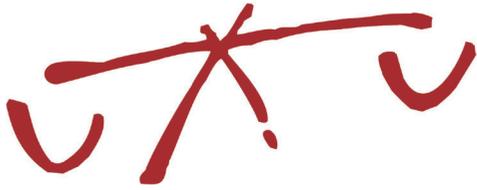


4 | 2024 56. Jahrgang ISSN 2511-7599



BDVR-Rundschreiben

Zeitschrift für die Verwaltungsgerichtsbarkeit

Aus dem Inhalt

- Nachlese II zum 20. Deutschen Verwaltungsgerichtstag
- 100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit Bremen
- 75 Jahre niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit

INHALTSVERZEICHNIS

Impressum

Herausgeber | Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen (BDVR)
Haus des Rechts, Kronenstraße 73, 10117 Berlin
www.bdvr.de
www.verwaltungsgerichtstag.de

Verantwortlich i.S. des Pressegesetzes | Rautgundis Schneiderei, Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin

Redaktion | Dr. Karoline Bülow, Alice Fertig, Markus Rau, Britta Schiebel, Dr. Benjamin Schneider, Rautgundis Schneiderei, Christiane Knoop

Manuskripte und Zuschriften an | RiOVG Markus Rau, Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, Telefon: 030/90149-8729, redaktion@bdvr.de

Urheber und Verlagsrechte | Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlags. Mit der Annahme des Beitrags zur Veröffentlichung erwirbt der Verlag alle ausschließlichen Verlagsrechte für die Zeit des Bestehens des Urheberrechts. Diese umfassen insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und die Befugnis zur Einspeicherung des Beitrags in eine Datenbank, verbunden mit dem Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung (online oder offline) zu gewerblichen Zwecken ohne zusätzliche Vergütung. Das ausschließliche Recht an einer elektronischen Version des Beitrags erwirbt der Verlag ohne zeitliche Begrenzung. Namentlich gekennzeichnete Beiträge stellen die Meinung der Autoren dar. Die Redaktion behält sich die Kürzung von Beiträgen vor. Unverlangt eingesendete Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag. Veröffentlichte Fotos stammen von »privat«, sofern diese nicht namentlich gekennzeichnet sind.

Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich.

Adressänderungen an | RiinVG Britta Schiebel, Haus des Rechts, Kronenst. 73, 10117 Berlin, finanzen@bdvr.de

Verlag | Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG
Scharstraße 2, 70563 Stuttgart, Telefon 0711/7385-0,
Telefax 0711/7385-100, c.class@boorberg.de,
www.boorberg.de

Anfragen gemäß EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit (EU) 2023/988 (General Product Safety Regulation – GPSR) richten Sie bitte an:
Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Produktsicherheit, Scharstraße 2, 70563 Stuttgart;
E-Mail: produktsicherheit@boorberg.de

Anzeigen | Dieter Müller, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharstraße 2, 70563 Stuttgart,
Telefon: 0711/7385-0, Telefax 0711/7385-100,
anzeigen@boorberg.de,
es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 14. vom 1.1.2023

Erscheinungsweise | viermal jährlich

Bezugspreise | Jahresbezugspreis im Abonnement EUR 106,- inklusive Zustellgebühr. Die Berechnung des Abonnements erfolgt jährlich im Voraus. Einzelheft EUR 29,50 zuzüglich Versandkosten. Bestellungen nehmen der Verlag und alle Buchhandlungen entgegen.
Eine Abbestellung kann frühestens zum Jahresende gültig werden, wenn Sie dem Verlag spätestens sechs Wochen vor Jahresende vorliegt.

Satz | Reemers Publishing Services. www.reemers.de
Produktion | Laupp & Göbel, Robert-Bosch-Str. 42, 72810 Gomaringen, www.meine-druckerei.de

ISSN | 2511-7599

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

VORWORT 3

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

20. Deutscher Verwaltungsgerichtstag vom 15. bis 17. Mai 2024 in Würzburg (Tagungsbericht)	4
Arbeitskreis 4: Einreise- und Aufenthaltsverbote als effektive Mittel der Gefahrenabwehr?	8
Arbeitskreis 9: Neues zum vorläufigen Rechtsschutz?	22
Arbeitskreis 9: Beschleunigungsgesetzgebung und ihre Auswirkungen auf den Eilrechtsschutz – Bestandsaufnahme und Folgerungen aus anwaltlicher Sicht	30
Arbeitskreis 10: „Güteverfahren nach Corona – vom Rückblick zum Ausblick“ ..	36
Arbeitskreis 11: Grundrechtsverwirklichung im Amt?	40

EUROPA

Fachtagung „Asyl und Migration“ der Europäischen Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter in Warschau	45
---	----

AUS DEN VERBÄNDEN

Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit in Asylsachen durch Verordnung nach § 83 Abs. 3 AsylG	47
Besuch einer erweiterten Delegation des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) beim Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim (Polen)	47
100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bremen: Ein Festakt und ein Jubiläumsband erinnern an die bewegte Geschichte	49
75 Jahre niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit	50
Die Deutsch-Ukrainischen Kolloquien „Verwaltungsprozess“ nach dem 24. Februar 2022 – Erfahrungsaustausch in Zeiten des Krieges	53

PERSONALIA 57

Information zu den nächsten Ausgaben

Abgabeschluss für die Ausgabe 2/2025 ist der 10. April 2025. Artikel und Fotos bitte per E-Mail an die Redaktion unter redaktion@bdvr.de.



VORWORT

BDVR-Rundschreiben 4|2024



Liebe Leserinnen und Leser,

das Asylrecht bewegt weiterhin die Gemüter. Zum einen wird die Reform des GEAS ab 2026 zu erheblichen Rechtsänderungen im Asylrecht führen. Zum anderen werden schon jetzt in vielen Bundesländern – mit teilweise sehr kurzem Vorlauf – organisatorische Maßnahmen mit dem Ziel einer schnelleren Bearbeitung der Asylverfahren ergriffen. Beispielhaft finden Sie in dieser Ausgabe einen Bericht zur neuen Zuständigkeitsregelung für Asylverfahren in Bayern.

Gerade angesichts der in allen Mitgliedstaaten bestehenden Belastung mit Asylverfahren ist der europäische Austausch von großer Bedeutung. Die Reiseberichte des Verwaltungsgerichts Frankfurt/Oder aus Gorzów in Polen und des Verwaltungsgerichts Berlin aus Brüssel (im letzten Heft) veranschaulichen dies und belegen das Interesse der deutschen Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter an der Arbeitsweise der europäischen Kolleginnen und Kollegen. Über die seit dem Jahr 2005 bestehende Zusammenarbeit zwischen der ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes Rheinland-Pfalz, die glücklicher-

weise auch seit dem 24.02.2022 weitergeführt wird, berichtet Hartmut Müller-Rentschler.

Der Vorstand des BDVR setzt sich weiter für die Belange der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein. In diesem Jahr fanden mehrere Gespräche zwischen Mitgliedern des Vorstands und dem Bundesjustizministerium sowie dem Bundesinnenministerium statt, in denen es insbesondere um den Stand der Umsetzung des GEAS und einer neuen Reform der VwGO ging. Gesprächsinhalt war auch die Resilienz der Verwaltungsgerichte für den Fall autoritärer Bestrebungen. Weiterhin setzt sich der BDVR aus aktuellem Anlass für den Verbleib des Kinder- und Jugendhilferechts in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein. Die aktuelle Stellungnahme hierzu sowie alle weiteren Stellungnahmen finden Sie wie immer auf unserer Homepage.

Karoline Bülow

Robert Seegmüller



20. DEUTSCHER VERWALTUNGS- GERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

20. Deutscher Verwaltungsgerichtstag vom 15. bis 17. Mai 2024 in Würzburg (Tagungsbericht)

Am 15.05.2024 war es nach fünfjähriger Pause endlich wieder so weit: Mit der Begrüßungsrede des Vorsitzenden des Vereins Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V. und des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen e.V. Dr. Robert Seegmüller fiel der Startschuss für den 20. Deutschen Verwaltungsgerichtstag in der Universitätsstadt Würzburg. Damit fand der Deutsche Verwaltungsgerichtstag erstmals seit mehr als 20 Jahren wieder in Bayern statt.

Über 1.100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus dem ganzen Bundesgebiet, dem europäischen und dem außereuropäischen Ausland reisten an, um sich über aktuelle öffentlich-rechtliche Themen und Herausforderungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit auszutauschen. Dabei war das Fachprogramm dieses Jahr breit gefächert und reichte von Fragen der richterlichen Arbeitsgestaltung über u. a. das Ausländer-, Versammlungs- und Planungsrecht bis hin zur Digitalisierung von Gerichtsverfahren.

Musikalisch umrahmt vom lokalen Posaunenchor HFM-BRASS folgten der im letzten BDVR-Rundschreiben abgedruckten Eröffnungsrede von Dr. Robert Seegmüller Grußworte der Staatssekretärin im Bundesministerium der Justiz Dr. Angelika Schlunck, des Bayerischen Staatsministers des Innern, für Sport und Integration Joachim Herrmann, MdL, und des Oberbürgermeisters der Stadt Würzburg Christian Schuchardt. Staatssekretärin Dr. Schlunck befasste sich in ihrer Rede mit dem – auch in den Arbeitskreisen immer wieder diskutierten – Thema der Digitalisierung der Justiz und wies auf aktuell laufende Projekte in diesem Bereich hin. Innenminister Herrmann, in dessen Ressort die bayerische Verwaltungsgerichtsbarkeit fällt, erntete Applaus für sein Bekenntnis, der künstlichen Intelligenz die persönliche Intelligenz vorzuziehen. Im Anschluss widmete sich der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Stephan Harbarth, LL.M. (Yale) in seinem Festvortrag anlässlich des 75. Geburtstages des Grundgesetzes der Geschichte der Grundrechte seit dem Jahr 1848 und der Bedeutung des Grundgesetzes für die Festigung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Deutschland. Mit Blick auf aktuelle Herausforderungen wie die Rückkehr des Kriegs nach Europa (Stichwort Ukrainekrieg), den vermehrten Einsatz künstlicher Intelligenz, Klimawandel und Migration rief er dazu auf, aktiv für Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit einzutreten. Zudem hob er die Bedeutung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie einer unabhängigen Justiz – auch in Verwaltungssachen – als Grundlage der Verfassungsordnung des Grundgesetzes hervor und verwies auf die Notwendigkeit des Zusammenhalts der europäischen Nationen zur Bewahrung der europäischen Freiheitsidee.

Nach der Mittagspause fanden am Mittwochnachmittag die ersten vier Arbeitskreise statt:

Unter der Überschrift „Neues zum Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG“ beleuchteten Prof. Dr. Markus Ludwigs und der Prozessbevollmächtigte der Bundesregierung vor den Europäischen Gerichten Regierungsdirektor Ralf Kanitz, LL.M. unter Moderation der Richterin am Verwaltungsgericht Ioanna Dervisopoulos nicht nur die rechtlichen Grundlagen, die das Verhältnis beider Gerichte bestimmen, sondern auch die Frage, wie diese in der Praxis gelebt werden. Prof. Dr. Ludwigs zog insoweit eine eher ernüchternde Bilanz, indem er eine ausbaufähige Dialogbereitschaft bei beiden Gerichten und eine zurückhaltende Vorlagepraxis des Bundesverfassungsgerichts konstatierte. Dem trat Richter am Bundesverfassungsgericht Prof. Dr. Wolff in der Diskussion entgegen. Auch Regierungsdirektor Kranitz äußerte den Wunsch nach einer engeren Kooperation des Europäischen Gerichtshofs und den nationalen Verfassungsgerichten, um einen einheitlichen Grundrechtsschutz innerhalb der Europäischen Union unter Berücksichtigung der Belange der Mitgliedstaaten und unter Wahrung der Vielfalt der nationalen Rechtsordnungen zu gewährleisten. Im Rahmen der Diskussion wurde die Komplexität der Schaffung eines kohärenten europäischen Grundrechtsschutzes nicht zuletzt dadurch deutlich, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als weiterer Akteur ins Spiel gebracht wurde.

Ein weiterer Arbeitskreis lud unter Moderation des Vorsitzenden Richters am Verwaltungsgericht Dr. Florian von Alemann auf der Grundlage von Vorträgen des Direktors des Sozialgerichts Prof. Dr. Henning Müller, des Richters am Verwaltungsgerichtshof Dr. Anton Achatz und der Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Anna-Miria Fuerst, LL.M. zum Erfahrungsaustausch zu rechtlichen Fragen der e-Akte ein. Einen Schwerpunkt des Arbeitskreises stellten Fragen rund um die Kommunikation mit den Beteiligten über elektronische Übermittlungswege sowie der Umgang mit Beweismitteln, insbesondere die Anforderungen an Behördenakten und deren Vorlage, dar. Mit Blick auf die strengen Anforderungen, die die Gerichte bei der Prüfung der formgerechten Einreichung an die Beteiligten stellen, plädierte Prof. Dr. Müller für mehr Wohlwollen, auch vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Intention. Dr. Achatz ergänzte diese sich bei der Interaktion mit Gerichtsexternen stellenden Fragen durch Ausführungen zu gerichtlichen internen Vorgängen rund um die e-Akte. Dr. Fuerst beleuchtete die Anforderungen an Aufbewahrung und Speicherung von e-Akten. Dabei wies sie

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

auf besondere Herausforderungen bei der Aufbewahrung der Akten im Zusammenspiel verschiedener Instanzen hin. In der sich anschließenden Diskussion wurde deutlich, dass durch die digitale Dokumentation des Gerichtsverfahrens Vorgänge wie der Zeitpunkt der richterlichen Signatur für die Beteiligten transparenter werden. Dadurch gewinnen eigentlich schon lange existierende Fragen wie etwa der Signaturzeitpunkt bei Kammerentscheidungen ohne mündliche Verhandlung an Aktualität.

Moderiert vom Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Hans-Joachim Hüwelmeier befasste sich der Arbeitskreis Umweltrecht mit Rechtsanwältin Dr. Franziska Heß als Referentin mit aktuellen Herausforderungen im Planungsrecht. Ausgehend von der Eingangsthese, dass die Bemühungen des Gesetzgebers in den letzten 30 Jahren, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliche Verfahren im Umweltbereich zu beschleunigen, eine nur geringe Wirkung bei gleichzeitig steigenden Verlusten an Rechtsstaatlichkeit zeigten, beleuchtete Rechtsanwältin Dr. Heß die gesetzgeberischen Ansätze, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu beschleunigen und wies auf Defizite bei der Adressierung der eigentlichen Ursachen für lange Verfahrensdauern hin. Der ursprünglich als weiterer Referent vorgesehene Prof. Dr. Thomas Schomerus musste leider kurzfristig absagen, leistete aber dennoch mit seinem vorbereiteten Referat einen wertvollen Diskussionsbeitrag.

Der vierte Arbeitskreis, der am Mittwochnachmittag stattfand, beschäftigte sich, moderiert von dem Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Robert Keller, mit ausländerrechtlichen Einreise- und Aufenthaltsverboten als Gefahrenabwehrmitteln. Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Ina Bauer und Polizeidirektor Dr. Ralf Gnüchtel, LL.M., M.A. führten als Referenten in die Themen ein. Dr. Gnüchtel schilderte zunächst die Lage aus Sicht der Bundespolizei und stellte deren Aufgaben vor. Hierbei ging er auch auf Fragen der Informationssteuerung zu gefährlichen Personen und die Erstellung von Gefahrenprognosen ein, bevor er den rechtlichen Rahmen von Einreiseverweigerungen und Ausschreibungen zur Einreiseverweigerung auf der Grundlage behördlicher Gefahrenprognosen darlegte.

Nach den fachlichen Gesprächen in den Arbeitskreisen boten der Empfang der Bayerischen Landesregierung und die anschließenden Treffen der Landesverbände in verschiedenen Gaststätten im Herzen Würzburgs den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Verwaltungsgerichtstags am erfreulich lauen Mittwochabend Gelegenheit, den fachlichen und persönlichen Austausch bei einem Glas fränkischen Weins zu vertiefen.

Am zweiten Veranstaltungstag fanden in einem Vormittags- und einem Nachmittagsblock je fünf Arbeitskreise zu fachlichen einschließlich arbeitsorganisatorischen Themen statt.

Unter der Leitung des Vorsitzenden Richters am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Ingo Kraft und des Vorsitzenden Richters am Verwaltungsgerichtshof Andreas Schmitz bot der Arbeitskreis 5 Gelegenheit zum Erfahrungsaustausch über verwaltungsrichterliche Arbeitsweisen und zur Reflexion der eigenen Arbeitskultur. Gegliedert nach fünf Phasen des Verwaltungsprozesses (Vorbereitung, mündliche Verhandlung, Beratung, Entscheidungsfindung und Abfassung der Entscheidung) führten die Referenten mit der Schilderung ihrer eigenen Erfahrungen und Beobachtungen in Fragen der rich-

terlichen Arbeitskultur ein, die sie sodann an ihr Publikum weitergaben. Dies führte zu einer regen Diskussion (verwaltungs-)richterlicher Arbeitsweisen, z. B. über das Ob und Wie von Voten, die Übermittlung eines vorläufigen Tatbestands oder einer Verhandlungsgliederung an die Verfahrensbeteiligten und die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter vor der mündlichen Verhandlung, über die Handhabung von Einzelrichterübertragungen sowie die Gestaltung der mündlichen Verhandlung.

Moderiert von Richter am Oberverwaltungsgericht Thomas Linßen beschäftigte sich ein weiterer Arbeitskreis mit In-Camera-Verfahren. Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Richard Häußler beleuchtete den Umgang mit geheimen Dokumenten im Verwaltungsprozess und das Spannungsverhältnis zwischen dem Erfordernis der Kenntnis der Behördenakte für die Erfüllung der Rechtsschutz- und Kontrollaufgaben der Verwaltungsgerichte einerseits und staatlichen Geheimschutzbelangen andererseits anhand einer Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung des Fachsenats des Bundesverwaltungsgerichts zu § 99 VwGO. Dabei ging er auch auf die Vor- und Nachteile des Fachsenatsmodells ein und forderte in rechtspolitischer Hinsicht, dem Gericht der Hauptsache in stärkerem Maße die In-camera-Prüfung zu übertragen.

Ein von Richter am Oberverwaltungsgericht Jürgen Meng moderierter Arbeitskreis widmete sich mit Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. und Richter am Verwaltungsgerichtshof Hans-Dieter Laser als Referenten dem Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht im Spannungsfeld aktueller Herausforderungen. Erörtert wurden Maßnahmen zur Bekämpfung der Wohnraumknappheit und zur Neugestaltung der Städte sowie der Ausbau erneuerbarer Energien und ihre Konsequenzen für den Nachbarschutz, insbesondere das Gebot der Rücksichtnahme, welches Maßstäbe der Sozialadäquanz aufgreife und dementsprechend an einem Wandel dieser Maßstäbe vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Veränderungen und technischen Fortschritts teilhabe. Weiterer Schwerpunkt des Arbeitskreises waren die Wannsee-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und der Gebietserhaltungsanspruch zur Abwehr unerwünschter Nachverdichtung, besonders die Frage, wann „Quantität in Qualität“ umschlägt.

In dem von Richter am Bundesverwaltungsgericht Holger Böhmann moderierten Arbeitskreis „Secondary Migration in the Jurisprudence of the CJEU“ referierten der Vizepräsident des Europäischen Gerichtshofs Lars Bay Larsen und Nicolas Jacobs von der European Union Agency for Asylum (EUAA). Nicolas Jacobs informierte über die EUAA und ihre Aufgaben und erläuterte, wie die Agentur Informationen zusammenträgt und veröffentlicht. Hierbei ging er auch auf die Frage politischen Drucks bei der Bearbeitung und Veröffentlichung von Länderleitlinien (Country Guidance) ein, die nach Maßgabe des Art. 11 Abs. 3 VO (EU) 2021/2303 von den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sind. Zudem gab er einen kurzen Ausblick auf den neuen EU-Migrationspakt und auf das Monitoring des CEAS in den Mitgliedstaaten ab 2024, welches zunächst mit zwei Mitgliedstaaten startet, die sich freiwillig gemeldet haben. Auf großes Interesse des Publikums stieß der Hinweis, dass geplant sei, Länderberichte über die Mitgliedstaaten mit Analysen der Asylsysteme der Mitgliedstaaten einschließlich der Aufnahme von Antragstellern bis

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

Ende des Jahres zu veröffentlichen. Sodann erläuterte der Vizepräsident des Europäischen Gerichtshofs anhand von Entscheidungen des Gerichtshofs zum direkten und indirekten Management von Sekundärmigration durch die Mitgliedstaaten, wie der Gerichtshof das Ziel der Verhinderung von Sekundärmigration in seiner Rechtsprechung (bislang) handhabt. Demnach dürfe das Ziel der Verhinderung von Sekundärmigration nicht überbewertet werden, sondern es werde gleichwertig zu den anderen Zielen in die Entscheidungsfindung eingestellt. Die neue Reform erfordere allerdings eine Neubewertung der gefundenen Balance.

Der diesjährige Sonderarbeitskreis „Mensch – Recht – KI“ fand nicht wie die übrigen Arbeitskreise im Würzburger Kongresszentrum statt, sondern lud in die Würzburger Universität ein. Dort begrüßten Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, sowie Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Robert Käß die Teilnehmerinnen und Teilnehmer zu Referaten von Prof. Dr. Andreas Hotho, Inhaber des Lehrstuhls für „Data Science“ an der Universität Würzburg und Leiter des Zentrums für Künstliche Intelligenz und Data Science (CAIDAS), sowie Prof. Dr. Frank Puppe, Inhaber des Lehrstuhls für Künstliche Intelligenz und Wissenssysteme an der Universität Würzburg. Prof. Dr. Hotho veranschaulichte die exponentielle Steigerung der Leistungsfähigkeit und Effizienz technischer Innovationen anhand des iPhone X aus dem Jahr 2017, das die gleiche Leistung wie ein Großrechner aus dem Jahr 1993 aufweise. Zudem erläuterte er das Lernsystem von KI. Wie KI künftig in den Gerichtsalltag eingebunden werden könnte, hänge vor allem davon ab, wie schnell die Digitalisierung der Akten in den Gerichten voranschreite. Er gehe nicht davon aus, dass Daten und Rechensysteme ausreichen würden, um einen Menschen zu ersetzen. Die Entwicklung der KI werde seiner Ansicht nach nicht weiter exponentiell verlaufen, sondern irgendwann stagnieren. Allerdings sei eine KI bereits jetzt in der Lage, einfache, standardisierte Arbeiten zu übernehmen. So könne sie beispielsweise die Unterschiede zwischen zwei Schriftsätzen herausarbeiten. Prof. Dr. Puppe beleuchtete im Anschluss die menschliche Informationsverarbeitung und Unzulänglichkeiten der menschlichen Entscheidungsfindung in komplexen, unsicheren Situationen sowie deren Relevanz für die Rechtsprechung und hieraus zu ziehende Schlüsse im Kontext der Digitalisierung. Am Beispiel extremer Divergenzen in der Strafzumessung amerikanischer Gerichte bei vergleichbaren Straftaten erläuterte er Möglichkeiten, eine derartige Streuung mithilfe des Einsatzes künstlicher Intelligenz zu reduzieren. In diesem Zusammenhang sprach er sich für eine umfangreiche Urteilsdatenbank aus, um die Transparenz der Rechtsprechung zu erhöhen und eine schnelle Fallsuche zu ermöglichen. Um eine zuverlässige Fallselektion möglich zu machen, erfordere eine solche Urteilsdatenbank eine zuverlässige Anonymisierung und transparente Auswahlkriterien. Bereits vorhandene Datenbanken böten eine zu geringe Fallbasis. Kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob an den Gerichten ein Second-Opinion-Programm zur Unterstützung richterlicher Entscheidungen bereitgestellt werden sollte, insbesondere mit Blick auf die Gefahr

ungeprüfter Übernahmen der künstlich generierten Empfehlung bei hohem Entscheidungs- und Erledigungsdruck. Eine Mehrheit des Arbeitskreises sprach sich dennoch für ein Second-Opinion-Programm aus – ein Ergebnis, das – so Prof. Dr. Puppe – im Rahmen seiner Vorträge nicht immer so eindeutig ausfalle.

Interessierte konnten das Thema von KI im Gerichtsalltag in der Mittagspause in einem Workshop der ARKTIS IT solutions GmbH zum Thema „KI in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Innovation oder Risiko?“ vertiefen.

In dem vom Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Christian Hug moderierten Arbeitskreis „Neues zum vorläufigen Rechtsschutz?“ am Donnerstagnachmittag ging zunächst Prof. Dr. Ralf Schenke als Referent der Frage nach, wie sich der Prüfungsmaßstab des § 47 Abs. 6 VwGO infolge der gerichtlichen Überprüfung der Corona-Schutzverordnungen verändert hat. Unter kritischer Würdigung der Abkehr von einer reinen Folgenabwägung nach der Doppelhypothese hin zur Einbeziehung der Erfolgsaussichten der Hauptsache plädierte Prof. Dr. Schenk dafür, die Erfolgsaussichten der Hauptsache nur bei Offensichtlichkeit zu berücksichtigen und im Übrigen zur Folgenabwägung nach der Doppelhypothese zurückzukehren. Anschließend widmete sich der weitere Referent Rechtsanwalt Prof. Dr. Matthias Dombert der Regelung des § 80c VwGO, der nicht zu den vom Gesetzgeber erhofften Beschleunigungseffekten geführt habe. Ähnlich der von Rechtsanwältin Heß im Arbeitskreis zum Planungsrecht geäußerten Kritik an gesetzgeberischen Eingriffen in das Verfahrensrecht mit dem Ziel der Beschleunigung stellte Rechtsanwalt Prof. Dr. Dombert für den Anwendungsbereich des § 80c VwGO infrage, dass signifikante Beschleunigungseffekte durch Änderungen der Verfahrensordnung erreicht werden könnten, da damit nicht die eigentlichen Ursachen für lange Verfahrensdauern angegangen würden.

Der Arbeitskreis 10 bot mit dem Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Thilo Reindl, dem Präsidenten des Verwaltungsgerichts a.D. Prof. Dr. Roland Fritz, M.A. und der Richterin am Oberverwaltungsgericht Dorothea ter Veen als Referenten unter Moderation der Präsidentin des Verwaltungsgerichts Claudia Frieser Gelegenheit zum Erfahrungsaustausch zu Güteverfahren. Prof. Dr. Fritz zeichnete zunächst die historische Entwicklung der Güteverfahren von ersten Überlegungen in den Achtzigerjahren des vorigen Jahrhunderts zu alternativen Konfliktlösungsmöglichkeiten über die Zeit der freiwilligen Pilotprojekte der gerichtsinternen Mediation bis zu deren Ablösung und Überführung in das erheblich erweiterte Institut des Güterichters durch das Mediationsförderungsgesetz 2012 nach. Vor dem Hintergrund, dass es seit der Corona-Pandemie deutschlandweit einen spürbaren Rückgang der Güterichterverfahren gebe, widmeten die Referenten sodann der Frage, wie dieser Trend umgekehrt werden könne, besondere Aufmerksamkeit. Dabei kam auch die Bedeutung der Richterkolleginnen und -kollegen als verweisende Richter und der Anwaltschaft für die Akquise von Güteverfahren zur Sprache. In der Diskussion trafen die These, dass Güteverfahren ein Hype gewesen seien, der vorüber sei, und die Einschätzung aufeinander, dass es gerade in Zeiten, in denen das Klima rauer werde, Möglichkeiten der konsensualen Konfliktbeile-

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

gung bedürfe, wobei der Vorsitzende Richter Reindl unter Darstellung der Situation in Bayern immerhin von Erfolgsquoten zwischen 50 und 75 % zu berichten wusste, auch steige die Zahl der durchgeführten Güteverfahren nach asy- und pandemiebedingtem Rückgang durchaus wieder an. Zudem verwies er auf die Interessengerechtigkeit, die durch Güteverfahren erreicht werden könne, und die Möglichkeit, in Güteverfahren einen über das konkrete Streitgegenständliche, womöglich gar vorgeschobene Begehren hinausgehenden Konflikt zu klären. Erörtert wurden auch die Methoden des Güterrichters einschließlich besonderer Instrumente wie die Co-Mediation, Einzelgespräche und sog. Meta-Diologe sowie die Frage der Notwendigkeit einer gewissen Flexibilität des güterrichterlichen Vorgehens im Einzelfall. Dass sich die Digitalisierung auch auf die Arbeitsweise von Güterrichtern und -richtern auswirkt, zeigten die Diskussion der e-Akte für Güteverfahren sowie die Überlegungen von Prof. Dr. Fritz zu Online-Güteverfahren und dem Einsatz von KI z. B. zur Bereitstellung von Informationen, der Erstellung von Dokumentationen und der Generierung von optimierten Lösungen für den jeweiligen Konflikt.

Der Arbeitskreis „Grundrechtsverwirklichung im Amt?“ befasste sich, moderiert von Rechtsanwalt Thomas Kreutzfeld, mit beamtenrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit außerdienstlichem Verhalten im Spannungsfeld der persönlichen Freiheit von Beamten im privaten Bereich und Funktionserfordernissen des öffentlichen Amtes. Die beiden Referenten, der Vorsitzende Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Markus Kenntner und der Präsident des Verwaltungsgerichts Prof. Dr. Gert Armin Neuhäuser, beleuchteten kritisch die Frage, inwieweit die Reichweite der Wohlverhaltenspflicht für deren Adressaten überhaupt erkennbar und vorhersehbar ist. Dr. Kenntner veranschaulichte dies anhand einer Entscheidung des 2. Wehrdienstsenats aus dem Jahr 2022 zur Verletzung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht durch eine private Kontaktanzeige einer Soldatin. Ein Schuldvorwurf, der Voraussetzung eines Dienstvergehens sei, könne aber nur bejaht werden, wenn die Pflicht, gegen die der Beamte mit seinem außerdienstlichen Verhalten verstoßen habe, für ihn erkennbar gewesen sei. Prof. Dr. Neuhäuser setzte in seinem Vortrag einen weiteren Schwerpunkt auf das Thema der Verfassungstreuepflicht und die Grenzen politischer Meinungsäußerungen von Beamten.

Den Herausforderungen des Versammlungsrechts durch neue Protestformen widmete sich ein von dem Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Dr. Sören Delfs moderierter Arbeitskreis. Der Referent und Vorsitzende Richter am Verwaltungsgericht Stephan Groscurth warf die Frage auf, ob Art. 8 GG ein Recht auf Überraschung gewährleiste. Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts Dr. Wilfried Peters als weiterer Referent befasste sich mit der Reichweite des Versammlungsbegriffs und den Grenzen der Versammlungsfreiheit. Hierbei legte er ein besonderes Augenmerk auf wertungs-offene Begriffe wie öffentliche Ordnung, Einschüchterungswirkung und Gewaltbereitschaft, die als Einfallstor für autoritäre Haltungen dienen könnten, um politisch unerwünschte Meinungen abzuwehren.

Der Arbeitskreis der Vereinigung Europäischer Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter (VEV bzw. AEAJ) beschäftigte sich unter Moderation des Präsidenten der VEV

Sylvain Mérenne, Richter am Cour Administrative d'Appel Marseille, und der Vizepräsidentin der VEV Eva Wendler, Richterin am österreichischen Bundesverwaltungsgericht, mit dem Thema „Poland and the rule of law“. Zunächst schilderte Aleksandra Wrzesińska-Nowacka, Präsidentin der Vereinigung der polnischen Verwaltungsrichter und Richterin am polnischen Verwaltungsgerichtshof, die aktuelle Situation in Polen einschließlich geplanter Vorhaben zur Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit und zur Rücknahme der Veränderungen im Justizwesen und in der Staatsanwaltschaft. Rechtsanwalt Carsten Zatschler, LL.M. berichtete von dem Verfahren der VEV und drei weiterer europäischer Richtervereinigungen vor dem Gericht der Europäischen Union gegen die Entscheidung des Europäischen Rates wegen geplanter Auszahlungen von Mitteln des Recovery and Resilience Fund (RRP). Die Auszahlungen wurden durch die Europäische Kommission von der Erfüllung verschiedener Kriterien abhängig gemacht, die sich gegen Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit durch die Umgestaltung des polnischen Justizsystems richteten. Die klagenden Richtervereinigungen sind der Ansicht, dass die Erfüllung allein dieser Kriterien nicht ausreichend sei. Rechtsanwalt Zatschler vertritt die Richtervereinigungen in diesem Verfahren. Der per Video zugeschaltete Leiter der Rule of Law Unit der Europäischen Kommission, Florian Geyer, erläuterte die Instrumente der Europäischen Kommission, um Rechtsstaatsdefizite von EU-Mitgliedstaaten zu begegnen. Hierbei ging er insbesondere auf den Bericht über die Rechtsstaatlichkeit (Rule of Law Report) ein, in dem Defizite aufgezeigt, aber auch Empfehlungen für deren Behebung gegeben werden. Anhand des Beispiels von Rumänien und Bulgarien wies er zudem auf das anlässlich des EU-Beitritts dieser Staaten im Jahr 2007 eingeführte Kooperations- und Kontrollverfahren für diese beiden Staaten hin. Damit habe die EU in beiden Ländern den Aufbau von Verwaltungs- und Justizsystemen mitverfolgen und sicherstellen können, dass diese die mit der EU-Mitgliedschaft verbundenen Verpflichtungen erfüllen und somit die ordnungsgemäße Anwendung der Rechtsvorschriften, Maßnahmen und Programme der EU gewährleisten.

Am dritten und letzten Veranstaltungstag fanden keine Arbeitskreise statt. Wer sich dennoch im Kongresszentrum ein-



Dr. Christian Dessau, Georg M. Oswald, Dr. Katja Gelinsky (Moderatorin), Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner und Dr. Roda Verheyen, LL.M. (von links nach rechts)

© VG Würzburg

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

fand, wurde mit einer lebhaften Podiumsdiskussion zum Verhältnis von Klimaschutz und Recht belohnt. Moderiert von Dr. Katja Gelinsky diskutierten Rechtsanwalt Dr. Christian Dessau, Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Georg M. Oswald und Rechtsanwältin Dr. Roda Verheyen, LL.M. über Möglichkeiten, Grenzen und Herausforderungen des nationalen und des globalen Kampfes gegen die Klimakrise mit rechtlichen Mitteln. Über weite Strecken bestimmten die Beiträge von Dr. Roda Verheyen und Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner die rege Gesprächsrunde. Neben der Diskussion der unterschiedlichen Interessen und Sorgen, die beim Thema Klimaschutz aufeinanderprallen, gewährte Dr. Roda Verheyen fallkundig Einblicke in verschiedenste Klimaklagen, die vor nationalen wie internationalen Gerichten anhängig sind. Erörtert wurden auch die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen zum Klimaschutz und die Beweiserhebung in gerichtlichen Verfahren zum Klimaschutz, Letzteres unter anderem anhand der Inaugenscheinnahme von Gletschern in Südamerika durch ein deutsches Gericht.

Ergänzt wurden die fachlichen Veranstaltungen durch ein vom Ortsausschuss des Verwaltungsgerichtstages organisiertes Rahmenprogramm, das unter anderem zu verschiedenen Rundgängen durch Würzburgs Altstadt, einem Besuch der berühmten Würzburger Residenz und einer Vorstellung des Richterkabarets einlud.

Der 20. Deutsche Verwaltungsgerichtstag schloss mit Dankesworten von Dr. Seegmüller an das Organisationsteam des Verwaltungsgerichts Würzburg um den Vizepräsidenten Dr. Gerhard Weinmann und im BDVR-Vorstand sowie einer herz-



© VG Würzburg

Würzburger Ortsausschuss mit der Präsidentin des BayVGH und Mitgliedern des BDVR-Vorstands

lichen Einladung des Präsidenten des Verwaltungsgerichts Osnabrück Prof. Dr. Gert Armin Neuhäuser zur Teilnahme am 21. Deutschen Verwaltungsgerichtstag vom 2. bis 4. 6.2027 in Osnabrück.

Mara Hellstern, Richterin am Verwaltungsgericht, Würzburg. Die Verfasserin dankt allen Mitgliedern des Ortsausschusses und der VEV, die mit ihren Hinweisen und Protokollen zu den von ihnen besuchten Arbeitskreisen diesen Bericht über den Verwaltungsgerichtstag möglich gemacht und bereichert haben.

Arbeitskreis 4:

Einreise- und Aufenthaltsverbote als effektive Mittel der Gefahrenabwehr?

I. Einleitung

Das ausländerrechtliche Einreise- und Aufenthaltsverbot anlässlich einer Ausweisung hat seit jeher eine primär gefahrenabwehrrechtliche Funktion. Es wird im Ausländerzentralregister festgehalten¹ und ist Ausgangspunkt für eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem.² Es sichert zudem durch eine zeitliche Komponente seiner Geltung die Verhältnismäßigkeit der Folgen einer Ausweisung.³ Um als Mittel der Gefahrenabwehr effektiv einsetzbar zu sein, bedarf das Einreise- und Aufenthaltsverbot hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Reichweite klarer rechtlicher Grundlagen im nationalen Recht, die auch den Vorgaben der Richtlinie 2008/115/EG vom 16.12.2008 (Rückführungsrichtlinie)⁴ gerecht werden. Jedenfalls seit dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 03.06.2021 in der Rechtssache BZ,⁵ das auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesverwaltungsgerichts erging,⁶ ist geklärt, dass auch ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, welches zu einer aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verfügten Ausweisung ergeht und damit zu „nicht migrationsbedingten“ Zwecken erlassen

1 Vgl. etwa § 6 Abs. 5 AZR-Gesetz.

2 Nunmehr Art. 24 Verordnung (EU) 2018/1861 v. 28.11.2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006, ABl. L 312 v. 07.12.2018, S. 14; siehe zur Aufnahme des Betriebs SIS III am 07.03.2023 Art. 66 Verordnung (EU) 2018/1861 i. V. m. Art. 1 Durchführungsbeschlusses (EU) 2023/201 der Kommission vom 30.01.2023, ABl. L 27 v. 31.01.2023, S. 19.

3 Vgl. schon BVerfG, Beschl. v. 18.07.1979 – 1 BvR 650/77 – juris Rn. 37 <zu § 15 AuslG 1965>; BVerwG, Urt. v. 10.07.2012 – 1 C 19.11 – juris Rn. 31 ff.; Urt. v. 22.02.2017 – 1 C 27.16 – juris Rn. 22 ff.; Hoppe, in: Dörig/Hocks, Migrations- und Integrationsrecht, 3. Aufl. 2024, § 7 Rn. 144 f.

4 Richtlinie 2008/115/EG v. 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 v. 24.12.2008, S. 98.

5 EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546/19 <BZ> – juris.

6 BVerwG, Beschl. v. 09.05.2019 – 1 C 14.19 – juris sowie ergänzend Beschl. v. 06.05.2020 – 1 C 14.19 – juris.

wird, den Anforderungen der Rückführungsrichtlinie genügen muss.⁷

II. Tradiertes deutsches Verständnis des ausweisungsbedingten Einreise- und Aufenthaltsverbots versus Konzept der Rückführungsrichtlinie

Dem deutschen Gesetzgeber gelingt es bis heute nicht, sich mit dem System der Rückführungsrichtlinie in einer für die Praxis förderlichen Weise zu identifizieren. Dies lässt sich auf das historisch gewachsene Verständnis des deutschen Ausländerrechts zurückführen, von dem der Gesetzgeber auch unter der Geltung der Rückführungsrichtlinie bislang nur zögerlich abgerückt ist.

1. Nach der tradierten Vorstellung, die auch § 11 Abs. 1 AufenthG in der Fassung des zum 01.01.2005 in Kraft getretenen Zuwanderungsgesetzes⁸ zugrunde lag,⁹ funktioniert Gefahrenabwehr am besten durch – aufgrund der Ausweisung – kraft Gesetzes eintretende Verbote in Gestalt des Einreise- und Aufenthaltsverbots einschließlich der Titelerteilungssperre. Eine Befristung erfolgte grundsätzlich erst nach der Ausreise/Abschiebung und nur auf Antrag und setzte eine Epoche des Wohlverhaltens im Ausland voraus. Auch wenn sich der Wortlaut seit 21.08.2019 von der gesetzlichen Wirkung verabschiedet hat – nunmehr ist nach § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AufenthG bei einer Ausweisung ein Einreise- und Aufenthaltsverbot zu erlassen, das nach § 11 Abs. 2 Satz 3 AufenthG bei seinem Erlass von Amts wegen zu befristen ist¹⁰ – knüpft das Aufenthaltsgesetz das Einreise- und Aufenthaltsverbot unverändert an die Ausweisung, die ihrerseits strukturell einen legalen Aufenthalt beendet (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG). Der Wortlaut des § 11 AufenthG differenziert auch nicht danach, ob es sich um eine sog. inlandsbezogene Ausweisung handelt – bei dieser ist eine Aufenthaltsbeendigung (durch Abschiebung) in absehbarer Zeit nicht möglich¹¹ – oder ob eine sog. rückkehrbezogene Ausweisung gegeben ist, für die eine Abschiebungsandrohung mit Angabe des konkreten Ziellands der Abschiebung vorliegt. Ferner wird nach § 11 Abs. 4 AufenthG durch die Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots oder dessen Verkürzung der Weg für eine erneute Legalisierung des Aufenthalts eines Ausgewiesenen freigemacht.

2. Der Ansatz der Rückführungsrichtlinie, die nach ihrem Art. 20 bis 24.12.2010 in nationales Recht umzusetzen war, ist demgegenüber ein anderer. Im Jahr 2005 hat die Europäische Kommission für diese Richtlinie einen auf Art. 63 Abs. 3 Buchst. b EGV gestützten Vorschlag vorgelegt.¹² Diese Bestimmung ermächtigt zu einwanderungspolitischen Maßnahmen bezüglich illegaler Einwanderung und illegalen Aufenthalts, einschließlich der Rückführung solcher Drittstaatsangehöriger, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten, nicht aber zur Vereinheitlichung der nationalen Vorschriften über die Beendigung des legalen Aufenthalts.¹³ Die Rückführungsrichtlinie hat – wie schon die herangezogene Grundlage des Art. 63 Abs. 3 Buchst. b EGV zeigt – nicht die Absicht, das Aufenthaltsrecht der Mitgliedstaaten

- 7 *Bauer/Hoppe*, NVwZ 2021, 1210 <Anm. zu EuGH, Ur. v. 03.06.2021 – C-546/19>.
- 8 § 11 Abs. 1 AufenthG i. d. F. des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) v. 30.07.2004 (BGBl. I Nr. 41, 1950) bestimmte: Ein Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist, darf nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten. Ihm wird auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs nach diesem Gesetz kein Aufenthaltstitel erteilt. Die in den Sätzen 1 und 2 bezeichneten Wirkungen werden auf Antrag in der Regel befristet. Die Frist beginnt mit der Ausreise. Eine Befristung erfolgt nicht, wenn ein Ausländer wegen eines Verbrechens gegen den Frieden, eines Kriegsverbrechens oder eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder auf Grund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a aus dem Bundesgebiet abgeschoben wurde. Die oberste Landesbehörde kann im Einzelfall Ausnahmen von Satz 5 zulassen.
- 9 § 11 Abs. 1 AufenthG 2005 knüpfte bewusst inhaltlich an § 8 Abs. 2 AuslG 1990 an; vgl. hierzu den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Zuwanderungsgesetz, BT-Drs. 15/420 v. 07.02.2003, S. 73, sowie Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses BT-Drs. 15/3479 v. 30.06.2004, S. 3. § 8 Abs. 2 AuslG 1990 (Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts v. 09.07.1990, BGBl. I Nr. 34, 1354, nach dessen Art. 15 im Wesentlichen ab 01.01.1991 geltend) und zuvor § 15 AuslG 1965 (Ausländergesetz vom 28.04.1965, BGBl. I Nr. 19, 353, das zum 01.10.1965 in Kraft trat) hatten bereits eine vergleichbare Rechtslage (vgl. näher *Bäuerle*, in: GK-AuslR, § 8 AuslG Rn. 5 ff. <Stand: April 2001>; *Kanein/Renner*, AuslR, 6. Aufl. 1993, § 8 Rn. 1, 15 ff. <zu § 8 AuslG 1990>; BVerwG, Ur. v. 07.10.1975 – I C 46.69 – juris Rn. 38 <zu § 15 AuslG 1965>). Das AuslG 1965 griff seinerseits auf Bewährtes nach §§ 5 bis 7 der Ausländerpolizeiverordnung (APVO) v. 22.08.1938 (RGI. I, 1053) zurück, die bis zum Inkrafttreten des AuslG 1965 gemäß dem BVerwG grundsätzlich fortgalten (BVerwG, Ur. v. 15.12.1955 – I C 1.54 – juris Rn. 11 ff.). Nach § 7 Abs. 3 APVO bewirkte ein gegenüber dem Ausländer verfügtes Aufenthaltsverbot nach § 5 APVO, welches der Vorläufer der Ausweisung war, dass der Ausländer das Gebiet, auf das sich das Verbot erstreckte, grundsätzlich nicht betreten durfte. Das Verbot konnte nach § 6 Abs. 2 APVO befristet oder unbefristet erlassen werden.
- 10 Siehe zur entsprechenden Änderung des § 11 AufenthG Art. 1 Nr. 4 des Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 15.08.2019, BGBl. I Nr. 31, 1294.
- 11 Vgl. zur inlandsbezogenen Ausweisung BVerwG, Ur. v. 16.11.2023 – I C 32.22 – juris Rn. 21; *Hoppe*, in: *Dörig/Hocks*, Migrations- und Integrationsrecht, 3. Aufl. 2024, § 7 Rn. 46; *Fleuß*, in: *Kluth/Heusch*, BeckOK AuslR, § 53 AufenthG Rn. 6 f. <Stand: 01.04.2024>.
- 12 Kommission der Europäischen Gemeinschaft, 01.09.2005, KOM (2005) 391 endgültig, 2005/0167 (COD). Bereits der Kommissionsvorschlags enthielt in dessen Art. 9 Vorgaben für die einheitliche Festlegung einer Wiedereinreisesperre, die hinsichtlich ihrer Dauer alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen hatte, und damit einer kraft Gesetzes eintretenden Sperre entgegenstand; vgl. hierzu *Hailbronner*, Freiwillige oder zwangsweise Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger im EU-Recht – auf dem Weg zu einer europäischen Rückführungspolitik?, ZAR 2005, 349, 360.
- 13 Vgl. *Weiß*, in: *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 63 EGV Rn. 58 ff. Siehe auch die vergleichbare heutige Regelung in Art. 79 Abs. 2 Buchst. c AEUV und dazu *Thym*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 79 Rn. 32 ff. <Stand: 8/2020>; VGH Bad.-Württ., Ur. v. 15.04.2021 – 12 S 2505/20 – juris Rn. 141 ff. Im Unterschied dazu sah Art. 63 Abs. 3 Buchst. a EGV einwanderungspolitische Maßnahmen betr.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

zu harmonisieren¹⁴ und etwa Maßstäbe für die Beendigung eines legalen Aufenthalts festzulegen. Sie verfolgt vielmehr das Ziel einer wirksamen Rückkehr- und Rückübernahmepolitik illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger unter vollständiger Wahrung der Grundrechte und der Würde der betroffenen Person.¹⁵ Ihr Titel und auch ihr Art. 1 verdeutlichen, dass durch diese Richtlinie „gemeinsame Normen und Verfahren“ geschaffen werden, die von jedem Mitgliedstaat bei der Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger anzuwenden sind.¹⁶

Aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Nr. 2 Richtlinie 2008/115/EG folgt, dass – vorbehaltlich der in Art. 2 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahmen – jeder der in Art. 3 Nr. 1 definierten Drittstaatsangehörigen, der sich, ohne die Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt zu erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats befindet, schon allein deswegen dort illegal aufhältig ist und somit in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/115/EG fällt. Der Anwendungsbereich der Richtlinie wird allein unter Bezugnahme auf die Situation des illegalen Aufenthalts, in der sich ein Drittstaatsangehöriger befindet, definiert, unabhängig von den Gründen, die dieser Situation zugrunde liegen, oder den Maßnahmen, die gegen ihn getroffen werden können.¹⁷ Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG können die Mitgliedstaaten beschließen, diese Richtlinie nicht auf Drittstaatsangehörige anzuwenden, die nach einzelstaatlichem Recht aufgrund einer strafrechtlichen Sanktion oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die ein Auslieferungsverfahren anhängig ist. Die Existenz dieser Opt-out-Klausel, die im Übrigen auch ein partielles Opt-out zulässt,¹⁸ wird im Übrigen als Beleg für das Verständnis angesehen, dass die Rückführungsrichtlinie – als eine generelle Regel – auch diejenigen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen erfasst, die einer strafrechtlichen Sanktion unterworfen sind, sonst wäre die spezielle Bestimmung nicht erforderlich gewesen.¹⁹ Der drittstaatsangehörige Ausländer, für den das Aufenthaltsgesetz gilt und der ausgewiesen und (infolgedessen) illegal aufhältig ist, unterfällt im Prinzip den Regelungen der Rückführungsrichtlinie.

