

Prof. Dr. Andreas Korbmacher
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

Die schwache Gewalt

Festaktrede zum Feuerbach-Tag der rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Friedrich-Schiller-Universität Jena anlässlich der Verleihung der
Doktorurkunden am 22. November 2024

Spectabilis,

sehr geehrter, lieber Herr Prof. Ohler,

sehr geehrte Damen und Herren Professores,

meine sehr geehrten Damen und Herren,

und vor allem, meine sehr geehrten Damen und Herren Doctores,

ich freue mich heute hier sein zu dürfen und ich gratuliere ganz herzlich Ihnen, den gerade frisch Promovierten, um die es heute Abend geht.

Jeder, der selbst promoviert hat, weiß, dass dies ein besonderer Tag ist, dem eine meist längere Phase intensiver und oft mühsamer Arbeit vorausgegangen ist, die mit vielen Höhen und auch Tiefen, vor allem langen Strecken in der Ebene, manchmal auch richtigen Durststrecken, verbunden war. Umso stolzer können Sie heute sein, dass Sie diesen Weg gemeistert haben und es Ihnen gelungen ist, Ihre Arbeiten erfolgreich abzuschließen und Sie damit einen weiteren wichtigen Meilenstein in Ihrer akademischen und beruflichen Laufbahn geschafft haben.

Wenn man einen Gerichtspräsidenten als Festredner einlädt, liegt es nahe, dass dieser sich ein justiznahes Thema aussucht und so habe ich Herrn Professor Ohler auch ein solches vorgeschlagen. Es geht zurück auf einen Tagungsband,

der mein Interesse wegen seines Titels, "Die schwache Gewalt ?"¹, geweckt hat. Der Tagungsband hat die Beiträge einer gleichnamigen Tagung im Jahre 2020 in Köln zusammengefasst, die sich unter diesem Titel mit der fragilen Autorität der Justiz und der Erosion gerichtlicher Autorität auseinandergesetzt hat.

Die Charakterisierung der Gerichtsbarkeit als schwache Gewalt stammt von Alexander Hamilton, einem der Gründerväter der amerikanischen Verfassung aus dem 18. Jahrhundert. Alexander Hamilton sieht die Judikative als die schwächste der drei Staatsgewalten. Sie habe im Gegensatz zur Exekutive keine Ämter und Würden zu verteilen und könne anders als die Legislative keine Gesetze erlassen und keine Steuern erheben. Die rechtsprechende Gewalt, so seine Formulierung, habe weder Kraft noch Wille, sondern nur das Urteil.²

Ob die Justiz tatsächlich keine Kraft und keinen Willen hat, will ich dahinstehen lassen. Richtig ist aber die Feststellung, dass die Gerichte durch ihre Urteile sprechen und diese Entscheidungen das zentrale und praktisch einzige Handlungsinstrument der Gerichte sind.

Die Aussage von der schwachen Gewalt steht in einem auffälligen Kontrast zu den gesellschaftlichen und politischen Auswirkungen gerichtlicher, insbesondere höchstrichterlicher und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.

Klimabeschluss,³ Nichtigerklärung des Bundeshaushaltes,⁴ Aufrechterhaltung der Grundmandatsklausel im neuen Wahlrecht,⁵ aber auch Verurteilung von Bankern und Rechtsanwälten wegen Cum-Ex-Geschäften,⁶ Dieselfahrverbote in den Innenstädten,⁷ Nichtigerklärung von Corona-Verordnungen⁸ oder auch die verpflichtende Zeiterfassung für alle Arbeitnehmer,⁹ die Liste einschneidender und gesamtgesellschaftlich wichtiger Urteile aus allen Gerichtsbarkeiten ließe sich fortsetzen und nicht selten hört man das Wort vom Richterstaat, in dem angeblich die Gerichte die wahren Gestalter seien.

¹ Holterhus/Michl (Hrsg.), Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität, 2022.

² Zitiert nach Holterhus/Michl (Fn. 1) S. 1.

³ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 – BVerfGE 157, 30.

⁴ BVerfG, Urteil vom 15. November 2023 – 2 BvF 1/22 – BVerfGE 167, 86.

⁵ BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2024 – 2 BvF 1/23 – NJW 2024, 3201.

⁶ BGH, Urteil vom 28. Juli 2021 – 1 StR 519/20 – BGHSt 66, 182.

⁷ BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2018 – 7 C 26.16 – NVwZ 2018, 890.

⁸ BVerwG, Urteil vom 22. November 2022 – 3 CN 2.21 – BVerwGE 177, 92.

⁹ BAG, Beschluss vom 13. September 2022 – 1 ABR 22/21 – BAGE 179, 51.

Was ist angesichts dessen nun dran an der Aussage von der schwachen Gewalt? Ist das Bild überholt oder verdeckt es sogar einen Zustand, bei dem Gerichte und Richter zu viel Macht besitzen?

Ich möchte im Folgenden zeigen, dass wir eine institutionell gut abgesicherte schwache Gewalt haben, die für ihr Funktionieren maßgeblich auf das Vertrauen der Rechtsunterworfenen angewiesen ist, dieses aber auch besitzt. Und ich möchte zeigen, dass diese schwache Gewalt einen wichtigen Beitrag zu einem starken Rechtsstaat leistet, obwohl und gerade weil sie schwach erscheint. Dass dabei meine Referenzgerichtsbarkeit die Verwaltungsgerichtsbarkeit sein wird, bitte ich mir nach über dreißig Jahren Tätigkeit in eben dieser als *deformation professionelle* nachzusehen.

