distanz zum Gegenstand der eigenen Entscheidung, relativiert also Kernmerkmale der gerichtlichen Form.

201 Vergleichbare allgemeine Ermächtigungen der Verwaltung zur Regelung vorläufiger Zustände während eines laufenden Verwaltungsverfahrens feh-

⁹⁵⁷ Zum Phänomen und Fehlen eines allgemeinen „materiellen Zwischenrechts“ Dieter Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, S. 54 ff.; Ausnahmen dazu sind die Besitzschutzregelungen.

⁹⁵⁸ Vgl. Windthorst, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn. 904), S. 303; Schock, Vorläufiger Rechtsschutz (Fn. 841), S. 966 ff., 984 ff.; ders., Bürgerbegehren und Bürgerentscheid (Fn. 843), S. 1481. Dazu bereits Buchheim, Actio (Fn. 95) S. 230–233.

⁹⁵⁹ Siehe etwa Schock, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid (Fn. 843), S. 1481, im Kontext der prozessualen Sicherung von Bürgerbegehren.

⁹⁶⁰ Siehe → Rn. 176.

⁹⁶¹ Hierauf großen Wert legend Schock, Vorläufiger Rechtsschutz (Fn. 841), S. 984 ff.

⁹⁶² Zu solchen Befugnissen der Verwaltung kraft Prozessrechts, deren Erklärung die h. M. schuldig bleibt, s. Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 233 f. mit weiteren Beispielen.

⁹⁶³ Marsch, Subjektivierung (Fn. 12), S. 358 f.

⁹⁶⁴ Für einen solchen Fall – mit umfassender Zulässigkeitsdiskussion – EuGH, Beschl. v. 8.4.2020, Rs. C-791/19 R; zum Phänomen Schneider, Responses by the CJEU (Fn. 920), S. 24 f.; Koen Lenaerts/Ignace Maselis/Kathleen Gutman, EU Procedural Law, 2014, S. 571.

len.⁹⁶⁵ Regelungen zum unvermeidlichen Problem der Dauer und Komplexität der verfahrensmäßigen Tatsachen- und Rechtsfeststellung finden sich allerdings punktuell im besonderen Verwaltungsrecht, etwa in Gestalt von Ermächtigungen zur Erteilung von Teilgenehmigungen (z. B. § 8 BImSchG, § 61 BauO BW) oder vorläufigen Gestattungen (§ 11 Abs. 1 GastG).⁹⁶⁶ In etwas allgemeinerer Form finden sich solche Überlegungen auch im Kontext der Debatten um den Gefahrenbegriff⁹⁶⁷ oder Gefahrerforschungseingriffe⁹⁶⁸. Jeweils ist das Bemühen erkennbar, die Genehmigungs- und Gefahrenabwehrbehörden auch auf unklarer Tatsachengrundlage handlungsfähig zu halten und damit die allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung und die zu einem Handeln ermächtigende Wissensgrundlage zu modifizieren. Jenseits dieser Konstellationen dürfte das Fehlen von Interimsbefugnissen angesichts der Flexibilität und Formlosigkeit des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsakts im Regelfall keine übermäßigen Probleme schaffen. Dies gilt auch, weil das Verwaltungsverfahrensrecht, insbesondere §§ 36, 49 VwVfG, gewissen Raum für vorläufige und später reversible Entscheidung gibt. Abgesehen davon ist § 42a VwVfG⁹⁶⁹ die einzige Norm des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts, die die Frage des Zwischenrechts adressiert. Sie wirkt fragmentarisch, weil sie nur bescheidförmiges Handeln betrifft und sich vom besonderen Verwaltungsrecht abhängig macht, das sie nur selten aufgreift. Auch ist die Fiktion ein im Vergleich zum verwaltungsprozessualen Interimsrecht unflexibles⁹⁷⁰ und oft inadäquates Instrument: Sie erlaubt es nicht, einen Zwischenzustand aktiv zu regeln und etwa auf sich abzeichnende Verfahrensergebnisse vorläufig zu reagieren. Diese Lücke im verfahrensrechtlichen Instrumentarium ist unter Steuerungsgesichtspunkten interessant, weil jedenfalls Planfeststellungs- und andere komplexere Genehmigungsverfahren durchaus so viel Zeit in Anspruch nehmen können, dass ein flexibleres und explizites verwaltungsverfahrensrechtliches Interimsgestaltungsrecht sinnvoll sein könnte. Stattdessen scheint man andere Wege zu verfolgen, etwa indem man im besonderen Verwaltungsrecht formelle Genehmigungserfordernisse reduziert, vereinfachte Verfahren einführt und diese Rechtsbereiche damit entformalisiert. Alternativ oder zusätzlich werden die Verwaltung über die Genehmigungsfiktion und

⁹⁶⁵ Windthorst, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn. 904), S. 303: „Leipolds Aussage, materielles Zwischenrecht sei für den einstweiligen Rechtsschutz bedeutungslos, kann für den Ellrechtsschutz in Verwaltungsakten zugestimmt werden“; umfassend zur im Weiteren geschilderten Lücke des Verwaltungsverfahrensrechts Christoph Brünig, Einstweilige Verwaltungsführung, 2003.

⁹⁶⁶ „Personen, die einen erlaubnisbedürftigen Gaststättenbetrieb von einem anderen übernehmen wollen, kann die Ausübung des Gaststättengewerbes bis zur Erteilung der Erlaubnis auf Widerruf gestattet werden. Die vorläufige Erlaubnis soll nicht für eine längere Zeit als drei Monate erteilt werden; die Frist kann verlängert werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt“.

⁹⁶⁷ Zu möglicherweise herabgesetzten verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung Kingreen/Poscher, Polizei- und OrdnungR, § 8 Rn. 26 f.; Poscher, Gefahrenabwehr (Fn. 8), S. 187 f.

⁹⁶⁸ Zum Zusammenhang etwa Ricarda Dill, Amtsermittlung und Gefahrerforschungseingriffe, 1997.

⁹⁶⁹ Zum Überblick etwa Matthias Knauff, Genehmigungsfiktionen als verwaltungsrechtliches Steuerungsinstrument, VerwArch 2018, S. 480 (insgesamt zustimmend); zur rechtspolitischen Kritik etwa Paul Stelkens, in: ders./Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 42a Rn. 10 ff. m. w. N.

⁹⁷⁰ Martin Bullinger, Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, 1991, S. 68: „Hammerlöschung“.

Drittbetroffene über § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO unter Zugzwang gesetzt. Diese Ansätze laufen darauf hinaus, das Verwaltungsverfahren schneller oder in Etappen zum (Teil-)Abschluss zu bringen oder zurückzudrängen, um Interimsfragen auf Rechtsbehelfe hin oder während laufender Verwaltungsverfahren unter Rückgriff auf das prozessuale Zwischenrecht der §§ 80, 80a, 123 VwGO zu lösen bzw. die Gerichte lösen zu lassen.⁹⁷¹

- 202 Die Gefahren und Nachteile dieser Strategie liegen auf der Hand: Einstweiliger Rechtsschutz betont eine Rolle der Gerichte, nämlich als effektive Rechtswahrer, für die sie nicht besonders gut ausgestattet sind. Das ist auch im Zivilprozess so, nur gibt es dort keine alternative Institution mit Erstzugriff, sodass es sich dort um ein unvermeidliches Problem handelt. Demgegenüber wird im Verwaltungs(prozess)recht die Verwaltung durch die Verschiebung von Interimsfragen in das Rechtsbehelfsverfahren aus ihrer Rolle als Erstgestalterin verdrängt, obwohl sie dafür besser geeignet wäre. Denn anders als Gerichte, die sich ihr Wissen stets prozessual konstruieren müssen, verfügt sie über einen verfahrensunabhängigen Wissens- und Erfahrungsschatz⁹⁷² und über eine direktere politisch-demokratische Legitimation. Sie entscheidet daher im Zwischenstadium rechtlicher und tatsächlicher Unklarheit weniger ins Blaue hinein und irrt, wenn sie irrt, mit besserem demokratischen Mandat. Allzu optimistischer Glaube an das Problemlösungspotential der Einsetzung von Gerichten in Eilfällen ist auch deshalb unangebracht, weil durch Entformalisierung und Eile wesentliche Tugenden gerichtlichen Entscheidens verloren gehen.⁹⁷³ Sieht man die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen der parallelen Verfügbarkeit des Verwaltungsverfahrens primär in der normativen und faktischen Vergewisserung einer demokratischen Gesellschaft über das von ihr selbst Gesetzte, nicht in der Funktion eines effektiven Vollstreckers,⁹⁷⁴ ist nicht klar, warum sie ausgerechnet für den Zustand rechtlicher und tatsächlicher Unsicherheit die einzige Institution mit umfassenden Regelungsbefugnissen sein sollte. Aus diesem Grund erschien es sinnvoll, das Problem des Interimsrechts auch verwaltungsverfahrenrechtlich explizit und in allgemeiner Form aufzugreifen, damit die Gerichte auch dort Kontrollinstanz, nicht Rechtsverwirklicher bleiben.

c) Die Leistungsklage als Drohkulisse der Wirksamkeitsabsicherung

- 203 Abrundendes Element wirksamer verwaltungsgerichtlicher Kontrolle ist die allgemeine Leistungsklage. Sie verspricht die Befugnis, die Verwaltung auch handlungsformunabhängig zwingen zu können.⁹⁷⁵ Dort, wo Ansprüche gegen

⁹⁷¹ Siehe auch *Brüning*, Verwaltungsführung (Fn. 965), S. 51: „Flucht in den vorläufigen Rechtsschutz“.