Die durch die Richtlinie 2008/115/EG geschaffenen gemeinsamen Normen und Verfahren beziehen sich unter anderem auf den Erlass von Rückkehrentscheidungen und deren Vollstreckung²⁰ sowie auf die Verhängung von unions- und schengenweit wirkenden Einreiseverboten, deren Dauer nach den Umständen des Einzelfalls festgesetzt wird und die der Absicherung der einzelstaatlichen Rückführungsmaßnahme dienen.²¹ Die Richtlinie definiert die „Rückkehrentscheidung“ als die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der der illegale Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen festgestellt und eine Rückkehrverpflichtung auferlegt oder festgestellt wird (Art. 3 Nr. 4), und das „Einreiseverbot“ als die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht (Art. 3 Nr. 6). Nach ihrem Art. 11 Abs. 1 UAbs. 1 gehen Rückkehrentscheidungen mit einem Einreiseverbot einher, a) falls keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder b) falls der Rückkehrverpflichtung nicht nach-

gekommen wurde. Gemäß Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie kann in anderen Fällen eine Rückkehrentscheidung mit einem Einreiseverbot einhergehen. Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie sieht vor, dass die Dauer des Einreiseverbots in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalls festgesetzt wird und grundsätzlich nicht fünf Jahre überschreitet (Satz 1); sie kann jedoch fünf Jahre überschreiten, wenn der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt (Satz 2).

Die Rückführungsrichtlinie verlangt – wie deren Art. 3 Nr. 6 und Art. 11 verdeutlichen – für das Einreiseverbot und dessen Dauer eine Einzelfallentscheidung in Gestalt eines aus dem Blick des deutschen Rechts Verwaltungsakts. Voraussetzung für ein Einreiseverbot ist zudem eine Rückkehrentscheidung. Das ist im nationalen Recht die Abschiebungsandrohung,²² nicht die Auswei-

Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen sowie Normen für die Verfahren zur Erteilung von Visa für einen langfristigen Aufenthalt und Aufenthaltstiteln, einschließlich solcher zur Familienzusammenführung, durch die Mitgliedstaaten vor; vgl. hierzu heute Art. 79 Abs. 2 Buchst. a AEUV.

- 14 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-69/21 <X> – juris Rn. 84; Urt. v. 03.03.2022 – C-409/20 <UN> – juris Rn. 40; Urt. v. 01.10.2015 – C-290/14 <Celaj> – juris Rn. 20; Schlussanträge des Generalanwalts v. 26.10.2023 – C-752/22 <EP> – juris Rn. 37; BVerwG, Urt. v. 16.11.2023 – 1 C 32.22 – juris Rn. 22; Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 40 ff.
- 15 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.10.2022 – C-825/21 <X> – juris Rn. 49; Urt. v. 14.01.2021 – C-441/19 <TQ> – juris Rn. 70; Urt. v. 17.12.2020 – C-808/18 <Kommission/Ungarn> – juris Rn. 248; Urt. v. 15.02.2016 – C-601/15 PPU <J.N.> – juris Rn. 75; siehe auch Erwägungsgrund 2 der Richtlinie („...gemeinsamen Normen ..., die gewährleisten, dass die betreffenden Personen unter vollständiger Achtung der Grundrechte auf menschenwürdige Weise zurückgeführt werden“).
- 16 EuGH, Urt. v. 27.04.2023 – C-528/21 <M.D.> – juris Rn. 72.
- 17 EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546721 <BZ> – juris Rn. 43 ff.; Urt. v. 02.07.2020 – C-18/19 <WM> – juris Rn. 25; Urt. v. 19.06.2018 – C-181/16 <Gnandi> – juris Rn. 39; Urt. v. 07.06.2016 – C-47/15 <Affum> – juris Rn. 47 ff.
- 18 Lutz, in: Thym/Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 3. Ed. 2022, RL 2008/115/EG, Art. 2 Rn. 6; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 06.05.2020 – 1 C 14.19 – juris Rn. 7, dort noch offen gelassen, ob Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer lediglich punktuellen Abweichung eröffnet; im Sinne einer auch partiellen Möglichkeit jetzt wohl BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 54. Siehe allg. zur Opt-out-Klausel auch Grupp, in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 6. Aufl. 2022, Stichwort Opt-out-Klausel.
- 19 Lutz, in: Thym/Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 3. Ed. 2022, RL 2008/115/EG, Art. 2 Rn. 15 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546721 <BZ> – Rn. 46.
- 20 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-69/21 <X> – juris Rn. 84.
- 21 Vgl. Erwägungsgrund 14; BVerwG, Beschl. v. 09.05.2019 – 1 C 14.19 – juris Rn. 42.
- 22 BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 41, 45 und 56; Urt. v. 21.08.2018 – 1 C 22.17 – juris Rn. 35; Urt. v. 21.08.2018 – 1 C 21.17 – juris Rn. 22; Urt. v. 29.05.2018 – 1 C 17.17 – juris Rn. 24; Beschl. v. 08.06.2022 – 1 C 24.21 – juris Rn. 18; Beschl. v. 06.05.2020 – 1 C 14.19 – juris Rn. 14; Beschl. v. 09.05.2019 – 1 C 14.19 – juris Rn. 35. Für die Rechtsprechung bestand die Notwendigkeit, einen nach dem AufenthG bestehenden Akt der Aufent-

sung,²³ die – wie erwähnt – erst die Beendigung des legalen Aufenthalts bewirkt. Dennoch behielt das Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 22.11.2011,²⁴ mit dem ausweislich der Begründung des Entwurfs zu diesem Gesetz die Rückführungsrichtlinie – wenn auch verspätet – vollständig umgesetzt worden sei,²⁵ zunächst in § 11 AufenthG das schon bisher im Aufenthaltsrecht im Fall der Ausweisung vorgesehene gesetzliche Einreise- und Aufenthaltsverbot sowie das Verbot der Titelerteilung unverändert bei; eine (nachträgliche) Befristung dieser Wirkungen erfolgte nur auf Antrag.

Ob diese nicht richtlinienkonforme Umsetzung des Einreiseverbots und dessen Dauer darauf zurückzuführen war, dass die deutsche Bundesregierung von der „best practice“ des gesetzlichen Einreise- und Aufenthaltsverbots mit – irgendwann auf Antrag nachfolgender – Befristung überzeugt war und man sich nicht damit abfinden wollte, dass der Versuch, dies mit Vehemenz einzuverhandeln,²⁶ vergeblich gewesen war,²⁷ ist allerdings spekulativ.²⁸

3. Die dem Richtlinienumsetzungsgesetz 2011 nachfolgende Zeit ist dadurch gekennzeichnet, dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung versucht hat, Defizite in der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie durch eine unionskonforme Auslegung und Anwendung des Aufenthaltsgesetzes „aufzufangen“. In diese Zeit fielen auch die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, wonach seit Inkrafttreten der Änderung des § 11 Abs. 1 AufenthG durch das Richtlinienumsetzungsgesetz 2011 Ausländer einen Anspruch darauf haben, dass die Ausländerbehörde mit Erlass einer Ausweisung zugleich deren in § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG genannte Wirkungen (Einreise- und Aufenthaltsverbot, Titelerteilungssperre) befristet,²⁹ und deren dort entwickelte Maßstäbe für die Bestimmung der Dauer eines Einreise- und Aufenthaltsverbots auch heute noch gelten.³⁰ Daran hat auch der Umstand nichts geändert, dass der Gesetzgeber meinte, gleichsam in Korrektur des Bundesverwaltungsgerichts, die Länge der Frist seit August 2015 als Ermessensentscheidung ausgestalten zu müssen. Zudem bedurfte es kreativer Gedanken des Bundesverwaltungsgerichts zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, damit behördliche Befristungsentscheidungen eines vermeintlich kraft Gesetzes eintretenden Einreiseverbots als Anordnung eines Einreiseverbots von bestimmter Dauer verstanden werden konnten,³¹ und eines dezenten Hinweises aus Leipzig, der Gesetzgeber möge § 11 AufenthG unionskonform überarbeiten.³²

Das Bundesverwaltungsgericht hat auch hinsichtlich weiterer Rechtsfragen für Klärung gesorgt: Auf die Rechtmäßigkeit der Ausweisung hat es keinen Einfluss, dass eine Abschiebungsandrohung nicht ergeht oder aufgehoben wird.³³ Das Fehlen eines Einreise- und Aufenthaltsverbots bzw. dessen Aufhebung wird als folgenlos für die Ausweisung betrachtet.³⁴ Die Rückführungsrichtlinie steht nicht der Ausweisung in Form der inlandsbezogenen entgegen.³⁵ Im Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie muss jedoch nach deren Art. 3 Nr. 6, Art. 11 Abs. 1 ein Einreiseverbot immer mit einer Rückkehrentscheidung i. S. d. Art. 3 Nr. 4 dieser Richtlinie, d. h. national einer Abschiebungsandrohung, einhergehen.

haltsbeendigung als Rückkehrentscheidung zu qualifizieren, da Deutschland die Umsetzung der Rückführungsrichtlinie nicht zum Anlass genommen hat, ausdrücklich eine Rückkehrentscheidung zu normieren. Die deutsche Rechtslage unterscheidet sich etwa von derjenigen in Österreich, das in Umsetzung der Rückführungsrichtlinie durch Art. 2 des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2011 (BGBl. I v. 23.05.2011) im Fremdenpolizeigesetz 2005 u. a. die Rechtsgrundlagen für eine Rückkehrentscheidung (§ 52) und für ein Einreiseverbot (§ 53) geschaffen hat.

- 23 BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 42; Beschl. v. 09.05.2019 – 1 C 14.19 – juris Rn. 30.
- 24 BGBl. I Nr. 59, 2258. Im Folgenden wird für dieses Gesetz die Bezeichnung Richtlinienumsetzungsgesetz 2011 verwendet.
- 25 Dies verdeutlicht ein Auszug aus der Begründung zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 17/5470 v. 12.04.2011, S. 1, 17): „Die Rückführungsrichtlinie zielt auf die Festlegung eines für alle Mitgliedstaaten verbindlichen rechtsstaatlichen Mindeststandards bei der Rückführung ausreisepflichtiger Ausländer. Ein großer Teil der entsprechenden Vorgaben wird durch das im geltenden Aufenthaltsgesetz vorgesehene Recht der Aufenthaltsbeendigung bereits erfüllt. Allerdings verfolgt die Richtlinie einen anderen dogmatischen Ansatz als das geltende Aufenthaltsrecht, indem ohne Differenzierung zwischen Ausreisepflichtigen kraft Verwaltungsakts und kraft Gesetzes eine „Rückkehrentscheidung“ verlangt wird, an die unterschiedliche prozedurale beziehungsweise formelle Garantien geknüpft werden. Insoweit sind punktuelle gesetzliche Anpassungen mit Blick auf die genannten Form- und Verfahrensgarantien erforderlich. Diese erfolgen jedoch innerhalb der geltenden Systematik, indem sie an den die Ausreisepflicht begründenden Verwaltungsakt (zum Beispiel Ausweisung) oder an die Abschiebungsandrohung nach § 59 des Aufenthaltsgesetzes geknüpft werden. Die Umsetzung der Rückführungsrichtlinie erfordert darüber hinaus die Einführung einer Regelobergrenze von fünf Jahren für die Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbots gemäß § 11 des Aufenthaltsgesetzes ...“.
- 26 Exemplarisch: BT-Drs. 16/8717 v. 04.04.2008, S. 8 <Antwort der Bundesregierung auf Frage 12>: „Bei ihrer Verhandlungsposition orientiert sich die Bundesregierung an § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, der grundsätzlich keine zeitliche Befristung für ein Einreise- und Aufenthaltsverbot vorsieht. Soweit § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG eine Befristung „in der Regel“ vorsieht, setzt dies nach dem Wortlaut des Gesetzes einen Antrag voraus. Ein solches Antragsverfahren ist nach dem Entwurf der Richtlinie aber nicht vorgesehen. Ausweislich des Textessetzt sich Deutschland bei den Beratungen für eine grundsätzliche lebenslange Wiedereinreise- und Aufenthaltssperre ein, die abgekürzt werden kann ...“.
- 27 Die deutschen Vorstellungen fanden auf europäischer Ebene kein Gehör, weil man sich mit der Regelungstechnik des Aufenthaltsgesetzes nicht anfreunden konnte, vgl. näher Franßen-de la Cerda, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie – Teil 2, ZAR 2009, 17, 20.
- 28 Vgl. zur ursprünglichen Erwartung, der Gesetzgeber werde sich bei der gebotenen Umsetzung der Rückführungsrichtlinie mit Blick auf das unionsrechtliche Einreiseverbot der „schwerwiegendsten Änderung des Aufenthaltsgesetzes bei § 11 AufenthG“ stellen, Franßen-de la Cerda, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie – Teil 2, ZAR 2009, 17, 20.
- 29 Grundlegend BVerwG, Urt. v. 14.02.2012 – 1 C 7.11 – juris Rn. 28 f.; Beschl. v. 11.11.2013 – 1 B 11.13 – juris Rn. 3. <jew. generalpräventive Ausweisung>; Urt. v. 10.07.2012 – 1 C 19.11 – juris Rn. 30 ff. <spezialpräventive Ausweisung>.
- 30 BVerwG, Urt. v. 10.07.2012 – 1 C 19.11 – juris Rn. 42 f. <mit Rechtslage Länge der Frist als gebundene Entscheidung>; Urt. v.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

Es gibt folglich kein Einreiseverbot ohne Rückkehrentscheidung,³⁶ während die Rechtmäßigkeit einer Rückkehrentscheidung nicht von einem Einreiseverbot abhängt.³⁷

Für die Abschiebungsandrohung als Rückkehrentscheidung ist Art. 5 Richtlinie 2008/115/EG von erheblicher Bedeutung. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung der Richtlinie 2008/115/EG in jedem Stadium des Rückkehrverfahrens und damit auch bei dem Erlass einer Rückkehrentscheidung nach Art. 6 Richtlinie 2008/115/EG in gebührender Weise a) das Wohl des Kindes, b) die familiären Bindungen, c) den Gesundheitszustand der betreffenden Drittstaatsangehörigen zu berücksichtigen und den Grundsatz der Nichtzurückweisung einzuhalten. Der Grundsatz der Nichtzurückweisung ist als Grundrecht in Art. 18 GRC i. V. m. Art. 33 GFK und in Art. 19 Abs. 2 GRC gewährleistet. Gemäß Art. 19 Abs. 2 GRC darf niemand in einen Staat abgeschoben werden, in dem für ihn das ernsthafte Risiko einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i. S. v. Art. 4 der Charta besteht. Das in Art. 3 EMRK und Art. 4 GRC aufgestellte Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung hat wegen seines Bezugs zu der in Art. 1 GRC geschützten Menschenwürde absoluten Charakter. Art. 5 Richtlinie 2008/115/EG steht dem Erlass einer Rückkehrentscheidung entgegen, in der als Zielland ein Land angegeben wird, bei dem es ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass der Drittstaatsangehörige im Fall der Vollstreckung der Entscheidung der tatsächlichen Gefahr einer gegen die Art. 18 oder 19 Abs. 2 GRC verstoßenden Behandlung ausgesetzt wäre.³⁸ Kann vor diesem Hintergrund keine Rückkehrentscheidung, d. h. keine Abschiebungsandrohung, erlassen werden oder wird eine solche aufgehoben, darf im Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie auch kein Einreiseverbot ergehen bzw. Bestand haben.³⁹

Es liegt auf der Hand, dass das spezifische deutsche Verständnis, wonach auch bei der sog. inlandsbezogenen Ausweisung, also etwa bei der Ausweisung eines Ausländers, bei dem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 3 EMRK festgestellt hat, ein Einreise- und Aufenthaltsverbot verfügt wird, aufgrund der genannten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 5 Richtlinie 2008/115/EG und zu dem Verhältnis von Rückkehrentscheidung und Einreiseverbot unionsrechtlich nicht mehr haltbar ist. Auf der Suche nach einem Ausweg aus dieser Situation wurde – wohl auch mit Blick auf die entsprechenden Ausführungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache BZ⁴⁰ – die Idee geboren, mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz vom 21.02.2024⁴¹ Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG in Anspruch zu nehmen und aus der Geltung der Rückführungsrichtlinie für ausreisepflichtig gewordene Straftäter insoweit „auszusteigen“, dass auch im Fall der inlandsbezogenen Ausweisung eine Abschiebungsandrohung und ein Einreise- und Aufenthaltsverbot erlassen werden dürfen. Hierzu wurde u. a. § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG neu gefasst. Tatsächlich leisten die Aktivitäten des Gesetzgebers allerdings einen weiteren Beitrag dazu, dass § 11 AufenthG eine der „Dauerbaustellen“ des Aufenthaltsgesetzes⁴² bleibt, die sich durch ungeklärte Rechtsfragen auszeichnet.

III. Die Bestimmung des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG – eine inhaltliche Bestandsaufnahme

1. Nach § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG in der seit dem 27.02.2024 gültigen Fassung⁴³ stehen dem Erlass der Andro-

22.02.2017 – 1 C 3.16 – juris Rn. 65 ff.; Urt. v. 22.02. 2017 – 1 C 27.16 – juris Rn. 22 ff.; Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 57 ff. <jew. mit Rechtslage ab 01.08.2015 Länge der Frist als Ermessensentscheidung>.

- 31 BVerwG, Beschl. v. 13.07.2017 – 1 VR 3.17 – juris Rn. 70 ff. <zur Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG>; Urt. v. 21.08.2018 – 1 C 21.17 – juris Rn. 25 ff. <Einreise- und Aufenthaltsverbot aufgrund Abschiebung>; Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 19 <Ausweisung. Das BVerwG führt hier aus, dass die Befristung eines in § 11 Abs. 1 AufenthG in der bis zum 20.08.2019 geltenden Fassung noch vorgesehenen gesetzlichen Einreise- und Aufenthaltsverbots, das mit der Richtlinie 2008/115/EG so nicht vereinbar war, nach der Rechtsprechung des BVerwG unionsrechtskonform regelmäßig als konstitutiver Erlass eines Einreiseverbots von bestimmter Dauer auszulegen ist; damit handelt es sich um einen einheitlichen, auch in sich nicht teilbaren belastenden Verwaltungsakt, der mit der Anfechtungsklage anzugreifen ist. Ein Ermessensfehler bei der Befristung führt zur Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots insgesamt.>.
- 32 Fricke, jurisPR-BVerwG 25/2018 Anm. 4 unter D: „Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber den erneuten Hinweis des BVerwG aufgreift und § 11 AufenthG unionskonform überarbeitet.“
- 33 BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 40; Urt. v. 16.11.2023 – 1 C 32.22 – juris Rn. 22.
- 34 BVerwG, Urt. v. 09.05.2019 – 1 C 21.18 – juris Rn. 10 ff.; vgl. auch VGH Bad.-Württ., Urt. v. 02.01.2023 – 12 S 1841/22 – juris Rn. 102; OVG Bremen, Urt. v. 30.08.2023 – 2 LC 116/23 – juris Rn. 54.
- 35 BVerwG, Urt. v. 09.05.2019 – 1 C 21.18 – juris Rn. 28 m. w. N.; Urt. v. 16.11.2023 – 1 C 32.22 – juris Rn. 22 f.; NdsOVG, Urt. v. 06.03.2024 – 13 LC 116/23 – juris Rn. 93 ff., 114. Vgl. allerdings zuvor die Revisionszulassung durch das OVG Bremen, Urt. v. 30.08.2023 – 2 LC 116/23 – juris Rn. 110, da die Frage, ob inlandsbezogene Ausweisungen mit Art. 6 Richtlinie 2008/115/EG vereinbar seien, grundsätzlich bedeutsam sei, und vom BVerwG im Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 42 ausdrücklich offengelassen worden sei.
- 36 Vgl. EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546/19 <BZ> – juris Rn. 54; BVerwG, Beschl. v. 24.10.2023 – 1 B 15.23 – juris Rn. 1 <dort auch zu prozessualen Konsequenzen>; Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 52 f.; OVG Bremen, Urt. v. 30.08.2023 – 2 LC 116/23 -, juris Rn. 70; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 02.01.2023 – 12 S 1841/22 – juris Rn. 149; NdsOVG, Urt. v. 06.03.2024 – 13 LC 116/23 – juris Rn. 101.
- 37 BVerwG, Urt. v. 21.08.2018 – 1 C 22.17 – juris Rn. 35; Urt. v. 29.05.2018 – 1 C 17.17 – juris Rn. 24 m. w. N.
- 38 EuGH, Urt. v. 22.11.2022 – C-69/21 <X> – juris Rn. 56; Urt. v. 06.07.2023 – C-663/21 <AA> – juris Rn. 46 ff.; BVerwG, Beschl. v. 11.12.2023 – 1 B 13.23 – juris Rn. 4 ff. sowie vorgehend VGH Bad.-Württ., Urt. v. 02.01.2023 – 12 S 1841/22 – juris Rn. 105 ff.; Fleuß, jurisPR-BVerwG 3/2024 Anm. 2.
- 39 EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546/19 <BZ> – juris Rn. 50 ff.; BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 53.
- 40 EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546/19 <BZ> – juris Rn. 42 ff.
- 41 Gesetz zur Verbesserung der Rückführung (Rückführungsverbesserungsgesetz), BGBl. I Nr. 54.
- 42 Vgl. zu dieser Formulierung Kluth, Mehr Befugnisse für die Ausländerbehörden im Bereich der Rückführung, NVwZ 2024, 457, 458.
- 43 Gem. Art. 1 Nr. 12 Buchst. b des Rückführungsverbesserungsgesetzes v. 21.02.2024, BGBl. I Nr. 54.

hung Abschiebungsverbote und die in Abs. 1 Satz 1 genannten Gründe für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung nicht entgegen, wenn der Ausländer aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Verurteilung ausreisepflichtig ist oder gegen ihn ein Auslieferungsverfahren anhängig ist. Nach der schon in vorherigen Fassungen des § 59 Abs. 3 AufenthG enthaltenen und unverändert gebliebenen Bestimmung des Satzes 2 ist in der Androhung der Staat zu bezeichnen, in den der Ausländer nicht abgeschoben werden darf. § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, den § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG aufgreift, lautet seit dem 27.02.2024 dahingehend, dass die Abschiebung unter Bestimmung einer angemessenen Frist zwischen sieben und 30 Tagen für die freiwillige Ausreise anzudrohen ist, wenn keine Abschiebungsverbote vorliegen und der Abschiebung weder das Kindeswohl noch familiäre Bindungen noch der Gesundheitszustand des Ausländers entgegenstehen.⁴⁴

In der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum Rückführungsverbesserungsgesetz heißt es zu § 59 Abs. 1 Satz 1 u. a.:⁴⁵

„Der EuGH hat in mehreren Verfahren mit Verweis auf Art. 5 Buchst. a bis c der Rückführungsrichtlinie entschieden, dass bei Vorliegen der dort aufgeführten Gründe für ein inlandsbezogenes Abschiebungshindernis, Kindeswohl, familiäre Bindungen und Gesundheitszustand, keine Rückkehrenscheidung und somit keine Abschiebungsandrohung erlassen werden darf (EuGH, Urt. v. 14.01.2021, C-441/19, zur Abschiebung eines unbegleiteten Minderjährigen, EuGH, Urt. v. 22.11.2022, C-69/21, zur Berücksichtigung des Gesundheitszustands des Ausländers und EuGH, Beschl. v. 15.02.2023, C-484/22, zu Kindeswohl und familiären Bindungen des Ausländers).

Zuletzt hat der EuGH (Urt. v. 06.07.2023, C-663/21) diese Auslegung auch auf die Fälle ausgeweitet, in denen feststeht, dass die Abschiebung nach dem ebenfalls in Art. 5 der Rückführungsrichtlinie normierten Grundsatz der Nichtzurückweisung (Non Refoulement) auf unbestimmte Zeit ausgeschlossen ist. Dies hat zur Folge, dass eine Rückkehrenscheidung weder bei zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernissen, sprich Abschiebungsverbotten, noch bei den oben genannten drei Fallgruppen von inlandsbezogenen Abschiebungshindernissen ergehen darf.“

Zu § 59 Abs. 3 Satz 1 wird in der Begründung ausgeführt:⁴⁶

„Mit der Änderung macht Deutschland von der in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Rückführungsrichtlinie geregelten Möglichkeit umfassend Gebrauch, die Rückführungsrichtlinie nicht auf Drittstaatsangehörige anzuwenden, die nach einzelstaatlichem Recht aufgrund einer strafrechtlichen Sanktion oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die ein Auslieferungsverfahren anhängig ist.

Der EuGH hat entschieden, dass die Rückführungsrichtlinie dahingehend auszulegen ist, dass es der Aufrechterhaltung eines wegen Ausweisung aufgrund strafrechtlicher Verurteilung ergangenen Einreise- und Aufenthaltsverbots entgegensteht, wenn die Rückkehrenscheidung im Sinne der Rückführungsrichtlinie aufgehoben wurde (EuGH, Urt. v. 03.06.2021, Westerwald, C-546/19). Wegen der in dieser Entscheidung vorausgesetzten Verknüpfung des Einreise- und Aufenthalts-

verbots mit der Rückkehrenscheidung konnte daher in Fällen der Ausweisung aufgrund strafrechtlicher Verurteilung bislang kein Einreise- und Aufenthaltsverbot erlassen werden, wenn zugleich Abschiebungshindernisse im Sinne der in Buchst. a dargestellten EuGH-Rechtsprechung vorlagen, da diese eine Rückkehrenscheidung und damit eine Abschiebungsandrohung ausgeschlossen haben. Dem wird durch die aufgenommene Regelung zum „Opt-out“ nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Rückführungsrichtlinie nunmehr Abhilfe verschafft, so dass in diesen Fällen künftig eine Abschiebungsandrohung und damit der Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots möglich ist. Der Erlass des Einreise- und Aufenthaltsverbots erfolgt dann auf Grundlage von nationalem Recht.“

2. Soweit § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG davon spricht, dass der Ausländer aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Verurteilung ausreisepflichtig wird, folgt daraus, dass andere strafrechtliche Entscheidungen, wie etwa die Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153a StPO, nicht erfasst werden. Die strafrechtliche Verurteilung ist im Gesetzestext nicht konkretisiert. Es gibt folglich keine Eingrenzung auf bestimmte Delikte, die zur Verurteilung geführt haben, noch auf die Art der Strafe (denkbar wäre nur Freiheitsstrafe statt auch bei Geldstrafe) noch auf die Strafhöhe. Auch zur Frage, ob die Verurteilung rechtskräftig sein muss, gibt es keine Äußerung. Allerdings verlangen die der Ausreisepflicht vorgelagerten Ausweisungsinteressen, die eine Verurteilung zum Gegenstand haben, in der Regel die Rechtskraft des Urteils.⁴⁷ Eine nähere Umschreibung der strafrechtlichen Verurteilung ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum Rückführungsverbesserungsgesetz. Dass an eine Äußerung im Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2011 zu § 11 Abs. 1 Satz 4 AufenthG a. F. angeknüpft werden könnte, aus der sich die Notwendigkeit schwerwiegender Straftaten ergibt,⁴⁸ kann nicht mit einer gebotenen Klarheit angenommen werden.

Eine Ausreisepflicht „aufgrund“ einer strafrechtlichen Verurteilung gibt es im deutschen Recht nicht; solches existiert nicht als Teil eines Strafausspruchs. Allenfalls ist eine Ausreisepflicht als Folge, als Konsequenz eines Strafurteils („infolge“) denkbar. Eine Erklärung findet die – insoweit „überschießende“ – Wortwahl „aufgrund“ und „infolge“ jedoch darin, dass das Gesetz damit an den Wortlaut in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG („aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion“) anknüpft, um mit dieser Formulierung i. V. m. mit der Fußnote bei der Bezeichnung

44 Gem. Art. 1 Nr. 12 Buchst. a des Rückführungsverbesserungsgesetzes v. 21.02.2024, BGBl. I Nr. 54.

45 BT-Drs. 20/9463 v. 24.11.2023, S. 44 f.

46 BT-Drs. 20/9463 v. 24.11.2023, S. 44 f.

47 Vgl. z. B. § 54 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 1 a, Nr. 1 b AufenthG.

48 Zu § 11 AufenthG ist in der Begründung zum Entwurf des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2011, BT-Drs. 17/5470, S. 21 ausgeführt: „Die in dem neuen Satz 4 vorgesehenen Ausnahmen von der regelmäßigen Höchstfrist von 5 Jahren beruhen auf Art. 2 Abs. 2 Buchst. b – gegenüber verurteilten Straftätern wird der Anwendungsbereich der Richtlinie insoweit eingeschränkt – und Art. 11 Abs. 2 Satz 2 (schwerwiegende Gefahr für die Sicherheit und Ordnung) der Rückführungsrichtlinie. Eine strafrechtliche Verurteilung im Sinne der Ausnahme erfordert das Zugrundeliegen schwerwiegender Straftaten ...“.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

des Rückführungsverbesserungsgesetzes, wonach – neben anderen genannten Bestimmung – Art. 1 Nr. 12 der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie dient, zu verdeutlichen, dass – insoweit – vom Opt-out Gebrauch gemacht wird.

Der in § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG verwendete Begriff „ausreisepflichtig“ greift seinerseits § 50 Abs. 1 AufenthG auf. Die Ausreisepflicht tritt nach § 50 Abs. 1 AufenthG ein, wenn ein Ausländer einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzt und ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei nicht oder nicht mehr besteht. Wie § 51 Abs. 1 AufenthG zeigt, sind die Gründe, die zur Beendigung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts führen, an sich vielfältiger Natur und nicht auf die Ausweisung (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) beschränkt. Die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung als Initiative für das spätere Gesetz⁴⁹ und damit die Heranziehung der Entstehungsgeschichte der Norm im Rahmen der Auslegung⁵⁰ lassen jedoch darauf schließen, dass mit der Änderung des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG der Ausgangspunkt für das Opt-out nur – und damit auch eingrenzend – die Rückkehrpflicht durch eine Ausweisung aufgrund strafrechtlicher Verurteilung sein soll, nicht aber andere Fälle der Beendigung des legalen Aufenthalts, wie etwa Widerruf des Titels.

Des Weiteren lässt sich den Ausführungen in der Entwurfsbegründung zum Urteil des EuGH vom 03.06.2021⁵¹ entnehmen, dass die Folgen aus diesem Urteil nicht mehr gelten sollen, und daher – der Sache nach unter Nichtanwendung von Art. 5 und Art. 3 Nr. 3 Richtlinie 2008/115/EG – der Erlass einer Abschiebungsandrohung auch bei Vorliegen von Abschiebungsverboten und – nicht nur vorübergehenden – Abschiebungshindernissen aus familiären und gesundheitlichen Gründen sowie ohne Benennung eines Zielstaats ermöglicht werden soll. Die Wortwahl in § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG „... Gründe für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung ...“ dürfte daher so zu verstehen sein, dass diese Gründe für eine nicht näher absehbare Zeit vorliegen müssen. Gleichzeitig lassen Wortlaut und auch Entstehungsgeschichte darauf schließen, dass langfristige tatsächliche Vollstreckungshindernisse – wie etwa das Fehlen einer zur Abschiebung geeigneten Flugverbindungen nach Afghanistan – nicht Gegenstand dieser Norm sind.⁵²

3. Von der Neufassung des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG werden verschiedene Konstellationen nicht erfasst, die einer inlandsbezogenen Ausweisung zugrunde liegen können.

Mit der Anknüpfung an die Ausweisung aufgrund strafrechtlicher Verurteilung wird deutlich, dass eine Ausweisung, die nicht auf eine strafrechtliche Verurteilung gestützt wird – also etwa bei einem Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, das auch ohne eine Verurteilung eingreifen kann,⁵³ oder dem durch das Rückführungsverbesserungsgesetz neu geschaffenen Ausweisungstatbestand nach § 54 Abs. 1 Nr. 2a AufenthG⁵⁴ – von vornherein außerhalb der geänderten Fassung des § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG liegt. Entsprechendes gilt, wenn für die Ausweisung sowohl ein Ausweisungstatbestand aufgrund einer (rechtskräftigen) Verurteilung als auch ein Ausweisungsstatbestand vorliegen, der nicht an eine Verurteilung anknüpft. Rechtsstaatlich nicht hinnehmbare Bewertungsunsicherheiten sprechen dafür, bei einer „Gemengelage“ § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ebenfalls nicht als einschlägig anzusehen.

Besteht eine Ausreisepflicht unabhängig von der Ausweisung, etwa, weil der Betroffene im Zeitpunkt der Ausweisung (oder sogar schon vor der strafgerichtlichen Verurteilung) nicht mehr über einen Aufenthaltstitel verfügt, bzw. aus anderen Gründen bereits illegal aufhältig ist, dürfte auch dies nicht erfasst sein.⁵⁵ Wie § 58 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AufenthG verdeutlichen, können sich (vollziehbare) Ausreisepflichten aus verschiedenen Gründen ergeben und auch verschiedene Verwaltungsakte, die jeweils eine Ausreisepflicht auslösen, können miteinander verbunden werden, z. B. Ausweisung und Ablehnung eines Aufenthaltstitels.⁵⁶ Die Möglichkeit der abweichenden Regelung nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG erfordert jedoch im Wortlaut einen Kausalzusammenhang zwischen der strafrechtlichen Sanktion und der Rückkehrpflicht.⁵⁷ Diesen Wortlaut hat § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG aufgegriffen. Dem dürfte nicht entgegengehalten werden können, dass der bereits illegal Aufhältige, der (später) wegen einer Straftat verurteilt wird, durch die nicht angenommene Geltung von der Rückführungsrichtlinie dann in unvertretbarer Weise gegenüber dem Straftäter mit rechtmäßigem Aufenthalt begünstigt würde. Es lässt sich der vorliegenden Rechtsprechung aus Luxemburg nicht entnehmen, die Kausalität könnte dadurch hergestellt werden, dass bei bereits bestehendem illegalem Aufenthalt allein die strafrechtliche Verurteilung als Ausgang für die Rückkehrentscheidung herangezogen würde.⁵⁸

49 BT-Drs. 20/9463 v. 24.11.2023, S. 44 f.

50 Zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte im Rahmen der Auslegung nationalen Rechts vgl. etwa *Jarass/Pieroth*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 61 ff.; Schäfers, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, 875 ff.

51 EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546/19 <BZ> – juris Rn. 30 ff.

52 Vgl. hierzu BT-Drs. 20/9642 v. 06.12.2023, S. 11.

53 Siehe das Beispiel BVerwG, Urt. v. 22.02.2017 – 1 C 3.16 – juris <Unterstützung der PKK durch Wahrnehmung von Vorstandsämtern in Unterstützervereinen, als Versammlungsleiter und Redner>.

54 Zu § 54 Abs. 1 Nr. 2 a AufenthG *Hoppe*, in: Dörig/Hocks, Migrations- und Integrationsrecht, 3. Aufl. 2024, § 7 Rn. 95b ff.

55 Vgl. näher *Wittmann*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages der 20. Wahlperiode am 11.12.2023, S. 57 <Ausschussdrucksache 20(4)348 H>.

56 *Hailbronner/Fritzsche*, in: Hailbronner, AuslR, § 58 AufenthG Rn. 38 <Stand: Januar 2024>.

57 VG Karlsruhe, Urt. v. 27.02.2023 – 19 K 4230/21 – juris Rn. 104; *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, § 11 Rn. 35 <Stand: Oktober 2022>; ebenso *Wittmann*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages der 20. Wahlperiode am 11.12.2023, S. 57 <Ausschussdrucksache 20(4)348 H>.

58 Vgl. etwa die Rechtssache *El Dridi*, die einen aus Italien stammenden Fall zum Gegenstand hat. Hier hat der Gerichtshof die Optionsregelung schon nicht für einschlägig erachtet, weil die Rückkehrpflicht auf einer Verwaltungsentscheidung resultierte. Aus den im Urteil in Bezug genommenen Ausführungen des Generalanwalts ergibt sich jedoch auch, dass sowohl das Ausweisungsdekret des Präfekten als auch die Abschiebungsanordnung des Questore Entscheidungs der Verwaltung darstellen, die aufgrund des illegalen Aufenthalts des Betroffenen getroffen wurden und

Schließlich ist zu bedenken, dass die wegen einer Verurteilung erfolgte Ausweisung eines Flüchtlings, bei dem die Straftat nicht zum Widerruf der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft geführt hat, keine Ausreisepflicht i. S. d. § 50 Abs. 1, § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG begründet. Zwar gilt nach nationalem Recht, dass der Wegfall des Aufenthaltstitels zur Ausreisepflicht führt, dies ist jedoch im Fall der fortbestehenden zuerkannten Flüchtlingseigenschaft „unionsrechtlich überlagert“. Abgesehen davon, dass aufgrund der Flüchtlingsverantwortung der Bundesrepublik dem Ausländer allein aufgrund seines Status unverändert ein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet zusteht, behält ein anerkannter Flüchtling auch nach Verlust des Aufenthaltstitels grundsätzlich die übrigen Rechte aus Kapitel VII der Richtlinie 2011/95, d. h., ihm steht insbesondere hinsichtlich der sozialen Rechte ein Anspruch auf Inländergleichbehandlung zu.⁵⁹ Die Annahme einer Illegalität stünde mit der Verpflichtung zur Inländergleichbehandlung nicht in Einklang. Für den ausgewiesenen, jedoch nach wie vor subsidiär Schutzberechtigten gelten diese Überlegungen entsprechend.

IV. § 11 AufenthG und Opt-out

Während sich im Gesetzeswortlaut des § 11 AufenthG kein Hinweis darauf findet, dass aufgrund eines Opt-outs ein Einreise- und Aufenthaltsverbot auch ohne Rückkehrentscheidung verfügt werden dürfte, führt die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum Rückführungsverbesserungsgesetz bei der Erläuterung der Änderungen von § 11 AufenthG aus:⁶⁰

„Davon unabhängig wird darauf hingewiesen, dass aufgrund des in der Begründung zu Nummer 12 Buchst. b umfassend erklärten „Opt-out“ nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Rückführungsrichtlinie ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nunmehr in Fällen der Ausweisung aufgrund von strafrechtlicher Verurteilung auch unabhängig vom Vorliegen einer Abschiebungsandrohung mit der Ausweisung wirksam verknüpft werden kann, so dass etwa die spätere Aufhebung einer Abschiebungsandrohung nicht der Rechtmäßigkeit des Einreise- und Aufenthaltsverbots entgegensteht. Dies führt sowohl bei der zwangsweisen Abschiebung als auch im Fall der freiwilligen Ausreise dazu, dass das aufgrund einer Ausweisung nach strafrechtlicher Verurteilung ergangene Einreise- und Aufenthaltsverbot mit der Durchführung der Abschiebung bzw. erfolgter freiwilliger Ausreise wirksam wird, wenn keine Abschiebungsandrohung (mehr) vorliegt.“

Die Formulierungen in der Begründung zu § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, wonach von der in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Rückführungsrichtlinie geregelten Möglichkeit umfassend Gebrauch gemacht werden soll,⁶¹ in Verbindung mit den Ausführungen in der Regierungsbegründung zu § 11 AufenthG könnten darauf hindeuten, dass bei einer Ausweisung aufgrund einer strafgerichtlichen Verurteilung abweichend von Art. 11 Richtlinie 2008/115/EG das Erfordernis einer (fortbestehenden) Abschiebungsandrohung für ein Einreise- und Aufenthaltsverbot generell nicht mehr bestünde.⁶² Aufgrund der Inbezugnahme von Nummer 12 Buchst. b des Rückführungsverbesserungsgesetzes und des Aufgreifens des Urteils

des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache BZ⁶³ dürfte die Gesetzesbegründung aber nicht so zu verstehen sein, dass nunmehr unterschiedslos in allen Ausweisungsfällen, also auch in den rückkehrbezogenen, das Einreise- und Aufenthaltsverbot ohne Abschiebungsandrohung erlassen werden dürfte bzw. im Fall der Aufhebung der Abschiebungsandrohung erhalten bleiben könnte. Der mehrfache Gebrauch von „umfassend“ lässt sich wohl dadurch erklären, dass abweichend von der Äußerung des Bundesverwaltungsgerichts gegenüber dem Gerichtshof der Europäischen Union in der Rechtssache BZ, wonach Deutschland nicht gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG beschlossen habe, Drittstaatsangehörige, die infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig seien, dem Anwendungsbereich der Richtlinie insgesamt zu entziehen,⁶⁴ deutlich gemacht werden soll, dass sich die Fälle der inlandsbezogenen Ausweisung nunmehr allein nach nationalem Recht richten. Unabhängig davon wäre allein ein aus einer Regierungsbegründung ersichtliches Opt-out nicht in rechtlich wirksamer Form erklärt.⁶⁵

V. Keine Geltung eines Opt-out nach dem Rückführungsverbesserungsgesetz für „Altfälle“

Nach Unionsrecht betrifft die Erklärung eines Opt-out durch das Rückführungsverbesserungsgesetz – deren Wirksamkeit und Zulässigkeit hier unterstellt – diejenigen Drittstaatsangehörigen nicht, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 27.02.2024 bereits illegal aufhältig i. S. d. Rückführungsrichtlinie gewesen sind und denen der Schutz der Richtlinie zu diesem Zeitpunkt in insoweit nicht eingeschränkter Weise zur Seite gestanden hat. Für die Ausweisung, die nicht vollzogene Abschiebungsandrohung und das Einreise- und Aufenthaltsverbot ist zwar in gerichtlichen Verfahren die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der (letzten) mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des (letzten) Tatsachengerichts maßgebend.⁶⁶ Abweichend von diesem Grundsatz gilt ein anderer Zeitpunkt jedoch dann, wenn und soweit aus Gründen des

nicht mit dessen strafrechtlicher Verurteilung zusammenhängen. Zur Frage, ob die Optionsregelung einschlägig wäre, wenn die Verwaltungsentscheidung durch die strafgerichtliche Verurteilung bedingt gewesen wäre, verhalten sich die Ausführungen nicht (vgl. EuGH, Urt. v. 28.04.2011 – C-61/11 PPU <El Dridi> – juris Rn. 49 i. V. m. Schlussanträge des Generalanwalts v. 01.04.2011 – C-61/11 PPU <El Dridi> – juris Rn. 22 bis 28).

59 Vgl. näher EuGH, Urt. v. 24.06.2015 – C-373/13 <T.> – juris Rn. 95 ff.; *Bauer*, in: *Bergmann/Dienelt, AuslR*, 14. Auf. 2022, Vor §§ 53-56 Rn. 34 m. w. N.

60 BT-Drs. 20/9463 v. 24.11.2023, S. 34 <zu Art. 1 Nr. 4 Buchst. a, Doppelbuchst. aa>.

61 Siehe oben III.1.

62 So wohl *Maor*, in: *Kluth/Heusch, BeckOK AuslR*, § 11 AufenthG Rn. 7 c <Stand: 01.04.2024>.

63 Ebenfalls oben III.1

64 BVerwG, Beschl. v. 06.05.2020 – 1 C 14.19 - juris Rn. 2 ff.

65 *Hoppe*, in: *Dörig/Hocks, Migrations- und Integrationsrecht*, 3. Aufl. 2024, § 7 Rn. 147b; siehe auch unten VI.