Die Justiz hat die Hauptaufgabe, Streitigkeiten durch Urteilsspruch verbindlich zu entscheiden. Diese Ermächtigung zur autoritativen und letztverbindlichen Auslegung von Recht und Gesetz gilt für alle Ebenen der Gerichtsbarkeit, egal ob es um ein Scheidungsverfahren vor dem Amtsgericht, ein Strafverfahren vor dem Schwurgericht, eine Kündigungsstreitigkeit vor einem Arbeitsgericht oder auch die Eurobonds oder die gewerbsmäßige Sterbehilfe vor dem Bundesverfassungsgericht geht.

Die autoritative Streitentscheidungskompetenz ist im demokratischen Rechtsstaat eine genuin und exklusiv den Gerichten zugeordnete Kompetenz und wird von diesen in voller Unabhängigkeit wahrgenommen. Versuche der gütlichen Streitbeilegung vor Gericht, insbesondere Vergleichsverhandlungen und Mediationen, sind wichtig und haben ebenfalls ihren verfahrensrechtlich abgesicherten Platz, sie spielen, von der Arbeitsgerichtsbarkeit erster Instanz abgesehen, aber nicht die Hauptrolle. Sie sind vor allem nicht in der Lage zu gestalten und zukunftsgerichtet sowie rechtsfortbildend zu wirken.

Bei alledem ist natürlich zwischen den verschiedenen Gerichtsbarkeiten und den Gerichtsinstanzen zu unterscheiden. Das örtliche Amtsgericht ist nicht der Bundesgerichtshof und das örtliche Verwaltungsgericht nicht das Bundesverwaltungsgericht. Weder von der jeweiligen Aufgabenstellung noch von der per-

sonellen und sachlichen Ausstattung ist dies der Fall noch etwa von der Bedeutung der zu entscheidenden Rechtssachen und erst recht nicht von der Reichweite und dem Gewicht der Entscheidungen.¹⁰

Allen gerichtlichen Entscheidungen ist aber gemein, dass sie durch unabhängige Richter gefällt werden und dies ihnen ihr spezifisches Gewicht und ihren spezifischen Charakter gibt und unabdingbare Voraussetzung für die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen ist.

Die Unabhängigkeit der Gerichte und die Unabhängigkeit der Rechtsprechenden ist sogar essentiell für die Begriffsdefinition als Gericht. Ein Gericht, das nicht unabhängig ist, ist kein Gericht.¹¹ Die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit ist daher auch nicht zufällig im Grundgesetz verfassungsrechtlich abgesichert. Richter sind nach Art. 97 Abs. 1 GG nur dem Gesetz unterworfen. Damit wird die sachliche Unabhängigkeit garantiert. Weisungen der Exekutive und der Gerichtsverwaltung sind in jeder Form unzulässig, soweit sie sich auf die richterliche Tätigkeit beziehen.

Richter sind aber interessanterweise auch innerhalb der Judikative unabhängig. So sind sie nicht daran gehindert, auch dann eine eigene Rechtsauffassung zu vertreten und ihrer Entscheidung zugrunde zu legen, wenn alle anderen Gerichte – auch die übergeordneten – den gegenteiligen Standpunkt einnehmen. Systembedingt kann dies zu uneinheitlichen Entscheidungen innerhalb der Gerichtsbarkeit, innerhalb der einzelnen Gerichtszweige und sogar innerhalb einzelner Gerichte bis hin zu den einzelnen Spruchkörpern führen. Dies ist eine unvermeidbare Konsequenz aus der richterlichen Unabhängigkeit.

Divergierende Entscheidungen sind damit von der Verfassung im Grundsatz mitgedacht und als hinzunehmende Folge der Unabhängigkeit akzeptiert. Der Instanzenzug ist der einzige Mechanismus, divergierende Entscheidungen wieder zusammenzuführen. Insofern hat er eine oft übersehene und wichtige Auf-

¹⁰ Vgl. Nußberger, Zur Lage der Gerichtsbarkeit, in: Holterhus/Michl (Hrsg.), Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität, 2022, S. 11 (13).

¹¹ Vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 8. Februar 2001 – 2 BvF 1/00 – BVerfGE 103, 111 Rn. 103 f.; Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: August 2024, Art. 92 Rn. 65.

gabe, die durch die nach wie vor erkennbare Tendenz, Rechtsmittel zu begrenzen, weiter und mit negativen Folgen für die Akzeptanz der Rechtsprechung bei der Bevölkerung erschwert wird.

Die sachliche Unabhängigkeit der Richter bedeutet nicht nur, dass sie – bezogen auf ihre Entscheidungen – ausschließlich in Fällen schwerer und vorsätzlicher Verstöße gegen Rechtsvorschriften strafrechtlich und disziplinarrechtlich belangt werden können, sondern darüber hinaus auch, dass sie nur sehr eingeschränkt einer Dienstaufsicht unterliegen.

Dass die richterliche Unabhängigkeit ein unverzichtbares Wesensmerkmal eines Gerichts ist, hat in jüngster Zeit auch der Gerichtshof der Europäischen Union in mehreren wichtigen Entscheidungen, die die Gerichtsbarkeit in Polen und Ungarn betrafen, hervorgehoben.¹² Er hat hierfür eine spezifische unionsrechtlich-funktionale Begründung gegeben. Die Unabhängigkeit der Gerichte sei notwendige Voraussetzung für eine wirksame gerichtliche Kontrolle wie sie wiederum Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV und Art. 47 GRCh vorschreibe. Da jedes Gericht in einem Mitgliedstaat potentiell mit der Anwendung von Unionsrecht konfrontiert werden könne, müsse jedes Gericht die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht erfüllen. Die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte, so ein weiteres, aber eher technisches Argument des Gerichtshofs, sei für das reibungslose Funktionieren des Systems der justiziellen Zusammenarbeit und für den Mechanismus des Vorlageverfahrens unverzichtbar.¹³

Aus Sicht des demokratischen Staates erfordert die starke sachliche Unabhängigkeit der Richter ein geeignetes und neutrales Auswahlssystem für die Besetzung offener Richterstellen mit geeigneten Personen. Gleichzeitig erfordert die Unabhängigkeit der Richter, dass ihre Ernennung demokratisch legitimiert ist. Es muss sichergestellt sein, dass Richter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ausgewählt, eingestellt und befördert werden.