⁹⁷² → Bd. II *Wischmeyer* § 24 Rn. 4f.; *Möllers*, Kognitive Gewaltengliederung (Fn. 525), S. 124 ff.

⁹⁷³ Siehe zur begrenzten Leistungsfähigkeit von Richtervorbehalten bei der Telekommunikationsüberwachung zusammenfassend *Christoph Gusy*, Überwachung der Telekommunikation unter Richtervorbehalt, ZRP 2003, S. 275 (275 f.); *Hans J. Albrecht/Claudia Dorsch/Christiane Kripe*, Rechtswirksamkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation, 2003.

⁹⁷⁴ Dazu → Rn. 19, 24 ff., 212.

⁹⁷⁵ Siehe zum ausdrücklichen Willen zur Klarstellung einer allgemeinen Erzwingungsmöglichkeit von Ansprüchen gegen die Verwaltung BTDrucks 3/55, S. 31 (mit Verweis auf die dazu zu treffenden Vollstreckungsregelungen). Zur Funktion der Leistungsklage als „Mehrzweckwaffe“ *Lido Steiner*, Die allgemeine Leistungsklage im Verwaltungsprozess, JuS 1984, S. 853. Aus der Rechtsprechung: *BVerwGE* 82, 76 (Äußerung eines Hoheitsträgers); 100, 83 (85 f.) (Widerruf einer Behördenklärung

die Verwaltung im materiellen Recht ausdefiniert sind⁹⁷⁶ und sich das prozessuale Begehren nicht auf ein Handeln in Bescheidform richtet, können die Gerichte damit vollstreckbare Pflichten der Verwaltung titulieren. Dass es sich dabei mehr um eine womöglich zunehmend wichtige⁹⁷⁷ Drohkulisse als um das typische Ziel verwaltungsgerichtlicher Verfahren handelt,⁹⁷⁸ zeigt sich allerdings, neben dem Fehlen einer Regelung für die Nichtgeldleistungsvollstreckung,⁹⁷⁹ an der Diskussion um den Umfang der Subsidiarität der Feststellungsklage, § 43 Abs. 2 VwGO. Jedenfalls die Rechtsprechung nimmt diese Vorgabe erheblich zurück, indem sie aufgrund der Unterstellung, die Verwaltung halte sich an gerichtlich festgestelltes Recht, auch in Fällen, in denen eine Leistungsklage denkbar wäre, Feststellungsklagen zulässt.⁹⁸⁰ Damit entfällt allerdings die disziplinierende Wirkung, die in der Formulierung vollstreckungsfähiger Anträge und eines entsprechenden Tenors liegt. Zugleich ermächtigen sich die Gerichte dadurch zu weiterreichenden Festlegungen, weil die Rechtskraft gerade nicht auf den schlanken Streitgegenstand der Leistungsklage⁹⁸¹ beschränkt ist. Die Relativierung des Vorrangs der Leistungsklage ist damit auch ein Stück verwaltungsgerichtlicher Machtpolitik, die die Gerichte aus dem Korsett mühseliger Titulierung und schmaler Rechtskraftwirkungen befreit und ihnen außerdem die unliebsame Stellung als Vollstreckungsgericht erspart. § 43 Abs. 2 VwGO verliert so seinen einhegenden Charakter⁹⁸² und gilt stattdessen als positivrechtlicher Beleg der Leistungsklagemöglichkeit, die das Instrumentarium der Bürgerinnen und Gerichte nur erweitert, nicht begrenzt. Denn solange der Gerichtsgehorsam der Verwaltung durch die primär theoretische Drohkulisse der Leistungsklage unterfüttert ist, ist mit dem Ausbau des Feststellungsrechtsschutzes keine Wirksamkeitseinbuße verbunden. Damit unterstützt die Relativierung des § 43 Abs. 2 VwGO⁹⁸³ die These, dass der Kern gerichtlicher Kontrolle der Verwaltung in der Vergewisserung über das Geltende, nicht in seiner Erzwingung liegt.

ohne Verwaltungsakteigenschaft); 102, 304 (307) (Beseitigung nicht rechtsverbindlicher Beschlüsse einer Universitätskommission); *BVerwG*, Beschl. v. 3.5.2016, 7 C 7/15, Rn. 4 (Presseauskunftsanspruch); *BVerwG NVwZ* 2019, S. 978 (Tz. 12) (Zugang zu Dokumenten).

⁹⁷⁶ Dazu, dass das selten der Fall ist, → Rn. 174 m. w. N.

⁹⁷⁷ Siehe dazu → Rn. 211 f.

⁹⁷⁸ Zur Kernfunktion der Steigerung des Umsetzungsdrucks auch *Ginditz*, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 207 (218).

⁹⁷⁹ Siehe dazu *Pietzner/Möllers*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 172 Rn. 18 f.

⁹⁸⁰ *BVerwGE* 36, 179 (181 f.); 40, 323 (327 f.); 51, 69 (75); *VGH BW NVwZ* 2000, S. 1304 (1305). Kritisch *Pietzner*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 43 Rn. 42 ff.; *Wolf-Rüdiger Schenke*, Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungsprozess, *AdR*, Bd. 95 (1970), S. 223 (255); *Albert von Mutius*, Zur Subsidiarität der Feststellungsklage, *VerwArch*, Bd. 63 (1972), S. 229 (230 f.); *Rainer Klenke*, Zur so genannten Subsidiarität der Feststellungsklage, *NWVBl* 2003, 170 (172 f.); *Christoph Brüning*, Die Konvergenz der Zulässigkeitsvoraussetzungen der verschiedenen Klagearten, *JuS* 2004, 882 (884); *Hufen*, *VerwaltungsprozessR* (Fn. 335), § 18 Rn. 6; *Thomas Württemberg*, *VerwaltungsprozessR*, Rn. 480.

⁹⁸¹ Siehe dazu *Detterbeck*, Streitgegenstand (Fn. 271), S. 235 f., 238; zu den (misslichen) Folgen einer Deutung der Anfechtungsklage als Sonderform der Leistungsklage für die Rechtskraftlehren bereits *Rapp*, *Neue VwGO II* (Fn. 746), S. 314.

⁹⁸² Diesen anerkennt etwa *Pietzner*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 43 Rn. 41; diese Begrenzung mit Rechtsschutzerwägungen überspielend etwa *BVerwG NJW* 1997, S. 2534 (2535).

⁹⁸³ Siehe dazu *Pietzner*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 43 Rn. 1: „wenig strikten Anwendung“ des § 43 Abs. 2 VwGO.

d) Nicht anspruchunterfütterte Leistungsklagen?