66 BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 21; Urt. v. 15.08.2019 – 1 C 23.18 – juris Rn. 12; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 02.01.2023 – 12 S 1841/22 – juris Rn. 33.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

materiellen Rechts ausnahmsweise auf einen anderen Zeitpunkt abzustellen ist.⁶⁷

Zwar können die Mitgliedstaaten beschließen, die Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG – ganz oder partiell – in einer späteren Phase nach der ersten Umsetzung der Rückführungsrichtlinie im nationalen Recht anzuwenden; jedoch ergibt sich mit der gebotenen Eindeutigkeit aus den Ausführungen des Gerichtshofs der Europäischen Union im Urteil vom 19.09.2013,⁶⁸ dass dies keine nachteiligen Folgen für die Personen haben darf, die zuvor bereits in den Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie gefallen sind.⁶⁹ Ein Drittstaatsangehöriger, der im Zeitpunkt des Erlasses der Rückführungsentscheidung in den Genuss der Schutzwirkung des Art. 5 Richtlinie 2008/115/EG gekommen ist, verliert diese Rechtsstellung nicht nachträglich, wenn der Mitgliedstaat von der Opt-out-Klausel Gebrauch macht.⁷⁰

VI. Keine Wahrung der formellen Anforderungen an ein Opt-out nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG durch das Rückführungsverbesserungsgesetz

Das Bundesverwaltungsgericht ist – u. a. unter Verweis auf das Rückkehrhandbuch der Europäischen Kommission –⁷¹ der Auffassung, dass keine besonderen formellen Anforderungen an die Bekanntgabe eines entsprechenden Beschlusses zu stellen seien, jedoch aus den nationalen Rechtsvorschriften – explizit oder implizit – klar hervorgehen müsse, ob und in welchem Umfang ein Mitgliedstaat die Ausnahmeregelung anwendet.⁷² Möglicherweise dürften aus Leipziger Sicht – für ein teilweises Opt-out – keine hohen Hürden gelten und der Regierungsbegründung zum Rückführungsverbesserungsgesetz in Verbindung mit der Wortwahl in § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG und dem Fußnotenzusatz im Gesetzestitel des Rückführungsverbesserungsgesetz mit u. a. Hinweis auf die Rückführungsrichtlinie⁷³ der Charakter eines ausreichenden „impliziten“ Hervorgehens beigemessen werden.⁷⁴ Eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union, die sich ausdrücklich mit den formellen Anforderungen an ein Opt-out nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG befasst, liegt bislang nicht vor. Für eine klare Verortung des Opt-out im Wortlaut eines nationalen und damit auch veröffentlichten Gesetzes sprechen jedoch die allgemeinen Grundsätze, die für die Umsetzung der Rückführungsrichtlinie gelten. Nur auf diese Art lässt sich auch für Betroffene erkennen, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber von einem Opt-out Gebrauch macht.⁷⁵

Die Umsetzung einer Richtlinie bedarf nicht notwendig in jedem Mitgliedstaat eines Umsetzungsaktes des formellen Gesetzgebers in Gestalt der wörtlichen Übernahme der Richtlinienbestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Gesetzesvorschrift, sondern es reicht – je nach Richtlinieninhalt – aus, wenn ein allgemeiner rechtlicher Rahmen bestehender verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Grundsätze die innerstaatliche Anwendung der Richtlinie sicherstellt. Hierdurch muss allerdings die tatsächliche vollständige Anwendung der Richtlinien durch nationale Behörden sowie die Erkennbarkeit und Durchsetzbarkeit von Rechten einzelner bei individualbegünstigenden Vorschriften gewährleistet sein.⁷⁶ Die Mitgliedstaaten

trifft die Pflicht zur hinreichend bestimmten, klaren und transparenten Umsetzung von Richtlinien.⁷⁷ Die Qualität des Umsetzungsakts muss den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entsprechen. Der Mitgliedstaat muss im nationalen Recht einen Rechtszustand herstellen, der den Betroffenen in die Lage versetzt, seine aus der Richtlinie erwachsenen Rechte zur Kenntnis zu nehmen und diese durchzusetzen.⁷⁸ In

- 67 BVerwG, Urt. v. 15.08.2019 – 1 C 23.18 – juris Rn. 12; siehe auch BVerwG, Urt. v. 03.12.2008 – 1 C 35.07 – juris Rn. 11; Urt. v. 02.09.2009 – 1 C 2.09 – juris Rn. 28.
- 68 EuGH, Urt. v. 19.09.2013 – C-297/12 <Filev und Osmani> – juris Rn. 53 f.
- 69 Vgl. Lutz, in: Thym/Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 3. Ed. 2022, RL 2008/115/EG, Art. 2 Rn. 7 <«Member States can decide to make use of the derogation at a later stage. This must, however, not have disadvantageous consequences with regard to those persons who were already able to avail themselves of the effects of the Directive»> und Nr. 2 der Empfehlung <EU> 2017/2338 der Kommission v. 16.11.2017 für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist <Rückkehr-Handbuch>, ABl. L 339 S. 83, 95 <„Sofern ... ein Mitgliedstaat ... von dieser Möglichkeit noch keinen Gebrauch gemacht hat, ... kann er sich nicht auf das Recht berufen, den persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinie gemäß ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchst. b gegenüber Personen einzuschränken, auf die die Wirkungen der Richtlinie bereits anwendbar waren.“> – jew. unter Inbezugnahme des Urteils des EuGH v. 19.09.2013 – C-297/12 – <Filev und Osmani>.
- 70 HessVGH, Beschl. v. 18.03.2024 – 3 B 1784/23 – juris Rn. 17 ff.; NdsOVG, Urt. v. 06.03.2024 – 13 LC 116/23 – juris Rn. 104 f.
- 71 Nr. 2 der Empfehlung <EU> 2017/2338 der Kommission v. 16.11.2017 für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist <Rückkehr-Handbuch, ABl. L 339 S. 83>.
- 72 BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 54; siehe auch BVerwG, Beschl. v. 06.05.2020 – 1 C 14.19 – juris Rn. 4 <«Weder in § 11 AufenthG (alter wie neuer Fassung) noch in anderen Regelungen des Aufenthaltsgesetzes findet sich ein – ausdrücklicher oder doch sonst hinreichend klarer – Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber Drittstaatsangehörige, die infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind, (insgesamt) vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnehmen wollte.“>.
- 73 Siehe oben III.2 sowie zu Ursprung und Intention der Fußnote <Beachtung Art. 20 Abs. 1 UAbs. 2 Richtlinie 2008/115/EG> BT-Drs. 20/10090 v. 17.01.2024, S. 5, 16.
- 74 Die Regierungsbegründung wohl für ausreichend erachtend Maor, in: Kluth/Heusch, BeckOK AuslR, § 11 AufenthG Rn. 7 c <Stand: 01.01.2024>.
- 75 Vgl. auch Hoppe, in: Dörig/Hocks, Migrations- und Integrationsrecht, 3. Aufl. 2024, § 7 Rn. 147b.
- 76 EuGH, Urt. v. 20.03.1997 – C-96/95 <Kommission gegen Deutschland> – juris Rn. 33.
- 77 St. Rspr., vgl. etwa EuGH, Urt. v. 15.06.1995 – C-220/94 – juris Rn. 10; Urt. v. 20.03.1997 – C-96/95 <Kommission gegen Deutschland> – juris Rn. 39; Pahladsingh, Crimmigration and the EU Return Directive: Fundamental rights, criminal sanctions and the legal position of the migrant, 2023, 93 <speziell mit Blick auf die Rückführungsrichtlinie und zum Erfordernis klarer, präziser und vorhersehbarer Bestimmungen für den Migranten>.
- 78 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 120 f., m. w. N. <Stand: 8/2012>; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 91 ff.

formeller Hinsicht genügen jedenfalls Parlamentsgesetze und Rechtsverordnungen diesem Erfordernis.⁷⁹

Mit der Rückführungsrichtlinie werden illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen eindeutig bestimmte Rechte eingeräumt, wie etwa – wie bereits ausgeführt – die Beachtung von Art. 5 Richtlinie 2008/115/EG in jedem Stadium des Rückkehrverfahrens, deren Umsetzung im Aufenthaltsgesetz und damit durch ein Parlamentsgesetz erfolgt ist. Jedenfalls dann, wenn Rechte, die ihre Grundlage in der Rückführungsrichtlinie haben, zu einem späteren Zeitpunkt – wie hier – durch ein Opt-out nicht länger gewährt werden sollen, spricht dies – quasi als Kehrseite – für die Notwendigkeit eines Gesetzgebungsakts, um in klarer, präziser und vorhersehbarer Weise erkennen zu können, welche im nationalen Recht umgesetzte Rechte aus der Rückführungsrichtlinie noch bestehen und welche nicht. Dies leistet das Rückführungsverbesserungsgesetz nicht. Die (Regierungs-)Begründung des Gesetzentwurfs ist nicht Gegenstand des Gesetzesbeschlusses des Deutschen Bundestags und wird auch nicht im Rahmen der Bekanntmachung des Gesetzes mitveröffentlicht.⁸⁰ Eine irgendwie geartete Verortung des aus der Begründung ersichtlichen Anliegens, Einreise- und Aufenthaltsverbote bei ausgewiesenen Straftätern ohne Rückkehrentscheidungen zu ermöglichen, ist im Normtext des § 11 AufenthG nicht erfolgt, vielmehr ist die gesetzliche Bestimmung mit Bezug zum Einreise- und Aufenthaltsverbot insoweit beibehalten worden;⁸¹ die Opt-out-Erklärung ist bewusst ausschließlich im Gesetzentwurf erfolgt.⁸² Auch § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG genügt nicht der unionsrechtlich gebotenen Klarheit und Erkennbarkeit. Die Empfehlung in der Expertenanhörung, das Opt-out unmittelbar im Gesetz zu verankern,⁸³ blieb ohne Folgen.

VII. Die Bedeutung von „infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig“ i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG und die ausstehende Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Union mit Bezug zum deutschen Recht

Ist § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG tatbestandlich einschlägig, etwa für den Fall eines Drittstaatsangehörigen, der über ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 3 EMRK verfügt, im Besitz einer Niederlassungserlaubnis ist und im Bundesgebiet rechtskräftig zu einer langen Freiheitsstrafe verurteilt wird,⁸⁴ stellt sich – neben der zuvor aufgeworfenen Frage der formellen Anforderungen an ein Opt-Out – das Problem, ob das mit dem Rückführungsverbesserungsgesetz intendierte Opt-out in materieller Hinsicht mit Unionsrecht im Einklang gebracht werden könnte. Es könnte sich anbieten, den Gerichtshof der Europäischen Union mit dem Thema zu befassen, was „infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig“ bedeutet. Im Kern geht es um die Frage, ob ein Drittstaatsangehöriger i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig ist, wenn eine Verwaltungsbehörde die Rückerkehrentscheidung erlässt, die deshalb ergeht, weil die den Verlust des legalen Aufenthalts bewirkende und damit außerhalb des Anwendungsbereichs der

Richtlinie liegende, ebenfalls behördlich verfügte und alle Umstände des Einzelfalls abwägende Ausweisung sich ihrerseits tragend auf eine strafgerichtliche Verurteilung stützt.

1. Soweit die Optionsregelung die hier interessierende strafrechtliche Sanktion im Blick hat, gilt sie unzweifelhaft für Mitgliedstaaten, in denen sich die Verpflichtung zur Rückkehr aus der richterlichen Entscheidung im Strafurteil ergibt („aufgrund“)⁸⁵ oder sie zwar nicht Teil des Strafausspruchs ist, sie jedoch als strafrechtliche Nebenfolge ausgelöst wird („infolge“).⁸⁶ Im deutschen Recht hat weder die Beendigung des legalen Aufenthalts noch die Herbeiführung einer Rückkehrpflicht ihre Grundlage in einer Strafnorm.⁸⁷ Sie beruhen nicht auf einer strafrechtlichen Verurteilung, einer Nebenstrafe oder einer strafrechtlichen Nebenfolge.⁸⁸ Die

79 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 33, m. w. N.

80 Wittmann, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages der 20. Wahlperiode am 11.12.2023, S. 18, 58 <Ausschussdrucksache 20(4)348 H>.

81 Vgl. auch VGH Bad.-Württ., Urt. v. 29.03.2017 – 11 S 2029/16 – juris Rn. 89 <kein Opt-out bzgl. des gesetzlich unverändert gebliebenen § 59 Abs. 5 AufenthG i. d. F. des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2007>.

82 Vgl. auch BT-Drs. 20/9642, S. 11 – Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats vom 24.11.2023.

83 Vgl. Wittmann, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages der 20. Wahlperiode am 11.12.2023, S. 18, 58 <Ausschussdrucksache 20(4)348 H>.

84 Vgl. zu einem solchen Sachverhalt VGH Bad.-Württ., Urt. v. 02.01.2023 – 12 S 1841/22 – juris.

85 Vgl. zum Verbot des Aufenthalts im französischen Staatsgebiet, das als Strafe verhängt wird, etwa Code penal Art. 131-30; siehe – allerdings mit Bezug zum Freizügigkeitsrecht – auch Art. 33 Richtlinie 2004/38.

86 Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 11 Rn. 35 <Stand: Oktober 2022>; Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 59 Rn. 328 <Stand: September 2022>; Franßen-de la Cerda, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, ZAR 2008, 377, 381; vgl. auch Armbruster/Hoppe, Neue Rechtsprechung zur Befristung der Wirkungen der Ausweisung, ZAR 2013, 309, 317.

87 Anders noch § 59 des Strafgesetzbuchs der Deutschen Demokratischen Republik v. 12.01.1968 mit späteren Änderungen, der bestimmte, dass gegenüber Tätern, die Ausländer sind, anstelle oder zusätzlich zu der im verletzten Gesetz angedrohten Strafe auf Ausweisung erkannt werden konnte (Abs. 1); nach Abs. 2 konnte gegenüber Verurteilten, die Ausländer waren, anstelle des weiteren Vollzuges einer zeitigen Freiheitsstrafe jederzeit die Ausweisung beschlossen werden; siehe näher Bode, Das neue Ausweisungsrecht, 2020, 76, 78.

88 Das deutsche Strafrecht kennt lediglich § 44 StGB (Fahrverbot) als Nebenstrafe. Nebenfolgen ergeben sich aus §§ 45 ff. StGB, vgl. insb. § 45 Abs. 1 StGB zum zwingenden Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, ohne dass es eines gesonderten Ausspruchs im Strafurteil bedarf, hierzu etwa Seebode, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltskommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 45 Rn. Rn. 2. Zur rechtspolitischen Diskussion einer Verortung der Ausweisung im Strafrecht siehe Bode, Das neue Ausweisungsrecht, 2020, 495 ff.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

Beendigung des legalen Aufenthalts durch eine Ausweisung (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) erfolgt erst durch eine – einer strafrechtlichen Sanktion in zeitlichem Abstand nachfolgende – Verwaltungsentscheidung durch die Ausländerbehörde. Eine strafrechtliche Sanktion führt in der heutigen Fassung des Aufenthaltsgesetzes auch nicht zwingend zum Verlust des Aufenthaltsrechts. Die Ausweisung setzt neben der Gefährdung der in § 53 Abs. 1 AufenthG bezeichneten Schutzgüter eine umfassende und ergebnisoffene Abwägung aller Umstände des Einzelfalls voraus, die vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geleitet wird.⁸⁹ Liegt kein legaler Aufenthalt mehr vor, verfügt die Ausländerbehörde – sofern hierfür die weiteren Voraussetzungen vorliegen – die Abschiebungsandrohung, d. h. die Rückkehrentscheidung im Sinne der Rückführungsrichtlinie,⁹⁰ und erlässt damit eine Verwaltungsentscheidung, die allenfalls noch mittelbar durch eine strafrechtliche Sanktion bedingt ist.

2. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich dahingehend geäußert, dass auch der deutsche Gesetzgeber von der infrage stehenden Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG umfassend Gebrauch machen kann, d. h. die strafrechtliche Sanktion im Ausgangspunkt für die Berechtigung des Opt-out genügt.⁹¹ Auch das Niedersächsische OVG hält mit Blick auf die deutsche Rechtslage ein Opt-out grundsätzlich für unionsrechtlich möglich;⁹² der Hessische VGH hat dies im Ergebnis offengelassen.⁹³ Zudem gibt es in der Literatur Stimmen, die für das deutsche Ausländerrecht die Anwendbarkeit der Optionsregelung bejahen: Es reiche für den von der Rückführungsrichtlinie geforderten Zusammenhang zwischen strafrechtlicher Sanktion und Rückkehrpflicht aus, wenn eine Straftat für eine Ausweisung herangezogen werde,⁹⁴ oder – allgemeiner formuliert – eine Rückkehrpflicht auf einer behördlichen Entscheidung beruhe, die in kausalem Zusammenhang mit einem Strafurteil stehe.⁹⁵ Einengend wird angenommen, dass die Möglichkeit des Opt-outs nur dann bestehe, wenn die strafgerichtliche Verurteilung von Gesetzes wegen zur Ausreisepflicht führe, weil die Behörde keinen Handlungsspielraum mehr habe und eine solche Konstellation nur bei der Ist-Ausweisung nach § 53 AufenthG in der bis 31.12.2015 geltenden Fassung bejaht,⁹⁶ was allerdings für das heutige Recht nicht mehr gilt.

3. Zieht man die Kriterien für die Auslegung einer Bestimmung des Unionsrechts – Wortlaut, Zusammenhang, Ziele und Entstehungsgeschichte –⁹⁷ heran, hat das Bundesverwaltungsgericht auf seiner Seite den „geschmeidigen“⁹⁸, offenen Wortlaut der Optionsregelung: „Infolge einer strafrechtlichen Sanktion“ lässt sich dahingehend verstehen, dass auch dem Strafrecht nachgelagerte Verwaltungsakte umfasst sind, die migrationsrechtliche, sekundäre Folgen eines strafrechtlichen Spruchs darstellen. Die Heranziehung anderer Sprachfassungen des Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG, wie etwa der englischen⁹⁹, französischen¹⁰⁰, italienischen¹⁰¹ oder spanischen¹⁰², ergeben nicht zwingend ein anderes Bild.

Zudem könnte die Formulierung „nach einzelstaatlichem Recht ... infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig“ darauf hindeuten, dass die Richtlinie es den Mitgliedstaaten in Fällen, in denen eine strafrechtliche Sanktion wegen eines nach ihren jeweiligen Rechtsordnungen vorlie-

- 89 BVerwG, Urt. v. 16.11.2023 – 1 C 32.22 – juris Rn. 9 m. w. N. Im Übrigen besteht auch bei anderen Verwaltungsentscheidungen zur Beendigung des legalen Aufenthalts gelten kein Automatismus zwischen strafgerichtlicher Verurteilung und Verlust des Aufenthaltsrechts. So führt die Verwirklichung eines Ausweisungsinteresses nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG etwa durch eine strafrechtliche Verurteilung in Anbetracht von Möglichkeiten, von der Erfüllung der Regelerteilungsvoraussetzung zwingend (§ 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) oder nach Ermessen (§ 5 Abs. 3 Satz 2, § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG) abzusehen, oder – dem vorgelagert – eine Atypik anzunehmen, ebenfalls nicht unweigerlich zur Veragung eines Titels.
- 90 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 41 m. w. N.; sowie bereits oben unter I.
- 91 BVerwG, Urt. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 54; BVerwG, Beschl. v. 17.05.023 – 1 VR 1.23 – juris Rn. 113 <zu § 58a AufenthG>, wonach (vorsorglich) erörtert wird, ob eine Rückkehrpflicht „infolge einer strafrechtlichen Sanktion“ auch für den Fall anzunehmen ist, dass die strafgerichtliche Verurteilung des Ausländers noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist; BVerwG, Beschl. v. 09.05.2019 und v. 06.05.2020 – 1 C 14.19 – jew. juris; siehe auch Fleuß, jurisPR-BVerwG 3/2024 Anm. 2.
- 92 NdsOVG, Urt. v. 06.03.2024 – 13 LC 116/23 – juris Rn. 104; wohl auch VG Stuttgart, Urt. v. 16.04.2024 – 11 K 5781/22 – juris. Rn. 124.
- 93 HessVGH, Beschl. v. 18.03.2024 – 3 B 1784/23 – juris Rn. 15.
- 94 Hörich, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben, 2015, 57; Hörich, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 2011, 281, 283.
- 95 Augustin, Die Rückführungsrichtlinie der Europäischen Union, 2016, 164 ff.; Hailbronner hält die unter Inanspruchnahme der Opt-out-Klausel erfolgte Änderung in § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ebenfalls für unionsrechtlich unbedenklich, vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rückführung, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages der 20. Wahlperiode am 11.12.2023, S. 6 <Ausschussdrucksache 20(4)348 J>.
- 96 *Franßen-de la Cerda*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, ZAR 2008, 377, 381.
- 97 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 29.02.2024 – C-222/22 <JF> – juris Rn. 25; Urt. v. 08.11.2022 – C-704/20 und C-39/21 <B, C und X> – juris Rn. 73; Urt. v. 25.06.2020 – C-24/19 <A u. a> – juris Rn. 37; insbesondere zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte auch EuGH, Urt. v. 24.06.2015 – C-373/13 <T.> – juris 52, 58; *Thym*, EuGH-Judikatur zum Migrationsrecht aus der Vogelperspektive (Teil 2), ZAR 2019, 66, 67.
- 98 So ausdrücklich *Franßen-de la Cerda*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, ZAR 2008, 377, 381.
- 99 „...are subject to return as a criminal law sanction or as a consequence of a criminal law sanction, according to national law, or who are the subject of extradition procedures.“
- 100 „...aisant l’objet d’une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l’objet de procédures d’extradition.“
- 101 „...sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione.“
- 102 „...que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.“

genden Straftatbestands maßgebender Grund für die Aufenthaltsbeendigung ist, gestattet, den Anwendungsbereich der Richtlinie einzuschränken – und zwar unabhängig davon, ob – vor dem Hintergrund der bekannten Vielfältigkeit der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten – die Beendigung des (legalen) Aufenthalts und die Herbeiführung der Rückkehrpflicht auf den Rechtsgrundlagen und Mitteln des Straf- oder des Verwaltungsrechts beruhen. Im Übrigen nennen auch Art. 3 Nr. 4 und 6 Richtlinie 2008/115/EG bei der Begriffsbestimmung „Rückkehrentscheidung“ und „Einreiseverbot“ gleichwertig die behördliche oder die richterliche Entscheidung. Der Fokus der entsprechenden Ausnahmeregelung läge bei diesem Verständnis allein auf dem Vorliegen eines „Strafrechtsfalls“¹⁰³. So wird es mit Blick auf das deutsche Recht für zulässig gehalten, Delikte gegen Bestimmungen des nationalen Rechts in Gestalt von Gewalt und Tötung, die einen Bezug zur öffentlichen Ordnung und nationalen Sicherheit haben, als Fälle einzustufen, auf die die Ausnahmeregelung Anwendung findet.¹⁰⁴

Ergänzend könnte für dieses Verständnis sprechen, dass das Bundesinnenministerium im Kontext des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2011 ausweislich einer Zusammenstellung zur Evaluierung der Anwendung der Rückführungsrichtlinie vom 22.10.2013¹⁰⁵ die Europäische Kommission davon unterrichtet hat, dass im Gesetz vom Opt-out insoweit Gebrauch gemacht worden sei, als für inhaftierte ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige keine Frist für eine freiwillige Ausreise bestimmt werde (vgl. § 59 Abs. 5 Satz 1 AufenthG a. F.), die Dauer des Einreiseverbots für ausgewiesene Straftäter fünf Jahre übersteigen dürfe (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 4 AufenthG 2011) und – abweichend von Art. 12 der Rückführungsrichtlinie – die Rückkehrentscheidung bei ausgewiesenen Straftätern nicht übersetzt werde (vgl. § 77 Abs. 3 Satz 4 AufenthG). Die Kommission hat wiederholt Umsetzungsdefizite Deutschlands im Bereich der Rückführungsrichtlinie angemahnt,¹⁰⁶ die Nutzung der Ausnahmeregelung Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG gehörte – soweit anhand verfügbarer Unterlagen recherchierbar – nicht hierzu.

Zwar können aus einer verbreiteten Staatenpraxis – anders als im Völkerrecht –¹⁰⁷ keine Rückschlüsse auf die Auslegung und Anwendung einer Richtlinie gezogen werden, allerdings scheinen ausweislich der Evaluierung der Anwendung der Rückführungsrichtlinie vom 22.10.2013¹⁰⁸ auch andere Staaten, die Entscheidungen von Verwaltungsbehörden zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger kennen, vom Opt-out Gebrauch zu machen.

Außerdem könnte für die Sichtweise des Bundesverwaltungsgerichts sprechen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in der Rechtssache BZ keine Einwände gegen die Anwendbarkeit der Optionsregelung im deutschen Ausländerrecht geäußert hat,¹⁰⁹ vielmehr sogar beim vorliegenden Bundesverwaltungsgericht nachgefragt hat, ob die Darstellung der deutschen Rechtslage seitens der deutschen Regierung in ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen und die dort vertretene Auffassung zutreffen, die Bundesrepublik Deutschland habe von der Option des Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG Gebrauch gemacht.¹¹⁰ Allerdings hat sich der Gerichtshof nicht ausdrücklich in einer Weise geäußert, dass er den Gebrauch des Opt-out im deutschen Recht „abgesegnet“ hätte. Solches lässt sich auch nicht

in Verbindung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rechtsache BZ¹¹¹ annehmen. Dort heißt es (Rn. 68):

„... Diese Richtlinie ist anwendbar, es sei denn, der betreffende Mitgliedstaat hat für die Fälle, in denen sich die jeweilige Bedrohung oder Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit daraus ergibt, dass gegen die Betroffenen eine schwere strafrechtliche Sanktion verhängt wurde oder ein Auslieferungsverfahren anhängig ist, von seiner ihm durch Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2008/115/EG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht.“

Der in Rn. 68 in Fußnote 30 enthaltene Verweis auf das Beispiel des Opt-out entstammt dem französischen Strafbuch.¹¹² Es handelt sich um eine Regelung, die dem

- 103 In diesem Sinne wohl Empfehlung (EU) 2017/2338 der Kommission v. 16.11.2017 für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist, ABl. L 339 v. 19.12.2017, 94, 97; ähnlich European Commission – DG Home Affairs, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EG/EC) Final Report, 22 October 2013, S. 72 („Criminal law cases“); *Maor*, in: Kluth/Heusch, BeckOK AuslR, § 11 AufenthG Rn. 7 b f. <Stand: 01.04.2024>; dies auch jedenfalls für die frühere Ist-Ausweisung nach § 53 AufenthG a. F. annehmend *Franßen-de la Cerda*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, ZAR 2008, 377, 381; weitergehend Augustin, Die Rückführungsrichtlinie der Europäischen Union, 2016, 164 ff.
- 104 *Pahladsingh/Waasdorp*, Criminal law sanctions and the Return Directive: the position of illegally staying third-country nationals in the European Union, abrufbar unter https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/CenR/2017/1/CenR_2542-9248_2017_001_001_003.
- 105 European Commission – DG Home Affairs, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EG/EC) Final Report, 22 October 2013, S. 69, 72 f, 188.
- 106 Vgl. etwa BT-Drs. 18/1785 v.19.06.2014, S. 2 <Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage>.
- 107 Art. 31 Abs. 3 Buchst. b Wiener Vertragskonvention; vgl. zum völkerrechtlichen Vertrag auch BVerfG, Urt. v. 12.07.1994 – 2 BvE 3/92 u. a. – juris Rn. 271 ff.
- 108 European Commission – DG Home Affairs, Evaluation on the application of the Return Directive (2008/115/EG/EC) Final Report, 22 October 2013.
- 109 EuGH, Urt. v. 03.06.2021 – C-546/19 <BZ> – juris Rn. 35 ff.
- 110 BVerfG, Beschl. v. 06.05.2020 – 1 C 14.19 – juris 1 ff.
- 111 Schlussanträge v. 10.02.2021 – C-546/19 <BZ> – Rn. 68 i. V. m. Fn. 30.
- 112 Fußnote 30 in der französischen Fassung der Schlussanträge: „À titre d'exemple, la République française s'est prévalue de cette faculté pour ce qui concerne l'« interdiction du territoire français », prévue à l'article L541-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, c'est-à-dire une peine susceptible d'être prononcée par l'autorité judiciaire contre un étranger coupable d'un crime ou d'un délit et régie par les dispositions des articles 131-30, 131-30-1 et 131-30-2 du code pénal français (vgl. den Gesetzestext unter https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006136038/#LEGISCTA0000061360389). Fußnote 30 in der deutschen Fassung: „Die Französische Republik hat von dieser Möglichkeit beispielweise in Bezug auf das „Aufenthaltsverbot in Frankreich“ nach Art. L541-1 des Code de l'entrée et du séjour des étrangers

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

Strafrecht unterfällt, und nicht mit dem deutschen System vergleichbar ist.

Mit einer Interpretation des Urteils des Gerichtshofs in der Sache BZ sollte im Übrigen zurückhaltend verfahren werden. So hat dieses Urteil die Bedeutung des Art. 5 Richtlinie 2008/115/EG – trotz schon vorliegender Rechtsprechung einer anderen Kammer – für die Entscheidung nicht zur Kenntnis genommen.¹¹³ In der Rechtssache BZ ist vielmehr angenommen worden, aus Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2008/115/EG ergebe sich, dass die Mitgliedstaaten unbeschadet der Ausnahmen nach den Absätzen 2 bis 5 verpflichtet seien, gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, und dass diese Erwägungen auch für Drittstaatsangehörige gälten, die sich illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhielten und nicht abgeschoben werden könnten, da der Grundsatz der Nichtzurückweisung dem entgegenstehe.¹¹⁴ Jedenfalls durch die Rechtsprechung der Großen Kammer des Gerichtshofs ist dies überholt.¹¹⁵

Auch in anderen Entscheidungen ist durch den Gerichtshof bislang nicht ausdrücklich geklärt worden, ob das „deutsche System“ überhaupt von der Optionsregelung umfasst wird.¹¹⁶ Der Gerichtshof hat sich mehrfach zu dieser Richtlinienbestimmung verhalten,¹¹⁷ sich mangels einer entsprechenden konkreten Vorlagefrage aber noch nicht ausdrücklich dazu erklärt, ob ein im Wege einer Verwaltungsentscheidung durch die Ausländerbehörde verfürgtes „Rückkehrpflichtig-Werden“, dessen (mittelbarer) Ausgangspunkt eine strafrechtliche Sanktion ist, im Sinne der Optionsregelung verstanden werden darf. Auch die – ebenfalls zum deutschen Recht ergangene – Entscheidung in der Rechtssache „Filev und Osmani“ gibt keinen klaren Hinweis darauf, dass bei einem drittstaatsangehörigen Straftäter eine Rückkehrpflicht kraft Verwaltungsentscheidung unter die Optionsregelung fallen würde.¹¹⁸ Das Urteil beruht – entsprechend den Ausführungen in der Vorlage des Amtsgerichts Laufen vom Juni 2012 zu einer Ausweisungsentscheidung aus dem Jahre 1999 – auf der nicht problematisierten Annahme, dass die Ausweisung unter die Richtlinie fällt und Deutschland mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz 2011 von der in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG enthaltenen Ermächtigung Gebrauch gemacht habe.¹¹⁹ Mangels entscheidungserheblicher Fragestellung ist der Gerichtshof aber nicht auf das hier relevante Problem der Abschiebungsandrohung infolge einer Ausweisung eingegangen.¹²⁰ Im Übrigen hat sich bislang keine Entscheidung des Gerichtshofs mit den Argumenten beschäftigt, die dafür sprechen, den Anwendungsbereich der Optionsregelung auf Rückkehrverpflichtungen zu beschränken, die sich unmittelbar aus dem Strafrecht ergeben.

4. Der Gegenstand der Optionsregelung und ihr Sinn und Zweck als einer Ausnahmenvorschrift¹²¹ streiten – nicht zuletzt mit Blick auf die Ziele der Rückführungsrichtlinie – für ein restriktives Verständnis, das sich auch auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift stützen kann.

a) Die Optionsregelung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG war im Vorschlag der Kommission vom 01.09.2005¹²² nicht enthalten. In einem – in die Zeit der deutschen Ratspräsidentschaft fallenden – Vermerk des Vorsitzenden des Ausschusses für Einwanderungs-, Grenz- und Asylfragen vom 28.02.2007 ist unter der Überschrift

„Anwendungsbereich der Richtlinie“ folgende Passage enthalten:

„Die Richtlinie erfasst Personen, die die Voraussetzungen für die Einreise- und den Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllen oder die im Zusammenhang mit einem Strafurteil abgeschoben werden. Für den Bereich der Abschiebung als Teil eines Strafurteils sind ggf. besondere Regelungen vorzusehen.“¹²³

The Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum/Mixed Committee (EU – Island/Norway and Switzerland) formulierte unter dem 21.11.2007 den Wortlaut der Optionsregelung,¹²⁴ der sodann auf Bestreben des Rates beginnend mit dem ersten informellen Trilog im Januar 2008 Eingang in den Text fand.¹²⁵

Während der Beratungen des Kommissionsvorschlags war von einigen Mitgliedstaaten die Forderung erhoben worden, aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie Fälle von Rückkehr als strafrechtliche Sanktion auszunehmen. Das Haupt-

et du droit d'asile Gebrauch gemacht, d. h. eine Strafe, die von der Justizbehörde gegen einen Ausländer verhängt werden kann, der eines Verbrechens oder einer Straftat schuldig ist, und die in den Art. 131-30, 131-30-1 und 131-30-2 des französischen Strafgesetzbuchs geregelt ist“.

- 113 *Bauer/Hoppe*, NVwZ 2021, 1210 <Anm. zu EuGH, Ur. v. 03.06.2021 – C-546/19>.
- 114 EuGH, Ur. v. 03.06.2021 – C-546/19 <BZ> – juris Rn. 55 ff.
- 115 EuGH, Ur. v. 22.11.2022 – C-69/21 <X> – juris Rn. 53 ff.; BVerwG, Beschl. v. 11.11.2023 – 1 B 13.23 – juris Rn. 6 ff.
- 116 Vgl. hierzu auch VGH Bad.-Württ., Ur. v. 15.04.2021 – 12 S 2505/20 – juris Rn. 153 ff.; Ur. v. 29.03.2017 – 11 S 2029/16 – juris Rn. 83 ff.
- 117 Vgl. etwa EuGH, Ur. v. 07.06.2016 – C-47/15 <Affum> – Rn. 48, 73; Ur. v. 19.09.2013 – C-297/12 <Filev und Osmani> – Rn. 50 ff.; Ur. v. 06.12.2011 – C-329/11 <Achughabian> – Rn. 41; Ur. v. 28.04.2011 – C-61/11 PPU <El Dridi> Rn. 49 – jew. juris. Siehe ausführlich zur Analyse von Rechtsprechung des EuGH zu Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG und der daraus gezogenen Folgerung, dass noch nicht geklärt sei, ob der Klausel ein enges oder weites Verständnis zugrunde zu legen ist, *Kask*, Return Directive in Law and Practice: Central Themes and Issues, 2016, 148 ff.
- 118 EuGH, Ur. v. 19.09.2013 – C-297/12 <Filev und Osmani> – juris Rn. 50 ff.
- 119 EuGH, Ur. v. 19.09.2013 – C-297/12 <Filev und Osmani> – juris Rn. 22, 50 ff.
- 120 VGH Bad.-Württ., Ur. v. 29.03.2017 – 11 S 2029/16 – juris Rn. 86.
- 121 Zur Einordnung als Ausnahmenvorschrift vgl. EuGH, Ur. v. 06.07.2023 – 663/21 <AA> – juris Rn. 45; BVerwG, Ur. v. 16.02.2022 – 1 C 6.21 – juris Rn. 54; Empfehlung (EU) 2017/2338 der Kommission v. 16.11.2017 für ein gemeinsames „Rückkehr-Handbuch“, das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist, ABl. L 339 v. 19.12.2017, S. 83, 94.
- 122 Kommission der Europäischen Gemeinschaft, 01.09.2005, KOM (2005) 391 endgültig, 2005/0167 (COD).
- 123 Ratsdokument 6624/07, S. 6.
- 124 Ratsdokument 15566/07, S. 15; siehe *Lutz*, The Negotiations on the Return Directive, 2010, 179 <Annex 5>.
- 125 Vgl. die tabellarische Übersicht bei *Lutz*, The Negotiations on the Return Directive, 2010, 297, 300 f.; *Augustin*, Die Rückführungsrichtlinie der Europäischen Union, 2016, 164.

argument dieser Staaten war, dass die Richtlinie keine Fragen des Strafrechts harmonisieren dürfe.¹²⁶ Die Kommission machte während der Beratungen im Rat stets deutlich, dass die verschiedenen Stufen „Beendigung des legalen Aufenthalts“ und (deswegen danach) illegaler Aufenthalt zu unterscheiden sind und die Rückführungsrichtlinie nur den letzteren Fall erfasst. Die Beendigung des legalen Aufenthalts eines Drittstaatsangehörigen aus strafrechtlichen Gründen wurde hingegen eindeutig der ersten Stufe zugeordnet mit der Folge der ausschließlichen Kompetenz der Mitgliedstaaten, das zu veranlassen, was sie nach ihrem nationalen Strafrecht für nötig erachten. Obwohl sowohl das Europäische Parlament als auch andere Mitgliedstaaten die Auffassung der Kommission, dass die Beendigung des legalen Aufenthalts – auch mit Mitteln des Strafrechts – schon gar nicht vom Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie erfasst ist, stützten, und eine solche Klausel für nicht notwendig erachteten, verlangten diese Länder ausdrücklich eine Optionsregelung. Diejenigen Mitgliedstaaten, deren nationales Recht eine Verpflichtung zur Rückkehr kraft richterlicher Entscheidung im Strafurteil vorsieht, befürchteten, durch die Richtlinie zu stark in ihren nach nationalem Recht mit einer solchen Rückkehrverpflichtung verbundenen, für die Betroffenen oft einschneidenden Rechtsfolgen eingeschränkt zu werden; insbesondere lehnten die betreffenden Mitgliedstaaten bei einer strafprozessual verfügten Rückkehr die zeitliche Befristung eines Wiedereinreise- und Aufenthaltsverbots strikt ab.¹²⁷ Im Ergebnis sollte mit dieser Bestimmung klargestellt werden, dass die Richtlinie nicht den Zweck hat, Angelegenheiten des Strafrechts oder der Auslieferung zu harmonisieren.¹²⁸ Das Dokument „CC Return Dir 33“ des Kontaktausschusses Rückführungsrichtlinie der Kommission¹²⁹ formuliert als Beispiel für die Anwendung der Optionsregelung: Das nationale Strafrecht kann vorsehen, dass eine bestimmte Straftat (Diebstahl, Mord usw.) mit einer doppelten Strafe geahndet wird, wenn sie von einem Drittstaatsangehörigen begangen wird: 1. Freiheitsstrafe und 2. Beendigung des legalen Aufenthalts/Rückkehr.¹³⁰

b) Die Optionsregelung hat – auch im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte – nicht den Charakter einer „Bestätigung“ dahingehend, dass die Beendigung des legalen Aufenthalts aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Maßnahme nicht in den Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie fällt. Sie hätte sonst keinen praktischen Anwendungsfall. Dass solches nicht Gegenstand der Richtlinie ist, folgt u. a. aus der primärrechtlichen Grundlage des Art. 63 Nr. 3 Buchst. b EGV, auf der sie basiert. Zudem wird aus Art. 6 Abs. 6 Richtlinie 2008/115/EG die Trennung zwischen der Beendigung des legalen Aufenthalts und der Rückkehrentscheidung deutlich.

Die Optionsregelung als Teil der Rückführungsrichtlinie kann ihrerseits nur das zum Gegenstand haben, was durch die Richtlinie 2008/115/EG selbst geregelt wird. Da diese Richtlinie – wie ausgeführt – nicht zum Ziel hat, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Aufenthalt von Ausländern insgesamt zu harmonisieren, kann sich das Opt-out auch nicht auf Maßnahmen beziehen, die erst zur Beendigung des legalen Aufenthalts führen. Denn solches liegt außerhalb des Regelungsbereichs der Rückführungsrichtlinie. Die Optionsregelung betrifft daher nicht die Ausweisung, auch wenn dieser eine strafrechtliche Verurteilung

vorausgeht, weil die Ausweisung keine Rückkehrentscheidung im Sinne der Rückführungsrichtlinie darstellt. Die Optionsregelung greift erst den Rechtszustand auf, der nach der Ausweisung eintritt.

c) Aus der Entstehungsgeschichte der Optionsregelung ergibt sich, dass die nach nationalem Recht strafrechtliche Determinierung von Maßnahmen, die an sich unter die Rückführungsrichtlinie fallen, zum „Ausstieg“ aus der Anwendung der Richtlinie berechtigen. Nach den Zwecken und Zielen des Opt-out und der Richtlinie insgesamt dürfte dem das deutsche Regelungssystem nicht gleichstehen. Maßnahmen wie die Abschiebungsandrohung infolge einer verwaltungsbehördlich erfolgten Ausweisung, die ihrerseits eine strafrechtliche Sanktion als Ausgangspunkt hat, und das Einreise- und Aufenthaltsverbot werden von Verwaltungsbehörden auf der Grundlage des Aufenthaltsgesetzes erlassen und unterfallen nicht einer strafrechtlichen Autonomie des Mitgliedstaats, deren Sicherung die Optionsregelung dient. Hinzukommt, dass die Rückführungsrichtlinie – wie unter anderem ihr Art. 5 verdeutlicht – der Absicherung von Grundrechten nach der Grundrechte-Charta dient. Zu erwähnen ist insbesondere der nach Art. 5 einzuhaltende Grundsatz der Nichtzurückweisung, der als Grundrecht in Art. 18 und Art. 19 Abs. 2 GRC gewährleistet ist.¹³¹ Anders als bei der Optionsregelung des Art. 2 Abs. 2 Buchst. a Richtlinie 2008/115/EG, bezüglich derer Art. 4 Abs. 4 Buchst. b Richtlinie 2008/115/EG zur Ein-

126 Vgl. dazu, dass das Strafrecht und das Strafprozessrecht grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fallen, jedoch dieser Rechtsbereich gleichwohl vom Unionsrecht berührt werden kann, EuGH, Urt. v. 17.09.2020 – C-806/18 <JZ> – juris Rn. 26 <zur Richtlinie 2008/115/EG>.

127 Siehe zur Entstehungsgeschichte insges. European Commission, Contact Committee Return Directive (2008/115/EG/EC), MIGRAPOL CC Return Dir 33, S. 9; Lutz, The Negotiations on the Return Directive, 2010, 32 <unter 2.2.2> – dort auch dazu, dass die Optionsregelung aufgenommen wurde, um das Scheitern der Richtlinie als Ganzes zu verhindern; *Franßen-de la Cerda*, Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, ZAR 2008, 377, 381; *Kask*, Return Directive in Law and Practice: Central Themes and Issues, 2016, 144 ff.

128 Lutz, in: Thym/Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 3. Ed. 2022, RL 2008/115/EG, Art. 2 Rn. 15.

129 Siehe zur Arbeitsweise der Kontaktgruppe im Zusammenhang mit Fragen der Umsetzung der Rückführungsrichtlinie Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Rückkehrpolitik der EU vom 28.03.2014, COM(2014) 199 final, S. 14 ff.

130 European Commission, Contact Committee „Return Directive (2008/115/EG/EC), MIGRAPOL CC Return Dir 33, S. 9: National criminal law may provide that a certain crime (Theft, murder..) will lead to twofold sanction if committed by a third country national: 1. imprisonment and 2. ending of legal residence/return.

131 Siehe auch oben II.3 u. insb. EuGH, Urt. v. 06.07.2023 – C-663/21 <AA> – juris Rn. 49; Urt. v. 22.11.2022, C-69/21 <X> – juris Rn. 55; siehe auch Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2008/115/EG: „Anerkanntermaßen haben die Mitgliedstaaten das Recht, die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger sicherzustellen, unter der Voraussetzung, dass faire und effiziente Asylsysteme vorhanden sind, die den Grundsatz der Nichtzurückweisung in vollem Umfang achten.“

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

haltung des Grundsatzes der Nichtzurückweisung verpflichtet, fehlt solches für die Optionsregelung nach dem Buchst. b des Art. 2 Abs. 2, was im Interesse des Ziels der Rückführungsrichtlinie, Rückführung auf menschenwürdige Weise unter vollständiger Achtung der Grundrechte durchzuführen, für eine enge Auslegung dieser Optionsregelung spricht. Dem von einer Rückkehrpflicht unmittelbar auf strafgerichtlicher Grundlage betroffenen Drittstaatsangehörige stehen Garantien des Strafrechts bzw. Strafprozessrechts zur Seite (vgl. Art. 48 ff. GRC, siehe auch Art. 6 EMRK), sodass er bei einer Pflicht zum Verlassen des Mitgliedstaats auf der Grundlage des Strafrechts nicht ohne einen Schutz ist, den die Rückführungsrichtlinie an sich gewähren möchte. Dem von einer Verwaltungsentscheidung Betroffenen stehen diese Garantien nicht zur Verfügung. Auch die Auslegung einer Optionsregelung muss dem Gebot der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) von Unionsrecht Rechnung tragen, weshalb sie als Ausnahmevorschrift, mit der ansonsten nach der Rückführungsrichtlinie gewährte subjektive Rechte von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen¹³² letztlich beschnitten werden können, eng auszulegen ist. Dies spricht ebenfalls dafür, die Optionsregelung nicht auf Verwaltungsentscheidungen zu beziehen.