¹² EuGH, Urteil vom 5. November 2019 - C-192/18 [ECLI:EU:C:2019:924], Kommission/Republik Polen - Rn. 108 ff.; Urteil vom 24. Juni 2019 - C-619/18 [EU:C:2019:531], Kommission/Republik Polen - Rn. 71 ff., 108 ff.; Urteil vom 16. November 2021 - C-748/19 bis C-754/19 [EU:C:2021:931], Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim u. a. - Rn. 65 ff.; Urteil vom 23. November 2021 - C-564/19 [ECLI:EU:C:2021:949], IS - Rn. 91 ff.

¹³ EuGH, Urteil vom 16. November 2021 - C-748/19 bis C-754/19 [EU:C:2021:931], Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim u. a. - Rn. 65 ff.; Urteil vom 27. Februar 2018 - C-64/16 [ECLI:EU:C:2018:117], Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP) - Rn. 43.

Fachlich und politisch verantwortlich für die Einhaltung dieser Standards ist in Deutschland in der Regel das jeweilige Justizministerium, also ein Organ der Exekutive. Über die Berufung von Richtern an den obersten Bundesgerichten entscheidet ein Richterwahlausschuss.¹⁴ Ähnliche Regelungen gibt es auch in vielen Bundesländern.¹⁵ Thüringen zählt zu jenen Ländern, in denen ein solcher Richterwahlausschuss existiert, der allerdings – abgesehen von den Ersteinstellungen – nur dann zum Zuge kommt, wenn es eine Divergenz zwischen dem Ministerium und dem Präsidialrat als dem Mitwirkungsorgan der Richterschaft gibt.¹⁶

Die Ernennung und auch Beförderung der Richter durch die Exekutive, die ja im Fall der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerade durch diese kontrolliert werden soll, stößt in Europa auf eine gewisse Skepsis.

In vielen europäischen Ländern gibt es nationale Wahlausschüsse oder Justizräte, die sich vornehmlich aus Vertretern der Richter- und Anwaltschaft zusammensetzen und ein wichtiges, manchmal auch das alleinige oder ausschlaggebende Wort bei der Ernennung von Richtern haben. Die anderen Staatsgewalten haben hierdurch eine sehr viel geringere Einflussmöglichkeit auf die Wahl der Richter. Das deutsche Auswahlverfahren auf der Ebene der Bundesrichter ist dagegen – bezogen auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit und überspitzt formuliert – davon gekennzeichnet, dass sich die Vertreter der Exekutive und Legislative¹⁷ ihre Kontrolleure selbst wählen und dieser Wahlakt nur einer sehr eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Sogar ein negatives Votum des Präsidialrates eines Bundesgerichts, der vor der Wahl anzuhören ist und eine Stellungnahme zur persönlichen und fachlichen Eignung abzugeben hat, kann vom Richterwahlausschuss übergangen werden.¹⁸

Die deutsche Justiz gilt daher auch in den Augen der europäischen Kommission als schwarzes Schaf. Allerdings als ein geduldetes schwarzes Schaf, und das liegt daran, dass sich zum einen das System in der Vergangenheit bewährt hat und keine unzulässige politische Einflussnahme im Sinne einer Wahl politisch gefü-

¹⁴ Art. 95 Abs. 2 GG; § 1 Abs. 1 Richterwahlgesetz (RWG).

¹⁵ Vgl. Art. 98 Abs. 4 GG.

¹⁶ § 50 i. V. m. § 33 Abs. 2 Satz 1, § 63 Thüringer Richter- und Staatsanwältegesetz.

¹⁷ Art. 95 Abs. 2 GG; § 2, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 RWG.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 BvR 2453/15 – BVerfGE 143, 22 Rn. 21 ff.

giger Richter erkennbar geworden ist, und zum anderen auch die Beteiligung eines Wahlgremiums oder gar eine völlige Selbstverwaltung der Justiz erheblichen Bedenken begegnet, weil sich die Verantwortung nur verlagert und intransparente Einflussnahmen sowohl von außen möglich sind als auch von innen, etwa durch organisierte berufliche Interessengruppen oder Verbände.

Letztlich ist es eine Frage der demokratischen Kultur und der gelebten Staatspraxis, die bei der Bewertung der verschiedenen Systeme einer Rolle spielt. Damit meine ich für die Bundesrepublik den gewachsenen verantwortungsvollen Umgang aller Beteiligten mit Richternennungen und -beförderungen bis hin zu den Wahlen der Richter des Bundesverfassungsgerichts.

Einmal ernannt, wird die Unabhängigkeit der Richter dadurch gewährleistet, dass ihre Entlassung oder auch nur ihre Versetzung und selbst die zeitlich befristete Abordnung grundsätzlich nur im Einverständnis mit dem einzelnen Richter bewirkt werden kann. Hierdurch wird die persönliche Unabhängigkeit der Richter sichergestellt.¹⁹

Das Justizsystem ist nicht nur rechtlich gut gesichert, sondern die Sicherungen haben auch in der Praxis ihre Bewährung gefunden. Diese Bewährung spiegelt sich in einem hohen Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz wider. Nach einer aktuellen repräsentativen Umfrage²⁰ vertrauen 67 % der Deutschen der Justiz. Ein Wert, der über Jahre hinweg stabil ist und deutlich über dem für die Gewerkschaften, die Bundesregierung, die Presse oder die Kirchen liegt. Nur die Polizei und – man ist erstaunt – mittlere und kleine Unternehmen liegen darüber.