204 Es stellt sich die Frage, ob die Leistungsklage neben dieser Primärfunktion als Drohkulisse in Ausnahmekonstellationen auch eigenständige prozessuale Befugnisse verschafft.⁹⁸⁴ Das betrifft insbesondere Fälle, in denen subjektiviert Primärpflichten der Verwaltung durch ihr rechtsverletzendes – in aller Regel tatsächliches – Handeln erstmals akut oder aber gegenstandslos geworden sind.⁹⁸⁵ Diese Frage hat sich im Recht der staatlichen Ersatzleistungen immer wieder gestellt, wo die Diskussion allerdings auf Ebene der staatshaftungsrechtlichen Ansprüche und nicht als Frage der Leistungsklage geführt wird. In dieser Debatte ist der Verweis auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht selten,⁹⁸⁶ wogegen andere immer wieder darauf hinweisen, dass diese Norm Rechte voraussetze, nicht schaffe.⁹⁸⁷ Eine Auflösung dieses Gegensatzes könnte in der ausnahmsweisen Anerkennung nicht anspruchunterfütterter Leistungsklagen, etwa auf Unterlassung oder Beseitigung, liegen.⁹⁸⁸ Denn die Anhaltspunkte, die das Prozessrecht gibt, deuten darauf, dass eine grundsätzliche rechtliche Folgenlosigkeit rechtsverletzenden Verwaltungsrealhandelns jenseits besonderer prozessualer Gründe nicht gewollt war. Im Kontext der Generalklausel kommt deutlich die Intention zum Ausdruck, gegenüber Verwaltungshandeln in allen seinen Formen wirksame Klagen zu ermöglichen.⁹⁸⁹ Zudem ergibt sich aus § 43 Abs. 2 VwGO, dass der Prozessrechtsgesetzgeber ursprünglich die Einräumung einer echten Zwangsbefugnis als Regelfall intendierte. Aus dieser Situation gibt es verschiedene Auswege, die alle ihre Probleme haben: Man kann in diesen Fällen einen selbständigen prozessualen Regelungsgehalt der §§ 40, 43 Abs. 2 VwGO i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG anerkennen und gelangt damit zur nicht anspruchunterfütterten Leistungsklage. Man kann unter Verweis auf die Rechtsschutzgarantie parallel verlaufende Reaktionsansprüche annehmen und entnimmt ihr damit systematisch überschießend materielle Ansprüche gegen die Verwaltung. Schließlich kann man den argumentativen Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG mit dem Argument verwerfen, dass in diesen Fällen immerhin Feststellungsrechtsschutz zur Verfügung stehe oder dass alle Konstellationen rechtsverletzenden Verwaltungshandelns befriedigend durch ungeschriebene Reaktionsansprüche abgedeckt seien.⁹⁹⁰ Ein Verweis auf die Möglichkeiten des Feststellungsrechtsschutzes ent-

⁹⁸⁴ Siehe ausführlich zum Problem auch im Weiteren Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 170–173, 239–254 m. w. N.

⁹⁸⁵ Z. B. eine rechtswidrige Beeinträchtigung ist eingetreten; der Anlass einer Informationsanfrage hat sich erledigt.

⁹⁸⁶ Siehe etwa BVerfGE 94, 100 (114); Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR (Fn. 463), S. 354.

⁹⁸⁷ Siehe etwa BVerfGE 78, 214 (226); 83, 182 (194 f.); Jestaedt, Maßstäbe (Fn. 97), S. 399; Maurer/Waldhoff, VerwR (Fn. 514), § 8 Rn. 10; Fischer, Kraftfeld (Fn. 110), S. 115 m. w. N.; zum Fehler dieses Arguments s. Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 170–173; unentschieden etwa Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 284 f., der durchweg die Abhängigkeit vom einfachen Recht betont, aber zugleich von einem Sanktionsspielraum spricht und die Existenz von Reaktionsansprüchen ersichtlich als durch die Rechtsweggarantie vorgezeichnet sieht.

⁹⁸⁸ Vorsichtig angedeutet bei Schmidt-Aßmann, Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 282.

⁹⁸⁹ BTDrucks 3/55, S. 30 f.

⁹⁹⁰ So offenbar Funke, Ansprüche (Fn. 465), S. 247–249, der allerdings anerkennt, dass bei Verletzungen einfachrechtlicher Rechte noch staatshaftungsrechtlicher Forschungsbedarf besteht (S. 249); damit ist gerade das zentrale Argument für die aufgezeigte Lücke in den staatshaftungsrechtlichen Dogmatiken zur Begründung von Reaktionsansprüchen zugegeben. Ohne Art. 19 Abs. 4 GG lassen sich diese Diskussionen schlicht nicht sinnvoll verstehen, s. a. → Bd. II Sauer § 47 Rn. 12.

sprache der hier entwickelten zurückhaltenden Lesart der Rechtsweggarantie, weicht aber von ihrer üblichen ausgreifenden Deutung ab. Der Verweis auf das durchgebildete ungeschriebene Verletzungsreaktionsrecht verschließt sich dem Problem, indem er nicht positivierte Rechtsgrundsätze und Anspruchsgrundlagen als gegeben voraussetzt, deren konkrete Gestalt und Wirkungen maßgeblich durch an Art. 19 Abs. 4 GG orientierte Effektivitätsvorstellungen geprägt sind.

e) Die allgemeine Feststellungsklage als Kernform wirksamer Verwaltungskontrolle

Flexibelstes und für sich zumeist hinreichendes Instrument verwaltungsprozessualer Kontrolle ist die allgemeine Feststellungsklage, 43 Abs. 1 VwGO, die wie die Leistungsklage handlungsformunabhängig ist. Sie war in Deutschland erstmals im Verwaltungsprozessrecht der britischen Besatzungszone und der süddeutschen Länder verankert.⁹⁹¹ Schon zuvor, nämlich mit Erlass des Grundgesetzes, war Feststellungsrechtsschutz über Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG i.V.m. § 256 ZPO der Sache nach verfügbar. Hinsichtlich ihrer Voraussetzungen ist die Feststellungsklage dem Zivilprozess nachempfunden,⁹⁹² in dem sie ebenfalls ein eher junges Rechtsinstitut darstellt.⁹⁹³ Die Klageart ist der Inbegriff und Endpunkt einer langen historischen Entwicklung hin zur flächendeckenden, die Rechtsfeststellung und -durchsetzung im Privatrecht monopolisierenden Etablierung gerichtlicher Entscheidungsbefugnisse. Diese mündete in Deutschland in der ZPO von 1877 und etwa zum selben Zeitpunkt in England in der Zusammenlegung des Systems der writs und der courts of equity.⁹⁹⁴ Diese Normalisierung gerichtlicher Entscheidungsbefugnisse kam gegenüber der Verwaltung erst 80 Jahre später mit dem Grundgesetz zum Abschluss.⁹⁹⁵ Mit ihr geht allerdings auch die Selektionsfunktion des Prozessrechts⁹⁹⁶ teilweise verloren. Das wird in der textlichen Voraussetzungslosigkeit des § 43 Abs. 1 VwGO deutlich.⁹⁹⁷ Mangels Rückbindung an konkrete Ansprüche wie in der Regel bei der Leistungsklage oder an bestimmte Fallkonstellationen wie in aktionenrechtlich strukturierten Prozessrechtssystemen ist sie eine offene Vorschrift: Sie verweist pauschal auf das rechtlich Geltende. Eine dogmatisierende Ausformung ihrer Voraussetzungen, ist daher von hoher Bedeutung, um auf diesem Weg die für die Handhabbarkeit gerichtlicher Verfahren unentbehrliche Selektivität des Prozessrechts herzustellen. Der Vorrang der Gestaltungs- und Leistungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO), die Definition des „Rechtsverhältnisses“, die Forderung, dass es konkret und streitig sei, das Feststellungsinteresse und die zumeist geforderte subjektivrechtliche Rückkoppelung⁹⁹⁸ sind Versuche, einer Ausweitung gerichtlicher Feststellungsbefugnisse auf „alles, was Recht ist“, entgegenzuwirken. In

⁹⁹¹ Siehe auch Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 1 Rn. 9–11.

⁹⁹² BTDrucks 3/55, S. 32.

⁹⁹³ Becker-Eberhard, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), MüKo ZPO, § 256 Rn. 3.

⁹⁹⁴ Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 196 f.

⁹⁹⁵ Dazu auch Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 42 Abs. 1 Rn. 9.

⁹⁹⁶ Siehe → Rn. 22.

⁹⁹⁷ Siehe Pietzcker, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 43 Rn. 2, der von „Konturenarmut“ spricht.

⁹⁹⁸ Dazu → Rn. 173.

ähnlicher Weise hat auch das US-amerikanische Prozessrecht in Anknüpfung an Art. 3 der US-Verfassung („cases and controversies“) eine ebenso vielkritisiertere und undurchsichtiger wie letztlich unentbehrliche Zulässigkeitsdogmatik (*standing, ripeness review*) entwickelt.⁹⁹⁹ Derart eingeeicht bleibt die Feststellungsklage ein wertvolles Instrument, um auf vielfältige Problemkonstellationen verwaltungsprozessual reagieren zu können.