5. Bei einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union dürfte es sich anbieten, ergänzend danach zu fragen, in welchem Umfang ein – unterstellt unionsrechtlich prinzipiell mögliches – Opt-out einer materiellen Kontrolle unterliegt. Luxemburg hat bereits entschieden, dass die Anwendung des Opt-out nicht dazu führen darf, dass die Mitgliedstaaten unabhängig von einem durchlaufenen Rückkehrverfahren eine illegale Einreise- und einen anschließenden illegalen Aufenthalt kriminalisieren, um allein daran anknüpfend generell vom Opt-out Gebrauch zu machen, denn dies würde tendenziell zur völligen Unanwendbarkeit der Richtlinie führen; dieses überprüft der EuGH.¹³³ Nach § 59 Abs. 3 Satz 1

AufenthG könnten leichtere Kriminalität und auch Geldstrafen als Sanktion ausreichend sein. Der durch die Rückführungsrichtlinie intendierte Grundrechtsschutz in Verbindung mit dem Gedanken des „*effet utile*“ könnten dafürsprechen, dass es nicht schrankenlos der Autonomie der Mitgliedstaaten überlassen bleibt, was sie für notwendig erachten, sondern dass das an eine strafrechtliche Sanktion anknüpfende Opt-out einer materiellen, unionsrechtlich kontrollierbaren Begrenzung aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unterliegt.

Dr. Ina Bauer, Richterin am Verwaltungsgerichtshof, Mannheim

- 132 Zur Bedeutung des Schutzes fundamentaler Rechte illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger durch die Rückführungsrichtlinie vgl. Majcher/Strik, *Legislation without Evidence: The Recast of the EU Return Directive*, EJML 2021, S. 103 ff.
- 133 *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, § 11 Rn. 35 <Stand: Oktober 2022>; EuGH, Urt. v. 06.12.2011 – C-329/11 <Achughbabian> – juris Rn. 37 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.6.2020 – 5 StR 671/19 – NJW 2020, 2816, wonach aus der richtlinienkonformen Auslegung von § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG folgt, dass gegen illegal einreisende und hier aufhältige Drittausländer wegen dieser Straftaten weder Freiheits- noch Ersatzfreiheitsstrafen verhängt oder vollstreckt werden dürfen, sofern ein Rückführungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Siehe auch *Pahladsingh/Waasdorp*, *Criminal law sanctions and the Return Directive: the position of illegally staying third-country nationals in the European Union*, unter 3.2 <abrufbar unter https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/CenR/2017/1/CenR_2542-9248_2017_001_001_003>: In its settled case law (El Dridi, Achughbabian, Sagor, Filev and Osmani, Celaj, and Affum) the CJEU more or less explicitly emphasized that Member States may not apply rules, even criminal law rules, which are liable to jeopardise the achievement of the objectives pursued by a directive and, therefore, deprive it of its effectiveness.

Arbeitskreis 9: Neues zum vorläufigen Rechtsschutz?

Der Rechtsschutz gegen Corona-Verordnungen als Bewährungsprobe neuer Entscheidungsmaßstäbe – Analyse und Kritik* –

A. Einleitung – Die Coronakrise als Beleg der rechtspraktischen Bedeutung einer verwaltungsprozessualen Grundlagendebatte

Als Hochschullehrer vor Verwaltungsrichterinnen und -richtern einen Vortrag zum vorläufigen Rechtsschutz zu halten, ist eine herausfordernde Aufgabe und steht in der Gefahr, „Eulen nach Athen“ zu tragen. Denn der vorläufige Rechtsschutz lebt weniger aus dem Diktum des Gesetzgebers, sondern aus dem der Rechtspraxis.

Immerhin wird die Rechtspraxis aber doch in weiten Teilen durch Rechtsdogmatik gesteuert, zu der auch die Rechtswissenschaft ihren Beitrag leisten kann. Ob und inwieweit mir das gelungen ist, wird erst die Diskussion zeigen. Aufschluss-

* RiinVGH Kokoska-Ruppert, VRiVGH Christian Hug, VRiVGH Dieter Kraheberg, VRiOVG Dr. André Niesler und RiVGH Dr. Philipp Wittmann sei ganz herzlich für wertvolle Hinweise und für ihre Gesprächs- und Diskussionsbereitschaft gedankt. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

reich und für mich als Referent tröstlich sind die Worte, mit denen *Friedrich Schoch*, also gewissermaßen die letzte Instanz in Sachen vorläufiger Rechtsschutz, vor mittlerweile mehr als 33 Jahren einen vielbeachteten Vortrag zu der Thematik eingeleitet hat. Ich zitiere: „Wer die Aufgabe übernommen hat, in einem zeitlich sehr begrenzten Rahmen über die rechtsdogmatischen und praktischen Probleme des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes zu berichten [...], ist einem fast hoffnungslosen Unternehmen ausgesetzt.“¹

In seinem Vortrag verweist *Schoch* auf zwei Befunde, die nicht wirklich zusammenpassen würden. Auf der einen Seite komme dem vorläufigen Rechtsschutz eine schlechthin überragende Bedeutung zu, weil er das Hauptsacheverfahren jedenfalls in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts praktisch verdrängt habe. Auf der anderen Seite, und dessen ungeachtet, ignoriere die Rechtswissenschaft die Thematik weitgehend oder verliere sich in der Debatte einzelner Spezialfragen.

Der zweite Befund, d. h. die Klage über das Desinteresse der Rechtswissenschaft, kann so nicht mehr aufrechterhalten werden. Dies belegen schon eine Vielzahl von Monografien, die dem Thema gewidmet sind. Insbesondere hat die 1988 veröffentlichte Habilitationsschrift von *Schoch* die Diskussion nicht allein durch ihren beeindruckenden Umfang – immerhin 1891 Seiten – auf eine neue Stufe gehoben.²

Der erste Befund, die rechtspraktische Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes, ist hingegen weiterhin gültig. In der Corona-Krise ist sie ganz besonders augenfällig geworden. Die Corona-Zeit war durch gravierende, so bislang nicht vorstellbare Grundrechtseingriffe geprägt, die eine Klage- bzw. Antragswelle vor den Verwaltungsgerichten ausgelöst haben.³ Wichtige Weichen sind damals in den Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO gestellt worden, d. h. der einstweiligen Anordnung im Rahmen der prinzipialen Normenkontrolle, die gegen Corona-Schutzverordnungen gerichtet waren. Der Effekt dieser Verfahren war beträchtlich. In weiten Teilen hing er von der Positionierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu der Frage ab, die auch im Mittelpunkt meines Vortrages steht: Welche Bedeutung kommt den Erfolgsaussichten in der Hauptsache für den gerichtlichen Prüfungsmaßstab im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes zu?

Überspitzt lautet die traditionelle Antwort darauf bei § 47 Abs. 6 VwGO: Keine, die Erfolgsaussichten sind irrelevant – vielmehr sollte es in Anlehnung an das verfassungsprozessuale Vorbild des § 32 BVerfGG, jedenfalls im Ausgangspunkt, allein auf eine Folgenabwägung nach der sogenannten Doppelhypothese ankommen.⁴ Danach sind die Nachteile, wenn der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz abgewiesen wird, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte, mit den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn dem Antrag im vorläufigen Rechtsschutz stattgegeben würde, die Hauptsache hingegen keinen Erfolg hätte. Für die Antragsteller hätte dies wenig Gutes bedeutet. Wenn Leib und Leben gefährdet sind, sind die Konsequenzen einer verfehlten Aussetzung der Corona-Schutzverordnung deutlich gravierender als die Folgen, an ihr verfehlt festgehalten zu haben.

Bekanntlich ist es ganz anders gekommen. Die Obergerichtsverwaltungsgeschichte und Verwaltungsgerichtshöfe haben die Erfolgsaussichten in den Blick genommen und schon bald

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Coronaverordnungen angemeldet. Dabei konnten sie an eine zunächst wenig beachtete und jedenfalls nicht besonders prominent veröffentlichte Entscheidung des 4. Senats des BVerwG zum Bauplanungsrecht anknüpfen. Diese hatte bereits 2015 das traditionelle Prüfprogramm des § 47 Abs. 6 auf den Kopf gestellt. Danach sollen jedenfalls bei Bebauungsplänen im Verfahren nach § 47 Abs. 6 Prüfungsmaßstäbe zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrages sein.⁵ Dieser Maßstab wurde jedenfalls in weiten Teilen auch auf die Kontrolle der Corona-Schutzverordnungen übertragen, was den Obergerichtsverwaltungsgeschichten bzw. Verwaltungsgerichtshöfen überhaupt erst eine inhaltliche Kontrolle ermöglicht hat.⁶ Damit hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit relativ frühzeitig Defizite der Corona-Politik offengelegt und so das rechtsstaatlich gebotene Nachsteuern des Gesetzgebers erzwungen.

Wenn die Corona-Rechtsprechung also im Ergebnis einen wichtigen Beitrag zur gesellschaftlichen Befriedung geleistet hat, ist damit allerdings immer noch nicht die davon zu trennende prozessrechtliche Grundfrage beantwortet, ob sich das Konzept einer stärkeren Orientierung an den Erfolgsaussichten generalisieren lässt und auf einem gesicherten rechtsdogmatischen Fundament steht. Diese Frage möchte ich in den Mittelpunkt meines Vortrages stellen.

Gegliedert habe ich diesen in sechs Teile. Im folgenden Abschnitt B werde ich zunächst zentrale Strukturfragen des vorläufigen Rechtsschutzes skizzieren. Im dritten Abschnitt C werde ich die Entwicklung der Debatte um den Prüfungsmaßstab für § 47 Abs. 6 nachzeichnen. Der Abschnitt D ist mit „Rechtstheoretische Beobachtungen und Kritik“ überschrieben. Hier möchte ich die Entwicklung in die Rechtsquellenlehre einordnen und mögliche legitimatorische Defizite, aber auch Legitimationsstränge diskutieren. Erst der Abschnitt E ist dann einer eher rechtspolitischen Bewertung gewidmet, bevor ich meine Überlegungen im Abschnitt F in einem kurzen Fazit zusammenfasse.

B. Strukturfragen des vorläufigen Rechtsschutzes

I. Funktionen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weist der vorläufige Rechtsschutz ein verfassungsrechtliches Fundament auf, das in Art. 19 Abs. 4 GG wurzelt. Dieser soll nicht nur das formale Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes garantieren. Irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, sind nach der 1973

1 *F. Schoch*, VerwArch 82 (1991), 145 f.

2 *F. Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1990.

3 Besonders instruktiv dazu die empirische Analyse bei *A. Klafki*, JÖR 2021, 583.

4 VGH BW, Beschl. v. 11.02.1977 – III 88/77, NJW 1977, 1212.

5 BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5.14, ZfBR 2015, 381 Rn. 12.

6 Vgl. nur *F. Schoch*, NVwZ 2022, 1.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

gefällten Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts so weit als möglich auszuschließen. Damit betont das Bundesverfassungsgericht die sogenannte Sicherungsfunktion des vorläufigen Rechtsschutzes. Dabei gilt es, irreparable Nachteile und vollendete Tatsachen zu verhindern, bevor die Entscheidung des Rechtsstreits in der Hauptsache für endgültige Rechtsklarheit sorgt.⁷

Vor allem Friedrich Schoch ist es zu verdanken, dass in der neueren verwaltungsprozessualen Literatur auch auf eine zweite Funktion des vorläufigen Rechtsschutzes hingewiesen wird. Dabei handelt es sich um die sogenannte interimistische Befriedigungsfunktion.⁸ Sie beruht auf der Erkenntnis, dass die gerichtliche Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz zumindest für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung eine abschließende Regelung trifft. Wer sich im vorläufigen Rechtsschutz durchgesetzt hat, kann eine Rechtsposition bereits ausüben, bevor diese durch den Ausgang des Haupt-sacheverfahrens entweder bestätigt oder verworfen wird. Je nach Ausgang des Eilverfahrens wird also die vorläufige Verwirklichung des materiellen Rechts entweder vorzeitig ermöglicht oder umgekehrt bis zum Erlass der Hauptsacheentscheidung vereitelt.

II. Der Prüfungsmaßstab: Folgenabwägung nach der Doppelhypothese versus Erfolgsaussichten

Die soeben angesprochene Frage nach den Funktionen des vorläufigen Rechtsschutzes hat auch Konsequenzen für das Zentralproblem, welche Rolle die Erfolgsaussichten in der Hauptsache für den Prüfungsmaßstab spielen sollen.

Hier lassen sich idealtypisch zwei Konzepte unterscheiden. Nach der einen Auffassung ist eine Folgenabwägung nach der berühmten Doppelhypothese entscheidend. Der Sache nach geht es dabei um eine Minimierung des Fehlentscheidungsrisikos. Einander gegenüberzustellen sind die Folgen, wenn der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz abgewiesen wird, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte mit den Nachteilen, die entstünden, wenn der Antrag im vorläufigen Rechtsschutz stattgegeben würde, die Hauptsache hingegen keinen Erfolg hätte.

Nach der anderen Position hängen Erfolg oder Misserfolg im vorläufigen Rechtsschutz von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache ab. Ist mit einem Erfolg in der Hauptsache zu rechnen, ist dem Antrag im vorläufigen Rechtsschutz stattzugeben. Abzuweisen ist dieser, wenn die Klägerin bzw. der Antragsteller in der Hauptsache voraussichtlich keinen Erfolg haben wird.

Wenn ich von idealtypischen Modellen spreche, ist mir selbstverständlich bewusst, dass die beiden Positionen in der Praxis nicht in Reinform vertreten, sondern miteinander kombiniert werden. Dabei liegt der Akzent einmal eher auf dem einen, einmal eher auf dem anderen Moment. Der Zusammenhang zwischen der Funktion und dem Prüfungsmaßstab liegt auf der Hand. Mit Blick auf die interimistische Befriedigungsfunktion erscheint es geradezu zwingend, den Prüfungsmaßstab im vorläufigen Rechtsschutz am voraussichtlichen Erfolg der Hauptsache zu orientieren. Wenn im Eilverfahren eine irreversible Zwischenentscheidung getroffen wird, muss es das Ziel sein, den Interimszustand soweit wie möglich an das materielle Recht anzugleichen. Dafür kann es dann aber keinen

anderen Maßstab als die sich ex ante abzeichnenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache geben.

Anders stellen sich diese Zusammenhänge dar, wenn die Sicherungsfunktion betont wird. Wenn allein das Fehlentscheidungsrisiko minimiert werden soll, dann berührt das Fragen, die nicht zwingend mit dem Streitgegenstand in der Hauptsache zusammenhängen, sondern beispielsweise davon abhängig sind, welche Konsequenzen die Aufrechterhaltung des Status quo hat.

III. Prüfungsdichte

Weniger intensiv diskutiert, aber ebenso von erheblicher praktischer Bedeutung, ist die Frage, wie intensiv die Erfolgsaussichten im vorläufigen Rechtsschutz zu prüfen sind. Unstrittig ist hier, dass der Grad richterlicher Überzeugungs-bildung hinsichtlich der tatsächlichen Fragen abgesenkt ist.

Unterschiedliche Positionen werden hingegen zu der Frage vertreten, ob sich das Gericht auch hinsichtlich der Rechtsfragen auf eine lediglich summarische Prüfung der Erfolgsaussichten beschränken kann. Die Praxis deutet nach wie vor in diese Richtung. Friedrich Schoch und die ihm folgende Literatur verlangen hingegen, dass der Grad an Entscheidungsgewissheit im vorläufigen Rechtsschutz hinsichtlich der Rechtsfragen nicht hinter der Hauptsache zurückbleiben darf.⁹

C. Rechtsprechungsanalyse zur einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO

Die vorstehenden, sehr abstrakt gehaltenen Ausführungen sollen nunmehr am Beispiel der Rechtsprechung zur einstweiligen Anordnung konkretisiert werden. Dabei werde ich zunächst auf die gesetzliche Regelungskonzeption eingehen, die dann nicht zuletzt im Zuge der Corona-Rechtsprechung erheblich modifiziert worden ist.

I. Die Regelungskonzeption des historischen Gesetzgebers

Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn diese zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Die Norm ist erst 1976 als der damalige § 47 Abs. 7 VwGO eingefügt worden und hat den zuvor geführten Streit, ob im Normenkontrollverfahren einstweilige Anordnungen erlassen werden konnten, im positiven Sinne entschieden. Wie auch durch die Gesetzesbegründung bestätigt wird, ist der Wortlaut des § 47 Abs. 6 VwGO erkennbar an der verfassungsprozessualen Parallelnorm des § 32 BVerfGG orientiert.¹⁰ Danach kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anord-

⁷ BVerfG, Urt. v. 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, 1 BvL 14/72, BVerfGE 35, 263 (274).

⁸ F. Schoch, VerwArch 82 (1991), 145. (157).

⁹ F. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, EL 40 (Feb. 2021), § 47 Rn. 170a.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 7/4324: „Absatz 7 entscheidet die immer noch streitige Frage, ob in Verfahren nach § 47 eine einstweilige Anordnung

nung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sollen die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht bleiben. Stattdessen nimmt das Bundesverfassungsgericht eine Folgenabwägung nach der Doppelhypothese vor. Abzuwägen sind die Nachteile, die einträten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Antrag aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, dem Antrag in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre.

Zu berücksichtigen sind die Erfolgsaussichten hingegen, wenn sich der Antrag in der Hauptsache als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweisen würde.¹¹ Auf diese Weise wird verhindert, dass eine einstweilige Anordnung zugunsten des Antragstellers ergehen muss, wenn zwar die Abwägung nach der Doppelhypothese zu seinen Gunsten ausgeht, die Hauptsache aber offensichtlich erfolglos ist.

II. Rezeption durch die frühere Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe

Über mehrere Jahrzehnte hat das Konzept der Folgenabwägung nach der Doppelhypothese auch die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe geprägt. Danach sollten sich – ich zitiere – die im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO anzustellenden Erwägungen weitgehend mit den zu § 32 BVerfGG entwickelten Grundsätzen decken.^{12, 13}

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Prüfungsmaßstabes musste daher die Abwägung nach der Doppelhypothese sein. Sehr häufig wurde auch eine Parallele zu § 123 VwGO gezogen. Dabei fällt auf, dass § 123 Abs. 1 VwGO für die Variante der Regelungsanordnung lediglich an „wesentliche Nachteile“ anknüpft, wohingegen bei § 47 Abs. 6 VwGO von einem „schweren Nachteil“ die Rede ist. Dies legt den Schluss nahe, dass an die Aussetzung des Vollzugs einer (untergesetzlichen) Norm erheblich strengere Anforderungen als an den Erlass einstweiliger Anordnungen nach § 123 VwGO zu stellen sind.¹⁴ Ähnlich wie auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Doppelhypothese aber auch durchbrochen worden. In der Rückschau ging die Rechtsprechung aber von einem Regel-/Ausnahmeverhältnis von Doppelhypothese und Erfolgsaussichten als Entscheidungsmaßstab aus. Wie die Gewichte zwischen Regel und Ausnahme auszutarieren waren, wurde hingegen durchaus unterschiedlich beurteilt, womit aus Sicht der Rechtsschutzsuchenden nicht unerhebliche Rechtsunsicherheiten verbunden waren.

III. Rechtsprechungswende

2015 hat eine zunächst wenig beachtete Entscheidung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts zum Bauplanungsrecht erhebliche Bewegung in die Debatte gebracht. An die Stelle des Vorrangs der Doppelhypothese tritt ein dreistufiges

Prüfprogramm, an dessen Spitze die Erfolgsaussichten in der Hauptsache stehen.

1. Stufe: Ergibt die Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht im Sinne von § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten.

2. Stufe: Erweist sich dagegen, dass der Antrag nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug des Bebauungsplans bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn der (weitere) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist.

3. Stufe: Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, also so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist.¹⁵

Damit tritt die Doppelhypothese in den Hintergrund und wird von der Pole-Position auf die hinteren Ränge verdrängt. Auffällig an der Entscheidung ist, dass der Bruch mit der bisherigen Judikatur nicht deutlich ausgesprochen und auch nicht näher begründet worden ist.

IV. Corona-Rechtsprechung

Wenn es einen Anlass geben hat, die Maßstäbe des vorläufigen Rechtsschutzes auf den Prüfstein zu stellen, dann war dies die Corona-Krise. Gegen Corona-Schutzverordnungen gerichtete Normenkontrollanträge und korrespondierende Anträge auf einstweilige Anordnungen ließen nicht lange auf sich warten. Die Datenbank Juris verzeichnete einen sprunghaften Anstieg der Verfahren, ich spreche hier etwa von einer Verzehnfachung. Ganz überwiegend haben die zuständigen Senate dabei auf die 2015 getroffene Entscheidung des 4. Senats Bezug genommen.¹⁶ Sehr unterschiedlich fiel dabei die Dichte der Rechtsausführungen aus. Neben eher knapp

erlassen werden kann, in positivem Sinne. Die Fassung ist an § 32 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes angelehnt.“

11 BVerfG NJW 1977, 430; BVerfGE 7, 367 (371); 103, 41 <42>; 121, 1 <15>; 134, 138 <140 Rn. 6>.

12 Exemplarisch OVG NW Beschl. v. 02.03.1994 – 11a B 184/94.NE, Rn. ■■■■

13 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 15.12.2009 – OVG 2 S 50.09, Rn. 5 (juris).

14 Vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 1065; OVG NW NVwZ-RR 2009, 799; OVG Saarlouis, Beschl. v. 17.06.1992 – 2 Q 2/92, Rn. 6 (juris).

15 BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 – 4 VR 5.14, ZfBR 2015, 381 Rn. 12.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

gehaltene Entscheidungsgründe traten zum Teil auch ausführliche Ausführungen, deren Dichte kaum hinter einem normalen Hauptsacheverfahren zurückbleiben dürfte.

In der damaligen Ausnahmesituation der Verwaltungsgerichtsbarkeit gab es drängendere Sorgen, als sich ausführlich verwaltungsprozessualen Grundlagendebatten zu widmen. Auch dort, wo in den Entscheidungsgründen vertiefte Ausführungen zum materiellen Recht gemacht wurden, wird die Debatte um Entscheidungsmaßstäbe nicht wirklich aufgegriffen. Letztlich begnügen sich die Beschlüsse damit, den Entscheidungsmaßstab offen zu legen und auf die 2015 gefällte Leitentscheidung des 4. Senats zu verweisen.

V. Aktueller Stand

Mit dem Auslaufen der Pandemie hat sich 2023 die Anzahl der Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO wieder normalisiert. Unverkennbar ist, dass die intensive Auseinandersetzung mit der einstweiligen Anordnung zu einer Art Flurbereinigung geführt hat. Ganz überwiegend dominiert der neue Entscheidungsmaßstab, sodass zentral auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache Bezug genommen wird.¹⁷ Der alte Prüfungsmaßstab ist dagegen praktisch aufgegeben worden.

D. Rechtstheoretische Beobachtungen und Kritik

Die vorstehende Analyse hat deutlich gemacht, dass sich bei § 47 Abs. 6 VwGO im Zuge der Corona-Krise eine Neuausrichtung der Prüfungsmaßstäbe vollzogen hat. Meine nun anschließende Bewertung wird den Versuch unternehmen, aus sehr verschiedenen Perspektiven Schlaglichter auf diese Entwicklung zu werfen. Eine rechtspolitische und rechtsdogmatische Bewertung bleibt erst dem Abschnitt F. vorbehalten.

I. Rechtstheoretische Einordnung der Entwicklung

Wie ich vorstehend bereits dargelegt hatte, kommt der gesetzgeberische Wille, für den vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen des Normenkontrollverfahren an § 32 BVerfGG anzuknüpfen, deutlich im Wortlaut des § 47 Abs. 6 VwGO zum Ausdruck. In § 32 BVerfGG ist aber die Abwägung nach Maßgabe der Doppelhypothese verankert, was auch der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts entspricht und dem VwGO-Gesetzgeber vor Augen stand.

Eine Abkehr von der Doppelhypothese kann daher aus rechtsmethodischer Sicht kaum mehr als bloße Rechtsanwendung eingeordnet werden, sondern muss als richterliche Rechtsfortbildung qualifiziert werden. Aus Sicht der Rechtsquellenlehre handelt es sich damit um Richterrecht.

II. Erfolgsbedingungen gelungenen Richterrechts

Gelungenes Richterrecht ist kein Selbstläufer, sondern gründet institutionell in besonderen Voraussetzungen. Im hier interessierenden Zusammenhang ist dies in erster Linie ein geordneter Instanzenzug. Auf diese Weise kann dezentral geschaffenes, zunächst partikulares Richterrecht konsolidiert und eine Rechtszersplitterung vermieden werden. Dies ist der

tiefere Grund hinter der institutionellen Garantie des Art. 95 Abs. 1 GG, wonach der Bund zu Einrichtung oberster Bundesgerichtshöfe verpflichtet ist.

An dieser orientierungsstiftenden Kraft einer „letzten“ Instanz fehlt es im vorläufigen Rechtsschutz aber weitgehend, wobei § 47 Abs. 6 VwGO keine Ausnahme markiert. Die hier getroffenen Entscheidungen sind nicht beschwerdefähig. Dass sich das Bundesverwaltungsgericht überhaupt zu dem Prüfungsmaßstab des § 47 Abs. 6 VwGO verhalten konnte, ist allein das Ergebnis einer – im Übrigen auch nicht ganz unumstrittenen – analogen Anwendung des § 80 Abs. 7 VwGO.

Dass es den Oberverwaltungsgerichten und Verwaltungsgerichtshöfen trotzdem gelungen ist, eine relativ einheitliche Linie zu finden, dürfte deshalb in weiten Teilen einem corona-bedingten Sondereffekt geschuldet sein. Hier waren in einer sehr kurzen Zeitspanne viele gleichgerichtete Fälle zu entscheiden, was eine dezentrale Koordinierung der Entscheidungsmaßstäbe ermöglicht hat. Diese Sondersituation ist nunmehr entfallen, sodass wenigstens auf mittlere Sicht wieder eher eine zentrifugale Gegenbewegung einsetzen dürfte, die sich wieder vom Ideal einer Rechtseinheit entfernen könnte.

III. Legitimatorische Defizite und mögliche Legitimationsstrategien

Unabhängig davon, ob die nunmehr gefundene Lösung rechtspolitisch überzeugt, sind hinter die richterrechtliche Verabschiedung der Folgenabwägung in Form der Doppelhypothese legitimatorische Fragezeichen zu setzen.

1. Richterliche Rechtsfortbildung praeter oder contra legem?

Aus meiner Sicht kann die jüngere Entwicklung der Prüfungsmaßstäbe des § 47 Abs. 6 VwGO schon kaum mehr als Rechtsfortbildung praeter legem qualifiziert werden, sondern nähert sich schon gefährlich nahe einer Rechtsfortbildung contra legem an.

Abweichend von § 80 Abs. 5 VwGO, der sich zum Prüfungsmaßstab der gerichtlichen Eilentscheidung ausschweigt, hat der Gesetzgeber bei § 47 Abs. 6 VwGO klar Position bezogen.¹⁸ Diese Regelung kann nicht allein deshalb beiseitegeschoben werden, weil sie nicht sachgerecht sein soll. Auf zwei Legitimationsstränge möchte ich hier etwas näher eingehen, wobei mich beide, um es gleich vorwegzunehmen, nur eingeschränkt überzeugen.

2. Konvergenz des vorläufigen Rechtsschutzes

Der eine Weg, den ich hier mit „Konvergenz des vorläufigen Rechtsschutzes“ bezeichnen möchte, führt auf einen Ansatz zurück, der in meisterhafter Weise durch Friedrich Schoch ausgeführt worden ist. Sein Konzept stellt die interimistische Befriedigungsfunktion des vorläufigen Rechtsschutzes in den Vordergrund und postuliert dann folgerichtig für sämtliche

16 Exemplarisch VGH BW, Beschl. v. 23.04.2020 – 1 S 1046/20, VBIBW 2020, 412 Rn. 14 (juris).

17 Z. B. BayVGH, Beschl. v. 01.02.2023 – 15 NE 23.56 Rn. 24 (juris).

18 A. A. aber F. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, EL 40 (Feb. 2021), § 47 Rn. 137.

Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als zentralen Prüfungsmaßstab.¹⁹

An die Stelle fehlender oder unsystematischer Einzelregelungen treten einheitliche und allgemeingültige Maßstäbe. Übersehen wird hierbei freilich, dass dabei die Grenze zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik verschwimmt und die Rechtsprechung eine gesetzliche Differenzierung auch dann hinzunehmen hat, wenn es zu dieser rechtspolitisch vermeintlich bessere Alternativen gibt.

Die Versuche, die Unterschiede zwischen den verschiedenen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes einzuebrennen, überzeugen jedenfalls bei § 47 Abs. 6 VwGO allesamt nicht. Wenn die Rechtsprechung im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO auch weiterhin vielfach strengere Maßstäbe als bei § 123 VwGO anlegen will, dann hat dies, entgegen der Auffassung von Schoch, die er 2022 in einem NVwZ-Aufsatz vertreten hat, nichts mit „bedeutungsschwer anmutenden Mahnungen“ an die Rechtsschutzsuchenden zu tun.²⁰ Vielmehr ist dies schlichtweg Ausdruck der Differenzierung zwischen den Prüfungsmaßstäben, die deutlich im Gesetzeswortlaut angelegt ist.

3. Konstitutionalisierung

Auf ein weiteres Argumentationsmuster möchte ich unter dem Stichwort der Konstitutionalisierung eingehen. Unter Konstitutionalisierung des Prozessrechts verstehe ich im hier bestehenden Zusammenhang den Versuch, einfachgesetzliche Auslegungsfragen des Prozessrechts als Verfassungsproblem zu reformulieren.²¹ Ein Beispiel hierfür ist das Argument, eine Angleichung der Prüfungsmaßstäbe bei § 47 Abs. 6 VwGO sei damit zu rechtfertigen, dass es hier nicht um die vorläufige Außervollzugsetzung von Parlamentsgesetzen gehe. Damit wird offensichtlich ein Bezug zum Grundsatz der Gewaltenteilung hergestellt und die Debatte auf eine verfassungsrechtliche Ebene angehoben. Entsprechendes gilt, wenn für die zwingende Prüfung der Erfolgsaussichten und die Notwendigkeit einer rechtlichen Vollkontrolle auf die Garantie wirksamen Rechtsschutzes oder den Grundsatz der Gesetzesbindung verwiesen wird.

Problematisch an einer verfassungszentrierten Argumentation ist, dass dabei oftmals verfassungsrechtliche Vorgaben einseitig rezipiert und der Charakter der Verfassung als Rahmenordnung verkannt wird. Beispielsweise ist in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gut vertretbar die Sinnhaftigkeit erhöhter Anforderungen an die Suspendierung von Satzungen damit gerechtfertigt worden, dass diese in besonderer Weise das Ideal lokaler demokratischer Selbstbestimmung verwirklichen.²²

Weiterhin ist in der Rechtsweggarantie ein Zielkonflikt zwischen Zügigkeit und der Rechtsrichtigkeit richterlicher Entscheidungen angelegt. Rechtsfindung vollzieht sich nicht im luftleeren Raum, sondern ist insbesondere in Kollegialgerichten das Ergebnis diskursiver Prozesse zwischen Gericht und den Verfahrensbeteiligten. Auch im Senat treffen unterschiedliche Rechtsauffassungen aufeinander und es muss, notfalls auch im Wege der Mehrheitsabstimmung, eine Verständigung erzielt werden. Diese Abstimmungsprozesse benötigen Zeit, die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes häufig nicht zur Verfügung steht, ohne die Rechtzeitigkeit des Rechtsschutzes zu gefährden. Wie ich später noch zeigen möchte, muss der Weg zur Sicherung der Effektivität des

vorläufigen Rechtsschutzes außerdem nicht zwingend über die Aufwertung des vorläufigen Rechtsschutzes führen, sondern kann auch die Beschleunigung des regulären Hauptsacheverfahrens gebieten.

Diese Beispiele zeigen einmal mehr, dass mit verfassungsrechtlichen Argumenten Vorsicht angebracht ist, weil sich verfassungsrechtliche Vorgaben selten in Richtung auf ein einziges, allein verfassungskonformes Ergebnis verdichten lassen.

IV. Orientierung an Leitbildern – das Beispiel der summarischen Prüfung von Rechtsfragen

Meine letzte rechtsmethodische Bemerkung greift ein Begründungsmuster auf, das im Kontext des vorläufigen Rechtsschutzes häufig bemüht wird, rechtsdogmatische Debatten aber auch in anderen Rechtsgebieten prägt. Die Auslegung und Anwendung der §§ 47 Abs. 6, 80, 80a, 123 VwGO orientiert sich oftmals an Topoi bzw. Leitbildern wie etwa dem „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ oder dem Grundsatz der „summarischen Prüfung“ der Hauptsache.²³

Hieran ist in der Literatur immer wieder die Kritik erhoben worden, die Rechtsprechung subsumierte unter solche Begriffe wie unter Normen, obwohl es sich dabei letztlich nur um gesetzlich nicht weiter abgesicherte Schlagworte handele. Ob dieser Vorwurf berechtigt ist, möchte ich im Folgenden am Beispiel des Topos der summarischen Prüfung darlegen, da die Vorwegnahme der Hauptsache im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO keine Rolle spielt.

Summarische Prüfung bedeutet, dass im vorläufigen Rechtsschutz das Maß richterlicher Gewissheit abgesenkt werden kann. Dass im vorläufigen Rechtsschutz Abstriche am Grundsatz der Amtsermittlung zulässig sind, ist dabei allgemein anerkannt. Umstritten ist hingegen die Tiefe der rechtlichen Überprüfung.

Eine in der Literatur, u. a. von Schoch, vertretene Auffassung lehnt die Zulässigkeit einer lediglich summarischen Rechtsprüfung kategorisch ab und stützt sich vorwiegend auf verfassungsrechtliche Argumente. Rechtsfragen offenzulassen, sei weder mit Art. 19 Abs. 4 GG noch mit dem Vorrang des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG zu vereinbaren.²⁴

Auf der Grundlage meiner oben geäußerten Kritik an der Konstitutionalisierung dürfte es nicht überraschen, dass mich diese Argumente nicht überzeugen. Der Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG geht fehl, weil in der Norm ein Zielkonflikt zwischen Richtigkeit und Zügigkeit richterlicher Entscheidungen angelegt ist. Wenn auf der Grundlage einer summarischen

19 Vgl. F. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, EL 41 (Juli 2021), vor § 80 Rn. 45 ff.

20 F. Schoch, NVwZ 2002, 1 (2).

21 Umfassend zu den verschiedenen Wirkungsebenen der Konstitutionalisierung G.F. Schuppert/Chr. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

22 Oberverwaltungsgericht des Saarlandes, Beschl. v. 20.09.2004 – 1 U 5/04 –, juris Rn. 11.

23 Allgemein zur Bedeutung von Leitbildern A. Volkmann, AöR 134 (2009), 157 ff.

24 F. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, EL 41 (Juli 2021), § 80 Rn. 400.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

Prüfung der aufgeworfenen Rechtsfragen entschieden wird, um so dem Gebot rechtzeitigen Rechtsschutzes zu genügen, muss sich die Rechtsprechung deshalb keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung vorhalten lassen. Das gilt selbst auf der Grundlage der regulativen Idee der einzig richtigen Entscheidung. Hier besteht keine andere Möglichkeit, als den Zielkonflikt zwischen Zügigkeit und Richtigkeit dadurch aufzulösen, dass beide Grundsätze als Optimierungsgedebote gedeutet werden. Auch der Grundsatz der Gesetzesbindung hilft nicht weiter. Eine summarische Prüfung von Rechtsfragen ist keine Entscheidung nach freiem richterlichem Ermessen, sondern der Versuch, die Idee der Gesetzesbindung auch unter den Restriktionen zu verwirklichen, die sich aus der Notwendigkeit zügiger Entscheidungen ergeben.

Was folgt daraus für die Sinnhaftigkeit einer leitbildorientierten Argumentation? Richtig ist, dass es zur Begründung der vorstehend diskutierten Frage keines Rückgriffs auf ein Leitbild bedarf. Gleichwohl hat die Orientierung an Leitbildern aber ihre Berechtigung, sofern das Leitbild dogmatische Wertentscheidungen auf einen anschaulichen Punkt bringt. Aus meiner Sicht kann dieser Nachweis für die Frage der Zulässigkeit einer summarischen Prüfung von Rechtsfragen sehr wohl erbracht werden.

E. Chancen, Risiken und Nebenwirkungen des neuen Prüfungsmaßstabes

Die vorgenannten Ausführungen haben sich mehr mit rechtsmethodischen und institutionellen Fragen als der Sachgerechtigkeit des neuen Prüfungsmaßstabes beschäftigt. Dies wird im Zentrum der nun folgenden Ausführungen stehen. In diesem Zusammenhang sind neben Chancen auch Risiken und Nebenwirkungen des neuen Prüfungsmaßstabes anzusprechen.

I. Zugewinn an Rechtssicherheit

Auf der Habenseite der jüngeren Entwicklung steht, dass sich das zuvor bestehende Dickicht unterschiedlicher Prüfungsmaßstäbe bei § 47 Abs. 6 VwGO gelichtet hat. Unabhängig davon, ob der nunmehr weitgehend anerkannte Prüfungsmaßstab in der Sache überzeugt, ist das aus Sicht der Rechtsschutzsuchenden zu begrüßen. Fragen nach der örtlichen Zuständigkeit und der Geschäftsverteilung haben an Bedeutung verloren, und partikulares Recht ist vereinheitlicht worden.

II. Höhere Kongruenz zwischen der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz und dem Hauptsacheverfahren

Ein weiterer Vorzug des neuen Prüfungsmaßstabes ist eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz durch eine spätere Entscheidung in der Hauptsache bestätigt werden wird. Dies wird umso eher gelingen, je intensiver die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen aufgeklärt und die aufgeworfenen Rechtsfragen geprüft werden.

Auf Grundlage der Doppelhypothese ist eine Inkongruenz von vorläufigem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren

dagegen gewissermaßen im System angelegt, weil beide Verfahren über inkongruente Prüfungsmaßstäbe verfügen. Jedenfalls aus Sicht juristischer Laien ist das nur schwer verständlich, sodass eine Niederlage im vorläufigen Rechtsschutz als böses Omen für den Ausgang des Hauptsacheverfahrens erscheinen muss. Diese Problematik hat sich auf der Grundlage der neuen Prüfungsmaßstäbe entschärft.

III. Mögliche Verzögerungen des vorläufigen Rechtsschutzes

Welcher Entscheidungsmaßstab im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO angelegt wird, kann auch nicht ohne Einfluss darauf bleiben, in welchem Zeitfenster realistisch mit einer Entscheidung gerechnet werden kann. Je intensiver die Erfolgsaussichten geprüft werden, desto länger müssen die Verfahrensbeteiligten auf eine Orientierung stiftende Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz warten.

Dies kann aber mit Blick auf die Rechtzeitigkeit des Rechtsschutzes jedenfalls dann zum Problem werden, wenn man mit Schoch von der Notwendigkeit einer vollumfänglichen Prüfung von Rechtsfragen ausgehen will. Schoch will dies durch eine Aufwertung von Hängebeschlüssen lösen, in denen es dann keiner vollumfänglichen Rechtsprüfung bedarf.²⁵ Damit wird das Problem aber letztlich nur auf ein gesetzlich nicht explizit geregeltes Institut ausgelagert. Mir erscheint hingegen der Weg, den Zielkonflikt zwischen Rechtsrichtigkeit und Rechtzeitigkeit des Rechtsschutzes im Rahmen des § 47 Abs. 6 VwGO aufzulösen, vorzugswürdiger.

IV. Faktische Präjudizierung der Hauptsacheentscheidung

Eine andere unerwünschte Nebenwirkung einer stärkeren Orientierung an der Hauptsache könnte eine faktische Präjudizierung des Hauptsacheverfahrens sein. Je engagierter und klarer sich ein Spruchkörper zu den Erfolgsaussichten in der Hauptsache positioniert hat, desto schwerer dürfte es ihm auch fallen, die einmal eingenommene Position wieder aufzugeben. Die Bilanz der Doppelhypothese fällt in dieser Hinsicht deutlich günstiger aus. Wenn die Entscheidungsmaßstäbe im vorläufigen Rechtsschutz und im Hauptsacheverfahren inkongruent sind, setzt sich ein Gericht auch nicht dem Vorwurf eines Selbstwiderspruchs aus, wenn es eine im vorläufigen Rechtsschutz getroffene Entscheidung im Hauptsacheverfahren „korrigiert“.

V. Signalwirkung des vorläufigen Rechtsschutzes und mögliche Frustrationseffekte

Nicht außer Acht zu lassen sind zuletzt aber auch die Rückwirkungen der Entscheidungen auf die Verfahrensbeteiligten. Je intensiver im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes geprüft wird, desto gewichtiger ist auch die von den Entscheidungen ausgehende Signalwirkung. Wie bedeutsam dieser Effekt sein kann, zeigen die gesetzgeberischen

²⁵ F. Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, EL 40 (Feb. 2021), § 47 Rn. 170d, 182.

Reaktionen auf die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe, die den Gesetzgeber zu einer Revision der bestehenden Rechtsgrundlagen in den Anfängen der Pandemie bewogen haben. Wer im vorläufigen Rechtsschutz unterliegt, kann zur Vermeidung einer sich ankündigenden Niederlage im Hauptsacheverfahren leicht gehalten sein, seine Rechtsposition aufzugeben. Das ist aber jedenfalls dann bedauerlich, wenn die vollumfängliche Hauptsacheentscheidung doch zu einem anderen Ergebnis geführt hätte als die summarische Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz.

F. Zusammenfassende Schlussbetrachtung: Verstärkung des Trends zur Substitution des Hauptsacheverfahrens

Die stärkere Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens stellt eine Reaktion auf die faktische Substitution des Hauptsacheverfahrens durch den vorläufigen Rechtsschutz dar. Ungewollt leistet das dieser Entwicklung aber zugleich weiter Vorschub. Die Verfahrensbeteiligten orientieren sich so am Ausgang des Eilverfahrens, als wäre regulär in der Hauptsache entschieden worden.²⁶ Der erfolglose Kläger nimmt seinen Antrag zurück, unterliegt hingegen umgekehrt der Antragsgegner, wird er den Antragsteller klaglos stellen.

Ob hiermit im Vergleich zum traditionellen Modell des vorläufigen Rechtsschutzes, das die Sicherungsfunktion in den Vordergrund stellt, wirklich ein Zugewinn an Rechtsschutz verbunden ist, muss bezweifelt werden.

Meiner Ansicht nach fällt die Bilanz des neuen Maßstabs doch sehr ambivalent aus. Die Verfahrensbeteiligten können früher mit einer Entscheidung rechnen, die Aufschluss darüber gibt, wie das Verfahren, sofern es in der Hauptsache fortgeführt würde, voraussichtlich ausgehen würde. Für diesen Vorzug des neuen Prüfungsmaßstabes ist allerdings ein nicht unerheblicher Preis zu zahlen. Der vorläufige Rechtsschutz ist durch ein Moment chronischer Zeitknappheit geprägt. Damit droht die spezifische Rationalität des gerichtlichen Verfahrens Schaden zu nehmen. Diese ist durch eine diskursive Entscheidungsfindung, Rede, Gegenrede, das Rechtsgespräch sowie die Öffentlichkeit und Transparenz der mündlichen Verhandlung geprägt. Wenn hierfür in Eilverfahren häufig keine Zeit ist, kann dies dann auch nicht mehr im Hauptsacheverfahren nachgeholt werden, weil die im vorläufigen Rechtsschutz unterlegene Seite frustriert ist und möglicherweise voreilig aufgibt.

Sehr vieles spricht daher für eine Orientierung an Ansätzen in der neueren Rechtsprechung des BVerfG zu § 32 BVerfGG, die die Erfolgsaussichten in beide Richtungen allein berücksichtigen möchte, wenn diese offensichtlich sind. Dies gilt also nicht nur dann, wenn der Hauptsacheantrag offensichtlich unbegründet ist, sondern umgekehrt auch dann, wenn dieser offensichtlich begründet ist.²⁷ Jenseits solcher eindeutigen Fälle ist hingegen an der Folgenabwägung nach der Doppelhypothese festzuhalten. Ansätze hierfür lassen sich meiner Ansicht nach in der Rechtsprechung des OVG Münster zum Bauplanungsrecht nachweisen. Dort wird vergleichsweise knapp dargelegt, warum sich die Erfolgsaussichten

nicht sicher absehen lassen und deren Klärung dann ausdrücklich dem Hauptsacheverfahren überantwortet.²⁸

Vom Ende her gedacht: Hätte sich dieser Maßstab aber auch in der Corona-Krise bewährt? Ich meine schon. Wenn in offensichtlichen Fällen unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten entschieden wird, wird den Verfahrensbeteiligten jedenfalls dann frühzeitig eine Richtschnur und Orientierungshilfe an die Hand gegeben, wo sich der Ausgang des Verfahrens deutlich abzeichnet. Dabei ist das Gericht selbstverständlich nicht daran gehindert, den Kenntnisstand zu berücksichtigen, der sich auch aus der wachsenden Vertrautheit mit der Materie ergibt, die in vorherigen und parallelen Hauptsacheverfahren gewonnen wurden. Einzüräumen ist aber, dass Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz mit substanzieller Signalwirkung erst später, dafür aber mit noch größerer relativer Richtigkeitsgewähr ergangen wären. Wenn sich der Zielkonflikt zwischen Rechtsrichtigkeit und Rechtzeitigkeit nicht spannungsfrei auflösen lässt, muss aber umso mehr dafürsprechen, sich bei der Auflösung des Spannungsverhältnisses an der gesetzlichen Wertentscheidung zu orientieren.

Der Akzent liegt dann bei § 47 Abs. 6 auf der Sicherungsfunktion des vorläufigen Rechtsschutzes. Abschließend noch einmal zusammenfassend hätte dies folgende Konsequenzen: Die Erfolgsaussichten sind nur dann der entscheidende Gesichtspunkt, wenn sich diese klar abzeichnen. Der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz kommt allein in diesen Fällen Signalwirkung für die Beteiligten zu. Eine Hauptsacheentscheidung wird in der Regel überflüssig werden, weil Antragssteller und Antragsgegner die gebotenen Schlüsse aus dem Ausgang des Verfahrens ziehen werden. Dass im Grundsatz keine Beschwerdemöglichkeit besteht, ist unproblematisch, weil es sich bei evidenten Erfolgsaussichten auch nicht um einen hard case handelt.