Auch im internationalen Vergleich steht die deutsche Justiz gut da. Nach dem Rechtsstaatsbericht der Europäischen Kommission²¹ belegt die deutsche Justiz in der Einschätzung der ihr unterworfenen Bevölkerung einen respektablen sechsten Platz. Hier bewerten sogar 72 % der Bevölkerung die Unabhängigkeit der Justiz als ziemlich oder sehr gut. Interessant ist in diesem Zusammenhang,

¹⁹ Art. 97 Abs. 2 GG.

²⁰ IfD Allensbach, ROLAND Rechtsreport 2024, S. 11 ff., www.roland-rechtsschutz.de/unternehmen/presse/roland-rechtsreport-2024.html, abgerufen zuletzt am 25. November 2024.

²¹ Europäische Kommission, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2024 - Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland, S. 5 f., The 2024 EU JUSTICE SCOREBOARD, S. 45.

dass in ihrem Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2024²² die Kommission als einen wichtigen Kritikpunkt an der deutschen Justiz die zu geringe Höhe der Richterbesoldung beanstandet und empfiehlt, Maßnahmen zu treffen, um eine angemessene Besoldung der Richter und Staatsanwälte zu gewährleisten und dabei europäische Standards für die Besoldung in der Justiz zu berücksichtigen. In der Tat muss man sich fragen, inwieweit man die Justiz von der Gehaltsentwicklung im rechtsberatenden Bereich abkoppeln kann. Dass die große Spreizung zwischen den Einstiegsgehältern der Justiz und großen Rechtsanwaltskanzleien inzwischen zu einem handfesten Nachteil für die Justiz bei der Nachwuchsrekrutierung geworden ist, wird man nicht mehr bestreiten können und wird von den Personalverantwortlichen nicht mehr nur hinter vorgehaltener Hand bestätigt.

Ich komme zu einem Zwischenfazit: Die institutionelle Garantie der Justiz hat ein hohes Niveau in Deutschland. Dort, wo im Hinblick auf die zunehmende Zersplitterung und teilweise Radikalisierung der politischen Landschaft in Deutschland und im benachbarten europäischen Ausland gesetzlicher Handlungsbedarf gesehen wird, wird gehandelt, wie die in dieser Legislaturperiode parteiübergreifend ergriffene Initiative zur verfassungsrechtlichen Absicherung des Bundesverfassungsgerichts zeigt. Und das Vertrauen der Bevölkerung, also der Rechtsunterworfenen, in die Justiz ist groß und stabil. Man mag noch ergänzen: Trotz der europaweit eher bescheidenen Besoldung spielt in der deutschen Justiz Korruption praktisch keine Rolle.

Vor diesem Befund fällt es schwer, das Verdikt Hamiltons von der schwachen Gewalt uneingeschränkt zu teilen. Es stellt sich somit die Frage, ob es vielleicht noch andere Gründe gibt, die es rechtfertigen, nach wie vor von der schwachen Gewalt zu sprechen und diesem Thema gleich eine ganze Tagung zu widmen.

Betrachtet man unter diesem Blickwinkel das Thema erneut, so rückt immer wieder ein Gesichtspunkt in den Focus – das ist die fehlende Exekutionsgewalt der Gerichte.

²² Europäische Kommission, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2024 - Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland, S. 10 f.

Dies gilt in besonderer Weise für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die im Rahmen ihres Rechtsschutzauftrages das staatliche Handeln auf Einhaltung der Gesetze kontrolliert. Während Urteile der Ziviljustiz durch Gerichtsvollzieher und notfalls mit Unterstützung der Polizei vollstreckt werden können und verurteilte Straftäter in Haftanstalten ihre Strafe absitzen und Verdächtige zur Fahndung ausgeschrieben und verhaftet werden, fehlt es für die Verwaltungsgerichtsbarkeit an solchen Möglichkeiten. Diese verfügt über keine Vollzugsbeamten und sie kann auch nicht selbst Baugenehmigungen erteilen, Führerscheine ausstellen, straffällige Ausländer abschieben oder Dieselfahrverbote erlassen und Verbotsschilder aufstellen.

Folgt daraus, dass die Beachtung der Urteile, die wir sprechen, nur ein frommer Wunsch bleibt und im Belieben der Behörde steht? Das Gegenteil ist rein faktisch der Fall.

Von Anfang an hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit darauf vertraut, dass ihren Urteilen von den Behörden Folge geleistet wird, und zwar ganz ohne Zwang und ohne dass das überhaupt betont werden muss. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist dabei ihrer Sache von Anfang erstaunlich sicher gewesen.

So hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1970 ausgeführt,²³ dass man von öffentlich-rechtlichen Körperschaften angesichts ihrer verfassungsmäßig verankerten Bindung an Recht und Gesetz die Respektierung von Gerichtsurteilen auch ohne dahinterstehenden Vollstreckungsdruck erwarten könne. Diese Rechtsprechung und die darin zum Ausdruck kommende Haltung ist als "Ehrenmanntheorie" bekannt geworden.²⁴ Der Staat verhält sich wie ein Ehrenmann, dessen Wort gilt und der es nicht zur Anwendung von Zwang kommen lässt, sondern für den es eine Ehrenpflicht ist, einem Urteil nachzukommen.

Ihre Wurzeln hat diese Rechtsprechung übrigens im Kaiserreich und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, als der Begriff des Ehrenmannes noch

²³ BVerwG, Urteil vom 27. Oktober 1970 - VI C 8.69 - BVerwGE 36, 179 <181>.

²⁴ Michl, Der Staat als Ehrenmann? Zur Nichtbefolgung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Holterhus/Michl (Hrsg.), Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität, 2022, S. 73 (74).

deutlich aktueller war als er es heute ist.²⁵ Der Sache nach ist allerdings das Vertrauen in die Behörden, dass sie gerichtliche Entscheidungen beachten, auch wenn sie zu ihren Lasten ausgehen, ungebrochen. Und dies in den allermeisten Fällen zu Recht.