206 Zu den insoweit maßgeblichen Grundsatzentscheidungen gehört das Prinzip des nachlaufenden, also kontrollierenden Rechtsschutzes, das vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklagen zur Ausnahme macht.¹⁰⁰⁰ Gerichte sollen nicht über offene oder hypothetische Sachverhalte urteilen. Vielmehr soll zunächst die Verwaltung zu einer Entscheidung gelangen, die dann kontrolliert werden kann. Mit Art. 19 Abs. 4 GG ist das vereinbar, weil diese Norm den Rechtsweg gegen Verletzungen, nicht deren Verhinderung verheißt.¹⁰⁰¹ Etwaige Härten dieses Ansatzes sind durch den Suspensiveffekt der Anfechtungsklage und den einstweiligen Rechtsschutz ohnehin abgemildert. Auch bei einer sich konkret abzeichnenden Handlung der Verwaltung ist das Abwarten des Ersthandelns der Verwaltung keine Förmerei, sondern Ausdruck ihres zentralen Prärogativs, das die Grundunterscheidung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Normen überhaupt erst sinnvoll und fassbar macht.¹⁰⁰²

207 In Konstellationen sogenannter atypischer Feststellungsklagen, die sich in der Sache gegen abstrakt-generelle Normen richten, sind die Zulässigkeitslehren der Feststellungsklage besonders auf die Probe gestellt.¹⁰⁰³ Klar ist, dass ein solcher Rechtsschutz – wie die Rechtsatzverfassungsbeschwerde – grundsätzlich erst nach Erlass einer Norm greifen kann. Dann gilt im Ausgangspunkt der Vorrang der rechtsgestaltenden Klage, § 43 Abs. 2 VwGO, also der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO. Deren zulässige Gegenstände sind allerdings beschränkt. Der Vorrang der Gestaltungsklage, wenn man ihn derart schmal versteht, trägt also nicht viel ein. Sieht man darin in Verbindung mit der engen Ausgestaltung des § 47 VwGO stattdessen eine Systementscheidung gegen prinzipale Normenkontrollen gegenüber Bundesrecht oder eine Verweisung auf den Verfassungsprozess, was angesichts der Abgrenzungen zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit in § 47 Abs. 3 und 4 VwGO nicht fernläge,¹⁰⁰⁴ erhält die Vorschrift hingegen Zähne. Das Bundesverfassungsgericht hat einer solchen Sichtweise über die Handhabung der materiellen Subsidiarität (§ 90

⁹⁹⁹ Ausführlich und kritisch *Maria E. Mansfield, Standing and Ripeness Revisited*, North Dakota Law Review, Bd. 68 (1992), S. 1–70; zur Verteidigung etwa *Scalia, Standing* (Fn. 871), S. 881–899.

¹⁰⁰⁰ Vgl. *BVerwGE* 26, 23 (24 f.); 45, 99 (105); 71, 318 (319 f.). Dazu nur *Ehlers*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, Vor § 40 Rn. 101; zur Strukturierungsfunktion der Erstentscheidung *Marsch, Subjektivierung* (Fn. 12), S. 57–63; s. → Rn. 30, 107.

¹⁰⁰¹ Siehe → Rn. 190.

¹⁰⁰² Siehe dazu → Rn. 24 ff., 107 ff.

¹⁰⁰³ Überblickshalber *Andreas Engels, Entgrenzungen einer Klageart am Beispiel der atypischen Feststellungsklage*, NVwZ 2018, S. 1001; grundlegend, wenn auch vielfach anders als hier: *Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht* (Fn. 789).

¹⁰⁰⁴ BTDrucks 3/55, S. 33: „Die Ausdehnung der abstrakten Normenkontrolle auf Bundesrecht und die Übertragung dieser Aufgabe an das Bundesverwaltungsgericht erscheint nicht zweckmäßig. Das Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht geben diesem Gericht so weitgehende Aufgabe bei der Normenkontrolle, daß für eine Tätigkeit des Bundesverwaltungsgerichts kein nennenswerter Raum übrigbleibt“.

Abs. 2 BVerfGG) allerdings Grenzen gesetzt.¹⁰⁰⁵ Das ist auch sinnvoll, weil gerade das – zumeist schriftliche, ohnehin maßstabslastige und tatsachenarme – verfassungsgerichtliche Verfahren mehr oder weniger abstrakten Rechtsfragen, die nicht bereits in konkreten Fällen streitig geworden und einfachrechtlich aufbereitet sind, recht hilflos ausgeliefert wäre.¹⁰⁰⁶ Wichtig ist dann aber, dass über die Handhabung der Sachentscheidungsvoraussetzungen tatsächlich sichergestellt wird, dass diese Rationalisierungsleistung im förmlich „erzwungenen“ verwaltungsgerichtlichen Verfahren erbracht wird. Diese Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts sollte daher nicht Anlass geben, im Sinne „wirksamen Rechtsschutzes“ mehr als für die Erfüllung der Vorselektion und Schärfung nötig von den Zulässigkeitslehren der Feststellungsklage abzurücken.¹⁰⁰⁷ Folge der vom Bundesverfassungsgericht angestoßenen Verschiebung hin zu den Fachgerichten ist allerdings auch ein veränderter Prüfungsmaßstab: Während über den Hebel des Art. 80 Abs. 1 GG nur ein kleiner Ausschnitt des für untergesetzliche Rechtsnormen geltenden Normprogramms einer verfassungsgerichtlichen Prüfung unterfällt, erstreckt sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle dieser Rechtsnormen auf das gesamte Normprogramm. Dies kann den Verwaltungsprozess, dessen Zulässigkeitsbedingungen und Formen der Sachverhaltsfeststellung auf solche Prozesskonstellationen – wie auch der Verfassungsprozess – nicht wirklich zugeschnitten sind, jedoch leicht überfordern.¹⁰⁰⁸ Man könnte das zum Anlass nehmen, solche als „Eintrittsbillet“ für das verfassungsgerichtliche Verfahren gebotenen Verwaltungsprozesse konsequenter hinsichtlich ihrer Prüfungsmaßstäbe dem ihnen nachgelagerten und dadurch zu entlastenden Verfassungsbeschwerdeverfahren anzunähern. Andernfalls wird die Überforderung des Verfassungsgerichts, die zur Verschärfung der Subsidiaritätsanforderungen veranlasst hat, nur durch eine Überstrapazierung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ersetzt. Auch hier muss man im Auge behalten, dass eine Selektivität des Prozessrechts und eine Engführung materiellrechtlicher Inhalte nicht nur „Rechtsschutzlücken“ reißt, sondern gerichtliches Verfahren und Entscheiden überhaupt erst einrahmt, rationalisiert und damit ermöglicht.

Atypische Feststellungsklagen nach § 43 Abs. 1 VwGO haben auch für die 208 Durchsetzung des Unionsrechts gegenüber nationaler Rechtsetzung, insbesondere in Gesetzesform, eine Rolle gespielt.¹⁰⁰⁹ Nicht ganz klar ist allerdings, ob aus der Perspektive des Unionsrechts inzidente Normenkontrollen im Rahmen des sonstigen Prozessrechts nicht genügen würden, wofür einiges

¹⁰⁰⁵ *BVerfGE* 115, 81 (91 ff.); dazu auch *Engels, Entgrenzungen* (Fn. 100), S. 1002, 1007; *Max-Emanuel Geis, Die Feststellungsklage als Normkontrolle zwischen suchender Dialektik und dogmatischer Konsistenz*, in: FS Schenke, 2011, S. 709 (713 f.).

¹⁰⁰⁶ Gegen eine Einsetzung des BVerfG als erste Normenkontrollinstanz *Friedhelm Hüfen, Von der „heimlichen Kontrolle“ zur umfassenden Gerichtskontrolle exekutiver Normsetzung*, in: FS Schenke, 2011, S. 803 (804).

¹⁰⁰⁷ Kritisch gegenüber einer Aufgabe der traditionellen Begrenzungen s. umfassend *Geis, Feststellungsklage* (Fn. 1005); *Engels, Entgrenzungen* (Fn. 1003), S. 1003 f. m. w. N.

¹⁰⁰⁸ Zu den Schwierigkeiten der Sachverhaltsfeststellung im verfassungsgerichtlichen Verfahren der abstrakten Normenkontrolle s. *Beißge, Normenkontrolle* (Fn. 274), insbes. S. 27 ff.