Ist der Ausgang des Verfahrens hingegen nicht offensichtlich, fällt eine inhaltliche Entscheidung auch erst in der Hauptsache. Wiederum ist es vergleichsweise unproblematisch, dass die Entscheidung nicht beschwerdefähig ist, weil die Folgenabwägung nach der Doppelhypothese selten schwierige Rechtsfragen aufwerfen wird.

„Gewinner“ dieser Lösung ist das Hauptsacheverfahren und damit ein Verfahren, das nicht durch Zeitknappheit geprägt ist, sondern eine besondere Gewähr für die Entfaltung diskursiver juridischer Rationalität bietet. Damit lautet mein Petitem für § 47 Abs. 6 VwGO: Weniger vorläufigen Rechtsschutz, sondern mehr Hauptsache wagen.

Prof. Dr. Ralf P. Schenke, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht, Julius-Maximilians-Universität, Würzburg

26 Vgl. instruktiv zur gerichtlichen Regelung des Sofortvollzugs als „kleine Hauptsacheentscheidung“ A. Niesler, in: Gärditz/Keller/Niesler (Hg.), Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Liber Amicorum für Max-Jürgen Seibert, 2020, 307 ff.

27 BVerfG, Beschl. v. 05.05.2021 – 1 BvR 781/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 889/21, BeckRS 2021, 9842 Rn. 28 ff (Bundesnotbremse); Chr. Walter, in: BeckOK-BVerfGG, 16. Edition (01.12.2023), § 32 BVerfGG Rn. 42.1 man.

28 OVG NW, Beschl. v. 24.03.2023 – 7 B 1370/22.NE, Rn. 21 (juris).

Arbeitskreis 9: Beschleunigungsgesetzgebung und ihre Auswirkungen auf den Eilrechtsschutz – Bestandsaufnahme und Folgerungen aus anwaltlicher Sicht¹

I.

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

ich will offen bekennen, dass ich vor gut einem Jahr mit meiner Zusage keine Sekunde gezögert habe, als ich Herrn Seegmüllers freundliche Aufforderung erhielt, auf dem Verwaltungsgerichtstag zu referieren.

Da war zugegebenermaßen Eitelkeit mit im Spiel – obwohl Sie alle bestens wissen, dass Rechtsanwälte eigentlich nicht eitel sind.

Aber – und dies meine ich ganz ernst – die verwaltungsrechtlich tätige Anwaltschaft sieht es schon als Ehre an, vor Ihnen und zu Ihnen sprechen zu können. Deswegen danke ich herzlich für die Einladung. Ich bin ihr gerne gefolgt.

Nachdem ich mir mit dieser *captatio benevolentiae* bei Ihnen hoffentlich wohlwollende Aufmerksamkeit gesichert habe, kann ich offen bekennen, dass meinem Vortrag von vornherein zwei Defizite anhaften:

Ja, ich habe meinem langjährigen Berufsleben viele jener Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren betreut, die heute in den Anwendungsbereich des § 80c VwGO fallen, ich betreue sie aber seit Jahren nicht mehr. Komplexität und Prüfungstiefe haben nicht nur in unserer Praxis die Bildung größerer Umweltrechtsteams zur rechtlichen Betreuung dieser Projekte erforderlich gemacht: zum sich einordnenden Teammitglied werde ich in meinem Berufsleben aber nicht mehr. Und damit bin ich bereits beim zweiten Manko. Die von mir geforderte „anwaltliche Sichtweise“ lässt eher eine Betrachtung aus der Sicht des Antragstellers erwarten. Die kann ich nicht liefern, denn meine Praxis ist in Infrastrukturvorhaben ausschließlich für Projektträger und Behörden tätig, wir sind also in vielen Fällen Anwalt des Antragseigners.

Das ist jetzt nicht schön für Sie.

Erst bekennt der Referent, keine praktischen Erfahrungen in Bezug auf sein Vortragsthema zu haben und dann kommt da nicht mal ein Advokat, der mit verfassungsrechtlichen Kanonen für Landwirte, Gemeinden oder Umweltverbände einen durch eine einzelne Vorschrift bewirkten Anschlag auf den Rechtsstaat vereiteln will. Ich höre Sie schon fragen: „Warum haben Sie denn um Gottes Willen Herrn Seegmüller nicht geeigneterer Kolleginnen oder Kollegen benannt“?

Ganz einfach. Weil mich das Thema rechtspolitisch interessiert.

Ich habe in den vergangenen Jahrzehnten als Mitglied des Verwaltungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltver-

eines, zuletzt als dessen langjähriger Vorsitzender viele Gesetzgebungsverfahren des Bundes begleitet und kommentiert, die mit dem Etikett der Beschleunigung versehen waren. Diese Beschleunigung tut ja auch tatsächlich not. Aber meine anwaltliche wie rechtspolitische Befassung mit diesem Stichwort hat doch Beobachtungen zur Folge gehabt, die bei dem mir zugedachten Thema nicht ausgeblendet werden können. Und deswegen geht es nicht nur auf von mir eingestandene menschliche Schwäche der anwaltsuntypischen Eitelkeit, sondern vor allem das rechtspolitische Interesse zurück, die Einladung anzunehmen und diesen jüngsten Beitrag zur Beschleunigung näher zu beleuchten.

Nicht zuletzt auch mit der Frage im Hinterkopf, was sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm für die allgemeine Rechts- und Gesetzkultur der Bundesrepublik ableiten lässt.

II.

Am 21.03.2023 ist das Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich² in Kraft getreten. Mit ihm ist § 80c VwGO in die VwGO aufgenommen worden. Mit dieser Vorschrift ist der Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung beschrieben. In verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, in denen es um die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§§ 80, 80a VwGO) und über die das Bundesverwaltungsgericht und die Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfen nach § 48 Abs. 1 S. 1 Nummer 3 bis 15 und § 50 Abs. 1 Nr. 6 entscheiden, gelten die besonderen Bestimmungen in den Abs. 2-4 der neuen Vorschrift. § 80c VwGO kommt nicht nur für jene Eilverfahren zur Anwendung, die nach Inkrafttreten der Norm anhängig geworden sind. Da der Gesetzgeber keine abweichenden Übergangsbestimmungen vorgesehen hat, erfassen die Bestimmungen des Beschleunigungsgesetzes als Änderungen des Verfahrensrechts nach den Grundsätzen des intertemporalen Prozessrechts auch anhängige Rechtsstreitigkeiten.³

§ 80c VwGO ist Bestandteil eines gesellschaftspolitischen und damit rechtspolitischen Dauerbrenners, nämlich einer

1 Der Vortragsstil wurde beibehalten.

2 BGBl. 2023 I Nr. 7 vom 20.03.2023.

3 OVG Münster, Beschl. v. 09.06.2023 – 8 B 230/23.AK, juris Rn. 18; VGH Kassel, Beschl. v. 30.06.2023 – 9 B 2279/21.T, juris Rn. 73; VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 – 3 S 1728/21, juris Rn. 16.

Beschleunigungsgesetzgebung, die seit Ende der 1970er-Jahre in Deutschland zunächst hinsichtlich der Verwirklichung von Infrastrukturprojekten propagiert wurde, und nach der Wiedervereinigung auch und gerade die Beschleunigung von Infrastrukturverfahren vor dem Hintergrund der vernachlässigten Infrastruktur in den östlichen Bundesländern im Blick hatte.⁴ In den letzten Jahren gilt das Ringen um Beschleunigung dem zeitnahen Ausbau der erneuerbaren Energien.⁵ Die Gesetzgebung folgt dabei oft dem gleichen Muster: Erst werden befristete Sonderregelungen erlassen, dann Fachgesetze geändert. Abschließend wird dann die allgemeine Gesetzgebung – d. h. VwVfG und VwGO – angepasst.⁶ Und dann die Hoffnung geweckt, die Verwaltungsgerichte würden das richten und an Beschleunigung bewirken, was im Regelfall auf die Komplexität anspruchsvoller Projektplanungen und damit einhergehender Verwaltungsverfahren selbst zurückgeht.

Dass man wohl schwerlich die Gleichung aufmachen kann, allein das verwaltungsgerichtliche Verfahren sei allein maßgeblicher Faktor für die Verzögerung von Planungsverfahren, dürfte feststehen.⁷ Aber nichtsdestotrotz muss konstatiert werden, dass sich Beschleunigungsmaßnahmen des Gesetzgebers in den vergangenen Jahrzehnten regelmäßig auf das gerichtliche Verfahren konzentriert haben. Der Instanzenzug wurde durch die Ausdehnung der Zuständigkeiten der OVG/VGH und des BVerwG verkürzt oder auch die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes erschwert.⁸

Neu ist § 80c VwGO damit seiner Regelungsintention nach nicht. Nachfolgend soll der Versuch unternommen werden, der Frage nachzugehen, welche Auswirkungen die Neuregelung auf den Eilrechtsschutz haben wird und ob durch die Anwendung des § 80c VwGO signifikante Beschleunigungseffekte zu erwarten sind. Dazu soll die Neuregelung zunächst vorgestellt werden (I.). Anschließend werden die sich in Bezug auf die Anwendung des § 80c VwGO stellenden Rechtsfragen beleuchtet (II.). Sodann sollen weitere Folgefragen betrachtet werden (III.). Nachfolgend soll insbesondere auch die Ausgangsfrage, ob von § 80c VwGO eine Beschleunigungswirkung zu erwarten ist, beantwortet werden (IV.). Abschließend erfolgt noch eine Bewertung der Regelung aus anwaltlicher Sicht (V.).

III.

Die Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit seinen Maßnahmen, und damit auch mit § 80c VwGO verbindet, kann kaum ehrgeiziger formuliert werden. Das Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich bettet sich in die Absicht der Bundesregierung ein, „die Planung von Infrastrukturprojekten, insbesondere den Ausbau der Erneuerbaren Energien drastisch zu beschleunigen“ und – wie es im Koalitionsvertrag heißt – „alle Hürden und Hemmnisse aus dem Weg zu räumen“⁹. Ein Mittel zur Erreichung dieses Zieles soll das „Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich“ sein. Der Gesetzgeber möchte mit ihm die Dauer von gerichtlichen Verfahren für „besonders bedeutsame Infrastrukturvorhaben“ weiter reduzieren.

Als besonders bedeutsame Vorhaben hebt die Gesetzesbegründung Vorhaben zum Ausbau der erneuerbaren Energien, aber auch die Erneuerung der verkehrlichen Infrastruktur hervor. Die Verfahrensbeschleunigung, die in diesen Fällen erreicht werden soll, sollen so groß sein, dass die Planungsdauer für Infrastrukturvorhaben „mindestens halbiert“ wird –¹⁰ „ohne hierbei die Effektivität des Rechtsschutzes zu beeinträchtigen“.¹¹ Den Beschleunigungseffekt will der Gesetzgeber durch § 80c VwGO mit zwei Regelungsmechanismen erreichen.

Zum einen sollen aufgrund der Neuregelung des § 80c Abs. 2 VwGO Fehler eines Verwaltungsaktes dann nicht mehr zum Erfolg des einstweiligen Rechtsschutzbegehrens führen, wenn offensichtlich ist, dass diese Fehler durch den Antragsgegner alsbald behoben werden (1.). Zum anderen soll die § 80c Abs. 3, 4 VwGO normierte Vollzugsfolgenabwägung erreichen, dass einzelne Maßnahmen, die nicht zu irreversiblen Nachteilen führen, bereits vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens umgesetzt werden können (2.).

Hiermit hat es folgende Bewandnis:

1. § 80c Abs. 2 VwGO regelt im Wesentlichen, dass bei den von § 80c VwGO erfassten Verfahren die Rechtswidrigkeit eines VA dann nicht zum Erfolg eines Antrags nach den §§ 80, 80a VwGO führen muss, wenn dem VA lediglich Fehler innewohnen, die alsbald behoben sein werden.¹² Gem. § 80c Abs. 2 VwGO gilt die Norm dabei für eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften (Nr. 1) sowie für solche Mängel, die bei der Abwägung im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung entstehen (Nr. 2). Über den Wortlaut der Norm hinaus, findet § 80c VwGO aber auch für sonstige behebbare materielle Mängel Anwendung.¹³

Von den genannten Regelungen nicht erfasst sind Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 UmwRG, die gem. § 80c Abs. 2 S. 5 VwGO grundsätzlich nicht außer Acht gelassen werden dürfen, um die Europarechtskonformität der Regelung zu wahren.¹⁴ Die Rechtsprechung hat die Rückausnahme nach § 80c Abs. 2 S. 5 VwGO über den Wortlaut auch auf Fehler nach § 4 Abs. 1 a UmwRG angewendet,¹⁵ nachdem das BVerwG¹⁶ gerade im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes seine frühere Ansicht aufgegeben hat, dass

4 Groß, ZUR 2021, 75, 75; Roth, ZRP 2022, 82, 82.

5 Vgl. Franzius, ZUR 2024, 193, 193.

6 Groß, ZUR 2021, 75, 76.

7 Vgl. auch Groß, ZUR 2021, 75, 76; Schwerdtfeger, ZUR 2023, 451, 454.

8 Groß, ZUR 2021, 75, 77; Otter/Eh, EnWZ 2023, 51, 51 f.

9 Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der SPD, B'90/Die Grünen und FDP, S. 12, 44.

10 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/5156, S. 2, 11.

11 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/5156, S. 1, 11.

12 Grenzer, jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1.

13 Vgl. BT-Drs. 640/22, 11; BeckOK VwGO/Köhler, 68. Ed. 1.1.2024, VwGO § 80c Rn. 10.

14 Bier/Bick, NVwZ 2023, 457, 459.

15 OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023 – 12 MS 28/23, juris Rn. 23 unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 30.11.2020 – 9 A 5/20, juris Rn. 31.

16 BVerwG, Urt. v. 30.11.2020 – 9 A 5/20, juris Rn. 31.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

Dritte sich auf einen solchen „relativen“ Verfahrensfehler nur dann erfolgreich berufen können, wenn ihnen selbst die Möglichkeit der Beteiligung genommen worden ist.¹⁷

2. Hoffnung setzt der Gesetzgeber auch auf die in § 80c Abs. 3, 4 VwGO normierte Vollzugsfolgenabwägung.

Entscheidet das Gericht aufgrund einer Vollzugsfolgenabwägung, soll die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80c Abs. 3 VwGO in der Regel auf diejenigen Maßnahmen des angefochtenen Verwaltungsaktes beschränkt werden, die zur Verhinderung anderenfalls drohender irreversibler Nachteile erforderlich sind.

Zur beschleunigten Realisierung von Projekten soll auch beitragen, dass das Gericht nach § 80c Abs. 4 VwGO bei seiner Abwägung die Bedeutung des Vorhabens besonders zu berücksichtigen hat, wenn ein Bundesgesetz feststellt, dass einem Belang ein überragendes öffentliches Interesse zukommt.¹⁸ Das wird ausdrücklich festgehalten, neu ist dies nicht. Wenn sich etwa bei Infrastrukturmaßnahmen aus gesetzlichen Vorgaben, etwa einem Bedarfsplan das öffentliche Interesse ergibt, geht dies bereits heute in die Abwägung des Gerichtes mit ein.

Änderungen materieller Vorgaben sollen also beschleunigen.¹⁹ Prominentes Beispiel ist § 2 EEG.²⁰ Denn dieser normiert – mithin gerade für das Planfeststellungsverfahren relevant –, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, werden die erneuerbaren Energien gem. § 2 EEG als vorrangiger Belang in Schutzgüterabwägungen eingebracht.

IV.

Schon die verkürzte Darstellung des Regelungsgehaltes hat vermutlich ausgereicht, um nachvollziehen zu lassen, dass § 80c VwGO ein Bündel von Fragen aufwirft. Dass derartige Fragen Rechtsfindung nicht gerade erleichtern, und vielleicht nicht zu dem „kurzen Prozess“ beitragen, den der Gesetzgeber sich offenbar vorgestellt hat, liegt auf der Hand. Je mehr Unsicherheiten in der Anwendung des § 80c VwGO bestehen, desto mehr rechtlicher Ausführungen des Gerichts bedarf es in diese Richtung. Dies wiederum führt zu einer Verzögerung des Eilverfahrens. Unsicherheiten ergeben sich sowohl hinsichtlich der Regelung des § 80c Abs. 2 VwGO (1.) als auch bezüglich der Vollzugsfolgenabwägung des § 80c Abs. 3, 4 VwGO (2.).

1. Das Gericht „kann“ nach § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO einen Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes „außer Achtlassen“, wenn seine Prüfung ergibt, dass dieser Mangel „offensichtlich“ ist und „in absehbarer Zeit ... behoben sein wird“. Mehrere Begriffe, mehrere Problemfelder.

a) Es fällt schon auf, dass § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO nicht dem etwa aus § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO bekannten Konditionalprogramm folgt. Der einstweilige Rechtsschutzantrag hat nicht schon dann Erfolg, wenn ein Verfahrensfehler festgestellt wird. Das Gericht „kann“ den Verfahrensfehler außer achtlassen, muss dies aber nicht. Der Gesetzgeber ordnet keine zwingende Unbeachtlichkeit des Verfahrens-

fehlers an. BVerwG und OVG wird ein gerichtliches Ermessen also ein Stück weit Rechtsgestaltung eingeräumt, denn das Gericht wird nicht dazu verpflichtet, den Mangel zwingend außer achtzulassen. Nun sind derartige Gestaltungsspielräume dem Prozessrecht nicht fremd. § 80 Abs. 5 VwGO ist hierfür ein Beispiel. Nur ist dort die Abwägung zwischen Verschonungs- und Vollzugsinteresse determiniert, durch die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs. Welche Determinante der Gesetzgeber bei § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO für die Entscheidung der Senate im Blick hatte, lässt sich der Normgeschichte nicht entnehmen. Eine Entscheidungssteuerung, wie sie die Aussichten des Rechtsbehelfs bei der Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO darstellen, ist allenfalls dann anzunehmen, wenn Bundesverwaltungsgericht oder Obergerichte im Ergebnis ihrer Überprüfung feststellen, dass bei der – in der Praxis regelmäßig vorkommenden – Rüge mehrerer Verfahrensfehler feststellen, dass dem Verschonungsinteresse des Antragstellers wegen nicht behebbarer Mängel der Genehmigung der Vorrang zu geben ist.

b) Hinsichtlich der erfassten Fehler ist die Vorschrift weit formuliert.

Grundsätzlich erfasst die Vorschrift alle behebbaren Fehler; ausdrücklich genannt werden nur zwei Gruppen von Regelbeispielen („insbesondere“).

aa) § 80c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VwGO nennt als erstes Regelbeispiel eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften. Die Gesetzesbegründung nennt dazu solche Fehler, die nach § 75 Abs. 1a Satz 2 Halbsatz 1 VwVfG oder nach § 45 VwVfG behoben oder geheilt werden können. Darüber hinaus können von vornherein nur solche Fehler gemeint sein, die für die Aufhebung des VA nicht ohnehin unbeachtlich sind (z. B. gemäß § 46 VwVfG). Dies aber ist keine neue Erkenntnis. Verfahrensfehler oder Formfehler führen schon derzeit nicht zwingend zu einem Erfolg im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Ein Verfahrensfehler wie etwa die unterlassene Öffentlichkeitsbeteiligung in Bezug auf die vertiefende Prüfung von Trassenalternativen wird bereits jetzt vom BVerwG als unbeachtlich angesehen, weil sie nicht unter die in § 4 Abs. 1 UmwRG normierten absoluten Verfahrensfehler fällt²¹ und ein etwaiger Fehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.²² Da es aber § 80c Abs. 2 S. 2 VwGO bei der Nennung von Regelbeispielen belässt, also den Fehlerbegriff nicht abschließend definiert, hat die Rechtsprechung hieraus zutreffend abge-

17 Vgl. *Christiansen*, jurisPR-UmwR 8/2021, Anm. 2; OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023 – 12 MS 28/23, juris Rn. 23.

18 *Grenzer*, in: jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1, V.

19 *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451.

20 *Lingemann*, NVwZ 2023, 1634, 1637; *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 453; *Attendorn*, ZUR 2023, 451, 453; so ausdrücklich auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 01.02.2024 – 3a S 9/23, juris; OVG Koblenz, Beschl. v. 04.01.2024 – 1 B 10987/23.OVG, juris; OVG Münster, Beschl. v. 25.07.2023 – 8 B 734/23.AK, juris; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.06.2023 – 1 B 290/22, juris; OVG Bautzen, Beschl. v. 21.06.2023, – 1 B 309/22, juris; OVG Münster, Beschl. v. 09.06.2023 – 8 B 230/23.AK, juris.

21 BVerwGE 163, 380 Rn. 56.

22 BVerwG, Beschl. v. 27.07.2020 – 4 VR 7/19, 4 VR 3/20, juris Rn. 28.

leitet, dass auch materielle Fehler i. R. v. § 80c Abs. 2 S. 2 VwGO beachtlich sind.²³

bb) § 80c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VwGO betrifft Mängel bei der Abwägung im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung, die durch Planergänzung oder durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können (§ 75 Abs. 1a Satz 2 Halbsatz 1 VwVfG). Auch von Nr. 2 können eigentlich nur solche Fehler erfasst sein, die nicht schon nach § 75 Abs. 1a Satz 1 VwVfG unbeachtlich sind. Der Gesetzgeber hat den Fall vor Augen gehabt, dass ein Planfeststellungsbeschluss aufgrund einer Verletzung des materiellen Rechts einen Mangel aufweist, der nicht die Abwägung betrifft, aber ebenfalls durch Planergänzung oder in einem ergänzenden Verfahren behoben werden kann.

Allerdings muss das Gericht jedoch in die Vollzugsfolgenabwägung auch die Prognose einschließen, dass die Verwaltung auch bei Heilung des Fehlers an ihrer Entscheidung festhalten wird.²⁴ Die Annahme, dass bei Vermeidung des Abwägungsfehlers keine andere Abwägungsentscheidung ergangen wäre, ist aber nur gerechtfertigt, solange konkrete Anhaltspunkte dafür nachweisbar sind, dass die Planfeststellungsbehörde gleichwohl dieselbe Entscheidung getroffen hätte.²⁵ Diese Prognose erschwert die Anwendung des § 80c VwGO jedoch wesentlich. Denn nur wenn die Behörde an ihrer Entscheidung festhält und keine neue Planung oder aber wesentliche Änderungen vornehmen muss, kann es zu einer Beschleunigung kommen.²⁶

cc) Dabei ist der Hinweis auf die Erheblichkeitsschwelle in § 80c Abs. 2 S. 4 VwGO zu relativieren. Zwar hält der Gesetzgeber nach dieser Vorschrift aus den dargestellten europarechtlichen Gründen Verfahrensfehler nach § 4 Abs. 1 UmwRG weiterhin für erheblich, auf Drängen des Rechtsausschusses²⁷ soll dies aber nur „grundsätzlich“ gelten. Dass dies die Senate vor erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten stellt und diesen beschleunigter Entscheidung entgegenstehende Rechtsfragen beschert, bedarf keiner weiteren Begründung.

c) Gestaltet sich also schon die Feststellung schwierig, welche Mängel das Gericht gem. § 80c Abs. 2 S. 1 VwGO außer Acht lassen darf, ist eine derartige Unbeachtlichkeit aber nur dann relevant, wenn ein Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes „offensichtlich“ in absehbarer Zeit behoben sein wird.

Wann die zeitnahe Behebbarkeit eines Mangels „offensichtlich“ ist, definiert der Gesetzgeber nicht.²⁸ Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Offensichtlichkeit gegeben ist, wenn das Gericht zu der „Überzeugung“²⁹ gelangt, dass der Mangel in absehbarer Zeit behoben sein wird, und es muss offensichtlich sein, dass die Behebung möglich ist. Es reicht also nicht aus, dass eine Fehlerbehebung denkbar ist, sie muss vielmehr feststehen, die bloße Offenheit der Fehlerbehebung reicht nicht aus.³⁰

Wenn es aber die Überzeugung des Gerichts ist, die das Tatbestandsmerkmal der Offensichtlichkeit determiniert, ist aber fraglich, wie das Gericht überhaupt zu dieser Überzeugung gelangen soll, da die Realisierung der Heilung des Fehlers allein in der Sphäre der Verwaltung liegt.³¹

Denkbar ist sicherlich, dass der Senat zu dieser Überzeugung gelangt, wenn der Antragsgegner im Termin zu Protokoll erklärt, sich also verpflichtet, einen aufgezeigten

Mangel des Verwaltungsaktes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes beseitigt zu haben. Auch Akteninhalt und Vorbringen des Antragsgegners können Anknüpfungspunkt für die richterliche Überzeugungsbildung sein. Auf dieser Grundlage ist etwa das OVG Bautzen im Beschluss vom 28.8.2023 – 1 B 47/23 – juris Rn. 34 – zu der Überzeugung gelangt, es könne nicht offensichtlich zur Überzeugung des Senats von einer Korrektur in absehbarer Zeit ausgegangen werden. Der Antragsgegner hatte nämlich dargetan, von einem ausreichenden Schutz des Antragstellers vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch periodischen Schattenwurf der umstrittenen Windkraftanlage aus auszugehen. Es würden im Übrigen auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Antragsgegner bereits Maßnahmen – etwa eine Anhörung der Beigeladenen – zur Neufassung der umstrittenen Nebenbestimmung ergriffen hätte.

d) Anwendungsprobleme schafft auch die Vorgabe des Gesetzgebers, die Behebung des Mangels müsse jedenfalls in „absehbarer Zeit“ erfolgen.

aa) Die bisher dazu ergangenen Judikate nehmen einen solchen Fall an, wenn bereits ein ergänzendes Verfahren zu Mängelbehebung eingeleitet worden ist.³² Dabei ist im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes eine restriktive Auslegung geboten.³³ Ob die Behörde den Fehler aber zeitnah beheben kann, ist für das Gericht aber dann nicht erkennbar, wenn sich der Antragsgegner im gerichtlichen Verfahren nicht klar dazu geäußert hat.³⁴ Auch muss die Prognose negativ ausfallen, wenn ein ergänzendes Verfahren von der Behörde noch nicht eingeleitet worden ist.³⁵ Eine Behebbarkeit in „absehbarer Zeit“ ist auch dann abzulehnen, wenn für das Gericht nicht erkennbar ist, wie lange ein solches Verfahren dauern könnte.³⁶ Zuletzt kann der Mangel auch dann nicht außer Acht gelassen werden, wenn deren zeitnahe Heilung „aufgrund des Verhaltens der Behörde im gerichtlichen Verfahren“ nicht zu erwarten ist.³⁷ Das Gericht ist mithin bei der Entscheidung, ob eine Behebbarkeit des Mangels in „absehbarer Zeit“ möglich ist, gänzlich auf die Mitwirkung der Behörde angewiesen. Es muss

23 VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 – 3 S 1827/21, juris Rn. 34.

24 BVerwG, Beschl. v. 26.04.2023 – 4 VR 6/22, juris LS 6 und Rn. 42.

25 Vgl. BVerfG, NVwZ 2016, 524 Rn. 23; BVerwGE 161, 263 Rn. 105;

BVerwG, Beschl. v. 26.04.2023 – 4 VR 6/22, juris Rn. 39.

26 BVerwG, Beschl. v. 26.04.2023 – 4 VR 6/22, juris LS 6 und Rn. 42.

27 *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 459.

28 *Schwerdtfeger*, ZUR 2023, 451, 459.

29 *Siegel*, NVwZ 2023, 462, 463; *Bier/Bick*, NVwZ 2023, 457, 459.

30 *Siegel*, NVwZ 2023, 462, 463.

31 *Grenzer*, in: jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1, III.

32 HessVGH, Beschl. v. 30.06.2023 – 9 B 2279/21.T, juris Rn. 75 unter

Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 20/5165, S. 16; OVG

Bautzen, Beschl. v. 28.08.2023 – 1 B 47/23, juris Rn. 33.

33 HessVGH, Beschl. v. 30.06.2023 – 9 B 2279/21.T, juris Rn. 75 unter

Hinweis auf *Siegel*, NVwZ 2023, 462, 463.

34 So OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023, – 12 MS 28/23, juris

Rn. 24.

35 VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 – 3 S 1827/21, juris Rn. 34.

36 OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.05.2023, – 12 MS 28/23, juris Rn. 24;

VGH Mannheim, Beschl. v. 22.12.2023 – 3 S 1827/21, juris Rn. 34.

37 VGH Kassel, Beschl. v. 30.06.2023, – 9 B 2279/21.T, juris 6. LS und Rn. 74-76.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

seine Entscheidung auf die behördliche Einschätzung stützen, denn es gibt keine Möglichkeiten die Einhaltung dieses abstrakten und nicht weiter konkretisierten Zeitraums zu überprüfen.

bb) Ein Mindestmaß an Rechtssicherheit will die in § 80c Abs. 2 VwGO normierte Fristsetzung durch das Gericht zur Behebung des Mangels durch den Antragsgegner gewährleisten. Der Behörde wird ein Vertrauensvorschuss zwecks Verfahrensbeschleunigung gewährt. Dieser Vertrauensvorschuss steht unter der Bedingung der tatsächlichen Behebung des Mangels.³⁸ In der Praxis haben die Verwaltungsgerichte – soweit ersichtlich – keinen Gebrauch gemacht. Das führt dann aber zu der Frage, was eigentlich gilt, wenn die Frist ungenutzt verstreicht, oder die Fehlerbehebung jedenfalls nach Auffassung der Antragsteller nicht gelingt. Dann dürfte der Beschleunigungseffekt verpuffen. In dem Antragsteller wird dann nichts anderes übrig bleiben, als erneut die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen. Dann bleibt es nicht bei dem ein Eilverfahren. Aus 1 mach 2 – oder mehr.

2. Im Rahmen der Vollzugsfolgenabwägung wird dem Antragsgegner gem. § 80c Abs. 3, 4 VwGO bei behebbaren Fehlern ein Abwägungsvorsprung eingeräumt. Übersehen werden darf jedoch nicht, dass § 80c Abs. 3, 4 VwGO dem Gericht kein Abwägungsergebnis vorgibt. Die Regelung führt nur dazu, dass einem Abwägungsbelang ein höheres Gewicht in der Abwägung zukommt. Er kann weiterhin durch andere gewichtige Belange überwogen werden.

Dies soll die Verwirklichung solcher Maßnahmen, die nicht zu irreversiblen Nachteilen führen, beschleunigen.³⁹ Teile der Literatur sehen § 80c Abs. 3 Satz 1 VwGO als entbehrlich an, da die Rechtsprechung ohnehin schon so verfähre. Gleichwohl schadet es jedenfalls nicht, eine schon bestehende gerichtliche Praxis gesetzlich zu verankern.⁴⁰

V.

Aufgrund dieser Unsicherheiten in der Rechtsanwendung, führt die Neuregelung des § 80c VwGO zu einer Reihe von Folgefragen. Im Zentrum steht dabei zunächst die Frage, ob bei Anwendung weiterhin ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist (1.) Aber auf Fragen nach den Folgen für den Antragsteller (2.) als auch nach der Erschwerung des Verwaltungsprozess (3.) werden in der Literatur und Rechtsprechung vielfach diskutiert. Auf diese soll nachfolgend einzeln eingegangen werden.

1. Da durch die Ablehnung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz Tatsachen geschaffen werden, wird vielfach die Kritik geäußert, dass § 80c VwGO die Grenzen des effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG nicht wahre. Denn die Verhinderung von unumkehrbaren Tatsachen sei gerade Aufgabe des einstweiligen Rechtsschutzes.⁴¹ Der Umstand, ob eine Entscheidung den Antragsteller vor vollendete Tatsachen stellt und daher gem. § 80c Abs. 3 VwGO die aufschiebende Wirkung angeordnet oder aber wiederhergestellt werden muss, wird in der Praxis weit ausgelegt. So wurde einem Antragsteller der vorläufige Rechtsschutz versagt, weil das OVG Magdeburg es für möglich ansah, dass im Falle seines Obsiegens im Hauptsacheverfahren eine Wasserkraftanlage wieder zurückgebaut werden könne.⁴² Ebenso sei der

Bau einer Windkraftanlage „ohne Sichtschutz“ bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens für den Antragsteller hinnehmbar.⁴³ Bedenkt man, dass faktisch vieles – wenn auch mit einem erheblichen und finanziell nicht rentablen Aufwand – umkehrbar ist,⁴⁴ ist die Frage berechtigt, unter welchen Voraussetzungen ein Antragsteller dann überhaupt noch durch den einstweiligen Rechtsschutz die Schaffung von Tatsachen verhindern kann.

2. Die erhebliche Unsicherheit, die durch die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Rahmen des § 80c Abs. 2 VwGO entsteht, wiegt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Antragsteller zumeist die außergerichtlichen Kosten zu tragen hat, schwer.⁴⁵

Zwar sieht § 154 Abs. 5 VwGO neuerdings eine Umkehr vom Grundsatz des § 154 Abs. 1 VwGO – nachdem die unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens trägt – vor. Entsprechend der Neuregelung fallen die Gerichtskosten dem obsiegenden Teil zur Last, soweit der Antragsteller allein auf Grund von § 80c Abs. 2 VwGO unterliegt. Wichtig zu betonen ist hier, dass die Ausnahmenvorschrift allein für die Gerichtskosten gilt. Meist sind die außergerichtlichen Kosten jedoch deutlich höher als die Verfahrenskosten.⁴⁶ Der mit der Regelung des § 154 Abs. 5 VwGO bezweckte „Schadensausgleich“ des Antragstellers kann folglich nicht erreicht werden.⁴⁷ Einzig für den Fall, dass der Antragsgegner und/oder der Beigeladene eigene Sachanträge gestellt haben, sind die außergerichtlichen Kosten ausnahmsweise aus Billigkeitserwägungen erstattungsfähig.⁴⁸

3. Zuletzt beeinflusst die Einführung des § 80c VwGO auch das Verwaltungsgerichtsverfahren selbst. Soweit das Gericht einen Mangel im Abwägungsvorgang im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung gem. § 80c Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VwGO für behebbare hält, greift es in den exekutiven Abwägungsvorgang ein.⁴⁹ Denn der Verwaltung werden durch die gerichtliche Wertung, es seien eine Mangelbehebung möglich, neue Spielräume eröffnet. Aufgrund dessen wurde in der Literatur vielfach befürchtet, dass das Verwaltungsgericht – zumindest nach der Konzeption des § 80c Abs. 2 VwGO – lediglich als eine Art „Reparaturbetrieb «der Verwaltung funktioniere».⁵⁰ Dieser Gefahr haben sich die Senate nach den vorliegenden Judikaten bisher entzogen, da mit unterschiedlicher Begründung § 80c Abs. 2 S. 3 VwGO mit der Möglichkeit einer Frist zur Mängelbehebung nicht angewandt worden ist.

Dabei ist nicht außer Acht zu lassen, dass nicht per se jeder Hinweis an die Verfahrensbeteiligten, auch die Behörde die

38 Otter/Eh, EnWZ 2023, 51, 53.

39 Grenzer, in: jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1, IV.

40 Grenzer, jurisPR-UmwR 7/2023 Anm. 1.

41 Schwerdtfeger, ZUR 2023, 451, 460.

42 OVG Magdeburg, Beschl. v. 21.11.2023 – 2 M 40/23, juris Rn. 56.

43 OVG Münster, Beschl. v. 09.06.2023 – 8 B 230/23.AK, juris Rn. 59.

44 Pagenkopf, NJW 2023, 1095, 1098.

45 Pagenkopf, NJW 2023, 1095, 1098.

46 Bier/Bick, NVwZ 2023, 457, 459.

47 Otter/Eh, EnWZ 2023, 51, 54.

48 OVG Bautzen, Beschl. v. 28.08.2023 – 1 B 47/23, juris Rn. 64.

49 Pagenkopf, NJW 2023, 1095, 1098.

50 Pagenkopf, NJW 2023, 1095, 1098.

Rolle des Gerichtes als neutrale Entscheidungsinstanz beeinträchtigt.

Es ist Ausfluss der Hinweispflicht nach § 86 Abs. 3 VwGO, dass die Beteiligten entweder im vorbereitenden Verfahren wie auch in der mündlichen Verhandlung auf die Aussicht des Gerichts maßgeblichen Gesichtspunkte und Bedenken hinzuweisen. Es entspricht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass derartige Hinweise im Interesse der Beteiligten, weil „sie es ihnen ermöglichen, hierauf Ihre Argumentation, aber auch prozessual zu reagieren“. Der Gesetzgeber hat dies sogar formalisierte.

Denn die Möglichkeit, dass eine Behörde nach Hinweisen des Gerichtes noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens fehlerhafte Verfahrenshandlungen nachholt (§ 45 Abs. 2 VwVfG), Ermessenserwägungen ergänzt (§ 114 Satz 2 VwGO) und zur Heilung von Verfahrensfehlern das gerichtliche Verfahren auf Antrag ausgesetzt werden kann (§ 4 Abs. 1 b Satz 3 UmwRG) sowie der das Planfeststellungsrecht prägende Grundsatz der Planerhaltung⁵¹ einschließlich der Möglichkeit zur Fehlerbehebung durch Planergänzung oder ergänzendes Verfahren (§ 4 Abs. 1 b UmwRG, § 75 Abs. 1 a Satz 2 VwVfG) bedeuten nichts anderes, als dass – worauf das Bundesverwaltungsgericht zutreffend hingewiesen hat – Planfeststellungsbehörden klägerischen, aber auch gerichtlichen Hinweisen Rechnung tragen, insofern heilend tätig werden und so eine zunächst begründete Klage letztlich keinen Erfolg hat.⁵² Freilich sollen nach der Rechtsprechung eben auch des Bundesverwaltungsgerichts die verfassungsrechtlichen Grundsätze des fairen Verfahrens, der Waffengleichheit der Beteiligten und der richterlichen Neutralität es dem Gericht verbieten, zielgerichtet die Behebung von Fehlern in einem ergänzenden Verfahren zu initiieren.⁵³ Ob es also so zutrifft, dass es nicht Aufgabe des Gerichtes sei, „Empfehlungen zur Fehlerkorrektur“ abzugeben, ist so sicher nicht.⁵⁴

VI.

Die aufgeworfenen Rechtsprobleme muss man im Blick behalten, wenn man die Frage nach dem mit § 80c VwGO ermöglichten Beschleunigungseffekt beantworten will. Dabei mag man getrost die Zielvorgabe der Bundesregierung – die Planungsdauer für Infrastrukturvorhaben „mindestens halbiert“ zu sehen⁵⁵, dem Bereich politischer Wunschvorstellung zuordnen, im Zusammenhang mit der Erwartung an die Rechtsprüfung der Verwaltungsgerichte mit der mangelnden Vertrautheit der Gerichtspraxis erklären. Zu klären bleibt immer noch, ob § 80c VwGO mit der dargestellten Regelungsstruktur, mit den Rechtsfragen die mit der Vorschrift verbunden sind, überhaupt geeignet ist, einen substanziellen Beschleunigungseffekt zu schaffen.

1. Diese Frage stellt sich schon in rechtstatsächlicher Hinsicht. In den Sachverständigenanhörungen des Bundestages und Bundesrates ist das faktische Beschleunigungspotenzial durchgesehen worden.⁵⁶ Die durchschnittliche Dauer der Klageverfahren zu Infrastrukturprojekten beim Bundesverwaltungsgericht hat 2021 ein Jahr betragen, die durchschnittliche Verfahrensdauer für technische Großvorhaben hat bei den Oberverwaltungsgerichten und den Ver-

waltungsgerichtshöfen 2020 18 Monate betragen. Ob prozessuale Stellschrauben Prüfung komplexer Sachverhalte beschleunigen wird, ist zu bezweifeln. Das Thema der personellen Ausstattung der Gerichte spielt in diesem Zusammenhang vermutlich viel eher eine Rolle.

2. Nicht zu übersehen ist dabei allerdings, dass durch § 80c VwGO möglicherweise bewirkten zeitlichen Vorteilen potenzielle Verfahrensverzögerungen gegenüberstehen.

So lässt die Umsetzung des § 80c VwGO eine Reihe von Rechtsfragen offen, die wiederum einer gerichtlichen Auslegung und Erörterung bedürfen. Dies kostet erneut Zeit und führt zu einer Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens. Zudem erhöht sich der Prüfungsaufwand, weil das Gericht fortan nicht mehr nur die Teilbarkeit der Zulassungsentscheidung prüfen muss, sondern gerade auch zu bewerten hat, ob es zu irreversiblen Nachteilen kommen kann, auf welche die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beschränkt werden soll.⁵⁷ Und wenn man berücksichtigt, dass in komplexen Verfahren regelmäßig mehrere Mängel gerügt werden, bleiben selbst dann, wenn ein Gericht tatsächlich eine Frist zur Behebung dieses einen, einzigen Mangels setzt, immer noch mehrere Fehler in der Welt, die dann erst später geprüft und bewertet werden können.

VII.

An der vom Gesetzgeber erhofften Beschleunigungswirkung des § 80c VwGO bestehen also erhebliche Zweifel. Dieser Befund ist nicht neu. Er hat das Gesetzgebungsverfahren, vor allen die Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss deutlich bestimmt. Vertreter der Richterschaft⁵⁸ wie der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte⁵⁹ haben hierauf eindringlich hingewiesen, im Gesetzgebungsverfahren ist von Anwaltswie Gerichtsseite große Skepsis, ja Unverständnis für die Analyse und die Konzeption des Gesetzgebers geäußert worden.

Geändert hat dies nichts. Rechtstechnische wie gerichtstechnische Hinweise haben keinen Widerhall gefunden. Dabei bildet doch gerade die sachverständige Beratung das notwen-

51 Vgl. BVerwGE 141, 282 Rn. 34; BVerwGE 128, 76 Rn. 12.

52 BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017 – 9 A 16/16, juris Rn. 8.

53 BVerwG, Beschl. v. 28.06.2021 – 4 BN 67.20, juris Rn. 4.

54 Rennert, NuR 2018, 505, 507.

55 BT-DRs 20/5156, B. 2, 11.

56 Vgl. Bick, Stellungnahme v. 29.12.2022, BR-Drs. 640/22; Heß, Stellungnahme, BT-Drs. 20/5165, BR-Drs. 640/22; Kluth, Stellungnahme v. 20.01.2023, BT-Drs. 20/6165; Scheffczyk, Stellungnahme v. 06.01.2023, BR-Drs. 640/22; Schöndorf-Haibold, Stellungnahme, BR-Drs. 640/22, BT-Drs. 20/165; Schulte, Stellungnahme v. 20.01.2023, BT-Drs. 20/5165; Seegmüller, Stellungnahme v. 20.01.2023, BT-Drs. 20/5165; Wysk, Stellungnahme, BR-Drs. 640/22, BT-Drs. 20/5165; Zenke, Stellungnahme v. 23.01.2023, BT-Drs. 20/5156.

57 Otter/Eh, EnWZ 2023, 51, 54.

58 S. nur die Stellungnahmen Bick und Seegmüller, Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss Protokoll Nr. 20/39, 35 ff., 149 ff.

59 Heß, a. a. O.: 44.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

dige Element funktionierender Gesetzgebung,⁶⁰ es braucht Sachverstand, um den Inhalt von Gesetzentwürfen kundig zu erstellen – und zu bewerten.⁶¹ Diese Beratung und sachkundige Bewertung hat es gegeben. Genutzt hat es nichts.

Und das führt zu einem Thema, das mir aus rechtspolitischer Sicht sehr am Herzen liegt. Wie kommt es eigentlich, dass der Gesetzgeber eine Bedarfsanalyse vornimmt, ein Regelungsmodell „verkauft“, dass nach nahezu einhelliger Beurteilung der Praxis am Bedarf und der Realität völlig vorbeigeht? Für welche Klientel wird eine Beschleunigungstechnik entwickelt und zur Grundlage von Recht gemacht, die dann unter dem Etikett der Beschleunigung in verbindliche Regelungen gegossen wird, ohne dass die eigentlichen Ursachen für langwierige Genehmigungsverfahren und Planungsprozesse nicht nur angesprochen, sondern Angriff genommen werden? Diese Ursachen – materiellrechtliche Prüfungstiefe und Personalausstattung der Gerichte – sind vielfach beschrieben worden, eine praktische Rolle in der Beschleunigungsdiskussion haben sie bisher nicht gespielt. Stattdessen wird beim Publikum der Eindruck erweckt, als sei es das gerichtliche

Verfahren, dem eine für die gesellschaftspolitische Problemlösung maßgebliche Rolle zukommt. Als „Berliner Überschriftenwirklichkeit“ ist schon vor einiger Zeit das Gesetzgebungsverfahren zum Heizungsgesetz apostrophiert worden⁶², für den jüngsten Beitrag zur Beschleunigungsgesetzgebung kann nichts anderes gelten. Für die Demokratie ein nicht ungefährlicher Befund, denn natürlich wird die Frage gestellt, wie ernst bei einem solchen realitätsverweigernden Normprozess Gesetze eigentlich noch zu nehmen sind?⁶³

Prof. Dr. Matthias Dombert, *Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Potsdam*

60 *Wissmann*, Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 3.7.2023, Nr. 151, Seite 12: „Gesetzgebung als Schnellschuss“.

61 *Wissmann*, ebd.

62 *Wissmann*, ebd.

63 *Wissmann*, ebd.

Arbeitskreis 10: „Güteverfahren nach Corona – vom Rückblick zum Ausblick“

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Güterichterinnen und Güterichter, liebe Kolleginnen und Kollegen,

wer wie ich schon so lange mit Konfliktmanagement, der gerichtlichen Mediation und auch mit dem Güterichter¹ befasst ist, dem fällt es nicht schwer, in der Entwicklung des Güteverfahrens, wie wir es heute kennen, drei Entwicklungsstufen zu identifizieren:

Stufe 1 betrifft die Zeit der freiwilligen Pilotprojekte der gerichtlichen Mediation bis zum Jahre 2012.