Das gilt uneingeschränkt für die Normalfälle, die in den 51 Verwaltungsgerichten, 15 Oberverwaltungsgerichten und im Bundesverwaltungsgericht tagtäglich verhandelt und entschieden werden. Grund hierfür ist vor allem die Strukturentscheidung des Art. 19 Abs. 4 GG für den subjektiven Rechtsschutz. In der Verwaltungsgerichtsordnung spiegelt sich das wider, wenn man dort als Bedingung für den Zugang zu Gericht dartun muss, dass man durch staatliches Handeln oder Unterlassen in seinen Rechten verletzt worden ist. Der Verwaltungsprozess ist kein Administrativprozess, sondern ein echter Gerichtsprozess, der kontradiktorisch ausgestaltet ist. Auch der Amtsermittlungsgrundsatz, der die Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Lage versetzt, umfangreich den Sachverhalt aufzuklären, dient letztlich der Sachverhaltsermittlung nur in diesem Einzelfall.

Es geht in ihm mithin nicht um die allgemeine Kontrolle der Verwaltung, also nicht darum, ob diese alles richtig gemacht hat oder macht oder ob sie – vielleicht sogar systematisch – etwas falsch macht. Der Einzelne ist nicht der Anwalt des objektiven Rechts und nicht Anwalt von Allgemeinwohlbelangen und -interessen. Die Einhaltung des objektiven Rechts wird nur gewissermaßen bei Gelegenheit eines subjektiv-rechtlich geprägten Verfahrens sichergestellt.

Das Erfordernis der Klagebefugnis gewährleistet die, wie es in einem Lehrbuch zum Verwaltungsprozessrecht formuliert wird, "Trennung von lediglich politischen und wirtschaftlichen Interessen einerseits und Rechten im vollen Sinne des Wortes andererseits."²⁶

Ausnahmen von dieser Orientierung am Individualrechtsschutz stellen die Verbandsklagen vor allem im Umweltrecht dar. Hier können Umwelt- und Naturschutzverbände gegen bestimmte Entscheidungen klagen, ohne eine eigene Rechtsverletzung geltend machen zu müssen. Sie sind Anwälte der Natur und

²⁵ Nachweise bei Koepsell, *Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz*, 2023, S. 2 ff.

²⁶ Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 12. Aufl. 2021, § 14 Rn. 54; zum Ganzen auch Michl (Fn. 23) S. 85 f.

ihre in diesem Sinne prokuratorischen Klagen dienen einer objektiven Rechtskontrolle. Dies zu vertiefen würde aber vorliegend zu weit führen.

Entscheidend ist die Grundaussage, dass die Ehrenmanntheorie in den allermeisten Fällen immer noch gilt. Aber eben nur in den allermeisten Fällen.

Schwierig wird es, wenn die Verfahren vor den Verwaltungsgerichten politisiert werden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um Verfahren mit starkem Öffentlichkeitsinteresse handelt, bei denen die politische Verwaltungsspitze, also etwa der Bürgermeister einer Stadt oder ein anderes Kommunalorgan oder auch eine Landesregierung, den politischen Nutzen einpreist.

Der Leipziger Rechtswissenschaftler Michl spricht insoweit vom "politischen Kalkül"²⁷ und meint damit die Überlegung politisch Verantwortlicher darüber, inwieweit sich eine bestimmte Positionierung und die Befolgung von gerichtlichen Entscheidungen bei den nächsten Wahlen auszahlt. Mit anderen Worten, es stellt sich die Frage für den politisch Verantwortlichen, wie es sich auf seine Wahlchancen auswirkt, wenn er ein Gerichtsurteil befolgt oder eben auch nicht befolgt.

Die Paradebeispiele sind hier die Stadthallenfälle und Demonstrationsverbote. Die Stadthallenfälle sind dadurch gekennzeichnet, dass eine politisch extreme Partei oder Gruppierung die Nutzung einer im Eigentum einer Kommune oder von einer städtischen Gesellschaft stehenden Stadthalle für einen Parteitag oder eine sonstige Parteiveranstaltung begehrt. Die Durchführung solcher Veranstaltungen liegt regelmäßig im Rahmen des Widmungszwecks der Halle. Zur Durchführung auch solcher Veranstaltungen sind Stadthallen errichtet worden und hierfür werden sie betrieben. Das heißt aber auch, dass die Halle an alle Gemeindemitglieder und alle Parteien und sonstige Nutzer ohne Unterschiede vergeben werden muss. Deshalb müssen sie auch an extreme politische Parteien vergeben werden, solange nicht mit strafbarem Handeln während der Veranstaltung oder der sonstigen Nichteinhaltung der Nutzungsbedingungen zu rechnen ist.

Gegen die Hallenvergabe wendet sich aber häufig die Öffentlichkeit in der betreffenden Stadt, Aktionsbündnisse treten auf und halten Sitzblockaden ab, der

²⁷ Michl (Fn. 23) S. 77 ff.

Stadtrat fasst einen Beschluss, dass die Halle nicht vergeben werden dürfe, Kirchengemeinden beider Konfessionen rufen zum Boykott und Gebetswachen mit Kerzenlicht vor der Halle auf und so weiter.

In einer solchen Situation "rechnet" es sich für die kommunalen Wahlbeamten unter Umständen nicht, wenn sie entsprechend der gesetzlichen Lage die Halle vergeben und sich dadurch politische Vorwürfe und öffentliche Kritik einhandeln und damit letztlich ihre Wahlchancen verringern. Also ist die Versuchung groß, die Vergabe zu versagen, vielfach mit einer vorgeschobenen Begründung, etwa der, dass mit Straftaten zu rechnen sei.