¹⁰⁰⁹ Siehe dazu *BVerwGE* 129, 199 (205 ff.); *Helmut von Nicolai*, in: Redeker/v. Oertzen (Hrsg.), *VwGO*, § 43 Rn. 6; weitgehend dagegen *Frank Fellenberg/Jürich Karpenstein, Feststellungsklagen gegen den Normgeber*, NVwZ 2006, S. 1133 (1134 f.).

spricht.¹⁰¹⁰ Ebenfalls relevant sind atypische Feststellungsklagen gerichtet auf Feststellung der Nichtanwendbarkeit seitens deutscher Instanzen gegenüber sekundären Unionrechtsnormen, deren Primärrechtskonformität mit der Nichtigkeitklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV wegen ihrer strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen („Plaumann-Formel“) selten überprüft werden kann.¹⁰¹¹ Hier ist der Europäische Gerichtshof zur Verwirklichung der innerunionsrechtlichen Normenhierarchie praktisch auf die Gerichte der Mitgliedstaaten und die Flexibilität ihres Prozessrechts angewiesen. Demgegenüber geschieht die Hierarchiesicherung gegenüber tertiärem Unionsrecht über die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 Alt. 3 AEUV zunehmend auch durch die europäischen Gerichte selbst.

f) § 47 VwGO als bewusst punktuelle Reaktion auf „normatives Verwaltungsunrecht“

209 Damit bleibt es dabei, dass prinzipialer Rechtsschutz gegen abstrakt-generelles Handeln der Exekutive durch die VwGO nur punktuell eröffnet ist und seine Reichweite stark von der Entscheidung der einzelnen Länder abhängig ist.¹⁰¹² Die Bundesregierung als Setzerin abstrakt-genereller Normen unterliegt grundsätzlich nur einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle und damit einem durch Art. 80 GG auf die gesetzliche Verordnungsermächtigung erweiterten, aber beschränkten Prüfungsmaßstab. Das war auch ursprünglich so gewollt,¹⁰¹³ ist eine Ausgestaltung des Rechtswegs und wurde nicht als verfassungsrechtlich problematisches Rechtsschutzdefizit wahrgenommen. Hiervon durch eine Ausweitung von Feststellungsklagen abzurücken, ist systematisch inkonsequent. Warum im Verwaltungsrecht das gesamte gesetzliche Normprogramm gegenüber untergesetzlichen Normen prinzipialiter durchgesetzt werden können sollte, erschließt sich nicht. Wenn überhaupt, folgt es aus einem Verständnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit als objektivrechtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns auf seine Gesetzmäßigkeit. Dieses Funktionsverständnis erstreckt sich aber – wie sich an § 47 VwGO zeigt – gerade nicht auf die abstrakt-generell regelnde Verwaltung. Dort hielt man die Entgrenzungsgefahren abstrakter Rechtsstreitigkeiten für die gerichtliche Form offenbar für zu groß und setzte stattdessen auf ein Kontrollmodell anhand individueller und konkreter Einzelstreitigkeiten.¹⁰¹⁴ Diese Zurückhaltung hat damit zu tun, dass Rechtsverordnun-

¹⁰¹⁰ Dafür spricht die Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten, die einen solchen Auffangrechtsbehelf nicht haben, s. Sauer, Der Einzelne (Fn. 404), S. 371 f.; für Großbritannien Paul Craig, *Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame*, Yearbook of European Law, Bd. 11 (1991), S. 221 (240 ff.). Allgemein zur Einwirkung des Unionsrechts auf mitgliedstaatliche Rechtsschutzsysteme: Dougan, National Remedies (Fn. 86), S. 18 ff.

¹⁰¹¹ Sauer, Der Einzelne (Fn. 404), S. 176; zurückgehend auf EuGH, Urt. v. 15.7.1963 – Rs. 25/62 – Plaumann.

¹⁰¹² Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen haben keine Regelung gem. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO erlassen, Bayern und Rheinland-Pfalz nur punktuell. Alle anderen Länder haben die Normenkontrolle für untergesetzliches Landesrecht generell eröffnet. Vgl. den Überblick von Panzer, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, § 47 Rn. 21. Kritisch zur Uneinheitlichkeit Geis, Feststellungsklage (Fn. 1005), S. 709 (714 ff.).

¹⁰¹³ BTDrucks 3/55, S. 33.

¹⁰¹⁴ Zu den Hintergründen dieses Modells anschaulich auch Panzer, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, Vor § 47 Rn. 14.

gen nach ihrer verfassungsrechtlichen Anlage zumeist nicht unmittelbar und ohne nähere gesetzliche Unterfütterung Grundrechtseingriffe setzen, sondern regelmäßig nur gesetzliche Eingriffstitel oder Eingriffe näher konturieren, die auf einen weiteren Vollzugsakt angewiesen bleiben. Das Modell der Inzidentkontrolle ist daher in der Regel zur Einhegung ausreichend. Soweit Eingriffe in relevantem Umfang unmittelbar durch Verordnung gesetzt werden – wie jüngst im Kontext der Eindämmung der COVID-19-Pandemie – hat die Rechtsprechung dementsprechend einen strengeren Kontrollansatz gewählt und teils fehlende landesrechtliche Befugnisse zur Normenkontrolle nach § 47 VwGO durch Feststellungsrechtsschutz kompensiert.¹⁰¹⁵

5. Absicherung des gerichtlichen Verfahrens: Konkurrenzen und Überschneidungen

Ein spezifisches Problem des Verwaltungsprozessrechts, mit dem die Wirk- 210 samkeit verwaltungsgerichtlicher Kontrolle steht und fällt, ist die Regelung der Verfahrenskonkurrenzen. Die Themenkomplexe, anhand derer diese Fragen traditionell abgehandelt werden, sind u.a. Streitgegenstandslehren, Rechtshängigkeitsvoraussetzungen und -wirkungen, entscheidungserheblicher Zeitpunkt, Urteilswirkungen und Rechtskraftlehren. Jeweils geht es um Schnittstellenfragen, also um die Verknüpfung und Vernetzung des gerichtlichen Verfahrens und seiner Ergebnisse mit der übrigen Rechtsordnung, ihren formalisierten Verfahren oder nicht formalisierten Vorgängen.¹⁰¹⁶ Denn jedes gerichtliche Verfahren ist zunächst nur ein komplexes rechtliches Konstrukt aus Bedingungen, Beteiligten, Maßstäben und Abschlussentscheidung, das erst dadurch eine Relevanz in der Welt entfaltet, dass es mit anderen Verfahren, Möglichkeiten und rechtlich angeleiteten Handlungen verknüpft ist. Die genannten Themen fordern daher die Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrechten immer besonders heraus. An diesem Punkt lässt sich von Anfang an eine dogmatische Orientierung an der Zivilprozessualistik beobachten.¹⁰¹⁷ Das ist angesichts ihrer sehr viel länger zurückreichenden Tradition unvermeidlich, man muss allerdings die Potenzierung der Problematik im Verwaltungsrecht beachten. Denn unabhängig von der dem Zivilrecht unbekanntem und schwierigen Frage der Zuweisung der Regelungskompetenz¹⁰¹⁸ sind die überkommenen – ohnehin komplexen – Konkurrenz- und Rechtskraftregeln durch das In- und Nebeneinander mit dem Verwaltungsverfahren erheblich herausgefordert. Beispielhaft: Während die im deutschen Recht schlanken Streitgegenstands- und

¹⁰¹⁵ VG Berlin, Beschl. v. 23.11.2020, 6 L 194/20, Rn. 19; VG Bremen, Beschl. v. 11.11.2020, 5 V 2472/20, Rn. 17 f.; gegen eine Umgehung des § 47 VwGO ausdrücklich VG Regensburg, Beschl. v. 26.5.2020, RO 14 E 20.889, Rn. 52, 55; VG Berlin, Beschl. v. 29.12.2020, 1 L 458/20, Rn. 9; zu den gegenüber § 123 VwGO strengeren Anforderungen des § 46 Abs. 6 VwGO: VGH BW, Beschl. v. 9.4.2020, 1 S 925/20, Rn. 14.

¹⁰¹⁶ Siehe zu klassischen Problemen auch Hagen, Elemente (Fn. 2), S. 119–125.