Die **Stufe 2** umfasst die Zeit, in der die gerichtliche Mediation durch das Mediationsförderungsgesetz abgelöst und in das erheblich erweiterte Institut des Güterichters übergeführt wurde.

Und die **Stufe 3** hat ihren Beginn mit der Corona-Epidemie und dauert an; sie ist dadurch geprägt, dass die Zahl der Güterichterverfahren deutschlandweit erkennbar zurückgegangen ist.

Doch lassen Sie uns diese Entwicklung, diese drei Stufen, ein wenig genauer betrachten.

Die Entwicklung in der **Stufe 1** reicht weit zurück und war zunächst stark geprägt vom Verständnis der jungen Bundesrepublik, sich in Abgrenzung zur Nazidiktatur zu positionieren: als demokratischer und sozialer Rechtsstaat, der über Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip sowie den Gewährleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG den Bürgern einen *umfassenden Rechtsschutz* garantiert.²

Dementsprechend hatte sich auch das BVerfG von Beginn seiner Spruchbarkeit an immer wieder mit der Be-

deutung dieser Rechtsschutzgarantien befasst und sie in ständiger Rechtsprechung als „*Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes*“ interpretiert. Es sei ein zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, *die eigenmächtig-gewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen zwischen Privaten auszuschließen und diese auf den Weg zu den Gerichten zu verweisen*.³

Zugleich wurde das Rechtsschutzsystem in Deutschland immer mehr ausgebaut: Sie erinnern sich an die Einführung eines (eigenständigen) Familiengerichts,⁴ aber auch die Etablierung eines Verbandsklagerechts für die Bereiche Umwelt-, Natur- und Denkmalschutzrecht,⁵ um nur einige markante Beispiele zu benennen.

1 Hinweis: Soweit in diesem Referat aus Gründen der besseren Lesbarkeit bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Substantiven die männliche Form verwendet wird, gelten entsprechende Begriffe und Bezeichnungen im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

2 *Hesse*, Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung, S. 3 ff (9), in: *Benda, Maihofer, Vogel* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, New York 1983.

3 Vgl. nur BVerfGE 54, 277 (291 ff).

4 Im Jahre 1976.

5 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl., München 2005, § 14 Rdn. 122 ff.

Damit einher ging in der Folgezeit eine zunehmende Prozessfreudigkeit der Bevölkerung⁶ – was dann aber, ich will es abkürzen,⁷ als Prozessflut wahrgenommen wurde⁸ und zu Veränderungen des Prozessrechts durch Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren führte⁹ – bis hin zu der abstrusen Debatte der Zusammenlegung von Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit¹⁰ – Sie erinnern sich gewiss alle!

Doch parallel dazu gab es bereits in den 1980er-Jahren des vorigen Jahrhunderts erste Überlegungen,¹¹ ob und wie durch alternative Konfliktlösungsmöglichkeiten „*Konflikte ohne Einbuße an Gerechtigkeit auch außerhalb der Gerichte beigelegt werden könnten*“, so Jutta Limbach,¹² die spätere Präsidentin des BVerfG, im Jahre 1988 anlässlich einer Tagung der Evangelischen Akademie Bad Boll zu „40 Jahren Grundgesetz“.

Insbesondere Friedemann Schulz-von Thun¹³ und Friedrich Glasl¹⁴ (den Güterichter unter Ihnen sind die beiden sicherlich aus ihrer Ausbildung her bekannt) gehörten zu den Apologeten, die ausgehend von der Situation in den USA neue Konfliktlösungsmöglichkeiten vorstellten und deren Übertragbarkeit auf die Situation in der Bundesrepublik zur Diskussion stellten.

Die weitere Entwicklung dürfte auch den Jüngeren unter Ihnen bekannt sein: Zunächst im Bereich des Familienrechts, dann aber auch weitere Rechtsgebiete besetzend, etablierte sich die einvernehmliche Konfliktbeilegung mit der Methode der Mediation, ausgerichtet am Harvard-Prinzip,¹⁵ in erfreulichem Maße. Zugleich gründeten sich Ausbildungsinstitute, organisierten sich Mediationsverbände,¹⁶ wuchs die Zahl ausgebildeter Mediatoren rasch an.

Verwaltungen wie auch Gerichte besetzten in der Folge ebenfalls dieses Thema und offerierten als neue Dienstleistung alternative Streitschlichtung und Mediation. **Das war die Geburtsstunde der gerichtlichen Mediation!**

Seinerzeit zählten das VG Berlin,¹⁷ das VG Hannover¹⁸ und insbesondere das VG Freiburg¹⁹ zu den Pionieren.²⁰ Und auch die hessische Verwaltungsgerichtsbarkeit, aus der ich ja komme, etablierte alsbald dieses neue Angebot, begleitet von einer internationalen Veranstaltung am Verwaltungsgericht in Gießen im Rahmen der Europawoche 2004 mit Richterkollegen und -kolleginnen aus zahlreichen europäischen Ländern. „Mediation statt Verwaltungsprozess?“ – als Frage formuliert – lautete der Titel der Veranstaltung.²¹

Ebenso dann der 14. Deutsche Verwaltungsrichtertag, der sich im Oktober des gleichen Jahres, mithin vor 20 Jahren bereits, in seinem Arbeitskreis 2 mit dem Thema „Mediation im Verwaltungsrecht“ befasste.²²

Dann, keine drei Jahre später, der Ihnen allen bekannte richtungsweisende Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts, der klarstellte, *es sei auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung vorzuzugewürdigt, eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen*.²³

Das war **der Ritterschlag aus Karlsruhe** für alle, die sich für dieses neue Instrument der gerichtlichen Mediation stark gemacht hatten oder, um Reinhard Greger²⁴ zu zitieren, ein „Meilenstein“ auf dem Weg zu einer stärkeren Konsensorientierung der Rechtspflege.

Die **Stufe 2**, wie ich sie nennen möchte, zündete dann im Jahre 2012 mit dem „**Gesetz zur Förderung der Mediation**

und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“. Durch die Implementierung des sog. Güterichters wurde die Tür für konsensuale Streitbeilegung innerhalb aller Gerichtsbarkeiten weit aufgestoßen. Was bis dahin im Kontext der gerichtlichen Mediation ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage erprobt worden war, ist nunmehr als „**erheblich erweitertes Institut des Güterichters**“ über zahlreiche Normen, namentlich über § 278 Abs. 5 ZPO, gesetzlich verankert:²⁵

Das **neue Konzept** dieses erheblich erweiterten Instituts des Güterichters beinhaltet demnach, dass es

- in allen Gerichtsbarkeiten Anwendung findet,
- nur auf einen nicht entscheidungsbefugten Richter trifft,
- allein für fakultative Güteverhandlungen nach § 278 Abs. 5 ZPO wie auch weitere Güteversuche gilt (nicht jedoch für

6 Seinerzeit von Hans-Jochen Vogel als „Ausdruck wachsender Mündigkeit des Bürgers“ interpretiert, in: Der Rechtsstaat erstickt nicht, Die Zeit, 06.06.1980.

7 Ausführlich hierzu der Vortrag des Verf. anlässlich des 6. Güterichtertages Baden-Württemberg am 19.1.2021, <https://adribo-academy.de/6-gueterichtertag-baden-wuerttemberg/>.

8 Dieterich, Das Verhältnis von Recht und Politik, S. 48, in: Pfeiffer (Hrsg.), Auftrag Grundgesetz, Stuttgart 1989.

9 Bender, Mehr Rechtsstaat durch Verfahrensvereinfachung, S. 629 ff, ferner Stempel, Empirische Rechtsforschung. Entwicklung und Beitrag für die Rechtspolitik, S. 223 (231, Fn. 47 bis 53), jeweils in: Broda, Deutsch, Schreiber, Vogel (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann, Neuwied 1985. Exemplarisch zudem für das Asylrecht: Fritz, Die unendliche Geschichte der Beschleunigung der Asylverfahren – Zur Änderung des Asylverfahrensgesetzes durch das Zuwanderungsgesetz, InfAuslR 2005, 536.

10 Berlit, Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten, Betrifft JUSTIZ 2004, 226.

11 Gottwald, Alternative zum zivilen Justizverfahren, ZRP 1982, 28; Heyde, Die Rechtsprechung, S. 1199 (1249), in: Benda, Maihofer, Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, New York 1983.

12 Lebendiges Grundgesetz: Erwartungen – Forderungen, S. 214 (242), in: Pfeiffer (Hrsg.), Auftrag Grundgesetz, Stuttgart 1989.

13 Miteinander reden 1 – Störungen und Klärungen, Hamburg 1981.

14 Konfliktmanagement, Bern 1990; ferner Krabbe (Hrsg.), Scheidung ohne Richter, Hamburg 1991.

15 Fisher, Ury, Getting to Yes, 1981.

16 Bundesverband Mediation, BAFM, BMWA, DGM etc.

17 Vgl. hierzu Ortloff, Mediation innerhalb und außerhalb des Verwaltungsprozesses, NVwZ 2004, 385.

18 Olenhusen, Richterliche Konfliktmittlung im Wandel, ZKM 2004, 104.

19 Von Barga, Mediation im Verwaltungsprozess, DVBl. 2004, 468 ff.

20 Vgl. auch Pitschas/Walther (Hrsg.), Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Speyrer Arbeitsheft Nr. 173.

21 Fritz, Karber, Lambeck, Mediation statt Verwaltungsprozess?, München 2004.

22 Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V., Dokumentation zum 14. Deutschen Verwaltungsrichtertag, Stuttgart 2004.

23 Beschl. v. 14.02.2007 – 1 BvR 135/01, ZKM 2007, 128 ff.

24 Anmerkung zu BVerfG, B. v. 14.02.2007 – 1 BvR 135/01, ZKM 2007, 130 f.

25 Umfassend hierzu Fritz, Pielsticker (Hrsg.), Handbuch zum Mediationsgesetz, 2. Aufl., Hürth 2020, 3. Aufl., Hürth 2024, Kommentierung zu § 278 ZPO.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

- semiobligatorische Güteverhandlungen nach § 278 Abs. 2 ZPO),
- als richterliche Tätigkeit anzusehen ist und
 - der Freiwilligkeit und Vertraulichkeit besondere Aufmerksamkeit zukommen lässt.

Dementsprechend gilt für den einzelnen Güterichter, dass er

- über besondere fachliche Qualifikationen verfügen muss,
- nur mit Einverständnis der Parteien tätig werden darf (sog. fakultative Güteverhandlung),
- die Prozessakten einsehen kann,
- sich aller Verfahren der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation bedienen kann, mithin die Freiheit der Methodenwahl hat,
- mit Einverständnis der Parteien Einzelgespräche führen kann,
- formal nicht am Verfahren beteiligte Dritte zu dem Verfahren hinzunehmen darf,
- rechtliche Bewertungen vornehmen und den Parteien Lösungen für den Konflikt vorschlagen kann,
- mit Zustimmung der Parteien eine Niederschrift erstellen, Anträge entgegennehmen und einen Vergleich protokollieren kann.

Ob es ihm auch gestattet ist, einen Streitwert, Beschwerdewert oder Gegenstandswert festzusetzen, wird überwiegend verneint.

Dem Güterichter steht somit die ganze Palette der konsensualen Konfliktbeilegungsverfahren zur Verfügung, er agiert als Konfliktmanager im staatlichen Gerichtssystem.²⁶

Doch es gilt auch hier – und das ist mir wichtig zu betonen – der Satz der „**Methodenklarheit bei Methodenvielfalt**“.²⁷ Die Beachtung dieses Grundsatzes soll den Güterichter davor bewahren, zwischen einzelnen Verfahren der Konfliktbearbeitung zu wechseln und Elemente der einzelnen Methoden *willkürlich* miteinander zu vermischen.

- Ein stockendes oder gar scheiterndes Mediationsverfahren dadurch retten zu wollen, dass der Güterichter – entgegen seiner eingangs mit den Parteien getroffenen Vereinbarung (sic!) – sodann einen Lösungsvorschlag unterbreitet, bedeutet in meinen Augen eine methodische Fehlleistung und birgt die Gefahr eines Glaubwürdigkeitsverlustes.
- Denkbar ist hingegen, dass der Güterichter gemeinsam mit den Parteien übereinkommt, eine bestimmte Methode zu beenden und mit deren Einverständnis mit einer anderen Methode fortzufahren. Doch auch das ist nicht unproblematisch – könnten die Parteien doch geneigt sein, sich nicht vorbehaltlos auf das Verfahren der Mediation einzulassen und in den Verhandlungsprozess einzusteigen, weil sie u. U. auf einen Schlichterspruch des Güterichters spekulieren.
- Andererseits entspricht es auch nicht dem Selbstverständnis von Güterichtern und der Erwartungshaltung der Parteien, die sich beispielsweise in mehreren konfliktbehafteten Punkten selbst geeinigt haben, beim letzten Konfliktgegenstand aber allein nicht weiterkommen, dass sie dann nicht vom Güterichter unterstützt werden – und sei es in einem anderen Verfahrenssetting.²⁸

Aus all dem folgt und ist vom Gesetzgeber gewollt, dass sich das Verfahren vor dem Güterichter in zahlreichen Punkten erheblich von dem durch die Prozessordnungen geregelten Verfahren unterscheidet – auch bspw. dem Erörterungstermin nach § 87 VwGO. Denn auch dem noch so vergleichsfreudigsten Verwaltungsrichter stehen jedenfalls nicht die gesetzlichen Möglichkeiten zur Verfügung, auf die der Güterichter zurückgreifen kann.

Von diesen gesetzlichen Möglichkeiten wurden bis in die Zeit der Corona-Pandemie hinein in den einzelnen Bundesländern in unterschiedlichem Maße Gebrauch gemacht, wobei insgesamt gilt, dass die Anzahl der Güterichterverfahren durchaus umfangreicher hätte sein können.

Im Jahre 2022 jedenfalls, so weisen es die mir zur Verfügung stehenden Zahlen des Statistischen Bundesamtes²⁹ aus, hat vor den Amtsgerichten nur in ca. 0,6 Prozent und vor den Landgerichten nur in ca. zwei Prozent der erledigten Verfahren eine Verweisung vor den Güterichter stattgefunden. Innerhalb der einzelnen Bundesländer sind die Unterschiede in der Verweisungspraxis in besonderem Maße bemerkenswert: Bezogen auf die Landgerichte liegt Mecklenburg-Vorpommern mit über 15 Prozent an der Spitze, während Hessen, Rheinland-Pfalz und das Saarland nur klägliche 0,5 Prozent aufzuweisen haben.³⁰

Doch wie sieht es in der **aktuellen Entwicklung** aus, die ich als **Stufe 3** bezeichnen möchte? Gerade die Verwaltungsgerichte befinden sich bundesweit in einem beklagenswerten Zustand, wenngleich auch hier gilt, dass die Zahlen von Bundesland zu Bundesland und auch innerhalb der einzelnen Bundesländer erheblich schwanken. Lag die Zahl der Güterichterverweisungen 1. Instanz in ganz Deutschland im Jahre 2019 bei 200 und im Jahre 2020 bei 198 Verfahren, reduzierte sie sich im Pandemiejahr 2021 auf 100 Verweisungen, ein Einbruch von 50 Prozent.³¹

Und die Zahlen für die hessische Verwaltungsgerichtsbarkeit, die mir für die Folgejahre vorliegen, zeigen auf, dass im Jahre 2021 bei den fünf Verwaltungsgerichten noch 59 Güterichterverfahren durchgeführt wurden, in 2022 dann 41 und in 2023 nur noch 36.

Es bleibt mithin die Frage, was wir alle – die wir von dem Verfahren der konsensualen Streitbeilegung, namentlich auch im gerichtlichen Kontext, überzeugt sind – tun können, um den aktuellen Trend in der Entwicklungsstufe 3 umzukehren. Lassen Sie mich Ihre Aufmerksamkeit auf folgende zehn Punkte lenken:

26 Fritz, Schroeder, Der Güterichter als Konfliktmanager im staatlichen Gerichtssystem, NJW 2014, 1910 ff.

27 Fritz, Pielsticker (Hrsg.), Handbuch zum Mediationsgesetz, 2. Aufl., Hürth 2020, § 278 ZPO Rn. 66; 3. Aufl., Hürth 2024, § 278 ZPO Rn. 67.

28 Vgl. Brändle, Final-Offer Arbitration als letztes Angebot in der Güteverhandlung, S. 125 ff. in: Schreiber (Hrsg.), Praxishandbuch Güterichterverfahren, Norderstedt 2022.

29 https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/verwaltungsgerichte-2100240217004.pdf?__blob=publicationFile.

30 Vgl. gueterichter-forum.de, Bericht vom 22.08.2023.

31 <https://www.gueterichter-forum.de/wp-content/uploads/2023/08/GR-Statistik-2022.docx>.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

1. Zunächst ist ein Appell an uns alle hier gerichtet, die wir von der konsensualen Streitbeilegung insgesamt und dem Güteverfahren im Besonderen überzeugt sind: Ist es nicht an der Zeit, wieder verstärkt auf konsensuale Lösungen zu setzen – im weltpolitischen wie im nationalen Bereich, bei gesellschaftlichen Fragen wie auch bei Rechtsstreitigkeiten? Wachen wir also auf, lassen wir uns nicht länger von unserer eigenen Euphorie über das „tolle“ Verfahren benebeln, identifizieren wir die Punkte, die zu ändern sind und packen wir sie an.
2. Nehmen wir die gerichtliche Führungsebene in den Blick. Nur dann, wenn Präsidentinnen und Präsidenten das Güterichterverfahren als sinnvoll, förderungswürdig und unterstützenswert erachten und dies auch entsprechend umsetzen, werden sich die Zahlen ändern. Von daher: Suchen Sie das Gespräch mit ihren Gerichtsleitungen, berichten sie immer wieder über die Vorteile der konsensualen Streitbeilegung, regen Sie an, dass auch Ihre Präsidentin, Ihr Präsident eine Mediationsausbildung absolviert. Denn Mediation ist bekanntlich auch ein *Führungsinstrument*, um den im Justizalltag nicht unerheblich auftretenden Konflikten adäquat begegnen zu können.
3. Vergessen Sie Ihre Richterkolleginnen und -kollegen nicht. Sie sind diejenigen, die die Beteiligten an den Güterichter verweisen. Das Nicht-Vergessen organisieren Sie am besten im Verbund mit der dafür bereits begeisterten oder zumindest überzeugten gerichtlichen Führungsebene.
4. Informieren Sie kontinuierlich Ihre richterlichen Kolleginnen und Kollegen. Regen Sie Schulungen für die Richterschaft³² bei den zuständigen Ministerien an. Nur wer von der Sinnhaftigkeit und dem Wert konsensualer Konfliktbeilegung überzeugt ist, ist auch bereit, sich innovativen Formen der Konfliktkultur zu öffnen und seinen Teil dazu beizutragen.
5. Organisieren Sie formale Dinge wie bspw. Checklisten³³ für Ihre richterlichen Kolleginnen und Kollegen, die aufzeigen, wann eine Verweisung besonders angezeigt sein kann.³⁴ Eine frühzeitige Konflikt diagnose mithin! Werben Sie dafür, bereits in den Eingangsvorfügung auf den Wert des Güterichterverfahrens hinzuweisen und zu überprüfen, ob der Sollvorschrift des § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO Genüge getan wurde und wenn nicht, bei der Klägerseite entsprechend nachzuhaken.
6. Setzen Sie sich, wann und wo immer es geht, dafür ein, dass die Sollvorschrift des § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in eine zwingende Norm umgeändert wird.
7. Vergessen Sie nicht, die Anwaltschaft für das Güterichterverfahren zu gewinnen.³⁵ Unterstützen Sie den notwendigen Paradigmenwechsel vom Rechtsvertreter zum Begleit-anwalt.³⁶
8. Versuchen Sie einmal neue Techniken. Was – außer vielleicht mangelnde ODR-Kenntnisse oder -Erfahrungen – spricht eigentlich dagegen, ein Güteverfahren auch einmal im virtuellen Raum, also online durchzuführen?³⁷
9. Setzen Sie sich frühzeitig mit KI auseinander, denn sie wird vor den Bereichen des Konfliktmanagements nicht halt machen. KI steht nicht mehr nur vor der Tür, sondern ist bspw. in Gestalt von ChatGPT bereits eingetreten. So können Sie sich schon jetzt Informationen bereitstellen

und Dokumentationen erstellen lassen, optimierte Lösungen für den jeweiligen Konflikt generieren und vieles andere mehr.³⁸

- 32 *Fritz, Pielsticker* (Hrsg.), Handbuch Mediationsrecht, 3. Aufl., Hürth 2024, § 278 Rn. 98 ff.; *Wegener*, 10 Jahre Güterichterverfahren: Weiter so!, NZFam 2022, 621; *Fritz, Krabbe*, Plädoyer für Qualität und Nachhaltigkeit der Güterichterausbildung, NVwZ 2013, 29.
- 33 Eine Verweisung an den Güterichter ist ernsthaft in Betracht zu ziehen, wenn (alternativ)
 - zwischen den Beteiligten eine (erhaltenswerte) Beziehung geschäftlicher oder persönlicher Art besteht
 - der Rechtsstreit nur einen Teil der konfliktbehafteten Beteiligtenbeziehung betrifft
 - weitere Prozesse zwischen den Beteiligten anhängig oder angehängt sind
 - der Rechtsstreit Ausdruck einer tiefgreifenden Beziehungsstörung ist
 - der Konflikt sich auf Kommunikationsdefizite im vorprozessualen Stadium zurückführen lässt
 - die streitige Prozessführung mit erheblichen Unwägbarkeiten (z. B. unklare Beweislage, Auslegungsfragen) behaftet ist
 - die Realisierbarkeit des mit der Klage erstrebten Ziels fraglich erscheint (bspw. bei drohender Zahlungsunfähigkeit)
 - eine umfassende Konfliktlösung die Einbeziehung Dritter, nicht am Prozess beteiligter Personen erfordert
 - die Öffentlichkeit der Verhandlung beim Prozessgericht einer offenen Sachverhalts- und Interessenserörterung entgegensteht
 - schwierige Vergleichsverhandlungen unter den Rahmenbedingungen des Güterichterverfahrens mit größerer Erfolgsaussicht geführt werden können
 und (kumulativ)
 - das spezifische Leistungsprofil des Güterichters dem nicht entgegensteht.
 Hingegen wird eine Verweisung nicht in Betracht kommen, wenn
 - die Beteiligten (bereits) deutlich gemacht haben, dass sie damit nicht einverstanden sind,
 - ein erkennbares Interesse der Beteiligten an einer rechtlichen Klärung der Streitfrage besteht,
 - ein Interesse des Klägers an einer raschen Titulierung eines klaren Rechtsanspruchs gegeben ist,
 - Anhaltspunkte für unlautere Machenschaften vorliegen,
 - ein Beteiligter zu sachbezogenen Kommunikation nicht fähig ist,
 - der Rechtsstreit sich in Nebenkongflikten zersplittert, deren Aufarbeitung erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verursacht,
 - ein erhebliches Ungleichgewicht der Verhandlungsstärke besteht,
 - psychische Auffälligkeiten (bspw. querulatorische Tendenzen) erkennbar sind,
 - tiefgreifende Störungen auf der emotionalen Ebene vorliegen (<https://www.gueterichter-forum.de/praxisforum/recht-und-praxis/falleignung/>).
- 34 *Fritz/Pielsticker* (Hrsg.), Handbuch Mediationsrecht, 3. Aufl., Hürth 2024, § 278 Rn. 91 f.
- 35 Vgl. auch *Lapp*, Außergerichtliche Streitbeilegung, Anwaltsblatt I/2024, 64 ff.
- 36 *Köncke, Bohnen*, Rechtsanwältin und Rechtsanwalt im Güterichterverfahren, S. 55 ff, in: *Schreiber* (Hrsg.), Praxishandbuch Güterichterverfahren, Norderstedt 2022.
- 37 *Rickert*, Online Mediation – Konfliktklärung im virtuellen Raum, 2022.
- 38 *Steffek*, Die Veränderung der Konfliktlösung durch künstliche Intelligenz, ZKM 2022, 212 ff., 2023, 121 ff., *Heetkamp/Piroutek*, ChatGPT in Mediation und Schlichtung, ZKM 2023, 80 ff.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

Und schließlich – das ist mein Werbeblock –:

Orientieren Sie sich an Europa! Über 800 Richterinnen und Richter aus der Europäischen Union, die mit Mediation befasst sind, sind bei GEMME (Groupement Européen de Magistrats pour la Médiation) organisiert und tauschen sich regelmäßig aus. Und da gibt es auch eine deutsche Sektion mit einem entsprechenden Auftritt im Internet.³⁹ Nutzen Sie die Erfahrungen, die andere schon vor Ihnen gemacht haben!

Soweit, liebe Kolleginnen und Kollegen, meine ersten Anregungen für unseren heutigen Arbeitskreis.

Prof. Dr. Roland Fritz, *Präsident des Verwaltungsgerichts a.D., M.A., Frankfurt a.M.*

39 <https://gemmeeurope.org/en/deutschland>.

Arbeitskreis 11: Grundrechtsverwirklichung im Amt?

I. Einleitung

„Spontan, lustvoll, trans*, offene Beziehung und auf der Suche nach Sex. All genders welcome“ – so lautete die bei Tinder eingestellte Kontaktanzeige einer Bataillonskommandeurin, die es zwischenzeitlich zu einiger Bekanntheit gebracht hat.

Privatsache – das geht den Dienstherrn nichts an? Nein, sagt der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts: Nicht, wenn man eine hervorgehobene Stellung als Soldatin innehat.¹ Mal sehen, wie das Bundesverfassungsgericht entscheiden wird, bei dem die Verfassungsbeschwerde anhängig ist.² Der Fall ist außergewöhnlich (und auch von Besonderheiten des Soldatenrechts überlagert), aber er illustriert die Fragestellungen unseres Themas anschaulich. Und er eignet sich zur Illustrierung meiner Thesen:

1. Brennpunkt außerdienstliches Verhalten

Einschränkungen der persönlichen Freiheit von Beamten ergeben sich in der Praxis v.a. in Bezug auf das private Verhalten. Sieht man einschlägige aktuelle Gerichtsentscheidungen durch, geht es um Tätowierungen oder andere Fragen des äußeren Erscheinungsbilds, um Meinungsäußerungen etwa in Chatforen, um Fragen der Sexualmoral (wie im Ausgangsfall) und – v.a. bei Beamtenbewerbern – um die politische Betätigung. Tatsächlicher Brennpunkt der Kollision von Amt und Privatperson ist daher die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf das verliehene Amt und das hierfür erforderliche Vertrauen. Hier findet die Auseinandersetzung um die Reichweite der für Beamte geltenden Einschränkungen in der Praxis statt. Die Dienstausbübung im engeren Sinne wirft dagegen kaum Streitfragen auf.

2. Vorrangstellung der Funktionserfordernisse des öffentlichen Amtes

Unbeschadet der Betonung von Individualität, Persönlichkeitsverwirklichung, Work-Life-Balance und anderen Schlagworten der modernen Zeit, bleibt es für Beamte bei den

hergebrachten Schranken. Begrifflich ist von einem besonderen Gewaltverhältnis zwar nicht mehr die Rede – und tatsächlich gelten viele Einschränkungen auch für Staatsdiener, die im Angestelltenverhältnis tätig sind. In der Sache hat sich aber nichts daran geändert, dass die Funktionserfordernisse des öffentlichen Amtes zu beachten sind. Unabhängig davon, dass die kollidierenden Verfassungsgüter rechtsdogmatisch im Wege der praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen sind,³ bleibt es im Ergebnis dabei, dass die Funktionserfordernisse des Berufsbeamtentums und des jeweiligen öffentlichen Amtes – soweit sie denn tatsächlich reichen – Vorrang vor der Grundrechtsbetätigung des Beamten genießen.

Entscheidend ist daher, wie man die besonderen Anforderungen aus dem öffentlichen Amt bestimmt. Geht man – wie der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts – davon aus, dass ein Bataillonskommandeur seine erzieherische und disziplinarische Funktion nur glaubhaft wahrnehmen kann, wenn er sich selbst weder inner- noch außerdienstlich etwas zuschulden kommen lässt und auf seinen guten Ruf achtet, dann ist das Amt mit hohen Integritätsanforderungen verbunden, die auch das außerdienstliche Verhalten erheblichen Schranken unterwirft.⁴ Möglicherweise beschränkt dies dann auch die Zulässigkeit privater Kontaktanzeigen.

1 BVerwG, Beschl. v. 25.05.2022 – 2 WRB 2.21 – BVerwGE 175, 359.

2 Az.: 2 BvR 110/23.

3 Vgl. BVerfG, Urt. v. 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12 u. a. – BVerfGE 148, 296 Rn. 139. Folge dieser Konzeption ist, dass die Grundrechtsbeschränkung erst auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt und dieser daher zugänglich ist.

4 Beamtenrechtlich wäre indes wohl nicht primär auf die besondere Stellung der mit dem Dienstposten eines Bataillonskommandeurs verbundenen Aufgaben abzustellen, sondern auf das statusrechtliche Amt (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.06.2015 – 2 C 9.14 – BVerwGE 152, 228 Rn. 16, zur Indizwirkung des Aufgabenbereichs Rn. 20) – dementsprechend ist die Soldatin, die den Dienstgrad eines Oberstleutnants bekleidet, nachfolgend offenbar auch außerhalb des Disziplinarverfahrens auf einen anderen, weniger exponierten Dienstposten umgesetzt worden.

Spezialgesetzliche Regelungen hierzu gibt es allerdings nicht. Es wäre wohl auch überzogen, vom Gesetzgeber eine Regelung darüber zu verlangen, ob und in welcher Form Beamte – möglicherweise noch differenziert nach unterschiedlichen Ämtern – private Kontaktanzeigen aufgeben oder sich in sonstiger Weise für außerehelichen Sex interessiert zeigen dürfen.

Normative Grundlage für all diese Einschränkungen sind daher die beamtenrechtlichen Grundpflichten. Auch der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts hat auf die Verpflichtung eines Beamten – oder im Ausgangsfall Soldaten – rekurriert, auch im außerdienstlichen Verhalten der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die sein Beruf erfordert.

Damit ist aber die Frage aufgeworfen, ob der Beamte das Ausmaß seiner Beschränkung erkennen und vorhersehen kann.

3. Reichweite und Erkennbarkeit der Verhaltenspflichten

Der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts hat der Soldatin nicht vorgeworfen, dass sie überhaupt auf einem Internetportal mittels eines Accounts und Profilbildes nach Sexualpartnern gesucht hat. Vielmehr ist in der Entscheidung ausdrücklich klargestellt, dass sie hierauf nicht im dienstlichen Interesse verzichten müsse. Die außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht stehe der Inanspruchnahme von Partnerschaftsvermittlungsdiensten für sexuelle Zwecke nicht grundsätzlich entgegen, auch wenn damit ein Ansehensverlust verbunden sein könne.

Das Dienstvergehen wurde vielmehr in der konkreten Formulierung der Kontaktanzeige gesehen, in der „äußerst missverständlichen Überspitzung des eigenen Anliegens“. Denn der Werbetext sei „geeignet, den falschen Eindruck zu erwecken, sie führe ein wahlloses Sexualeben oder strebe dies an. Auch wenn dies objektiv betrachtet bei Kenntnis der Motive der Soldatin und sachgemäßer Auslegung des Textes bei längerem Nachdenken nicht der Fall [sei], vermittele die Betonung der Lust, der Suche nach Sex und dem Nachklapp ‚all genders welcome‘ beim ersten Durchlesen den falschen Anschein, es gehe um möglichst schnellen Sex mit Partnern gleich welchen Geschlechts. Ein ungehemmtes Ausleben des Sexualtriebs sei besonders wichtig.“ Mit diesem Internetauftritt habe die Soldatin ihre eigene Vorbildrolle in einer gewichtigen Führungsposition nicht ausreichend beachtet.

Der Fall illustriert auch insoweit die Schwierigkeiten ziemlich anschaulich. Welche Einschränkungen gelten für das „Privat“-Verhalten von Beamten und gelten diese auch im Bereich von „Sitte und Moral“? Sind Einschränkungen hier tatsächlich durch die Funktionserfordernisse des öffentlichen Amtes gemäß Art. 33 Abs. 5 GG gerechtfertigt?⁵

Jedenfalls bei der Markierung disziplinarrechtlich relevanter Verhaltensweisen ist überdies zu beachten, dass Dienstvergehen einen Schuldvorwurf voraussetzen.⁶ Dieser kann nur bejaht werden, wenn die Pflicht, gegen die der Beamte mit seinem außerdienstlichen Verhalten verstoßen hat, für ihn erkennbar war. Damit will ich die Einleitung und

den Exkurs ins Soldatenrecht beenden. Der Fall bietet sich aber einfach an.

II. Grundrechtsverwirklichung im Amt?

1. Anschauungswandel

Bereits die Themenstellung verrät den Zeitgeist: Vor gut 50 Jahren wäre die Frage noch völlig unverständlich gewesen. Nach den tradierten Vorstellungen vom besonderen Gewaltverhältnis hat sich der Beamte durch den freiwilligen Eintritt in das Beamtenverhältnis „in den Staatsorganismus eingliedert“ und damit den Regelungen des besonderen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses unterstellt. Anordnungen an einen Beamten „als Glied der Verwaltung“ waren demnach nicht an ihn als Träger eigener Rechte gerichtet, sondern betrafen nur verwaltungsinterne Vorgänge. Die Möglichkeit der Berufung auf eigene Rechte schied so von vornherein aus.

Die Vorstellung von der freiwilligen Unterwerfung unter das Beamtenrechtsregime ging indes weiter und erfasste den Beamten auch, soweit die persönliche Rechtsstellung betroffen war. Exemplarisch kann auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1962 verwiesen werden, in dem die Eheschließung kasernierter Bereitschaftspolizisten ohne Erlaubnis des Dienstherrn als dienstpflichtwidrig eingestuft wurde. Das Bundesverwaltungsgericht hat die verfügte Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf nur deshalb aufgehoben, weil die Braut bereits schwanger war. Da der Beamte mit der Eheschließung seiner sittlichen Verpflichtung nachgekommen sei, dem zu erwartenden Kind ein geordnetes Familienleben zu sichern, könne die Pflichtverletzung nicht als „gröblich“ bewertet werden.

Zur Rechtfertigung der mit der „Zölibatsklausel“ verbundenen Einschränkung des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt:⁷ „Hierbei ist zu erwägen, dass der Entfaltung der Persönlichkeit auch die Privatautonomie dient. Soweit deren Ausfluss im zivilrechtlichen Bereich die Vertragsfreiheit ist, entspricht ihr im öffentlichen Dienstrecht die Freiheit, in einem Beamtenverhältnis aus der Besonderheit der dienstlichen Notwendigkeiten sich ergebende Beschränkungen auf sich zu nehmen.“ Im Übrigen sei dem Betroffenen die Eheschließung als solche niemals verwehrt worden, er habe allenfalls seinen Beamtenstatus einbüßen können. Das Ausmaß der dem Beamten zugemuteten (Grund-)Rechtsbeschränkungen wird so recht plastisch deutlich.

2. Gesetzesvorbehalt

„Der Beamte genießt Grundrechtsschutz“ – mit dieser lapidaren Feststellung hat das Bundesverfassungsgericht die Abkehr von der Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses eingeleitet.⁸ Die Bezugnahme auf die freiwillige Unterwerfung

⁵ Vgl. zur Kritik an der Entscheidung etwa *Heinemann*, NVwZ 2022, 1626 oder *Nitschke*, ZBR 2023, 154.

⁶ Vgl. § 77 Abs. 1 Satz 1 BBG/§ 47 Abs. 1 Satz 1 BeamStG.

⁷ BVerwG, Urt. v. 22.02.1962 – II C 145.59 – BVerwGE 14, 21 <27>.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

des Beamten unter die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ist mit der Betonung des Gesetzesvorbehalts nach der durch die Strafvollzugsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingeleiteten Zeitenwende zum „besonderen Gewaltverhältnis“⁹ zwar (weitgehend) entfallen. Systematische Rechtfertigung der Einschränkung für die „Wahrnehmung“ von Grundrechten durch Beamte sind nunmehr die durch Art. 33 Abs. 5 GG gedeckten Regelungen des Beamten- und Disziplinarrechts.

Diese Neuorientierung betrifft indes nur die Quelle dessen, was als Grundrechtsbeschränkung des Beamten herangezogen werden kann. Wesentliche Einschränkungen bedürfen danach auch im Beamtenverhältnis der Regelung durch oder aufgrund eines Gesetzes. Der Umfang der inhaltlichen Beschränkung hat sich hierdurch indes nicht zwingend geändert. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht schon in der Leitentscheidung zur Grundrechtsberechtigung von Beamten klargestellt, dass der Beamte unbeschadet des ihm zukommenden Grundrechtsschutzes „mit besonderen Pflichten belastet“ ist.¹⁰ Beamte stehen daher zwar nicht (mehr) in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ zum Staat, ihre Grundrechtsausübung ist aber von einem spezifischen Sonderstatus geprägt.

Die aus diesem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis des Beamten folgenden Dienstpflichten schränken seine Grundrechtsbetätigung ein. Maßgeblich für die Bestimmung dieser Beschränkungen ist deshalb, welche Vorgaben sich aus den geltenden Rechtsnormen entnehmen lassen. Angesichts der abstrakten Weite der den Beamten treffenden Grundpflichten aus §§ 60 ff. BBG und §§ 33 ff. BeamStG – und der tradierten Rechtsprechung hierzu – kommt dem Gesetzesvorbehalt indes kaum eingrenzende Wirkung zu. Das hat der Eingangsfall zur außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht deutlich gezeigt.

3. Bestimmtheitsgrundsatz

a) Generelle Anforderungen

Grundsätzlich sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit eher gering. Das Bundesverfassungsgericht billigt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bereits dann, wenn sich mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden oder aufgrund einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt.¹¹

Bei Lichte betrachtet hilft das aber weniger weit, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn die höchstrichterliche Rechtsprechung ist regelmäßig fallbezogen und lässt generalisierende Maßstäbe nicht immer klar erkennen. Zu der im Ausgangsfall relevanten Frage etwa, wie weit die aus der Amtsstellung folgenden Einschränkungen in den Bereich der „Sittlichkeit“ und der „Sexualmoral“ hineinreichen, finden sich keine Vorgaben in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Beamtenrecht, die eine hinreichende Leitlinie für nicht entschiedene Fallgestaltungen bieten könnten. Die Annahme, die Grenze der zulässigen Verhaltensweisen entsprechender Aktivitäten von Beamten im außerdienstlichen Bereich sei hinreichend klar markiert, erscheint daher fraglich.¹² Die damit verbundene Unsicherheit führt – jedenfalls regelmäßig – dazu, dass der

Beamte Verhaltensweisen im Grenzbereich möglicher Verfehlungen unterlassen wird und beschneidet den Bereich zulässiger Grundrechtsbetätigung daher schon in struktureller Hinsicht. Die – hinsichtlich der Ausgangsentscheidung des 2. Wehrdienstsenats des Bundesverwaltungsgerichts – aus der Anwaltschaft geäußerte Kritik, die Reichweite der Wohlverhaltenspflicht sei für ihren Adressaten „nicht mehr greifbar“,¹³ erscheint durchaus nachvollziehbar.

b) Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen

Im Übrigen hängt gerade die Frage, welche Verhaltensweisen geeignet sind, Achtung und Vertrauen in die Amtsausübung zu beeinträchtigen, von der Entwicklung der gesellschaftlichen Anschauungen ab und kann daher nicht statisch und gleichsam abschließend mit dem Verweis auf eine – so möglicherweise nicht mehr aktuelle –¹⁴ Rechtsprechung beantwortet werden. Hinsichtlich eines Verbots des Tragens von Ohrschmuck durch männliche Zollbeamte hat das Bundesverfassungsgerichts daher bereits im Jahr 1991 eine Beobachtung der tatsächlichen Verhältnisse angemahnt.¹⁵ Und in der Tat kann heute wohl kaum noch angenommen werden, dass der 6 mm große Ohrstecker eines Zollbeamten zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung untersagt werden müsste. Ähnliches dürfte für die Einschätzung von Tätowierungen gelten; auch hier haben sich die gesellschaftlichen Vorstellungen in den vergangenen Jahrzehnten gewandelt.¹⁶

c) Erkennbarkeit

Für die in Rede stehenden Dienstpflichten der Beamten ist überdies zu beachten, dass die (Nicht-)Befolgung sanktionsbewehrt ist und Disziplinarmaßnahmen auslösen kann – eben hierum geht es regelmäßig bei den entsprechenden Verfahren. Dienstvergehen setzen aber einen Schuldvorwurf voraus (vgl. § 77 Abs. 1 Satz 1 BBG/§ 47 Abs. 1 Satz 1 BeamStG). Dieser kann nur bejaht werden, wenn die Pflicht, gegen die der Beamte mit seinem außerdienstlichen Verhalten verstoßen hat, für ihn erkennbar war. Das Bundesverwaltungs-

8 BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334 <366>.

9 BVerfG, Beschl. v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71 – BVerfGE 33, 1 <9 ff.>.

10 BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334 <366>.

11 Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 – BVerfGE 160, 284 Rn. 95 m. w. N.

12 Insoweit sei der Hinweis erlaubt, dass das BVerfG die Abkehr von den Vorstellungen eines besonderen Gewaltverhältnisses gerade damit begründet hatte, hierdurch würden die Grundrechte der Betroffenen „in einer unerträglichen Unbestimmtheit“ relativiert (Beschl. v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71 – BVerfGE 33, 1 <10>).

13 Heinemann, NVwZ 2022, 1626.

14 Vgl. etwa die eingangs benannte Entscheidung zur Zölibatsklausel für Bereitschaftspolizisten, BVerwG, Urt. v. 22.02.1962 – II C 145.59 – BVerwGE 14, 21.

15 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 10.01.1991 – 2 BvR 550/90 – NJW 1991, 1477 Rn. 7.

16 Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 17.11.2017 – 2 C 25.17 – BVerwGE 160, 370 Rn. 50 f.

gericht hat hierzu klargestellt: „Vorschriften, die eine Befolgungspflicht des Beamten nach sich ziehen und deren Nichtbeachtung ein Dienstvergehen begründen können, müssen so klar und bestimmt sein, dass der Beamte erkennen kann, welche und wessen Weisungen er zu befolgen hat.“¹⁷ Eine Vorschrift entspricht nur dann rechtsstaatlichen Grundsätzen, wenn und soweit sich aus ihr mit ausreichender Bestimmbarkeit ermitteln lässt, was von den pflichtigen Personen verlangt wird.¹⁸

Die Verhaltenserwartung des Dienstherrn an das außerdienstliche Verhalten seiner Beamten muss daher – etwa durch Leitbilder, Compliance-Regelungen oder Schulungen – präzisiert und verdeutlicht werden. Diese Aufgabe bietet zugleich Gelegenheit, die Rechtfertigung der Verhaltenspflichten aus den Erfordernissen des dem Beamten übertragenen öffentlichen Amtes zu überprüfen und ggf. zu aktualisieren. Dass die aus den – abstrakt und weit gefassten – beamtenrechtlichen Grundpflichten folgenden Vorgaben keine hinreichend klare Abgrenzung in Zweifelsfällen bieten, belegen bereits die divergierenden Gerichtsentscheidungen.

d) (Bereichsspezifische) Neuregelungen

Ein weiteres Bestimmtheitsproblem ergibt sich überdies aus den gesetzgeberischen Neuregelungen. Denn insoweit kann auf eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung als Auslegungshilfe nicht zurückgegriffen werden. Beispielhaft sei auf das Gesetz zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 28.06.2021¹⁹ und die darin enthaltenen Neuregelungen in § 61 Abs. 2 BBG sowie § 34 Abs. 2 BeamStG verwiesen. Dass für die betroffenen Beamten anhand der Vorschrift vorhersehbar ist, welche Kleidungsstücke (nicht) getragen werden dürfen oder bei welchen Verwendungen Tätowierungen nur eingeschränkt zulässig sind, erscheint jedenfalls nicht sicher.²⁰ In der Literatur ist treffend von einem „sehr allgemein gehaltenen Duktus“ der Vorgaben gesprochen worden.²¹ Ob mit dem Regelbeispiel einer „über das übliche Maß hinausgehenden besonders individualisierenden Art“ des Erscheinungsbilds eine handhabbare Konkretisierung erfolgt ist, muss die Zukunft zeigen.

4. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die tatsächliche Begrenzung der Beamten auferlegten Beschränkungen ergibt sich daher erst durch die Prüfung, ob und inwieweit die konkrete Einschränkung durch Art. 33 Abs. 5 GG gedeckt ist. Erst auf dieser Ebene kommt es in der Praxis zu einer Inhaltskontrolle und Verhältnismäßigkeitsprüfung der dem Beamten auferlegten Beschränkungen. Die in einer gesetzlichen Regelung statuierte Verhaltenspflicht muss daher – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „im konkreten Fall nach dem Grundsatz beurteilt werden [...], dass die rechtlich begründeten Schranken des Art. 5 Abs. 1 GG im Lichte des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung auszulegen sind“.²² Maßstab für diese Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ob sich die Einschränkungen „aus allgemeinen Anforderungen an den öf-

fentlichen Dienst oder aus besonderen Erfordernissen des jeweiligen öffentlichen Amtes ergeben“.²³

III. Einschränkungen für das außerdienstliche „Privat-«Verhalten

Brennpunkt und Spezifikum der besonderen beamtenrechtlichen Pflichtenstellung sind dabei die Einschränkungen, die sich auf das außerdienstliche (Privat-)Verhalten des Beamten beziehen. Denn soweit Erfordernisse des öffentlichen Amtes auch die Freiheit der außerdienstlichen Lebensführung einschränken, muss sich dies vor den einzuschränkenden Grundrechten rechtfertigen lassen. Nur soweit es um die Wahrung des Vertrauens der Bürger in die Integrität der Amtsführung und damit in die künftige Aufgabenwahrnehmung geht, vermag das durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützte Interesse an der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums die im privaten Bereich des Beamten wirkenden Grundrechte einzuschränken.²⁴

Besondere Probleme scheinen sich dabei aus der Nutzung des Internets zu ergeben. Die anonyme Sphäre der digitalen Welt verleitet auch Beamte oder Beamtenbewerber offenbar zu „weniger abgewogenen Meinungsäußerungen“. Damit sind – wenn ich recht sehe – v.a. zwei rechtliche Problemstellungen verbunden.