Zuletzt ist das im Juni dieses Jahres zu beobachten gewesen, als das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen der AfD den Zugang zur Gruga Halle in Essen zur Durchführung des Parteitages mit einer Eilentscheidung ermöglicht hat.²⁸

Ein anderes Beispiel hat vor kurzem das Bundesverwaltungsgericht in einem Revisionsverfahren beschäftigt.²⁹ In diesem Fall hatte der Stadtrat in Kenntnis der Rechtsprechung zur Vergabe im Rahmen des Widmungszwecks diesen Widmungszweck im Beschlusswege geändert und Organisationen von der Raumvergabe ausgeschlossen, die sich mit den "Themen und Zielen der BDS-Kampagne befassen, diese unterstützen, diese verfolgen, oder für diese werben." Hier wollte also der Stadtrat alles richtig machen und sich gerade nicht dem Vorwurf aussetzen, in Zukunft politisch und nicht rechtlich zu entscheiden. Aber gut gemeint ist noch nicht gut gemacht, das war jedenfalls die Auffassung des für Kommunalrecht zuständigen Senats beim Bundesverwaltungsgerichts.

Dieser hat die Klausel beanstandet und die Stadt München verpflichtet, dem klagenden Verein, der eine Diskussionsveranstaltung just zu dieser Klausel unter dem Motto "Wie sehr schränkt München die Meinungsfreiheit ein" abhalten wollte, die Stadthalle zur Verfügung zu stellen. Das BVerwG hat den Beschluss mit Blick auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit beanstandet. Es arbeitet lehrbuchartig heraus, dass es sich bei dem Beschluss nicht um ein unproblematisches meinungsneutrales Gesetz handele, sondern eine inhaltsanknüpfende Regelung, die nur dann verfassungsgemäß sein könne, wenn sie erkennbar auf den Schutz wichtiger Rechtsgüter gerichtet sei und nicht gegen eine bestimmte

²⁸ VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 14. Juni 2024 – 15 L 888/24 – NVwZ 2024, 1192.

²⁹ BVerwG, Urteil vom 20. Januar 2022 - 8 C 35.20 - BVerwGE 174, 367.

Meinung. Selbst dann erlaube das Grundrecht der Meinungsfreiheit aber nur einen Eingriff, wenn die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen werde und die Meinungsäußerung den öffentlichen Frieden als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung gefährde und so den Übergang zu Aggression und Rechtsbruch markiere. Hieran gemessen sei die Bestimmung nicht meinungsneutral, sondern richte sich gegen jedwede Meinung zum Thema BDS-Kampagne und schließe damit alle Meinungsäußerungen zu einem bestimmten Thema aus. Anhaltspunkte dafür, dass die Durchführung von Diskussionsveranstaltungen, die sich mit der BDS-Kampagne befassen, regelmäßig mit der Gefahr strafbarer Handlungen, etwa von Äußerungsdelikten, verbunden wären, seien nach den tatsächlichen Feststellungen des VGH nicht ersichtlich. Es fehlten auch Anhaltspunkte dafür, dass die Boykottbewegung eine die Friedlichkeitsgrenze überschreitende gezielte Stimmungsmache gegen die jüdische Bevölkerung in Deutschland oder gar ein Aufstacheln zum Hass gegen diese Personengruppe umfassen könnte.

Die Entscheidung zeigt anschaulich einen weiteren Aspekt der schwachen Gewalt, der zu ihrer Stärke zählt. Das ist ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Die mit verbundenen Augen eine Waage in der Hand haltende Justitia ist das Sinnbild hierfür. Die Justiz ist meinungsneutral. Ihre Stärke ist es gerade, dass sie nicht darauf abstellt, welche Meinung der Kläger vertritt, ob es eine wertvolle, gute, politisch-korrekte oder verfassungsrechtlich fragliche und gefährliche Meinung oder das Gegenteil von alledem ist.

Die Justiz zeichnet sich auch dadurch aus, dass sie gerade nicht danach fragt, welche Entscheidung opportun ist oder mit welcher sie Beifall im öffentlichen Diskurs erheischen kann und mit welcher sie auf Kritik und Unverständnis stößt. Insofern spricht sie zwar im Namen des Volkes Recht, maßgeblich und Richtschnur ist aber gerade nicht das gefühlte Rechtsempfinden der Bevölkerung, auf das zu hören ein Innenminister vor einigen Jahren der Gerichtsbarkeit angeraten hatte und dafür zu Recht heftig öffentlich kritisiert wurde.³⁰

³⁰ Der nordrhein-westfälische Innenminister Herbert Reul äußerte sich gegenüber der "Rheinischen Post" (Ausgabe vom 16. August 2018): "Die Unabhängigkeit von Gerichten ist ein hohes Gut. Aber Richter sollten immer auch im Blick haben, dass ihre Entscheidungen dem Rechtsempfinden der Bevölkerung entsprechen." Dieser Kritik vorausgegangen war eine Missachtung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung, die die Abschiebung des Antragstellers wegen

Das "politische Kalkül" kann es sogar angeraten erscheinen lassen, sich durch die Verwaltungsgerichte zu einem bestimmten Tun verurteilen zu lassen, um dann so weit zu gehen, dass man entgegen der Ehrenmanntheorie eine gerichtliche Entscheidung nicht befolgt. So hat sich die Stadt Wetzlar in einem vergleichbaren Stadthallenfall nicht nur geweigert Entscheidungen des VG und des OVG nachzukommen, woraufhin Zwangsgelder gegen sie verhängt wurden, sondern sogar eine Eilentscheidung des zur Hilfe gerufenen BVerfG wurde von ihr ignoriert. Interessant ist insoweit die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts. Dessen damaliger Vizepräsident wandte sich an die Kommunalaufsicht und forderte deren Tätigwerden. Anschließend veröffentlichte das BVerfG eine Presseerklärung, in der es ausführte, dass es bei der Stadt Wetzlar offensichtlich Fehlvorstellungen über die Bindungskraft gerichtlicher Entscheidungen gegeben habe. Die Kommunalaufsicht habe den Sachverhalt aufgeklärt und dem BVerfG darüber berichtet. Es sei davon auszugehen, dass sich derartiges nicht wiederhole.³¹