¹⁰¹⁷ Beispielhaft etwa Deterbeck, Streitgegenstand (Fn. 271), S. 9: „Absage an den Versuch der Bestimmung unterschiedlicher Streitgegenstände“; ähnlich bereits Rupp, Neue VwGO II (Fn. 746), S. 311 ff.

¹⁰¹⁸ Siehe → Rn. 18, 85; dazu, dass sich diese Frage nicht im Privatrecht stellt, Buchheim, Actio (Fn. 95), S. 137 f.

Rechtskraftwirkungen¹⁰¹⁹ im Zivilprozess funktionieren, können derart reduzierte Rechtskraftwirkungen bei der Anfechtungs-, aber auch bei der Bescheidungsklage kaum verlässlich Befriedung bringen. Denn bei einem Verständnis, das den Streitgegenstand des Anfechtungsprozesses auf den angegriffenen Bescheid und das darauf bezogene Aufhebungsbegehren beschränkt,¹⁰²⁰ könnte die Verwaltung sich nach dem Prozessverlust ohne Änderung der tatsächlichen Umstände mit einem neuen Bescheid einseitig wieder ins Recht setzen und einen neuen inhaltsgleichen Titel schaffen.¹⁰²¹ Eine Möglichkeit, mit diesem Problem umzugehen, liegt auf Ebene des Verwaltungsverfahrensrechts: Die gerichtliche Entscheidung missachtenden Bescheide könnte man in Anwendung der Fehlerfolgenlehren als nichtig oder jedenfalls mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als nicht vollstreckbar ansehen. Aber was ist, wenn es sich bei der gerichtlichen Entscheidung aus Sicht der Verwaltung um ein Fehlurteil handelte? Dann greifen diese Abhilfemöglichkeiten, die an allgemeine verwaltungsverfahrensrechtliche Maßstäbe knüpfen, ins Leere – es sei denn, man nimmt weitere Verrenkungen¹⁰²² in Kauf. Das deutet darauf hin, dass es sich eher um ein prozessuales, den Regelungsanspruch und die Wirkungen verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und deren Sinnhaftigkeit berührendes Problem handelt, das dementsprechend vom Prozessrecht auch in Richtung einer weitergehenden Rechtskraft- und Sperrwirkung gelöst werden könnte. Zivilprozessual inspirierte Rechtskraftlehren greifen insbesondere wegen der Unterschiede hinsichtlich Aufwands und Ressourceneinsatzes zwischen den beiden Verfahrenstypen, die dennoch in Hinblick auf Vollstreckung und Bindungswirkung ähnliche Wirkungen entfalten, zu kurz. Ein viermonatiger erfolgreicher Anfechtungsprozess könnte so infolge eines in fünf Minuten neu erlassenen Bescheids formell gegenstandslos werden. Ein solches Problem besteht im Zivilprozess nicht. Weder kann dort eine Seite ohne Mithilfe eines neutralen Dritten ihre vermeintlichen Ansprüche titulieren noch gibt es dort zwei völlig verschiedene Verfahren, die jeweils umfassend rechtsgestaltende und durchsetzbare einseitig getroffene Entscheidungen ermöglichen. Zwar ließen sich solche Verwerfungen und Missbrauchsmöglichkeiten über den Suspensiveffekt von Rechtsbehelfen und notfalls dessen Absicherung durch den einstweiligen Rechtsschutz in den Griff bekommen.¹⁰²³ Das Beispiel zeigt jedoch, weshalb und inwiefern das Ne-

¹⁰¹⁹ Siehe dazu *Hendrik Albrecht*, Die Streitsache im deutschen und englischen Zivilverfahren, 2013, S. 187 ff., insbes. 206 ff. m. w. N.

¹⁰²⁰ Siehe Nachweise für die Auffassung bei *Steffen Detterbeck*, Das Verwaltungsakt-Wiederholungsverbot, NVwZ 1994, S. 35 (38); *Detterbeck* selbst will den Aufhebungsanspruch zwar als Streitgegenstand betrachten (*ders.* Streitgegenstand [Fn. 271], S. 156 f.), allerdings erweitert auf Verwaltungsakte „dieser Art“ (S. 159); kritisch zu diesem Manöver *Clausing*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), VwGO, § 121 Rn. 60.

¹⁰²¹ Im Ergebnis dies nicht zulassend etwa *BVerwGE* 91, 256 (257); dazu *Detterbeck*, Wiederholungsverbot (Fn. 1020), S. 35 ff.; das Problem wurde teils durch Unterstellung eines mit der Anfechtungsklage geltend gemachten Unterlassungsbegehrens zu lösen gesucht, etwa *Gerhard Lüke*, Anmerkung, JZ 1960, S. 203 (206); dagegen schon *Rupp*, Neue VwGO II (Fn. 746), S. 314, der die schmale Rechtskraftwirkung aber als aus seiner Sicht unumgänglich hinnimmt.

¹⁰²² Etwa die Behauptung, dass die verwaltungsverfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeitsmaßstäbe durch das vorherige Gerichtsurteil umgestaltet worden seien, was aber gerade auf eine Erweiterung der Rechtskraftwirkungen hinausliefe und außerdem vom gängigen prozessualen Rechtskraftverständnis (s. dazu *Clausing*, in: *Schoch/Schneider* [Hrsg.], VwGO, § 121 Rn. 19 f.) abwicke.

¹⁰²³ Siehe dazu → Rn. 200 ff.

ben- bzw. Hintereinander des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens eine ganze Fülle von Fragen schafft, die dem Verwaltungsprozessrecht eigen und anderen Prozessrechten fremd sind. Dass das Verwaltungsprozessrecht hier bisher sehr wenig vorgibt, zeigt sich daran, dass die Wirkungen der Rechtshängigkeit auf das Verwaltungsverfahrensrecht und seine Befugnisse kaum diskutiert sind.¹⁰²⁴ Klar ist, dass die Verwaltung angegriffene Bescheide noch während des Prozesses aufheben kann, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Ob sie in ihrer Verfügungsbefugnis aber gänzlich unbeschränkt ist, wie es zivilprozessualen Lehren (vgl. § 265 ZPO) entspräche, muss wegen des Nebeneinanders und der Wirkungsähnlichkeit beider Verfahren bezweifelt werden. Zentrale Herausforderung der Verwaltungsprozessualistik ist daher eine behutsame Neubestimmung etablierter Verfahrenskonkurrenz- und -wirkungslehren, die die Schwierigkeit des Verfahrensbeneinanders adäquat löst. Klar ist, dass Leitgedanke einer solchen Dogmatik die Wirksamkeit der ohnehin seltenen gerichtlichen Befassung mit einer Verwaltungssache sein muss. Das Modell einer formnotwendig punktuellen gerichtlichen Verwaltungskontrolle basiert darauf, dass die einzelnen Kontrollanlässe und -gelegenheiten Bindungen erzeugen, die über das konkrete Verfahren und seinen Minimalstreitgegenstand hinauswirken, und dass während des Verwaltungsprozesses ablaufende Verwaltungsverfahren nicht unbegrenzt auf den gerichtlichen Verfahrensstoff zugreifen können. Dazu genügt nicht, dass der Prozess unberührt bleibt, sondern es ist erforderlich, dass er verwaltungsverfahrensrechtliche Sperrwirkungen erzeugt. Die gängige Gegenüberstellung materieller und prozessualer Streitgegenstands- und Rechtskrafttheorien¹⁰²⁵ geht also am eigentlichen Problem vorbei, weil sie ignoriert, dass das Verwaltungsverfahren zwischen beiden Polen liegt. Die praktisch relevante Frage ist nicht, wie ein neuerlicher Prozess über denselben Streitgegenstand zu entscheiden wäre, sondern inwieweit der behördliche Zugriff auf dieselbe „Verwaltungssache“¹⁰²⁶ präjudiziert ist.

6. Entscheidungsdurchsetzung

Die Durchsetzung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen ist in jüngerer 211 Zeit vermehrt zu einem Problem geworden, das auch in der Öffentlichkeit Wellen geschlagen hat.¹⁰²⁷ Hier ist deutlich geworden, dass die Vollstreckungsregelungen der VwGO bestenfalls als rudimentär gelten können. Dies betrifft vor allem die Verwaltung als Schuldnerin. Gegenüber Bürgerinnen gibt es hingegen zumeist keine gerichtlichen Titel, sondern gerichtlich unbeanstandete Bescheide, die nach dem Verwaltungsvollstreckungsrecht durchgesetzt werden.¹⁰²⁸ Viele Härten des Verwaltungsrechts, die aus den Machtbefugnissen der Verwaltung folgen, können so vollstreckungsrechtlich abgedeckt werden. Offensichtlich

¹⁰²⁴ Siehe etwa *BVerwGE* 2, 31 (33); *Riese/Orloff*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), VwGO, § 90 Rn. 10; *Otto Groschupf*, Neue Verwaltungsakte während des Verwaltungsprozesses, DVBl 1961, S. 840.