1. Private Plattformen

Zum einen finden sich die beanstandeten Äußerungen vielfach in geschlossenen WhatsApp-Gruppen oder sogar – wie im Ausgangsfall des 2. Wehrdisziplinarsenats – auf einer kostenpflichtigen (Dating-)Plattform. Dementsprechend wird regelmäßig auch der Einwand vorgetragen, es habe sich um einen rein privaten Meinungs Austausch gehandelt, der weder von der Behörde noch vom Gericht verwertet werden dürfe.

Hierauf war im Übrigen auch die Anhörungsrüge der Soldatin im Ausgangsfall maßgeblich gestützt. Eine Stellungnahme des 2. Wehrdienstsenats hierzu findet sich indes nicht,

17 BVerwG, Urt. v. 27.11.2014 – 2 C 24.13 – BVerwGE 150, 366 Leitsatz 2 sowie Rn. 32.

18 Auch insoweit hat sich der verfassungsrechtliche Blickwinkel aktualisiert und stellt sich anders dar als noch vor einigen Jahren oder Jahrzehnten; vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12 u. a. – BVerfGE 139, 19 Rn. 57 zur Reichweite des Gesetzesvorbehalts.

19 BGBl. I S. 2250.

20 Vgl. hierzu bereits *Kenntner*, NVwZ 2023, 1468 <1473>.

21 Vgl. etwa *Schütte*, DVBl 2023, 437 <439>.

22 BVerfG, Kammerbeschlüsse v. 06.06.1988 – 2 BvR 111/88 – NJW 1989, 93 Rn. 3 und v. 20.09.2007 – 2 BvR 1047/06 – NVwZ 2008, 416 Rn. 5; zur Grundlegung auch bereits BVerfG, Beschl. v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73 – BVerfGE 39, 334 <366>.

23 BVerfG, Urt. v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282 <296>.

24 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 08.12.2004 – 2 BvR 52/02 – NJW 2005, 1344 Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 18.06.2015 – 2 C 9.14 – BVerwGE 152, 228 Rn. 13, BT-Drs. 16/7076, S. 117 und BT-Drs. 16/4027, S. 34.

20. DEUTSCHER VERWALTUNGSGERICHTSTAG

BDVR-Rundschreiben 4|2024

weil das Gericht davon ausging, dass die Soldatin mit dem Bekanntwerden ihres Profilbildes rechnen musste und dies auch in Kauf nahm.²⁵

Auch in der Rechtsprechung des 2. Senats ist eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Verwertbarkeit derartiger Aussagen bislang nicht ersichtlich – wohl, weil entsprechende Rügen nicht erhoben worden waren. Entsprechende Chats sind aber herangezogen und verwertet worden – zuletzt etwa im Fall eines Lehrers, der im Internet mit ihm unbekanntem Chatpartnern Gewaltfantasien über Folter und Misshandlung von minderjährigen Mädchen ausgetauscht hat.²⁶

Eine ausdrückliche Befassung mit dem Themenkreis findet sich aber in einem aktuellen Urteil des Bundesarbeitsgerichts. Dieses hat die „Maximallösung“ vertreten und – in sachlicher Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „forum internum“²⁷ – die möglichen Fälle eines Vorrangs des Persönlichkeitsrechts eng gezogen.²⁸ Voraussetzung ist danach eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung der Kommunikation, wie sie in der Regel zwischen nahestehenden Familienangehörigen besteht. An einer derartigen Gesprächssituation – bei der der Arbeitnehmer oder Beamte sicher davon ausgehen durfte, dass die Gesprächspartner die Äußerungen für sich behalten würden – dürfte es bei WhatsApp-Gruppen u. Ä. regelmäßig fehlen. Die Annahme eines Verwertungsverbots scheidet nach diesen Maßstäben überdies meist schon deshalb aus, weil die Aussagen nicht den unantastbaren Intimbereich betreffen und von vornherein auf Mitteilung angelegt sind.

2. Interpretationsfähige Meinungsäußerung

Die zweite – v.a. bei der Bewertung der Verfassungstreue von Beamten auf Widerruf oder Probe virulente – Problemstellung ergibt sich aus der Interpretationsfähigkeit und -bedürftigkeit der häufig eher knapp gehaltenen Internetbekundungen. Insbesondere, wenn der Vorwurf nur im „Liken“, Teilen oder Kommentieren anderer Beiträge, Karikaturen oder sogar Musikstücke, dem Aufrufen bestimmter Facebook-Seiten oder der Mitgliedschaft in einer WhatsApp-Gruppe besteht, bedarf es bei der Festlegung des Aussagegehalts sowie der Annahme hierdurch begründeter Eignungsmängel großer Vorsicht und Zurückhaltung.²⁹

Die Durchsicht aktueller Gerichtsentscheidungen macht deutlich, dass die ein oder andere Einstellungsbehörde – im Gefolge einer entsprechenden medialen Stimmungslage³⁰ – zwischenzeitlich über das Ziel hinausgeschossen ist. Beispielfähig sei auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 04.08.2020³¹ hingewiesen. Darin ging es um die Entlassung eines Polizeimeisteranwärters aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf wegen Zweifeln an seiner charakterlichen Eignung. Die Hochschule für Polizei Baden-Württemberg hielt dem gut Zwanzigjährigen u. a. vor,

auf seinem Instagram-Account Musikstücke gepostet zu haben, die einen gewaltverherrlichenden und Drogenkonsum verharmlosenden Inhalt hätten. Völlig zu recht hat der Verwaltungsgerichtshof hierzu klargestellt, dass der bloße Musikgeschmack für sich genommen keinen Charaktermangel offenbart und nicht von vornherein unterstellt werden kann, dass sich der Beamte mit den (englischsprachigen) Liedtexten oder dem kriminellen Vorleben der Interpreten identifiziert. Die Feststellung einer internetbasierten Äußerung kann daher allenfalls ein Indiz für das Vorliegen einer inneren Einstellung bieten und Anlass für eine Gesamtbetrachtung und -würdigung des Verhaltens eines Beamten geben. Sie allein wird indes nur in besonders gewichtigen Fällen die Annahme eines Eignungsmangels tragen können.

IV. Ergebnis

1. Praktische Probleme bereiten die für Beamte geltenden (Grundrechts-)Einschränkungen im Hinblick auf ihr außerdienstliches Verhalten. Die im innerdienstlichen Bereich maßgebliche Pflichtenstellung wirft dagegen keine grundsätzlich ungelösten Rechtsfragen auf.

2. Die Verhaltenserwartung an das außerdienstliche Verhalten der Beamten muss präzisiert und verdeutlicht werden – etwa durch Leitbilder, Compliance-Regelungen oder Schulungen. Diese Aufgabe bietet zugleich Gelegenheit, die Rechtfertigung der Verhaltenspflichten aus den Erfordernissen des dem Beamten übertragenen öffentlichen Amtes zu überprüfen und ggf. zu aktualisieren.

3. Merkmale des äußeren Erscheinungsbilds sowie interpretationsfähige Meinungsäußerungen – insbesondere in Internetforen – bieten regelmäßig nur ein Indiz für die Annahme der fehlenden charakterlichen Eignung von Beamten.

Dr. Markus Kenntner, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig

25 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.11.2022 – 2 WRB 1.22 – NVwZ 2023, 1253 Rn. 11.

26 BVerwG, Beschl. v. 04.04.2019 – 2 B 32.18 – NVwZ 2019, 1295.

27 Vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse v. 18.04.2018 – 2 BvR 883/17 – GesR 2018, 459 Rn. 38 und v. 17.03.2021 – 2 BvR 194/20 – NStZ 2021, 439 Rn. 32 f. m. w. N.

28 BAG, Urt. v. 24.08.2023 – 2 AZR 17/23 – NZA 2023, 1595 Rn. 21 ff.

29 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.03.2023 – 2 WDB 16.21 u. a. – juris Rn. 51; hierzu auch *Krebs/Nitschke*, NVwZ 2023, 1521 m. w. N.

30 Vgl. beispielhaft auch *Voßkuhle*, NVwZ 2022, 1841 <1844>: „Mehr Mut!“.

31 VGH Mannheim, Beschl. v. 04.08.2020 – 4 S 1473/20 – NVwZ-RR 2021, 265 mit dem weiteren Hinweis, dass für ein Verständnis der Liedtexte auch entsprechende Fremdsprachenkenntnisse erforderlich wären.

Fachtagung „Asyl und Migration“ der Europäischen Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter in Warschau

Am 10. und 11.10.2024 fand in Warschau die jährliche Fachtagung der Arbeitsgruppe „Asyl und Migration“ der Vereinigung der Europäischen Verwaltungsrichter (VEV/Association of European Administrative Judges – AEAJ) statt, die ihren thematischen Schwerpunkt dieses Mal auf dem Migrations- und Asylpaket der EU hatte.

Am Tagungsort, dem Verwaltungsgericht Warschau, wurden die europäischen Kolleginnen und Kollegen herzlich empfangen. Der Vizepräsident des VG Warschau, Pawel Gronski, sowie der Präsident der VEV, Sylvain Mérenne (VGH Marseille), und der Vorsitzende der Arbeitsgruppe „Asyl und Migration“, Dr. David Rabenschlag (VG Berlin), begrüßten die Teilnehmenden, darunter Richterinnen und Richter aus Bulgarien, Estland, Frankreich, Griechenland, Lettland, Litauen und Österreich sowie von deutschen Verwaltungsgerichten aller Instanzen und Vertreter europäischer und internationaler Agenturen.

In einem ersten Themenblock unternahm es Paul Leplomb (Asylagentur der Europäischen Union, EUAA), in die zentralen Elemente des im Mai 2024 beschlossenen, neun Verordnungen umfassenden Migrations- und Asylpakets einzuführen. Er wies darauf hin, dass die EUAA dazu im Frühjahr auch ein Webinar anbieten werde. Riccardo Viviani (Jurist im Brüsseler Büro des UN-Flüchtlingskommissariats, UNHCR) kommentierte die Chancen und Herausforderungen, die mit den neuen Regelungen des Asylverfahrens einhergingen. Er betonte die elementare Rolle, die den Gerichten dabei zufallen werde, die neuen Regeln unter Beachtung menschenrechtlicher Gewährleistungen und der in der Rechtsprechung entwickelten Standards auszulegen und anzuwenden. Iris Gachowetz (Bundesverwaltungsgericht der Republik Österreich) legte den Fokus auf die Asylverfahrensverordnung (EU) 2024/1348 und die Anerkennungsverordnung (EU) 2024/1347. Unter anderem skizzierte sie die verpflichtend vorgesehenen Grenzverfahren und beschleunigten Verfahren sowie die Bestimmung sicherer Staaten, die künftig auch auf Unionsebene erfolgen kann.

Im zweiten Themenblock stellte Camilla Schloss (Verwaltungsgericht Berlin) die Verordnung über Asyl- und Migrationsmanagement (AMM), VO (EU) 2024/1351, vor, die an die Stelle der Dublin-III-Verordnung (EU) Nr. 604/2013 treten wird. Sie benannte die Probleme des Dublin-III-Systems bei der Lastenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und bei Rücküberstellungen in den zuständigen Mitgliedstaat und stellte den Lösungsansatz der AMM-Verordnung, vor allem durch geänderte Rücküberstellungsfristen und die Einführung eines Solidaritätsmechanismus, dar. Madalina Moraru (außerordentliche Professorin für EU-Recht an der Univer-

sität Bologna) gab einen Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Rücküberstellungen in Dublin-Verfahren, die auch weiterhin von Bedeutung sein werde, insbesondere zu grundrechtlich fundierten Abschiebungsverboten mit Blick auf die Verhältnisse im Zielstaat.

Die Nachmittagseinheit war dem Thema internationalen Schutzes bei geschlechtsspezifischer Gewalt gewidmet. Dobroslav Rukov (VG Sofia) referierte das Vorabentscheidungsersuchen seines Gerichts, das im Januar 2024 zur Klarstellung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH, Urt. v. 16.01.2024, C-621/21) geführt hat, dass die Qualifikationsrichtlinie unter Beachtung der Frauenrechtskonvention CEDAW und der Istanbul-Konvention interpretiert werden muss und Frauen, die als solche physischer oder psychischer Gewalt ausgesetzt sind, je nach den im Herkunftsland herrschenden Verhältnissen den Flüchtlingsstatus erlangen können. Catherine Joly (französischer Nationaler Asylgerichtshof, CNDA) stellte exemplarisch drei Entscheidungen ihres Gerichts vor, in denen die Frage, ob Frauen allgemein oder zumindest weibliche Opfer häuslicher Gewalt als einer bestimmten sozialen Gruppe zugehörig anzusehen sind, nach der vorgenannten Entscheidung des EuGH und den jeweiligen Herkunftslandinformationen für verschiedene Länder unterschiedlich beantwortet worden ist.

Im weiteren Verlauf des Nachmittags stand ein Besuch im Hauptquartier der Europäischen Agentur für die Grenz- und Küstenwache „Frontex“ auf dem Programm, der mit einer Vorstellung der Aufgaben der Agentur (einschließlich der Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Rückführung von Migranten und der Reintegration zurückgeführter Personen), ihrer Arbeitsweisen und laufenden Operationen begann. Auch die an Frontex geäußerte Kritik im Hinblick auf die Achtung der Menschenrechte und die hierzu ergriffenen Maßnahmen wurden thematisiert. Aufgrund der zahlreichen Fragen der Teilnehmenden fand die auf 20 Minuten ausgelegte Vorstellung erst nach 50 Minuten ihr Ende. Gegenstand eines weiteren Vortrags waren die Neuerungen durch das Asyl- und Migrationspaket aus Sicht von Frontex sowie der Zeitplan und Stand ihrer Umsetzung. Eindrucksvoll war der abschließende Besuch des Kommandoraums.

Der zweite Tag begann mit einem Podium zum Thema Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte an internationalen Grenzen. Alice Szczepanikova von der Migrationseinheit des in Warschau ansässigen Büros für demokratische Institutionen und Menschenrechte (ODIHR) der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) adressierte das Spannungsverhältnis von Sicherheit, Menschenrechten,

EUROPA

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

nationaler Souveränität und europäischer Integration. Sie verwies auf die wachsende Technologisierung von Grenzkontrollen und Migrationsmanagement sowie deren menschen- und datenschutzrechtlichen Implikationen und auf eine zunehmende Kriminalisierung von Migration sowie von Personen und Organisationen, die humanitäre Hilfe leisteten. Pawel Gronski (VG Warschau) blickte auf die humanitäre Krise an der polnisch-belarussischen Grenze in den Jahren 2021 und 2022 zurück, berichtete von polnischen Gerichtsentscheidungen, wonach damalige, als „Pushbacks“ bezeichnete Praktiken rechtswidrig waren, und beleuchtete die Situation sowohl der Migranten als auch der polnischen Grenzbeamten. Dieser Themenblock rief eine intensive Debatte hervor, in der unter anderem auf die differenzierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Verbot von Kollektivausweisungen hingewiesen wurde.

Der abschließende Vortrag legte den Fokus auf das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger und ihrer Familien. Agnes Lopéz Gay (Europäische Kommission) stellte den diesbezüglichen neuen Leitfaden der Kommission (C/2023/1392) vor, der Orientierungshilfen zur Anwendung der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG, aber auch zum Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV nach der Ruiz-Zambrano-Rechtsprechung des EuGH bietet.

Am Freitagnachmittag konnten die Teilnehmenden bei einer Stadtführung Eindrücke von Warschau gewinnen, das nach seiner planvollen und fast vollständigen Zerstörung unter deutscher Besatzung im Zweiten Weltkrieg in den folgenden Jahrzehnten wieder aufgebaut worden ist, teils unter Rekonstruktion des alten Stadtbildes, teils im Stile sozialistischer Architektur und teils in Form moderner Büro- und Wohntürme.

Für den Freitagabend und den Samstag hatte die polnische Mitgliedsorganisation der VEV, die OSSSA (Nationale Organisation der Verwaltungsrichter), zu einer Konferenz zu Fragen der Unabhängigkeit der Justiz eingeladen, an der auch einige Teilnehmende des Arbeitsgruppentreffens teilnahmen, darunter als Vortragende Dr. David Rabenschlag (VG Berlin), Dr. Edith Zeller (VG Wien) und Eva Wendler (Bundesverwal-

tungsgericht der Republik Österreich). VEV-Präsident Sylvain Mérenne referierte den Stand des Klageverfahrens der VEV und anderer europäischer Richterorganisationen gegen den Europäischen Rat wegen der aus ihrer Sicht verfrühten Entsperrung von Geldern für Polen. Das abendliche Podium stand ganz im Zeichen der von den polnischen Teilnehmenden persönlich erlebten Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit in ihrem Land in den Jahren 2015 bis 2023 und ließ erahnen, welche tiefgreifende Spuren diese hinterlassen haben. Die Vorträge des zweiten Konferenztages führten unter anderem aktuelle Erfahrungen und Perspektiven aus anderen europäischen Ländern, wie Deutschland und der Slowakei, hinsichtlich der Wehrhaftigkeit rechtsstaatlicher Verfassungsordnungen ein und führten zu weiterem lebhaftem Austausch.

Das nächste Arbeitsgruppentreffen ist für September 2025 in Brüssel angedacht.



Tagung der AEAJ in Warschau

© „AEAJ“

Dr. Andreas Kolb, Richter am Verwaltungsgericht, Hamburg

Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit in Asylsachen durch Verordnung nach § 83 Abs. 3 AsylG

Mit am 01.09.2024 in Kraft getretener Verordnung der Bayerischen Staatsregierung vom 23.07.2024 (GVBl Nr. 15/2024 S. 331) ist aufgrund des § 83 Abs. 3 AsylG eine Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit in Asylsachen vorgenommen worden.

Danach sind zuständig für Streitigkeiten nach dem Asylgesetz hinsichtlich der Herkunftsstaaten

1. Angola, Demokratische Republik Kongo, Kongo, Sierra Leone und Uganda das Verwaltungsgericht Regensburg für die Bezirke aller bayerischen Verwaltungsgerichte,
2. Jordanien und Peru das Verwaltungsgericht Bayreuth für die Bezirke aller bayerischen Verwaltungsgerichte,
3. Türkei das Verwaltungsgericht Würzburg für den eigenen Bezirk und für den Bezirk des Verwaltungsgerichts Ansbach,
4. Jemen und Nigeria das Verwaltungsgericht Augsburg für die Bezirke aller bayerischen Verwaltungsgerichte.

Ferner wurde die Ermächtigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1 AsylG auf das Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration übertragen.

Die Begründung zum Verordnungsentwurf verwies insbesondere auf das herausragende öffentliche Interesse, gerichtliche Asylverfahren möglichst zügig durchzuführen. Ein Monitoring der sich aus der Verordnung ergebenden Belastungsverteilung ist vorgesehen.

Der Verband der Bayerischen Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen hatte mit Schreiben vom 06.06.2024 und vom 16.07.2024 zu dem Verordnungsentwurf Stellung genommen.

Gregor Raible, *Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht, Augsburg*

Besuch einer erweiterten Delegation des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) beim Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim (Polen)

Eine um interessierte Richterkollegen der Verwaltungsgerichte Cottbus und Potsdam erweiterte Richterdelegation des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) folgte vom 10. bis 11.10.2024 der Einladung des Präsidenten des für die Wojewodschaft Lubuskie zuständigen erstinstanzlichen Verwaltungsgericht in Gorzów Wielkopolski zu einer gemeinsamen Richtertagung in den Räumlichkeiten des dortigen Gerichtes.

Erste Kontakte waren im Vorfeld durch mehrere Besuche jeweils einer kleinen Abordnung der polnischen Kollegen in Frankfurt (Oder) angebahnt worden, deren Anlass eine Einladung des Präsidenten des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) zu Vernissagen der wechselnden Kunstausstellungen in den Räumlichkeiten des Gerichtes waren.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polen in seiner heutigen Form wurde 2004 errichtet, seit 2005 wird im Verwaltungsgericht in Gorzów Recht gesprochen. Das Gericht ist in

einem ehemaligen Grundschulgebäude aus den 1950er-Jahren untergebracht, das nach den Bedürfnissen des Gerichts umgebaut und erweitert worden ist. Für unsere Gastgeber war es selbstverständlich, uns mit großer Gastfreundschaft zu bewirten und in den gerichtseigenen Gästezimmern unterzubringen. Diese stehen einerseits den Richterinnen und Richtern sowie den Bediensteten zur Verfügung, die bei dem Gericht arbeiten, dort finden aber auch Schulungen statt. Möglich ist dies, weil die Gerichtsverwaltung des Verwaltungsgerichts über ein eigenes Budget verfügt, das sie eigenverantwortlich verwaltet.

Im Mittelpunkt des fachlichen Austauschs, an dem fast alle am polnischen Gericht tätigen Richterinnen und Richter teilnahmen, standen Fragen der Zuständigkeit beider Gerichte, Auswahl, Art und Weise der Ernennung von Verwaltungsrichtern in Deutschland und Polen, eine Vorstellung der Rich-

AUS DEN VERBÄNDEN

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

tergremien in Deutschland sowie der Umfang des Beweisverfahrens der Verwaltungsgerichte in Deutschland und Polen. Darüber hinaus bestand in persönlichen Gesprächen Gelegenheit, sich über interessante Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei der Gerichtsorganisation, den Arbeitsbedingungen, der Arbeitsweise und dem richterlichen Selbstverständnis auszutauschen. Zur Sprache kamen dabei auch die Bemühungen der neuen Regierung, den Rechtsstaat wiederherzustellen, nachdem dieser in den letzten Jahren durch die vormalige Regierung erheblich angegriffen worden war. Nicht zuletzt deshalb stießen die Ausführungen zur Mitbestimmung durch richterliche Gremien in Deutschland auf besonderes Interesse.

Zu entdecken gab es einiges. Während es für die polnischen Richterkollegen selbstverständlich ist, dass jeweils eine persönliche Erklärung über ihre Vermögensverhältnisse und über Mitgliedschaften in Vereinen für jedermann im Internet einsehbar ist, offenbarte sich die für uns so übliche regelmäßige Beurteilung durch den Präsidenten des Verwaltungsgerichts und den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts für die polnischen Kollegen als undenkbar.

Anders als in unserer Verwaltungsgerichtsbarkeit befassen sich die Richterkollegen des polnischen Gerichts auch mit Fragen, die hier den Finanz- und Sozialgerichten zugewiesen sind. Asylklagen beschäftigen die Kollegen aus Gorzów dagegen nur in den äußerst seltenen Fällen behördlicher Untätigkeit – die sachlichen Entscheidungen im Widerspruchsverfahren werden in Warschau getroffen, sodass das dortige Verwaltungsgericht für Klageverfahren zuständig ist.

Das polnische Verständnis des Gewaltenteilungsgrundsatzes beschränkt die Judikative auf eine Kontrolle der Exekutive. Es wird als Eingriff in den Kompetenzbereich der Exekutive verstanden, wenn das Gericht eine behördliche Entscheidung ersetzt. Dementsprechend beschränkt sich die gerichtliche Entscheidungskompetenz auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltungsentscheidung nach Aktenlage. Bei Erfolg einer Klage wird die Verwaltungsentscheidung aufgehoben, die weitere Bearbeitung des Verfahrens erfolgt durch die Verwaltungsbehörden. Untätigkeit einer Behörde

führt zur Verurteilung der Behörde zu Geldstrafen oder zu der Feststellung behördlicher Untätigkeit, die für den folgenden Staatshaftungsprozess von Bedeutung ist. Verständlicherweise stießen unsere prozessualen Möglichkeiten des „Durchentscheidens“ in Verpflichtungskonstellationen, der Beweisaufnahme – beispielsweise im Baurecht – sowie die Möglichkeit der Durchführung von Erörterungsterminen bei den Gesprächspartnern auf großes Interesse. Dort wäre schon das Telefonat mit einer Behörde oder die Äußerung einer vorläufigen Rechtsauffassung undenkbar, der Befangenheitsantrag vorprogrammiert. Auch die Beendigung eines Verfahrens durch einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich ist aus der Perspektive unserer Kolleginnen und Kollegen jenseits der Oder mangels entsprechender Entscheidungskompetenz der Behörden undenkbar.

Unterschiede gibt es auch in der Arbeitsweise des Gerichts: Eine Klage wird vom Kläger bei der Behörde eingereicht, die die Klageschrift samt Verwaltungsvorgang und einer Klageerwidern an das Verwaltungsgericht übersendet, sodass das Verfahren bei Eingang bei Gericht bereits ausgeschrieben ist. Die Richterkollegen können bei ihrer Arbeit auf die Unterstützung ihrer juristisch ausgebildeten Assistentinnen und Assistenten zurückgreifen, die mit der Recherche und dem Erstellen von Entscheidungsvorschlägen beauftragt werden und den Richterinnen und Richtern auch als wertvolle Diskussionspartner bei der Entscheidungsfindung zur Verfügung stehen. Die Richterschaft des Gerichtes ist in zwei Abteilungen geteilt, denen unterschiedliche Sachgebiete zugewiesen sind. Die Zuweisung der eingegangenen Rechtssachen zu den Berichterstattern erfolgt am Tagesende alphabetisch. Der Vorsitzende der Abteilung, von den Richtern selbst bestimmt, legt Terminstage und spezifisch für die Terminstage die Besetzung des Gerichts (drei Berufsrichter sowie ein Stellvertreter) fest. Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist – im Einverständnis der Beteiligten – möglich. Eine Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter kennt die polnische Prozessordnung nicht.

Abgerundet wurde das Programm mit einer Führung durch das Stadtzentrum von Gorzów, die uns die historischen Umbrüche der einst deutschen Stadt (Landsberg a. d. War-



© Polutta

v.l.n.r. Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) Dagmar Rudolph, Prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wlkp. Sławomir Pauter, Präsident des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) Wilfried Kirkes.



© Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wlkp.

Die erweiterte Delegation des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder) mit einem Teil des Richterkollegiums des Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wlkp vor Beginn der Stadtführung.

the) mit großen Brandschäden zum Ende des Zweiten Weltkriegs, dem Neuaufbau im sozialistischen Polen und der jüngsten Weiterentwicklung – auch unter Beitrag von durch die Europäische Union geförderten Projekten – eindrücklich vor Augen führte.

Insgesamt blicken wir auf einen überaus freundlichen und von wechselseitigem Interesse geprägten Austausch mit den Kolleginnen und Kollegen aus unserem Nachbarland zurück

und hoffen, diesen bald bei einem Gegenbesuch fortsetzen zu können.

Florina Margaretha Polutta, Richterin am Verwaltungsgericht und
Martin Schröder, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht,
Frankfurt (Oder)

100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bremen: Ein Festakt und ein Jubiläumsband erinnern an die bewegte Geschichte

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Freien Hansestadt Bremen feiert in diesem Jahr ihr einhundertjähriges Bestehen. Am 01.07.1924 trat das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Kraft. Nur wenige Tage später, am 04.07.1924, fand die erste Sitzung des neu gegründeten Verwaltungsgerichts Bremen statt. Bremen war damit das letzte Land des Deutschen Reiches, das nach der Weimarer Reichsverfassung von 1919 eine eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit einführte. Zuvor wurden öffentlich-rechtliche Streitigkeiten von den ordentlichen Gerichten entschieden, was jedoch angesichts der zunehmenden Komplexität des öffentlichen Rechts immer weniger praktikabel war.

Anlässlich dieses Jubiläums fand am 29.08.2024 ein Festakt statt. Im prächtigen Festsaal des Bremer Rathauses, einst auch ein Ort der Rechtsprechung, begrüßte der Präsident des Senats der Freien Hansestadt Bremen, Bürgermeister Dr. Andreas Bovenschulte, die Gäste und betonte die Herausforderungen der Gegenwart, denen die Justiz angesichts populistischer Forderungen, technologischer Umbrüche und einer global zu beobachtenden Politisierung der Justiz gegenüberstehe. Die Senatorin für Justiz und Verfassung der Freien Hansestadt Bremen Dr. Claudia Schilling erinnerte in ihrem Grußwort an den Mehrwert einer spezialisierten Gerichtsbarkeit und den Rechtsstaat als das lebensnotwendige „täglich Brot“ (Gustav Radbruch). Der Präsident des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen Prof. Peter Sperlich blickte in seinem Grußwort auf die wechselvolle Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bremen zurück, zu der personelle Kontinuitäten nach 1945 leider ebenso gehörten wie sich immer wieder verändernde Schwerpunkte – vom Lastenausgleich über die Kriegsdienstverweigerung bis hin zu Corona-Maßnahmen. Der Präsident der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Bremen Jan Büsing hob in seinem Grußwort den Wunsch nach einer modernen und effektiven Verwaltungsgerichtsbarkeit hervor, die das Bedürfnis der Rechtsschutzsuchenden nach einer schnellen Reaktion erfülle. Er verband dies mit der an die Politik gerichteten Forderung nach einer angemessenen Personalausstattung.

Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Andreas Korbmacher widmete seinen Festvortrag dem Beitrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Effektivierung der Grundrechte.

Er betonte, dass den Fachgerichten im Rahmen der Wirkungsverstärkung des Grundgesetzes zahlenmäßig die Hauptlast und zeitlich der erste Zugriff obliege. Die Verwaltungsgerichte hätten sich der Aufgabe, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht (Fritz Werner) zu verstehen und selbst als Hüter der Verfassung zu fungieren, erfolgreich gestellt.

Der Festakt wurde musikalisch vom Streichquartett des Philharmonischen Orchesters Bremerhaven begleitet und mit einem anschließenden Empfang und Imbiss abgerundet.



Verwaltungsgerichtsbarkeit der Freien Hansestadt Bremen

Geschichte, Gegenwart & Zukunft



Deckblatt des Jubiläumsbandes

AUS DEN VERBÄNDEN

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

Ein Jubiläumsband, der anlässlich dieses bemerkenswerten Ereignisses herausgegeben wurde, bietet einen umfassenden Rückblick auf die Entwicklung der Bremischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Er beleuchtet nicht nur die historische Gründung und die dunklen Jahre während des Nationalsozialismus, in denen die Gerichtsbarkeit nahezu bedeutungslos wurde, sondern auch die Wiederbelebung nach dem Zweiten Weltkrieg und die Rolle der Gerichtsbarkeit in den folgenden Jahrzehnten bis hin zu den aktuellen Fragen unserer Zeit.

Besonders hervorzuheben sind die Fallzählungen, die in diesem Jubiläumsband detailliert nachgezeichnet werden. So wird beispielsweise im Fall „C & A Brenninkmeijer gegen den Bremer Senat“ aus den 1950er-Jahren die wirtschaftliche Bedeutung des Verwaltungsrechts deutlich, während der „Fall Kurnaz“ die Rolle des Gerichts in internationalen Kontroversen aufzeigt. Die für die jeweiligen Jahrzehnte typischen Konflikte zwischen Staat und Bürgern machen deutlich, welche zentrale Rolle das Verwaltungsgericht in den gesellschaftspolitischen Debatten seiner Zeit einnahm. Besondere Beachtung finden auch jüngere Fälle, wie die

Entscheidungen zum ‚Offshore-Terminal Bremerhaven‘ und zu den umstrittenen ‚Bremer Affenversuchen‘. Ebenso werden in der ‚Corona-Rechtsprechung‘ und den Verfahren zum aufgesetzten Parken sowie zu den Kosten von Hochrisikofußballspielen aktuelle gesellschaftliche Fragen thematisiert. Diese Erzählungen geben nicht nur einen Einblick in die Rechtsgeschichte Bremens, sondern verdeutlichen auch die wichtige Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Schutz der Bürgerrechte und die Durchsetzung des Rechtsstaats.

Der Jubiläumsband „100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit der Freien Hansestadt Bremen“ ist in digitaler Form auf den Onlinepräsenzen der Bremischen Verwaltungsgerichtsbarkeit frei verfügbar.

Dr. Frauke Kruse, Richterin am Verwaltungsgericht, derzeit Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe und

David Peter Grieff, Richter am Verwaltungsgericht, Bremen

75 Jahre niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit

Zum 01.04.1949 wurden das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht sowie zum 01.05.1949 die Landesverwaltungsgerichte in Braunschweig, Hannover und Oldenburg errichtet. Anlässlich ihres 75-jährigen Bestehens richtete die niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Reihe von Veranstaltungen und Projekten aus. Der folgende Überblick stellt eine Zusammenfassung der – teils gekürzten – Pressemitteilungen dar.

I. Das **Niedersächsische Oberverwaltungsgericht** lud am 29.05.2024 zu einem Festakt im Fürstensaal des Rathauses der Hansestadt Lüneburg mit anschließendem Empfang.

Mehr als 150 Gäste waren der Einladung des Präsidenten des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts Dr. Frank-Thomas Hett gefolgt, unter ihnen die Niedersächsische Justizministerin Dr. Kathrin Wahlmann, der Vizepräsident des Niedersächsischen Landtags Marcus Bosse, der Präsident des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs Wilhelm Mestwerdt, weitere wichtige Vertreterinnen und Vertreter aus Justiz, Politik, Verwaltung und Anwaltschaft sowie zahlreiche Angehörige des Gerichts.

Auf die Begrüßung der Gäste durch die Vizepräsidentin des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts Andrea Blumenkamp folgten Grußworte unter anderem der Niedersächsischen Justizministerin Dr. Kathrin Wahlmann, der Oberbürgermeisterin der Hansestadt Lüneburg Claudia Kalisch sowie des Präsidenten des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts Dr. Frank-Thomas Hett.

Die sich anschließende Festrede des Präsidenten des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs Wilhelm Mestwerdt stand unter der Überschrift „Vergangenheit kennen, Gegenwart organisieren und Zukunft gestalten“.

Dr. Frank-Thomas Hett zu dem feierlichen Akt: „Seit 75 Jahren ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Niedersachsen ein Garant für Rechtsstaatlichkeit und Bürgerrechte. Sie sorgt dafür, dass staatliches Handeln transparent und überprüfbar bleibt, und stärkt das Vertrauen und die Rechte der Menschen in unserem Land. Dieses Jubiläum ist Anlass für mich, den Einsatz und die Integrität all jener zu würdigen, die tagtäglich in unseren Gerichten für Rechtsschutz und Rechtssicherheit einstehen.“

II. Das **Verwaltungsgericht Braunschweig** eröffnete eine Ausstellung zur Geschichte des Gerichts, in der es über die Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und die Zuständigkeiten des Verwaltungsgerichts Braunschweig im Besonderen informierte. Besondere Zuständigkeiten ergeben sich daraus, dass einige Bundesbehörden ihren Sitz in Braunschweig haben. So entscheidet das Gericht über Fragen des Luftverkehrsrechts in erster Instanz für das gesamte Bundesgebiet, sofern es um Maßnahmen des in Braunschweig ansässigen Luftfahrt-Bundesamtes geht. Auch über die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln durch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit entscheidet das VG Braunschweig bundesweit als einziges erstinstanzliches Gericht.

Die Ausstellung zeigte Schriftstücke zur Einrichtung des Verwaltungsgerichts auf Anweisung der britischen Besatzungsmacht und Auszüge aus Prozessakten der 1940er- bis 1960er-Jahre, die das Niedersächsische Landesarchiv (Abteilung Wolfenbüttel) zur Verfügung gestellt hatte. In den Akten spiegeln sich die besonderen Themen und Probleme der Zeit wider, zum Beispiel der Umgang mit nationalsozialistischem

Unrecht. Die Aktenauszüge zeigen aber auch, dass das Verwaltungsgericht seinerzeit schon über Konflikte zu entscheiden hatte, die auch heute noch die Arbeit des Gerichts bestimmen (z. B. Streitigkeiten über Abgaben). In Begleittexten zu den Aktenauszügen erläuterte das Landesarchiv die jeweiligen Fälle und ordnete die Verfahren historisch ein.

Darüber hinaus zeigte die Ausstellung in großformatigen Bilderrahmen eine Auswahl von Presseberichten über Entscheidungen des Gerichts, die in den letzten Jahrzehnten ergangen sind. Schon die Überschriften der ausgestellten Presseberichte deuteten auf die Vielfalt der Verfahren hin, mit denen das Verwaltungsgericht beschäftigt war und für die sich die Öffentlichkeit interessiert hat: „Revolver darf nicht unters Kissen“, „Haschkekse gefuttert – futsch ist der Führerschein“, „Eine Ohrfeige fürs Rotbäckchen“, „Polizeikette bei Risikospiel rechtmäßig“, „Trödelnder Lehrer gefeuert“, „VW darf weiter Autos verkaufen“ – und viele mehr. An einem Bildschirm konnten sich die Besucherinnen und Besucher über die Rechtsprechung der einzelnen Kammern des Gerichts anhand von Leitsätzen informieren.

Ergänzt wurde die Ausstellung durch eine Reihe von heute zum Teil skurril wirkenden Objekten, die einen Eindruck von der Arbeitsweise der Richterinnen und Richter sowie der anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Gerichts in der „vordigitalen Zeit“ vermittelten. So war neben Briefwägen, schweren Frankiergeräten und Stempeln z. B. ein Diktiergerät zu sehen, mit dem Diktate auf Schallplatte aufgenommen wurden.

III. Das **Verwaltungsgericht Hannover** führte anlässlich des Jubiläums zwei außergewöhnliche Projekte durch:

1. In einem – bundesweit wohl einzigartigen – Feedbackverfahren waren insbesondere Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Behörden, die regelmäßig mit dem Verwaltungsgericht Hannover zu tun haben, aufgerufen, über ein Onlineportal ein substanziiertes Feedback zur Arbeit des Verwaltungsgerichts Hannover abzugeben. Die Ergebnisse wurden im Rahmen einer Podiumsdiskussion am 31.05.2024 im Fachgerichtszentrum vorgestellt.

Dabei wurden insbesondere die Aspekte einer (zu) großen Staatsnähe des Verwaltungsgerichts diskutiert, aber auch betont, dass die Bestätigung exekutiven Handelns vor dem Hintergrund der Bindung der Behörden an Recht und Gesetz ein gutes Zeichen sei.

Kritisiert wurden von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Feedbackverfahrens insbesondere die langen Verfahrenslaufzeiten in Hauptsacheverfahren. Im Rahmen der Podiumsdiskussion wurden die gestiegenen Verfahrenszahlen und die Anstrengungen des Gerichts zur Reduzierung der Verfahrenslaufzeiten hervorgehoben, aber auch die praktischen Auswirkungen langer Verfahrenslaufzeiten auf die Beteiligten dargelegt. Daneben wurden von den Podiumsgliedern insbesondere gerichtliche Hinweise im schriftlichen Verfahren bzw. die Möglichkeiten eines frühen ersten Termins angesprochen, die im Einzelfall dem schnelleren Abschluss eines Verfahrens dienen könnten. Zusätzlich wurde jedoch auch die Bedeutung der mündlichen Verhandlung und deren gewöhnlich gute Leitung durch die Richterinnen und Richter des Verwaltungsgerichts unterstrichen.

Die Kommunikation mit den Richterinnen und Richtern, mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aus den Service-

einheiten und auch den Umgang mit den Wachtmeisterinnen und Wachtmeistern des Verwaltungsgerichts Hannover haben die Beteiligten besonders erfreulich bewertet. Hinsichtlich der (technischen) Ausstattung des Gerichts ergibt sich eine hohe Zufriedenheit der Beteiligten. Häufigere Videoverhandlungen wünschten sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Feedbackverfahrens nur vereinzelt.

Darüber hinaus erhielt das Gericht viele Kommentare mit teils sehr konstruktiven Verbesserungsvorschlägen. Diese werden nunmehr Anlass geben, die Arbeit des Gerichts in der Zukunft noch weiter zu optimieren. Alle Beteiligten sprachen sich dafür aus, den gemeinsamen Austausch und das kollegiale Miteinander zur Gewährleistung eines funktionierenden Rechtsstaates auch in der Zukunft aufrechtzuerhalten und zu fördern.

Die Präsentation der wesentlichen Ergebnisse, die zu Beginn der Podiumsdiskussion vorgestellt wurden, stehen auf der Homepage des Gerichts zum Download bereit:

<https://www.verwaltungsgericht-hannover.niedersachsen.de/aktuelles/veranstaltungen/podiumsdiskussion-feedback-von-aussen-am-31-05-2024-231384.html>

2. Was macht eigentlich ein Verwaltungsgericht? Ein Film, den Bedienstete des Verwaltungsgerichts Hannover gedreht haben, nähert sich dieser Frage auf humorvolle Art und Weise.

Der Film „Der Affe im Mietshaus – ein Fall für das Verwaltungsgericht“ wurde bei der Veranstaltung gezeigt und ist über folgenden Link auf YouTube zu sehen:

https://www.youtube.com/watch?v=Wzkk6_vBsgY

IV. Das **Verwaltungsgericht Lüneburg** führte mit Studierenden der Law School der Leuphana Universität Lüneburg am 31.05.2024 einen Moot Court durch.

Insgesamt zehn Studierende erhielten nach entsprechender Vorbereitung die Gelegenheit, in die Rollen der Prozessbeteiligten zu schlüpfen und eine mündliche Verhandlung durchzuspielen. Als Vorlage diente ein bereits verhandelter Fall aus dem Bereich des Tierschutzrechts. Die zwei parallel stattfindenden Verhandlungen wurden jeweils durch eine Richterin und einen Richter des Verwaltungsgerichts Lüneburg geleitet. Zudem übernahmen zwei weitere Richterinnen und Richter die Rolle einer Zeugin und eines Sachverständigen. Der Zuschauerbereich war mit Studierenden und Kolleginnen und Kollegen des Verwaltungsgerichts gut besucht.

Die Verhandlungssimulationen und insbesondere auch die anschließende Diskussionsrunde mit zahlreichen Richterinnen und Richtern des Verwaltungsgerichts Lüneburg boten eine interessante Möglichkeit, praktische Erfahrungen zu sammeln sowie rechtliche und organisatorische Fragestellungen zur Verwaltungsgerichtsbarkeit zu diskutieren. Mit dieser Zusammenarbeit der Leuphana Universität und des Verwaltungsgerichts ist es gelungen, die Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zuletzt als Hüterin der Grundrechte hervorzuheben. Die jährliche Wiederholung einer solchen Veranstaltung wurde sowohl von den Studierenden der Leuphana Universität Lüneburg als auch den Richterinnen und Richtern des Verwaltungsgerichts Lüneburg befürwortet.

V. Das **Verwaltungsgericht Oldenburg** veranstaltete am 01.06.2024 einen Tag der offenen Tür. Rund 150 Besucherinnen und Besucher nutzten die Gelegenheit, einen Blick hinter die Kulissen zu werfen und sich über die vielfältigen

AUS DEN VERBÄNDEN

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

Aufgaben und die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu informieren.

Der Präsident des Verwaltungsgerichts Andreas Keiser hob in seiner Begrüßung die elementare Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit für den Rechtsstaat hervor. Auf zwei Ebenen im Gebäude am Kasinoplatz konnten die Gäste einen Blick in die Räumlichkeiten und Sitzungssäle des Verwaltungsgerichts werfen. Anhand von Info-Tafeln informierten die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Gerichts u. a. über die Historie und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, über die Inhalte und den Ablauf des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sowie über die verschiedenen Berufe in der Justiz. Bei Kaffee und Kuchen entstand ein reger Austausch zwischen den Gerichtsangehörigen und ihren Gästen.

Den Auftakt für das vielseitige Programm bildete eine Podiumsdiskussion zum Thema „Asyl und Migration als Herausforderungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit“. Die Rechtsanwältin Mareike Kaempf, der Vorsitzende Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Robert Keller, der Referatsleiter der Außenstelle Oldenburg des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge Thomas von der Lehr sowie die Mitglieder des Niedersächsischen Landtags Jens Nacke und Ulf Prange diskutierten aus ganz unterschiedlichen Perspektiven über die hohe Belastung der Verwaltungsgerichte mit Asylverfahren und ihre Auswirkungen auf die verwaltungsgerichtliche Praxis. So kontrovers die Positionen im Einzelnen auch sein mochten, bestand doch übergreifend Konsens, dass die Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren nur durch eine angemessene Personalausstattung im richterlichen und nichtrichterlichen Dienst beschleunigt werden kann. Die Richterin am Verwaltungsgericht Cornelia Alberts moderierte die Podiumsdiskussion, die mit Beiträgen und Rückfragen aus dem Publikum abgerundet wurde.

Anschließend konnten interessierte Besucherinnen und Besucher selbst in einer Mitmachverhandlung aktiv werden und in die Rolle von Richter/-innen, Kläger/-innen, Anwält(e)-innen, Behördenvertreter/-innen sowie Zeug(e)-in schlüpfen. Sie wurden dabei von erfahrenen Richterinnen und Richtern des Verwaltungsgerichts unterstützt. Gegenstand einer ersten Verhandlung zum Mitmachen für Erwachsene war die Klage gegen den Entzug einer Fahrerlaubnis. In einer weiteren Verhandlung zum Mitmachen für Kinder wurde ein Fall aus dem Schulrecht – Ausschluss von der Klassenfahrt – verhandelt. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer gestalteten die mündliche Verhandlung in einem Sitzungssaal des Gerichts in Anwesenheit zahlreicher Zuschauerinnen und Zuschauer mit großem Engagement und sichtbarer Freude.

VI. Das **Verwaltungsgericht Osnabrück** lud am 31.05.2024 zu einer Feierstunde, in deren Rahmen der Präsident des Verwaltungsgerichts Prof. Dr. Gert Armin Neuhäuser insbesondere zahlreiche Vertreter aus den Behörden und der Anwaltschaft begrüßen durfte. Dabei stellte er vor allem auf die Rolle der Verwaltungsgerichte ab, die als Hüterin der Grundrechte den Rechtsschutz für Bürgerinnen und Bürger, die sich gegen behördliches Handeln wenden, sicherstellen.