Erweist sich die Befolgung von Gerichtsentscheidungen zumindest in Einzelfällen als Problem, so liegt es nahe, den Gerichten Zwangsmaßnahmen zuzubilligen, um ihre Urteile durchzusetzen. Tatsächlich gibt es schon seit langem eine Diskussion darüber, ob man die einzige Zwangsmaßnahme, die die Verwaltungsgerichtsordnung vorsieht, nämlich die Verhängung von Zwangsgeldern bis zu 10.000 EUR, ausweiten und insbesondere das mögliche Zwangsgeld erhöhen soll. Auch eine Beugehaft für unwillige Amtsträger gehört zu den Vorschlägen.

Ein Blick über die Staatsgrenzen zeigt, dass Gerichte in anderen Ländern, wie etwa in Frankreich, mit ganz anderen Zwangsgeldsummen die Durchsetzung ihrer Urteile sichern. So hat der Conseil d'État in einem Luftreinhalteverfahren der französischen Regierung die Zahlung eines Zwangsgeldes in Höhe von 10 Mio. EUR angedroht und verhängt.³²

ihm im Zielstaat drohender Verfolgung untersagte. Die gleichwohl und unter Missachtung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung vorgenommene Abschiebung sollte daraufhin auf Geheiß des Oberverwaltungsgerichts rückgängig gemacht werden (<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/politik-ohne-respekt-vor-der-justiz-fall-sami-a-loest-debatte-aus>, zuletzt abgerufen am 11. Dezember 2024).

³¹ BVerfG, Pressemitteilung Nr. 26/2018 vom 20. April 2018.

³² Conseil d'État 4. 8.2021 No. 428409 (ECLI:FR:CECHR:2021:428409.202108049).

Angesichts dieser Summen verliert das oft zu hörende Argument, es handele sich bei erhöhten Zwangsgeldern nur um ein Nullsummenspiel, da es sich strenggenommen um zweckentfremdete staatliche Gelder handele, die von der linken in die rechte Tasche wanderten, an Gewicht. Auch hier ist das politische Signal entscheidend. Eine solche Summe sprengt selbst den Haushalt einer mittleren Kommune und kann auch große Gemeinden in echte Schwierigkeiten bringen, und auf jeden Fall entsteht ein politischer Druck, der für die Verantwortlichen gefährlich werden kann.

In Deutschland wird aktuell ebenfalls über eine Erhöhung des zulässigen Zwangsgeldes nachgedacht. Von Summen wie in Frankreich ist allerdings nicht die Rede, die Höchstsumme soll auf 25.000 EUR angehoben werden, die aber auch wiederholend festgesetzt werden kann.³³

Diskutiert worden sind auch die Verhängung von Zwangshaft gegen uneinsichtige öffentliche Bedienstete und die Erweiterung der Befugnisse des Justizwachtmeisterdienstes zur entsprechenden Vollstreckung. Alle diese Überlegungen überzeugen deshalb wenig, weil sie zum einen die schwache Gewalt mit Befugnissen ausstatten würden, die sie in ein gefährliches Spannungsverhältnis zu Exekutive und deren exklusivem staatlichen Gewaltmonopol bringen würde. Zum anderen birgt der Verzicht auf die Erwartung, dass sich staatliche Stellen aus einer intrinsischen Motivation heraus und ohne Zwangsmittel und auch dann, wenn es politisch unbequem ist, an gerichtliche Entscheidungen halten, die Gefahr, dass das bislang Selbstverständliche nicht mehr selbstverständlich ist. Diese Gefahr besteht nicht nur in den politischen Streitfällen, sondern auch in den alltäglichen Streitigkeiten etwa um eine Baugenehmigung oder ein Einschreiten gegen einen Störer. Auch hier könnte die Überlegung an Gewicht gewinnen, dass der obsiegende Kläger sich auch um die Durchsetzung seiner vor den Verwaltungsgerichten erstrittenen Entscheidung kümmern möge und die Behörde nur auf den Vollstreckungsdruck reagiert.

Was bleibt also, um die schwache Gewalt zu stärken und stark zu halten und damit zu einem wirksamen Instrument der Rechtsordnung zu machen und zu erhalten. Wie aufgezeigt, ist es kein wirklich empfehlenswerter Weg, den Charakter der schwachen Gewalt grundlegend zu ändern und sie mit handgreiflichen

³³ Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 20/2533.

Machtoptionen wie etwa eigenen Vollstreckungsbeamten auszustatten. Dies würde die Besonderheit der Judikative als eine streitentscheidende und unabhängige Gewalt letztlich nicht stärken, sondern untergraben.

Die große Wirksamkeit und Durchsetzungsfähigkeit beruht gewissermaßen auf der Machtlosigkeit der dritten Gewalt und dem Vertrauen, das sie aufgrund ihrer abgesicherten Unabhängigkeit genießt.

Der Gang zu Gericht ist eben etwas anderes als der zum Jugend- oder Bauamt. Hier steht man vor einer Institution, die *per definitionem* keine eigenen politischen Interessen verfolgt, die persönlich und sachlich unabhängig und nur dem Recht verpflichtet ist. Das ihr gegenüber bestehende Vertrauen der Bevölkerung und die breite Akzeptanz, die sie in der Gesellschaft, aber auch bei den exekutiven und politischen Entscheidungsträgern besitzt, sind ihre Stärke.