¹⁰²⁵ *Clausing*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), VwGO, § 121 Rn. 19 f.

¹⁰²⁶ Zum Begriff der „Sache“ *Buchheim*, Akzessionsrechtliches Denken (Fn. 112), S. 581.

¹⁰²⁷ Ebenso die Einschätzung bei *Gärdtitz*, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 218: „randständige Rolle“ des Problems.

¹⁰²⁸ Dazu schon *Rupp*, Neue VwGO II (Fn. 746), S. 301 (320 f.); zur Verwaltungsvollstreckung s. → Bd. II *Waldhoff* § 44 Rn. 56 ff.

Rechtswidriges wird nicht vollstreckt.¹⁰²⁹ Persönliche Härten können durch das Vollstreckungsermessen abgemildert werden. Das gestreckte Verfahren schafft zusätzliche Möglichkeiten der Betroffenen, ihre durch die Vollziehung berührten Interessen geltend zu machen. Denselben verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Mechanismus nutzt die VwGO für gerichtliche Titel zugunsten der Verwaltung, § 169 Abs. 1 VwGO. Sie entgeht so der regelungstechnisch anspruchsvollen Moderierungsaufgabe, die das zivilprozessuale Vollstreckungsrecht kennzeichnet.¹⁰³⁰ Dieses entlastet durch komplexe Regelungen, etwa zu Vollstreckungsvoraussetzungen, -hindernissen, Pfändungsgrenzen, formellen und materiellen Rechtsbehelfen und Vollstreckungsmodalitäten für die verschiedenen Schuldinhalte, das gerichtliche Erkenntnisverfahren vor übermäßiger Rücksichtnahme auf die tatsächlichen Möglichkeiten und Umstände der Umsetzung. Das Rechtsfeststellungsproblem wird so von den Rechtsdurchsetzungsproblemen weitgehend befreit.¹⁰³¹ Auch das ist ein Grund dafür, dass es aktionsrechtliche Zugänge im Privatrecht schwerer haben. Die Problemlagen – materielle Pflichtenordnung, Rechtserkenntnis, Rechtsumsetzung – wurden hier in mühsamer und langjähriger dogmatischer und gesetzgebungstechnischer Arbeit entschlossener und gründlicher voneinander abgeschichtet und gegeneinander isoliert. Das Verwaltungsrecht hingegen verstrickt die verschiedenen Problemlagen ständig miteinander, weil im Regelfall das Verwaltungsverfahren alle drei Aufgaben – Konkretisierung, Feststellung und Durchsetzung der Pflichten – übernehmen soll¹⁰³² und gleichzeitig mit einem kontrollierenden Verfahren – dem Prozess – konfrontiert ist, dessen gesetzliche Regelung eindeutig auf das Problem der Rechtserkenntnis fokussiert.

212 Gegenüber der Verwaltung hat sich das Vollstreckungsproblem lange kaum gestellt, was im normativ-tatsächlichen Dogma, dass sich die Verwaltung an festgestelltes Recht halte, aber auch im rudimentären gerichtlichen Vollstreckungsrecht seinen Ausdruck findet. Bereits die Frage, ob Titel, die nicht auf eine Geldleistung gerichtet sind und nicht einem Ausspruch nach § 123 oder § 113 Abs. 2 und Abs. 5 VwGO entspringen, der Vollstreckung nach § 172 VwGO oder dem zivilprozessualen Vollstreckungsrecht unterliegen, ist umstritten.¹⁰³³ Jedenfalls wird § 172 VwGO ein Ausschluss der Zwangshaft gegenüber Behördenvertretern entnommen.¹⁰³⁴ Streitig geworden ist die Erzwingung von Nichtgeldleistungstiteln gegenüber der Verwaltung jüngst anlässlich der Weigerung der bayerischen Behörden, ihrer gerichtlich angeordneten unionsrechtlichen Verpflichtung zum Erlass ausreichender Luftreinhaltepläne nachzukommen, die nötigenfalls auch Fahrverbote in Städten vorsehen. Die Rechtsprechung hat sich

¹⁰²⁹ Vgl. zu den einzelnen Fallkonstellationen *Andreas Mosbacher*, in: Hanns Engelhardt/Michael App/Arne Schlatmann (Hrsg.), *VwVG/VwZG*, § 6 VwVG, Rn. 1c m. w. N.

¹⁰³⁰ Vgl. *Fritz Baur/Rolf Stürner/Alexander Bruns*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 13. Aufl. 2006, S. 26–32.

¹⁰³¹ Zur Titulierung als formalisierter Entkoppelung der Rechtserkenntnis von der Rechtslage *Po-scher*, *Vollstreckung* (Fn. 126), S. 113–120; das differenzierte Vollstreckungsrecht schafft die Voraussetzungen dafür, dass eine solche Entkoppelung tragbar ist.

¹⁰³² Dazu *Nolte*, *Eigenart* (Fn. 2), S. 72: „Idealerweise zielt sämtliches Verwaltungshandeln darauf, ohne Anrufung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auszukommen und [...] für sich zu stehen“.

¹⁰³³ Siehe *Pietzner/Möller*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 172 Rn. 18 f.

¹⁰³⁴ Vgl. das Vorabentscheidungsersuchen des *BayVG*H, *Beschl. v. 9.11.2018*, 22 C 18.1718, Rn. 56, 127 ff.

hier auf den Standpunkt gestellt, das zivilprozessuale Vollstreckungsrecht anzuwenden, aber nicht, soweit es eine Ordnungshaft gegenüber Behördenvertretern ermöglichen würde.¹⁰³⁵ Der Europäische Gerichtshof hat diese Linie auf Vorlage hin bestätigt und klargestellt, dass eine Freiheitsentziehung auch gegenüber Behördenvertretern einer hinreichend klaren gesetzlichen Grundlage bedürfte,¹⁰³⁶ die nach der Darstellung des vorliegenden Verwaltungsgerichtshof – wegen § 172 VwGO – nicht existiert. Damit hat der Europäische Gerichtshof Sensibilität für die autonomen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, die Grenzen und notwendige Verfahrensgebundenheit von Effektivitäts- und Erzwingbarkeitsansprüchen unter Beweis gestellt. Diese fehlt in der deutschen Diskussion zuweilen. Nicht alles, was Recht ist, kann und muss auch gerichtlich erzwungen werden können. Diese Einsicht, die den Verfassern der VwGO noch bewusst gewesen zu sein scheint,¹⁰³⁷ verdient es, in Erinnerung gerufen zu werden. Gerichte bleiben unaufhebbar auf den Umsetzungswillen der anderen Gewalten angewiesen,¹⁰³⁸ wie überhaupt jede Autorität, auch die der Dienstvorgesetzten, darauf beruht, dass andere sich ihr unterwerfen. Echte Macht einer Institution liegt gerade darin, formelle Autorität nicht ausüben zu müssen.¹⁰³⁹ Gerichte können daher in letzter Konsequenz nicht mehr tun, als Rechtspflichten und -verstöße der öffentlichen Hand klar aufzuzeigen, sichtbar zu machen und durch Mindestsanktionen wie Zwangsgeld als ernstlich zu markieren. Womöglich bräuchte es hier eine Heraufsetzung der bei Missachtung maximal drohenden Zwangsgelder. Denkbar wäre auch, in den Grenzen des Art. 34 Satz 1 GG („grundsätzlich“) Zwangsgelder gegen Amtsträger selbst zu verhängen oder zumindest – da es sich um vorsätzliche Verstöße handelt, Art. 34 Satz 2 GG – eine Regresspflicht zu statuieren.¹⁰⁴⁰ Das wäre auch verfassungsgemäß, weil Art. 34 Satz 1 GG nicht als Ausschluss strafrechtlicher Sanktionen, sondern als Überleitung haftungsrechtlicher Verantwortung zu verstehen ist.¹⁰⁴¹ Das Zwangsgeld hat jedoch Ordnungsmittelcharakter¹⁰⁴² und kommt nicht der Vollstreckungsgläubigerin zugute, sodass es nicht zu den durch Art. 34 GG in den Blick genommenen Haftungsfolgen zählt. Grundlegend neuer Beugemittel, etwa der Zwangshaft, bedarf es hingegen nicht. Vielmehr muss eine rechtsstaatliche

¹⁰³⁵ Vgl. *BayVG*H, *Beschl. v. 9.11.2018*, 22 C 18.1718, Rn. 56, 127 ff.