Die Niedersächsische Justizministerin Dr. Kathrin Wahlmann wies in ihrem Redebeitrag darauf hin, dass das diesjährige Jubiläum des Grundgesetzes eng verbunden sei mit dem Geburtstag der Niedersächsischen Verwaltungsgerichts-

barkeit. Die Verwaltungsgerichte stellten den Schutz des Rechtsstaates sicher. Die Doppelrolle, die die Verwaltungsgerichte einnehmen, sei nicht immer einfach, häufig unbequem, aber diese Selbstkontrolle des Staates sei umso wichtiger. Der Präsident des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts Dr. Frank-Thomas Hett appellierte vor dem Hintergrund des Art. 97 Abs. 1 GG an die Unabhängigkeit der Justiz und bestärkte die Richterschaft, diese weiterhin so zu praktizieren. Ihre Entscheidungen seien für die Exekutive wichtige Eckpfeiler für die behördliche Praxis.

Für den musikalischen Rahmen sorgte „Jazzaffair“ (Max Westkemper – Klavier, Mario Emde – Kontrabass und Inga Dopjans-Steenken – Saxophon). Das Trio begeisterte mit Stücken von Beethoven bis zu den Beatles. Beim anschließenden Empfang bot sich die Gelegenheit zum Austausch mit dem richterlichen sowie nichtrichterlichen Dienst des Verwaltungsgerichts.

VII. Das **Verwaltungsgericht Stade** veranstaltete am 28.05.2024 einen Festakt im historischen Königsmarcksaal des Rathauses in Stade, zu dem die Präsidentin des Verwaltungsgerichts Susanne Lang zahlreiche Gäste, darunter Vertreter aus der Politik, den Gebietskörperschaften, der Justizverwaltung, der Anwaltschaft und den Gerichten begrüßte.

In ihrer Begrüßung strich Frau Präsidentin Lang heraus, dass die Verwaltungsgerichte die Garantie des effektiven Rechtsschutzes und den allgemeinen Justizgewährungsanspruch gegenüber jeder Art von Rechtsverletzungen gewährleisten. Auch wenn die Verwaltungsgerichtsbarkeit mitunter als umständlich und kompliziert wahrgenommen werde, so habe die niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere auch das Verwaltungsgericht Stade, ein modernes Antlitz, was sich auch im Grad der erreichten Digitalisierung manifestiere.

Der Bürgermeister der Hansestadt Stade, Sönke Hartlef, skizzierte in seinem Grußwort den historischen Werdegang der Justiz in Stade in der Anfangszeit ausgehend von der Nutzung des Königsmarcksaals zu gerichtlichen Zwecken bis hin zum Verwaltungsgericht am heutigen zentrumsnahen Standort am Platz Am Sande in Stade.

Der Staatssekretär im Niedersächsischen Justizministerium Dr. Thomas Smollich ging in seinem Rückblick darauf ein, dass das Verwaltungsgericht Stade durchaus zwei Bezugspunkte für einen zu feiernden Geburtstag annehmen könne. Zum einen wurden mit der „Verordnung über die Verwaltungsgerichte im Land Niedersachsen“ vom 31.03.1949 auswärtige Kammern des Landesverwaltungsgerichts Oldenburg in Stade



Verwaltungsgericht Hannover

© Verwaltungsgericht Hannover

errichtet. Zum anderen entstand das Verwaltungsgericht Stade als selbstständiges Verwaltungsgericht am 01.04.1981 auf Betreiben des Rechtsausschusses des Landtages entgegen den Planungen der Landesregierung, die den Standort Lüneburg favorisiert hatte.

In seinem Festvortrag „Verwaltungsgerichtsbarkeit in der digitalen Gesellschaft – Impressionen zur Kontinuität im Wandel“ beleuchtete Prof. Dr. Uwe Berlit, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D., die Auswirkungen der Digitalisierung auf die spruchrichterliche Tätigkeit. Die fortschreitende Digitalisierung führe in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unruhigen, schwierigen und zugleich spannenden Zeiten einer zukunftsorientierten Umgestaltung im laufenden Gerichtsbetrieb. Sie erfordere eine Rückbesinnung auf die Grundziele der Verwaltungsgerichtsbarkeit: die Durchset-

zung des Rechtsstaates durch Gewährung inhaltlich wirksamen Rechtsschutzes in angemessener Zeit, in transparenten Verfahren und zu anschlussfähigen Konditionen.

Für den musikalischen Rahmen sorgten Michael Fuerst am Cembalo und Theo Small an der barocken Flöte (Traverso), die mit ihrer virtuos Interpretation barocker Musik allseits zu begeistern wussten. Die abwechslungsreiche Veranstaltung fand bei einem anschließenden Empfang mit Stehimbiss, der den Teilnehmenden die Möglichkeit eines regen Austausches bot, ihren Ausklang.

Cornelia Alberts, Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht, Oldenburg

Die Deutsch-Ukrainischen Kolloquien „Verwaltungsprozess“ nach dem 24. Februar 2022 – Erfahrungsaustausch in Zeiten des Krieges

Bereits seit dem Jahre 2005 – und damit seit nunmehr fast 20 Jahren – gibt es eine Zusammenarbeit zwischen der ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes Rheinland-Pfalz, die unter dem Namen „Deutsch-Ukrainisches Kolloquium Verwaltungsprozess“ eine besondere Form des unmittelbaren Erfahrungsaustausches zwischen den Richterinnen und Richtern beider Gerichtsbarkeiten gefunden hat. Eine tragende Rolle bei der Organisation dieser außergewöhnlichen Begegnungen kommt dabei seit jeher der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ) zu.

Mit dem Beginn des völkerrechtswidrigen russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine am 24.02.2022 befindet sich der ukrainische Staat als ein nach seiner Verfassung der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit verpflichteter souveräner Staat am östlichen Rand Europas in einem Existenzkampf, der auch die ukrainische Justiz im Allgemeinen und die ukrainische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Besonderen vor gewaltige, für uns kaum vorstellbare Herausforderungen stellt. Dabei darf man nicht vergessen, dass sich die Ukraine nach der völkerrechtswidrigen Besetzung der Krim durch Russland und den Kämpfen im Osten des Landes bereits seit dem Jahr 2014 de facto im Krieg befindet. Wie die Ukraine insgesamt hat auch die ukrainische Verwaltungsgerichtsbarkeit eine bewundernswerte Resilienz und Anpassungsfähigkeit entwickelt, die es ermöglicht haben, den Justizbetrieb auch unter Kriegsbedingungen im Wesentlichen aufrechtzuerhalten, wenn auch unter schmerzlichem Verlust von Gerichtsstandorten in Luhansk und Donezk. Und auch die Deutsch-Ukrainischen Kolloquien konnten im Jahre 2023 wiederaufgenommen und im Jahre 2024 fortgesetzt werden.

1. Ein kurzer Rückblick

Schon bald nach der Unabhängigkeit der Ukraine im Jahre 1991 wurden über die IRZ erste Kontakte zur rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichtsbarkeit geknüpft, um das Land bei seinem Bestreben zu unterstützen, allgemein anerkannte Rechtsschutzstandards europäischer Rechtsordnungen auch im ukrainischen Verwaltungsprozessrecht zu gewährleisten. Die seit dem Jahre 1993 bei zahlreichen Fachgesprächen, Konferenzen und gegenseitigen Gerichtsbesuchen entwickelten Überlegungen mündeten in Entwürfe einer ukrainischen Verwaltungsgerichtsordnung, zu denen Vertreter der rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gutachterlich Stellung genommen haben. Im Jahre 2002 wurde zunächst das Gesetz über den Gerichtsaufbau der Ukraine verabschiedet, das die Schaffung einer eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vorsah, bestehend aus Verwaltungsgerichten, Berufungsverwaltungsgerichten und dem Revisionsverwaltungsgericht bei dem Obersten Gericht. Am 01.09.2005 konnte schließlich auch das Gesetzbuch über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Kraft treten (vgl. zum Ganzen Steinkühler, Von Testpiloten und Verwaltungsrichtern, in: Hülshörster/Mirow (Hrsg.), Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland, Berlin 2012, S. 209 ff.).

Seit dem Jahre 2005 kommen in der Regel einmal im Jahr jeweils eine Woche lang ukrainische Verwaltungsrichterinnen und -richter nach Koblenz, um das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz und die Verwaltungsgerichte in Koblenz, Mainz und Trier zu besuchen; hieraus entstand das „Deutsch-Ukrainische Kolloquium Verwaltungsprozess“. Rheinland-pfälzische Kolleginnen und Kollegen konnten auch regelmäßig an Seminaren in der Ukraine teilnehmen.

AUS DEN VERBÄNDEN

BDVR-Rundschreiben 4|2024

Da die ukrainische Verwaltungsgerichtsordnung sich stark an der VwGO orientiert, erwies sich der Erfahrungsaustausch insbesondere zu Fragen des Verwaltungsprozessrechts als sehr fruchtbar. Eine zeitweilige Krise trat allerdings vorübergehend in der Zeit der Machtausübung des früheren, nicht westlich orientierten Präsidenten Janukowyc ein (dazu und zur Entwicklung bis Mai 2012 näher Steinkühler, a. a. O., S. 209 ff.). In der Folge des Sturzes dieses Präsidenten in der sog. Maidan-Revolution im Dezember 2014 konnten diese Probleme schrittweise überwunden werden.

Insbesondere die ab dem Jahre 2015 durchgeführten Kolloquien waren zunehmend durch den Austausch mit einer meist jüngeren Generation ukrainischer Verwaltungsrichterrinnen und -richter geprägt, die stark an den Rechtsvorstellungen der Europäischen Union orientiert ist und an deren rechtsstaatlicher Überzeugung keine Zweifel mehr bestehen.

In den Jahren der Corona-Pandemie (2020 bis 2022) konnte der fachliche Austausch im Wege von Onlinekonferenzen aufrechterhalten werden.

2. Die Deutsch-Ukrainischen Kolloquien Verwaltungsprozess nach dem 24. Februar 2022

Mit dem Beginn des gegen die Ukraine geführten russischen Angriffskrieges am 24.02.2022 konnte der fachliche und persönliche Austausch nun auch kriegsbedingt zunächst nur noch durch Onlineveranstaltungen weitergeführt werden. Trotz der Belastungen durch den Krieg führt die Ukraine ihre rechtsstaatlichen Reformen intensiv fort, wobei die Verleihung des EU-Beitrittskandidatenstatus an die Ukraine im Juni 2022 sowie die im Dezember 2023 erfolgte Ankündigung der Aufnahme von Beitrittsverhandlungen den Reformbestrebungen sicherlich einen erheblichen Motivationsschub gegeben haben (vgl. dazu *Hertig*, Ukraine und Moldau, in: *WiRO* 2024, S. 76).

Die ab Sommer 2023 geplante Wiederaufnahme des Kolloquiums in Präsenz in Koblenz stellte indessen beide Seiten – und insbesondere auch die IRZ – vor ganz neue organisatorische Herausforderungen: Da der Luftraum über der Ukraine für zivile Flüge kriegsbedingt gesperrt ist, musste die An- und Abreise der ukrainischen Kolleginnen und Kollegen nun zeitaufwendig bis bzw. ab der ukrainisch-polnischen Grenze auf dem Landweg erfolgen. Dennoch konnten seither drei Deutsch-Ukrainische Kolloquien in Koblenz erfolgreich durchgeführt werden, auf die im Folgenden ein näherer Blick geworfen werden soll:

a. Das 16. Deutsch-Ukrainische Kolloquium vom 17. bis zum 22. Juli 2023

An dem ersten nach dem Kriegsausbruch veranstalteten Kolloquium konnten mit *Frau Zhanna Melnyk-Tomenko*, *Herrn Oleksander Starodub* und *Herrn Vyacheslav Chohuliak* eine Richterin und zwei Richter des Revisionsverwaltungsgerichts des Obersten Gerichts, also des obersten Verwaltungsgerichts der Ukraine mit Sitz in Kyiv, teilnehmen. Das Fachprogramm am Obergericht Rheinland-Pfalz in Koblenz umfasste die Teilnahme an einer Sitzung des 2. Senats unter dem Vorsitz von Herrn PräsOVG Prof. Dr.

Lars Brocker sowie ein Gespräch mit dem seinerzeitigen Vertreter des öffentlichen Interesses, dem heutigen Vize-PräsOVG Dr. Jörg Schumacher. Fachvorträge hatten u. a. die „Einwirkungen des Verfassungsrechts bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe“ (am Beispiel von Fällen aus dem Schulrecht), „Aktuelle Fragen des Versammlungsrechts“ sowie „Wirtschaftsverwaltungsrecht und europarechtliche Bezüge“ (am Beispiel von Fällen aus dem Weinrecht) zum Gegenstand; die zuletzt genannte Veranstaltung wurde am frühen Abend passenderweise mit einer Weinprobe auf Einladung von Herrn PräsOVG Prof. Dr. Brocker verbunden, was großen Anklang fand!

Der dritte Tag führte unsere Gäste auf einer ganztägigen Exkursion in die Landeshauptstadt Mainz. Nach einem Besuch des Verwaltungsgerichts Mainz, bei dem die Präsidentin des Gerichts Dr. Bettina Freimund-Holler und dessen Vizepräsidentin Andrea Nesseler-Hellmann einen Überblick über die Arbeit des Gerichts gaben, wurden unsere Gäste im Landtag Rheinland-Pfalz von dessen Präsidenten Hendrik Hering im Plenarsaal des Landtags begrüßt und konnten sich in das Gästebuch des Landtags eintragen. Am Nachmittag bestand Gelegenheit zur Teilnahme an einer Plenarsitzung des Landtags. In einem anschließenden Fachgespräch unter der Leitung der Direktorin beim Landtag Ursula Molka ging es um das Thema „Der Landtag als Beteiligter vor den Verwaltungsgerichten und dem Verfassungsgerichtshof“. Der Tag klang mit einem Stadtpaziergang (mit Besuch des Mainzer Doms) sowie mit einem Abendessen auf Einladung des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs und des Obergerichts Prof. Dr. Brocker in einem Mainzer Traditionslokal aus.

Am vierten Tag des Besuchs schlossen sich – wieder in Koblenz – noch Fachvorträge zur „Arbeit des Asylrechtsensats des Obergerichts Rheinland-Pfalz“ und zum Disziplinarrecht an. Bei einem Gespräch mit den Senatsvorsitzenden des Obergerichts Rheinland-Pfalz berichteten die ukrainischen Gäste eindrucksvoll über die Arbeit des Revisionsverwaltungsgerichts unter Kriegsbedingungen. Zum Abschluss des Tages durfte ein Stadtpaziergang am Rhein mit Seilbahnfahrt auf die Festung Ehrenbreitstein nicht fehlen.

Am abschließenden fünften Tag des Kolloquiums traf als Gastreferent Richter am Bundesverwaltungsgericht Martin Steinkühler aus Leipzig ein, der seine Laufbahn am Verwaltungsgericht Koblenz und am Obergericht Rheinland-Pfalz begonnen hatte. Er berichtete über „Erstinstanzliche Planungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht“ sowie über das Geschichtsprojekt des Bundesverwaltungsgerichts. Bei dem Abschlussgespräch mit Herrn PräsOVG Prof. Dr. Brocker und weiteren Teilnehmern brachten die drei ukrainischen Gäste auch ihre große Dankbarkeit für das abwechslungsreiche und für sie sehr lehrreiche Tagungsprogramm zum Ausdruck, bevor sie sich auf den beschwerlichen Rückweg nach Kyiv begaben.

b. Das 17. Deutsch-Ukrainische Kolloquium vom 4. bis zum 8. Dezember 2023

Kurz vor Ende des Jahres 2023 konnte noch ein weiteres Kolloquium erfolgreich durchgeführt werden, an dem nun

wieder vier Gäste aus der Ukraine teilnehmen konnten: die *Richterin des Revisionsverwaltungsgerichts des Obersten Gerichts Anna Buchyk, der Richter des Berufungsverwaltungsgerichts Kyiv Vasyl Kliuchkovych, der Richter des Berufungsverwaltungsgerichts Lwiw Vitali Zatolochnyi, und die Richterin des Verwaltungsgerichts Donetsk Olena Koshkosh.*

Im Fachprogramm des ersten Tages wurde mit einem Vortrag zur „IT am Richterarbeitsplatz, Herausforderungen und Erfahrungen bei der Einführung der elektronischen Akte“ ein aktuelles Thema der Gerichtsverwaltung beleuchtet, was angesichts des bemerkenswert hohen Stands der Digitalisierung in der Ukraine bei den Gästen auf großes Interesse stieß.

Am zweiten Tag wurden die Gäste zunächst in einem Fachvortrag über die „Arbeit des Asylrechtssenats des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz“ auf die Sitzung des 13. Senats des Oberverwaltungsgerichts, bei dem die Zuständigkeit für asylrechtliche Streitverfahren in der zweiten Instanz konzentriert ist, eingestimmt, an der sie am vierten Tag teilnehmen konnten. Neben der Wiederaufnahme von Vortragsthemen aus dem vorherigen Kolloquium wurde auch ein Fachvortrag zu „Zusammensetzung und Aufgaben der einzelnen Richtervertretungen (Richterrat, Hauptrichterrat und Präsidialrat)“ angeboten.

Am dritten Tag ging es wieder zu einer ganztägigen Exkursion in die Landeshauptstadt Mainz, mit einem Besuch bei dem Verwaltungsgericht Mainz und einem Empfang durch den Präsidenten des Landtags Hendrik Hering sowie anschließendem Mittagessen auf dessen Einladung im Restaurant des Landtags. Neben einem Fachaustausch mit der Direktorin beim Landtag *Ursula Molka* standen wieder ein Stadtspaziergang mit Dombesuch und zum Abschluss ein gemeinsames Abendessen auf Einladung von *Herrn PräsOVG Prof. Dr. Brocker* auf dem Programm.

Am vierten Tag stand dann die Teilnahme an der Sitzung des 13. Senats des Oberverwaltungsgerichts in Koblenz im Mittelpunkt. Nach Fachvorträgen zu verschiedenen Themen des vorherigen Kolloquiums konnten die ukrainischen Gäste am Nachmittag an der traditionellen Adventfeier des Oberverwaltungsgerichts teilnehmen.

Am abschließenden fünften Tag war das Gespräch mit den Senatsvorsitzenden des Oberverwaltungsgerichts ein Höhepunkt für beide Seiten, denn die Kolleginnen und Kollegen aus der Ukraine berichteten eingehend von der aktuellen Situation und den besonderen Herausforderungen für die ukrainische Verwaltungsgerichtsbarkeit unter den Bedingungen des Krieges. So musste etwa der Sitz des Verwaltungsgerichts Donetsk aufgrund der anhaltenden russischen Besetzung der Stadt an einen anderen Ort verlegt werden, kann aber von dort aus seine Entscheidungen vor Ort nicht durchsetzen. Der Arbeitsbesuch endete wieder mit einem abschließenden Gespräch mit *Herrn PräsOVG Prof. Dr. Brocker*.

c. Das 18. Deutsch-Ukrainische Kolloquium vom 8. Juli bis zum 12. Juli 2024

Zu dem Kolloquium im Sommer des Jahres 2024 konnten mit dem *Richter des Revisionsverwaltungsgerichts des Obersten Gerichts Andrii Zahorodniuk* ein Vertreter der 3. Instanz, mit dem

Präsidenten des 8. Berufungsverwaltungsgerichts in Lwiw Oleh Zaverukha und der Präsidentin des 7. Berufungsverwaltungsgerichts in Winnyzia Tetiana Drachuk zwei Vertreter der 2. Instanz sowie mit der *stellvertretenden Verwaltungsleiterin des Obersten Gerichts und Leiterin des Sekretariats des Revisionsverwaltungsgerichts des Obersten Gerichts Nataliia Bohdaniuk* erstmals auch eine hochrangige Vertreterin der Gerichtsverwaltung begrüßt werden.

Das Fachprogramm an den ersten beiden Tagen umfasste noch einmal Vorträge und Fachgespräche zum Disziplinarrecht, zu den Einwirkungen des Verfassungsrechts bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, zur IT am Richterarbeitsplatz, zum Asylrecht und zu aktuellen Fragen des Versammlungsrechts.

Bei der ganztägigen Exkursion am dritten Tag in die Landeshauptstadt Mainz mit Besuch des Verwaltungsgerichts Mainz und Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung wurde den ukrainischen Gästen am Nachmittag nach einem Empfang durch den Präsidenten des Landtags Hendrik Hering und im Anschluss an ein Mittagessen im Landtag auf dessen Einladung im Rahmen eines Fachaustauschs zu dem Thema „Der Landtag als Beteiligter vor den Verwaltungsgerichten und dem Verfassungsgerichtshof – Abgrenzung von verwaltungs- und verfassungsprozessualen Streitigkeiten“ die Möglichkeit zu weiteren Einblicken in das Landesparlament eröffnet.

Am vierten Tag wurde mit einem Fachvortrag zum „Landstransparenzgesetz Rheinland-Pfalz in der gerichtlichen Praxis“ ein neues Thema aufgegriffen, das bei den ukrainischen Gästen auf großes Interesse stieß. Im Laufe des Vormittags konnte mit Frau *Angela Schmeink* die neue Projektleiterin der IRZ-Stiftung für die Ukraine und Vietnam begrüßt werden und sich den Gästen vorstellen. Zum Abschluss des Vormittagsprogramms wurde noch einmal das Thema „Wirtschaftsverwaltungsrecht und europarechtliche Bezüge“ mit Fallbeispielen aus dem Weinrecht aufgegriffen, wegen der frühen Stunde dieses Mal ohne begleitende Weinprobe ... aber ein Gläschen Winzersekt zum Anstoßen aus dem Fundus des Präsidenten durfte es doch sein ... Nach einem Vortrag des neuen Vizepräsidenten des OVG Dr. Jörg Schumacher zu „Rechtsstellung, Aufgaben und Funktion des Vertreters des öffentlichen Interesses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren“ hatten die ukrainischen Gäste noch die Möglichkeit, auf Einladung der Richterschaft am späteren Nachmittag an dem Grillfest des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz und des Verwaltungsgerichts Koblenz im Innenhof teilzunehmen.

Das schon traditionelle Gespräch mit den Senatsvorsitzenden des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz am Abschlussstag stand diesmal ganz im Zeichen der Ausführungen der ukrainischen Gäste zu der aktuellen Situation und den daraus resultierenden besonderen Herausforderungen für die ukrainische Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eingangs wurde von ihnen ein Videofilm über die Entwicklung des Rechtsstaats und des Justizsystems seit der Unabhängigkeit des Landes gezeigt, in ukrainischer Sprache, aber mit englischsprachigen Untertiteln. In einer weiteren digitalen Präsentation wurde das Bezirksverwaltungsgericht in Lwiw (dem historischen Lemberg) vorgestellt, mit der Geschichte und Gegenwart seines Gebäudes (wozu auch ein aktuelles

AUS DEN VERBÄNDEN

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

Bild vom Luftschutzraum im Keller gehörte ...), seiner Arbeitsweise, seinen vielfältigen Beziehungen ins europäische Ausland, aber auch dem gemeinsamen sozialen Engagement der Richterschaft. Eindrucksvoll dann die aktuellen Zahlen zur Verfahrensbelastung und personellen Ausstattung der Verwaltungsgerichte in allen drei Instanzen: So waren etwa im Jahre 2023 bei allen erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten rund 400.000 Verfahren anhängig (die allerdings nur zu einem geringen Teil auch mündlich verhandelt werden mussten). Auch die Problematik von Stromausfällen bei Luftangriffen wurde angesprochen, was sich besonders negativ auf den Verlauf mündlicher Verhandlungen auswirken kann, da diese inzwischen ganz überwiegend im Wege digitaler Videokonferenzen über mehrere Standorte durchgeführt werden. Weiter kamen die die Verwaltungsgerichtsbarkeit beschäftigenden kriegsbedingten Verfahren zur Sprache, etwa zur Durchsetzung der Wehrpflicht oder zu Einschränkungen von Bürgerrechten (z. B. der Versammlungsfreiheit) durch das Kriegsrecht. Besonders beeindruckt haben aber die Ausführungen der Leiterin des Sekretariats des Revisionsverwaltungsgerichts zu dem mittlerweile sehr hohen Grad der Digitalisierung in der ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit: Aufgrund einer E-Justice-Novelle aus dem Jahre 2020 werden nicht nur die mündlichen Verhandlungen fast ausschließlich in Videokonferenzen geführt; auch die elektronische Aktenführung und die Digitalisierung der Richterarbeitsplätze sind offenbar weit fortgeschritten!

Mit dieser beeindruckenden Bestandsaufnahme der aktuellen Situation der ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit ging das 18. Kolloquium am Mittag des fünften Tages zu Ende.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Deutsch-Ukrainischen Kolloquien auch im Schatten der schrecklichen Kriegereignisse erfolgreich fortgesetzt werden konnten. Zwar war den ukrainischen Gästen eine gewisse (verständliche) Anspannung immer wieder anzumerken, wenn sie etwa über eine App auf ihren Mobilfunkgeräten die neuesten Meldungen über Luftangriffe auf ihr Land abriefen. Dies minderte indessen nicht ihre Konzentration auf die oft anspruchsvollen Fachvorträge und Gespräche. Immer wieder berührend ist die von unseren Gästen zum Ausdruck gebrachte große Dankbarkeit für die Möglichkeit der Teilnahme an einem an-



Teilnehmende des 17. Kolloquiums

© Dieter Langenbach

spruchsvollen und vielfältigen Arbeitsprogramm, für die erlebte Gastfreundschaft und auch schlicht für die Gelegenheit, einmal für ein paar Tage Abstand zu der belastenden Alltagssituation in ihrem Heimatland gewinnen zu können.

Besondere Anerkennung gebührt den bei den drei Kolloquien eingesetzten ukrainischen Dolmetschern, den Herren *Vitali Klymchenko* (16, 17. und 18. Kolloquium, der auch bereits das 1. bis 15. und damit sämtliche Kolloquien begleitet hat), *Oleh Blashchuk* (16. und 17. Kolloquium) und *Volodymyr Shved* (18. Kolloquium). Die sprachliche Betreuung der ukrainischen Gäste an fünf aufeinanderfolgenden Tagen über oft mehr als zehn Stunden sowohl bei den Fachvorträgen und Fachgesprächen als auch beim Rahmenprogramm stellt schon physisch eine außergewöhnliche Belastung dar. Eine besondere Herausforderung bildet jedoch die annähernd simultane Übersetzungsleistung (von der deutschen in die ukrainische Sprache und umgekehrt) bei den juristischen Fachvorträgen und -gesprächen zu oft sehr speziellen verwaltungsprozess- und verwaltungsverfahrenrechtlichen sowie gerichtsorganisatorischen Themen, aber auch komplexen Fragestellungen des materiellen öffentlichen Rechts einschließlich des europäischen Rechts. Dass die Dolmetscher dieser außergewöhnlichen Herausforderung gerecht geworden sind, wurde durch die oft spontanen Rückäußerungen der ukrainischen Kolleginnen und Kollegen deutlich, die darauf schließen ließen, dass alles von ihnen gut und richtig verstanden wurde!



Teilnehmende des 16. Kolloquiums

© Dieter Langenbach



Teilnehmende des 18. Kolloquiums

© Dieter Langenbach

3. Schlussbetrachtung

Wie eingangs bereits erwähnt, werden die Deutsch-Ukrainischen Kolloquien Verwaltungsprozess im Jahre 2025 auf eine bereits 20-jährige Geschichte zurückblicken können. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Lage der Ukraine stabilisiert, damit die beeindruckenden Fortschritte auf dem Gebiet der Rechtsstaatlichkeit – mit dem Ziel des Beitritts zur EU –

weitergeführt werden können, und dass wir auch im kommenden „Jubiläumjahr“ wieder Kolleginnen und Kollegen aus der ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit bei uns begrüßen können!

Hartmut Müller-Rentschler, *Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht, Rheinland-Pfalz*



Dr. Carola Graf ist neue Präsidentin des Verwaltungsgerichts Arnsberg

Dr. Carola Graf ist seit September 2024 die neue Präsidentin des Verwaltungsgerichts Arnsberg. Sie ist Nachfolgerin von Jürgen Jaenecke, der mit Ablauf des Monats August in den Ruhestand getreten ist.

Dr. Carola Graf wurde 1962 in Lünen geboren und ist verheiratet. Ihre richterliche Laufbahn begann sie im Dezember 1991 beim Verwaltungsgericht Arnsberg. Von dort wurde sie für drei Jahre an das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen abgeordnet. Während dieser Zeit wurde sie im Mai 2002 zur Richterin am Oberverwaltungsgericht ernannt. Von Juli 2006 bis Dezember 2011 war sie an die

Verwaltung des Landtags Nordrhein-Westfalen und erneut an das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen abgeordnet. Sie wurde im Juni 2015 zur Vorsitzenden Richterin am Oberverwaltungsgericht ernannt und leitete seitdem den 16. Senat. Seit Juni 2021 war sie als weitere ständige Vertreterin der Präsidentin des Oberverwaltungsgerichts eingesetzt.

Presseerklärung des Ministeriums der Justiz Nordrhein-Westfalen

Dr. Jörg Schumacher neuer Vizepräsident des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz

Mit Wirkung vom 01.07.2024 wurde der bisherige Ministerialdirigent Dr. Jörg Schumacher zum neuen Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz in Koblenz ernannt. Er folgt damit auf Dr. Ulrich Mildner, der Ende Juni 2024 in den Ruhestand getreten ist.

Dr. Jörg Schumacher wurde 1975 in Siegen geboren. Er trat im Juni 2005 als Richter auf Probe in den rheinland-pfälzischen

Justizdienst ein und arbeitete zunächst am Verwaltungsgericht Koblenz, bevor er für die Zeit vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2009 als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesverfassungsgericht wechselte. Nach seiner Rückkehr arbeitete Herr Dr. Schumacher ab Januar 2010 zu gleichen Teilen am Oberverwaltungsgericht und am Verfassungsgerichtshof. Im Oktober 2010 wurde er zum Richter am Oberverwaltungs-

PERSONALIA

BDVR-Rundschreiben 4 | 2024

gericht bei dem Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz ernannt. Vom 01.02.2012 bis zum 17.05.2017 ließ Herr Dr. Schumacher sich an das Ministerium der Justiz abordnen, wo er zum 18.05.2015 zum Leitenden Ministerialrat befördert wurde. Von Mai 2017 an arbeitete Dr. Jörg Schumacher als Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht. Hier leitete er den insbesondere für Bau- und Planungsrecht zuständigen 1. Senat, bis er im November 2020 erneut an das Ministerium der Justiz abgeordnet wurde, wo zum 18.05.2022 seine Beförderung zum Ministerialdirigenten erfolgte. Mit seiner Ernennung zum Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts ist Dr. Jörg Schumacher nun kraft Amtes auch ständiger Vertreter des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs.

Sein Vorgänger im Amt Dr. Ulrich Mildner war im September 1988 in den rheinland-pfälzischen Justizdienst eingetreten. An einen kurzen Einsatz als Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Koblenz schlossen sich Tätigkeiten als Richter bei den Verwaltungsgerichten in Koblenz und Mainz an. Von April 1991 an wurde er für zwei Jahre als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe abgeordnet. Im Anschluss war Dr. Ulrich Mildner als Richter am Thüringer Oberverwaltungsgericht in Weimar tätig. 1996 kehrte er als Richter am Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz in die hiesige Justiz zurück. Im Jahr 2003 wurde er an das Ministerium der Justiz in Mainz abgeordnet. Im Oktober 2005 folgte die Beförderung zum Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht. Im April 2015 wurde Dr. Ulrich Mildner zum Präsidenten des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz in Neustadt an der Weinstraße ernannt, bevor er zum 01.02.2020 zum Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts befördert wurde. Seit Juni 2016 war er zudem richterliches Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz. Als Senatsvorsitzender leitete er den insbesondere für das Kommunalabgaben- und Wirtschaftsverwaltungsrecht zuständigen 6. Senat.

Bei einem Empfang am 01.07.2024 aus Anlass des Amtswechsels würdigte der Justizminister Herbert Mertin den Werdegang von Dr. Ulrich Mildner und dankte ihm für sein langjähriges Engagement und seine treuen Dienste für die rheinland-pfälzische Justiz. Präsident des Oberverwaltungsgerichts Prof. Dr. Lars Brocker hob die innere Verbundenheit von Dr. Ulrich Mildner mit dem Oberverwaltungsgericht und der Gerichtsbarkeit sowie die gegenseitige Wertschätzung in der Hausleitung und am Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz hervor. Der Richter- und Personalrat des Oberverwaltungsgerichts bedankte sich im Namen aller Kolleginnen und Kollegen für die respektvolle und angenehme Zusammenarbeit. In seiner Abschiedsrede ließ Dr. Ulrich Mildner sein erfülltes Berufsleben und seine Erfahrungen Revue passieren. Er bedankte sich bei allen Justizangehörigen, die ihn hierbei begleitet und unterstützt haben. Dr. Jörg Schumacher betonte die besondere Bedeutung einer modernen und inno-

vativen Verwaltungsgerichtsbarkeit und freute sich darauf, die bereits in der Vergangenheit von Vertrauen geprägte Zusammenarbeit mit dem Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts fortzusetzen. Unter den Gästen waren auch die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz, die Präsidentin und Präsidenten der vier Verwaltungsgerichte und deren Vizepräsidentinnen und Vizepräsidenten, der Vizepräsident des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D. Prof. Herbert Landau und zahlreiche ehemalige Angehörige der rheinland-pfälzischen Verwaltungsgerichtsbarkeit.



Dr. Ulrich Mildner bei seiner Rede zum Amtswechsel.

© Foto: Klaus-Dieter Muth



Präsident des OVG Prof. Dr. Lars Brocker, Dr. Jörg Schumacher und Justizminister Herbert Mertin (v.l.n.r.) bei der Urkundenübergabe.

© Foto: Ministerium der Justiz

Dr. Alexander Eichhorn, Richter am Oberverwaltungsgericht, Koblenz

Amtseinführung von Malte Sievers als Präsident des Verwaltungsgerichts Schleswig

Malte Sievers ist seit dem 15.05.2024 Präsident des Verwaltungsgerichts Schleswig. Im September 2024 wurde er von Justizministerin Kerstin von der Decken während einer Feierstunde im Oberverwaltungsgericht Schleswig offiziell in sein neues Amt eingeführt. Zugleich wurde Achim Theis, der seit Januar 2020 Präsident des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts war und in den Ruhestand gegangen ist, offiziell verabschiedet.

An Sievers gewandt, sagte die Ministerin: „Mit Ihnen hat jemand das Amt des Präsidenten am Verwaltungsgericht übernommen, der dieses wohl wie seine Westentasche kennt. Seit Mai 2004 und damit seit über 20 Jahren sind Sie bereits am Verwaltungsgericht tätig, wobei Sie in der Zwischenzeit einige Male abgeordnet waren. Sie haben das Verwaltungsgericht bereits über viele Jahre geprägt. Mit Ihnen ist eine Führungsfigur mit hohem Gestaltungsdrang an die Spitze des Verwaltungsgerichts gerückt. Sie führen dieses Haus bereits mit Freude, Elan und Motivation. Sie sind innovativ, gehen keiner Herausforderung aus dem Weg und bleiben dabei Ihrer zupackenden Art treu. Mein Haus und ich freuen uns auf die Zusammenarbeit mit Ihnen.“

Malte Sievers wurde 1976 in Eutin geboren. Er machte 1995 sein Abitur in Plön und begann im Anschluss ein Studium der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. 2000 schloss er dieses mit dem Ersten Staatsexamen ab und machte anschließend sein Referendariat, das er 2004 mit der Großen Juristischen Staatsprüfung beendete. 2004 begann Sievers seine richterliche Laufbahn am Verwaltungsgericht in Schleswig. Bis zum Jahr 2012 folgten Abordnungen an das Justizministerium Schleswig-Holstein, an das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig und an das Oberverwaltungsgericht in Schleswig. Im Mai 2017 wurde er Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Schleswig, ehe er im April 2021 zum Vizepräsidenten des Gerichts ernannt wurde. Zuletzt war Sievers seit Anfang des Jahres 2024 als Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht tätig, bevor er Präsident des Verwaltungsgerichts wurde.

*Pressemitteilung des Ministeriums für Justiz und Gesundheit
Schleswig-Holstein*



Topaktueller Leitfaden.

WWW.BOORBERG.DE

Die Digitale Dekade der EU
Wegweiser zum neuen Datenrecht und
Datenschutzrecht in Deutschland und Europa
von Professor Dr. Armin Herb, Rechtsanwalt
2025, 144 Seiten, € 28,-
ISBN 978-3-415-07698-3



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415076983

Die EU-Kommission hat 2020 die »Digitale Dekade« ausgerufen. Der erste Leitfaden zu diesem Thema gibt einen prägnanten Überblick über die relevanten Verordnungen und Gesetze, deren Zusammenwirken und deren Inhalte:

- Data Governance Act (DGA)
- Digital Markets Act (DMA)
- Digital Services Act (DSA)
- Data Act (DA)
- Artificial Intelligence Act – KI-Verordnung
- Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)
- Mediendatenschutz
- und weitere europäische Verordnungen (z.B. Platform-to-Business-Verordnung – P2B-VO) sowie deutsche Begleitgesetze (z.B. DDG)

Die Darstellung verschafft den Leserinnen und Lesern einen hochaktuellen fundierten Überblick über die unterschiedlichen Regelwerke und damit eine solide datenschutzrechtliche Orientierung.

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC1124



Unentbehrlich für die Praxis.



WWW.EDITION-MOLL.DE

Das aktuelle Disziplinarrecht Leitfaden für den öffentlichen Dienst von Dr. Dr. Frank Ebert, Ministerialrat a.D., Erfurt, vormals Richter des Disziplinarsenats bei dem Thür. Oberverwaltungsgericht, Weimar

2024, 6. Auflage, 208 Seiten, € 34,-
edition moll

ISBN 978-3-415-07579-5



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415075795

Der Leitfaden ist als Erläuterungs- und Nachschlagewerk vor allem für die Praxis konzipiert. Den Schwerpunkt bildet das behördliche Disziplinarverfahren. Die wichtigsten Verfahrensschritte werden von einer Reihe von Mustern begleitet, die eine rasche und möglichst **unkomplizierte Einarbeitung in die Materie** erleichtern.

Das Buch stellt das Disziplinarrecht des Bundes **auf aktuellem Rechtsstand** dar.

An zahlreichen Stellen beinhaltet der Ratgeber Hinweise auf das Beamtenstatusgesetz (BeamtStG), sodass er auch für die **Beamtengruppen** der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften benutzt werden kann, auf die das BeamStG Anwendung findet.

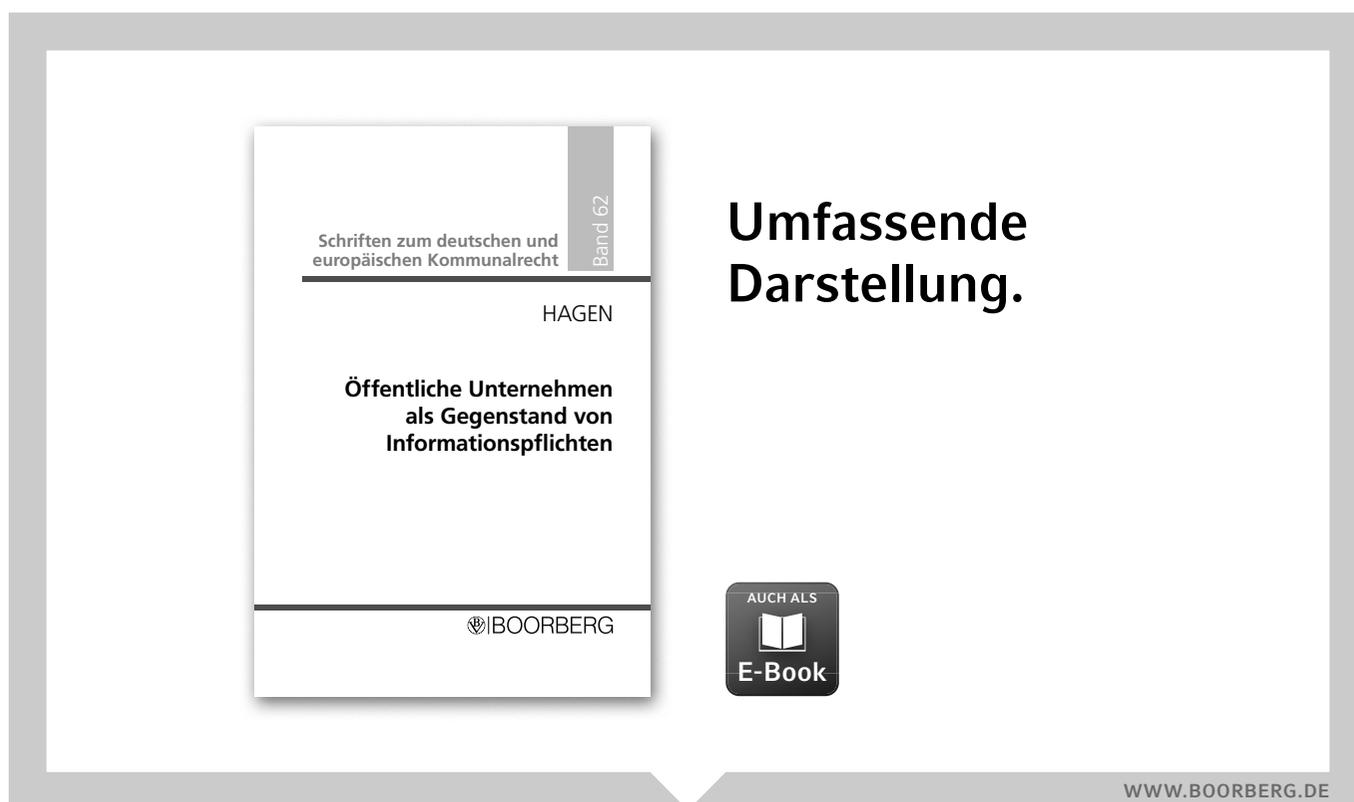
An den Fachhochschulen des Bundes ist Disziplinarrecht ein **Pflichtfach** und das Buch die passende Pflichtlektüre.

Der Leitfaden unterstützt alle, die mit dem Vollzug der Vorschriften des Bundesdisziplinargesetzes befasst sind.

moll

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC1124



Öffentliche Unternehmen als Gegenstand von Informationspflichten

Zwischen Kontrollnotwendigkeit und Dysfunktionalität auf staatlicher wie kommunaler Ebene von Lisa Hagen

2024, 294 Seiten, € 42,-

Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht, Band 62

ISBN 978-3-415-07663-1



Leseprobe unter www.boorberg.de/9783415076631

Umfassende Darstellung.



Der staatliche Anteilseigner ist insbesondere hinsichtlich der Tätigkeiten seiner öffentlichen Unternehmen gegenüber dem Parlament verantwortlich. Auf Seiten des öffentlichen Unternehmens besteht gleichzeitig ein Interesse an einem funktionsadäquaten Schutz vertraulicher Informationen vor dem Zugriff der Öffentlichkeit.

Der Band beleuchtet vor diesem Hintergrund Umfang und Grenzen der Informationspflichten betreffend öffentliche Unternehmen gegenüber dem Parlament auf Bundes- und Landesebene. Darüber hinaus widmet sich die Arbeit der Informationsbeziehung zwischen öffentlichen Unternehmen und dem Gemeinderat bzw. seinen Mitgliedern.

Dabei geht die Verfasserin der Frage nach, inwiefern die Maßstäbe der parlamentarischen Informationspflichten unter Berücksichtigung der strukturellen Besonderheiten der kommunalen Ebene auf diese übertragen werden können, und zieht einen umfassenden Vergleich zwischen den Informationspflichten auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene.

 BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

SC0125

PUBLICUS



DER ONLINE-SPIEGEL FÜR DAS ÖFFENTLICHE RECHT



Rundum
bestens informiert

publicus.boorberg.de

Jetzt anmelden

und PUBLICUS-Newsletter kostenlos per E-Mail erhalten

Der PUBLICUS

- > tagesaktuelle Plattform für das gesamte öffentliche Recht
- > relevante Hintergründe und kritische Bestandsaufnahmen
- > aktuelle Serien: digitale Verwaltung, Innere Sicherheit ...

Jetzt mit

- > mehr Inhalten
- > größerer Aktualität
- > mehr Interviews
- > zweimal wöchentlichem Newsletter

Foto: © Orlando Florin Rosu - stock.adobe.com



Effektiver Rechtsschutz.

WWW.BOORBERG.DE

Das konventionswidrige Gesetz
Die Rolle der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage bei der Bereinigung einer EMRK-widrigen Rechtslage
von Tassilo Keiber
2024, 320 Seiten, € 48,-
Schriften zum öffentlichen, europäischen und internationalen Recht, Band 30
ISBN 978-3-415-07674-7



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415076747

Deutschland ist Vertragsstaat der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und verpflichtet, Urteile des EGMR zu befolgen. Die Arbeit analysiert, wie nationale Instanzen auf EGMR-Urteile in Fällen konventionswidriger Gesetze zu reagieren haben.

Kernthese dieser Arbeit ist, dass Verwaltungsgerichte bei der Umsetzung solcher Urteile eine zentrale Rolle einnehmen, indem sie individuellen Rechtsschutz gewährleisten. Insbesondere der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO im Rahmen einer solchen Feststellungsklage ermöglicht die temporäre Nichtanwendung eines konventionswidrigen Gesetzes im Einzelfall.

Aus dem Inhalt:

- Innerstaatliche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen konventionswidrige Gesetze
- Das Bundesjagdgesetz als konventionswidriges Gesetz? Das Urteil »Herrmann« des EGMR und seine Umsetzung

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG BESTELLUNG@BOORBERG.DE TEL 0711/7385-343 FAX 0711/7385-100

5C1224