Es ist eine gesellschaftliche Errungenschaft und dokumentiert ein hohes Maß an gesellschaftlicher Entwicklung, wenn den Gerichten ohne Infragestellung ihrer Autorität und unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits gefolgt wird. Dies kann nur gelingen, wenn das Ansehen der Richter durch eine personale und institutionelle Sicherung ihrer Unabhängigkeit gesichert ist und sie sich an ihren Auftrag, nach Recht und Gesetz und nicht nach politischer Überzeugung zu urteilen, halten. Deshalb ist die schwache Gewalt gerade denen ein Ärgernis, die den vermeintlich gesunden Menschenverstand oder den wie auch immer definierten und von wem und auf welche Weise auch immer festgestellten vermeintlichen Volkswillen zur Leitschnur von Gerichtsentscheidungen machen wollen und damit eigentlich nur meinen, die Gerichte müssten ihrer Auffassung folgen. Wird diese Erwartung verbunden mit einer distanzierenden, herabwürdigenden oder gar bedrohlichen Kritik durch Politiker, wie wir es insbesondere, aber eben leider nicht nur, aus dem europäischen Ausland oder den USA in der Vergangenheit kennen gelernt haben, dann ist die schwache Gewalt gefährdet. Gleiches gilt, wenn die Richterbesetzungen politisiert und einseitig vorgenommen werden. Kommt es - und sei es auch auf dem Weg demokratischer Wahlen - zur politischen Usurpation des Systems durch derartige Kräfte, wird es für die Justiz gefährlich und sogar lebensbedrohlich. Wir haben in Polen beispielhaft gesehen, wie eine vormals unabhängige Justiz innerhalb weniger Jahre und mittels scheinbar neutraler Gesetze in die Fänge einer politischen Richtung geraten und

ihre Unabhängigkeit Stück für Stück und mit langanhaltenden Folgen verlieren kann. Und wir haben auch gesehen, dass ein starker supranationaler Verbund, nämlich die Europäische Union, in der Lage ist, sich einer solchen Entwicklung mit zäher Energie wirksam entgegenzustemmen, indem er hartnäckig und in bisher einmaliger Art und Weise auf der Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensweisen beharrt hat und die Durchsetzung rechtsstaatlicher Standards durch finanzielle Sanktionen in Milliardenhöhe zumindest teilweise mit Erfolg erzwungen hat.³⁴

Es ist mit anderen Worten eine Frage der gesellschaftlichen und politischen Kultur eines Landes, die für die Unabhängigkeit und Durchsetzungskraft der Justiz entscheidend ist. Die Antwort auf die Frage, wie eine schwache Gewalt bestehen und sich durchsetzen kann, ist damit letztlich eine Frage nach der gesellschaftlichen und politischen Verfasstheit des Gemeinwesens insgesamt. Erodiert das demokratische System und wird eine unabhängige Justiz nicht mehr als notwendige Voraussetzung für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaftsform gesehen und mehrheitlich akzeptiert oder geht das Vertrauen in ihre Unabhängigkeit verloren, nimmt deren Wirkmächtigkeit und Durchsetzungskraft schnell Schaden. Werden politische Kräfte stark, die sich zum Ziel gesetzt haben, die Justiz anzugreifen, sie mit Hilfe eigener Parteigänger zu unterterminieren und zu einem politischen Instrument im politischen Kampf zu machen, ist die schwache Gewalt wirklich schwach. Aber in dieser Situation haben die Gesellschaft und ihre Institutionen einschließlich der staatlichen Einrichtungen bereits schweren Schaden genommen. Hilfe ist dann oftmals nur noch von außen möglich.

Der Schutz der schwachen Gewalt ist aber auch abhängig von der klugen Wahrnehmung dieser unabhängigen Stellung durch die Gerichte und die Richterschaft selbst. Richter müssen sich bei Ihren Entscheidungen immer bewusst sein, dass ihre Entscheidungen nach rechtlichen und nicht politischen Maßstäben getroffen werden müssen. Politisierende Richter gefährden die schwache

³⁴ Vgl. Europäische Kommission, Fragen und Antworten: Rechtsstaatlichkeit und EU-Mittel für Polen, Stand 29. Februar 2024, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_24_1223, zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2024; DW, Rechtsstaatliche Mängel in Polen und Ungarn, 5. Juli 2023, <https://www.dw.com/de/mangelnde-rechtsstaatlichkeit-eu-r%C3%BCgt-polen-und-ungarn/a-66125403>, zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2024.

Gewalt genauso stark wie politische Akteure, denen die an Recht und Gesetz gebundene Justiz ein Dorn im Auge ist.

Wird diese richterliche Zurückhaltung geübt, haben auch Entscheidungen in einem hochpolitischen Kontext gute Chancen, von den rechtsunterworfenen staatlichen Stellen wie auch den klagenden oder in sonstiger Weise betroffenen Bürgern akzeptiert zu werden.

Gelingt dies, sind die Gerichte ein wichtiges Bollwerk gegen den Abbau rechtsstaatlicher Garantien. Aber allein auf sich gestellt, können auch die Gerichte weder ihre Stellung noch andere rechtsstaatliche Institutionen bewahren und sichern. Es ist eine Aufgabe, die alle angeht. Sie, die hier Versammelten, und wir alle sind die Garanten des Rechtsstaates und der schwachen Gewalt. Nutzen Sie ihr nun beginnendes berufliches Leben und ihre Einflussmöglichkeiten als herausragende Juristen ihrer Alterskohorte, egal an welcher Stelle und in welchen Positionen Sie tätig sein werden, um dazu beizutragen, dass unser Rechtssystem stark und intakt bleibt und damit auch die Justiz in ihrer Gesamtheit eine starke schwache Gewalt bleibt und dazu beiträgt, dass rechtsstaatliche Errungenschaften gewahrt bleiben.

Ich gratuliere Ihnen erneut zu ihren bestandenen Promotionsverfahren und danke für Ihre Aufmerksamkeit.