¹⁰³⁶ *EuGH*, *Urt. v. 19.12.2019*, Rs. C-752/18, Rn. 29–56.

¹⁰³⁷ *BTDrucks* 3/55, S. 49: „Dies ist auch geboten, weil es stets das Ansehen des Staates und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung schädigt, wenn eine Behörde nur mit Zwang dazu gebracht werden kann, einer Gerichtsentscheidung nachzukommen. [...] Geschädigt wird das Ansehen der Verwaltung nur, wenn die Zwangstrafe tatsächlich verhängt werden muß; dies zu vermeiden, liegt in der Hand der Verwaltung“; die maßgebliche Währung ist also Reputation und Reputationsverlust, nicht Zwang.

¹⁰³⁸ Zum Voraussetzungsreichtum der Befolgungsbereitschaft *Gärditz*, *Steuerungspotential* (Fn. 103), S. 234 ff.

¹⁰³⁹ Zum prekären Charakter rechtlicher Gewaltausübung, der auf deren Potentialisierung drängt, *Ralf Pascher*, *The Ultimate Force of Law*, *Ratio Juris*, Bd. 27 (2016), S. 311; *Niklas Luhmann*, *Macht*, 3. Aufl. 2003, S. 65 f.

¹⁰⁴⁰ Zum schwachen Abschreckungseffekt des Zwangsgelds bereits *Rupp*, *Neue VwGO II* (Fn. 746), S. 335 f.

¹⁰⁴¹ Vgl. *Hans-Jürgen Papier*, in: *Maunz/Dürig*, *GG*, Art. 34 Rn. 11; *Joachim Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG II*, Art. 34 Rn. 33 f.

¹⁰⁴² *BVerwG* DVBl 1965, S. 768 (769 f.); *Pietzner/Möller*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *VwGO*, § 172 Rn. 2; *Ernst Forsthoff*, *VerwR*, S. 299 (dort aber anders zur Verschuldensabhängigkeit).

Ordnung darauf vertrauen, dass gerichtliche Entscheidungen von den anderen Gewalten befolgt werden,¹⁰⁴³ weil sie eben darauf aufbaut. Erzwingen lässt sich das nur begrenzt, weshalb die Beschwörung der durch den Entscheidungseinhorsam gefährdeten Rechtsstaatlichkeit zwar berechtigt ist, aber nicht freischwebend zusätzliche Zwangsmöglichkeiten der Gerichte begründen sollte. Denn das Rechtsstaatsprinzip fordert nicht die Erzwingbarkeit allen Rechts, sondern die Operation staatlicher Gewalt nach Rechtsmaßstäben. Das trifft auch die Gerichte. So bedauernswert also die offenbar zunehmende Neigung politischer Akteure ist, gerichtliche Entscheidungen als verhandelbare Empfehlungen zu begreifen,¹⁰⁴⁴ etwa im Fall der Stadthalle Wetzlar, der Versagung lebensbeendender Arzneimittel in extremen Notlagen oder der gerichtlich untersagten Ausweisung eines Terrorverdächtigen,¹⁰⁴⁵ so wenig wäre es angemessen, die Gerichte hier mit gesetzlich kaum konturierbaren Zwangsinstrumenten auszustatten. Denn das limitierte Vollstreckungsrecht der VwGO ist auch ein gesetzlicher Kompromiss zwischen den Machtansprüchen der drei Gewalten. Danach ist es die Aufgabe der Gerichte, zu sagen, was, nicht aber zu machen, dass Recht ist.

Leitentscheidungen

- EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. C-314/85, Slg. 1987, I-4425 – Foto-Frost
 EuGH, Urt. v. 1.4.2004, Rs. C-263/02 P – Jégo-Quéré et Cie SA
 EuGH, Urt. v. 12.5.2011, Rs. C-115/09 – Trianel
 EuGH, Urt. v. 15.10.2015, Rs. C-137/14 – Prälusionen Umweltverträglichkeitsprüfung
 BVerfGE 6, 32 – Elfen (1957)
 BVerfGE 101, 106 – Akteneinsichtsrecht (1999)
 BVerfGE 107, 395 – fachgerichtlicher Rechtsschutz (2003)
 BVerfGE 115, 81 (92) – Kulturpflanzenanbau (2006)
 BVerfGE 129, 1 – Beurteilungsspielräume der Verwaltung (2011)
 BVerfGE 149, 407 – Rotzellan (2018)
 BVerwGE 1, 159 – Fürsorge (1954)
 BVerwGE 34, 301 – Planungskontrolle (1969)
 BVerwGE 36, 179 – Subsidiarität der Feststellungsklage (1970)
 BVerwGE 70, 143 – Prüfungsentscheidungen (1984)
 BVerwGE 91, 256 – Rechtskraftwirkungen (1992)
 BVerwG NVwZ 2007, S. 1311 – Einweggetränkeverpackungen (2007)
 BVerwGE 167, 33 – Indizierung jugendgefährdender Kunstwerke (2019)

¹⁰⁴³ Dazu, dass das eine Selbstverständlichkeit sein sollte, die aber nicht immer selbstverständlich ist: BTDrucks 3/55, S. 49.

¹⁰⁴⁴ Kritisch auch Gärditz, Steuerungspotential (Fn. 103), S. 207: „oft aus blankem Populismus“; Steffen Augsburg, Grenzen und Gefahren kommunaler Extremismusbekämpfung, DRiZ 2018, S. 254.

¹⁰⁴⁵ Zur Versagung von Suizidmitteln: LTO v. 13.1.2020, verfügbar unter www.lto.de/recht/nachrichten/n/geschaeftsmaessige-sterbehilfe-verbot-bverwg-bverfg-egnu-antraege-suizidmittel-abgelehnt/; zur Stadthalle Wetzlar BVerfG, Pressemitteilung Nr. 26/2018 vom 20.4.2018, verfügbar unter www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemittelungen/DE/2018/bvg18-026.html; zur Rückholpflicht bei rechtswidriger, gerichtlich untersagter Abschlebung: VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 13.7.2018, 8 L 1315/18.

Ausgewählte Literatur

- Achberger, Norbert, Der Begriff „Rechtsprechung im materiellen Sinne“, in: FS Menger, Köln 1985, S. 125
 Buchheim, Johannes, Actio, Anspruch, subjektives Recht, Tübingen 2017
 Bühler, Othmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Stuttgart u. a. 1914
 Channen, Claus D., Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1996
 Elfert, Martin, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL, Bd. 67 (2008), S. 286
 Gärditz, Klaus F., Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand. Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2016
 Gelester, Marc, Why the “Haves” come out ahead, Law & Society Review, Bd. 9 (1974), S. 95
 Kaufmann, Marcel, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 2002
 Krebs, Walter, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS Menger, Köln 1985, S. 191
 Lessahn, Philipp, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, Tübingen 2017
 Luhmann, Niklas, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt aM, 2. Aufl. 1975
 Masing, Johannes, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997
 Menke, Christoph, Kritik der Rechte, Berlin 2015
 Merkl, Adolf, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: FS Kelsen, Wien 1931, S. 252
 Nolte, Jakob J., Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 2015
 Poscher, Ralf, Geteilte Missverständnisse: Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: FS Wahl, Berlin 2011, S. 527
 Rupp, Hans-Heinrich, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1963
 Rupp, Hans-Heinrich, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR, Bd. 85 (1960), S. 149, S. 301
 Schmidt-Aßmann, Eberhard, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS Menger, 1985, S. 107
 Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, Berlin/Heidelberg, 2. Aufl. 2006
 Schmidt-Aßmann, Eberhard, In-camera-Verfahren, in: FS Schenke, Berlin 2011, S. 1147
 Schenke, Wolf-Rüdiger, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, Berlin 1979
 Scherzberg, Arno, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl 1988, S. 129
 Schuch, Friedrich, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1988
 Wahl, Rainer, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL, Bd. 41 (1983), S. 151