

Gewaltenteilige Kompetenzabgrenzung von Verwaltung und Justiz am Beispiel der „Löwentattoos auf Streife“

MR Prof. Dr. Klaus Schönenbroicher

Innenministerium

Düsseldorf

Vortrag FHöV NRW, Köln, 20. März 2019

Einleitung

- Die Verfassung als „Apparatur der Machtkontrolle“ (Karl *Loewenstein*)
- Gubernative mit Minister an der Spitze ist demokratisch legitimiert, Grundsatz der lückenlosen demokratischen Legitimation und des hierarchischen Prinzips der Verwaltung (Ernst-Wolfgang *Böckenförde*)
- Aufgabe der Exekutive als Gubernative: Politik machen, dafür ist sie gewählt bzw. ernannt
- Justiz ist auf die Kontrolle der Verwaltung beschränkt; Justiz darf nicht - nie - originär Politik machen, Beispiel § 114 VwGO
- Auch keine Delegitimierungspolitik gegen missliebige Politiker.

Exekutive und Judikative in der Staatspraxis NRW – „Sami A.“

- Gubernative und Justiz in NRW in letzter Zeit: Leichte Entflammbarkeit und starke Worte.
- Fall Abschiebung Gefährder Sami A. („Leibwächter“ Bin Ladin): Es ging in der Sache um die verwaltungsgerichtliche bzw. außenamtliche Beurteilung der konkreten Formulierung einer Zusicherung tunesischer Behörden.
- Ferner kompliziertes Regel-Ausnahme-Verhältnis beim einstweiligen Rechtsschutz hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln.

„Sami A.“

- Fall von besondere Brisanz, da betroffene Person als Gefährder eingeschätzt war, kein „normaler“ abgelehnter Asylbewerber.
- Nach im Ergebnis erfolgreicher Abschiebung erhebliche Streitigkeiten zwischen Landesregierung und Verwaltungsgerichtsbarkeit über die Frage, ob ABH die Abschiebung ohne oder gegen den Willen des VG Gelsenkirchen vollzogen habe.

„Sami A.“

- OVG-Präsidentin Ricarda *Brandts*: „Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Verwaltung und Justiz“, „Grenzen des Rechtsstaats ausgetestet“, etc. (RP vom 16. August 2018).
- Innenminister Herbert *Reul*: Zwar sei die Unabhängigkeit von Gerichten ein hohes Gut. „Aber Richter sollten immer auch im Blick haben, dass ihre Entscheidungen dem Rechtsempfinden der Bevölkerung entsprechen.“ (FAZ vom 16. August 2018).

„Sami A.“

- Daraufhin Versuche (auch aus der Justiz), die Äußerung in einen bestimmten historischen Kontext zu zerren (Drittes Reich – Volksempfinden), auch überzogene Kritik seitens des Richterbunds.
- Dabei ging es dem Innenminister nur um die Umschreibung der selbstverständlichen Tatsache, dass eine Rechtsordnung des Rückhalts der Rechtsunterworfenen (BVerfG) bedarf, und dass auch die, die für sich in Anspruch nehmen, die Rechtsordnung auktorial auszulegen, gut beraten sind, die Akzeptanz ihrer Entscheidungen nicht aus den Augen zu verlieren (sonst weitere Polarisierung auch auf dem Feld des nicht politikgesteuerten Subsystems Recht).

Exekutive und Justiz – „Hambacher Forst“

Braunkohleabbau Hambacher Forst:

- VG Köln im einstweiligen Rechtsschutz- und Hauptsacheverfahren (B. v. 12. März 2019 – 14 K 3037/18): Verwaltungsentscheidungen zum Abbaggern offenkundig rechtmäßig, kein Eilrechtsschutz des BUND gegen Abbau.
- Eilentscheidung OVG: Aufschiebende Wirkung wegen möglicher Aufnahme des Forsts als FFH-Gebiet; dies ist faktisch und rechtlich jedoch unmöglich.
- Aufhebung der Eilentscheidung des VG durch OVG hatte erhebliche Irritationen um Abbau und Ansehensverlust der Politik zur Folge (auch hins. der gerichtlich bestätigten Räumung des Waldes)

Exekutive und Justiz – „Licht aus in Düsseldorf wegen „Dügida“

Düsseldorfer Licht-aus-gegen-Dügida-Fall:

- OB Thomas *Geisel*: Licht aus bei städtischen Lampen wegen „Dügida“,
- Aufhebende VG-Eilentscheidung wolle er nicht beachten, offener Rechtsungehorsam gegen VG Düsseldorf angekündigt.
- VG-Präsident Andreas *Heusch*: „Ich habe noch in keiner Stadt erlebt, dass ein Stadtoberhaupt gerichtliche Entscheidungen missachtet“.
- Wenig öffentliche Empörung über *Geisel*, erstaunlich, obwohl Aktion von drei Instanzen für eindeutig rechtswidrig erklärt wurde (BVerwGE 159, 327).

Exekutive und Justiz - Polizeibewerber mit Tätowierung

Tätowierung bei Polizeibewerbern:

OVG Münster, B. v. 14.7.2016 – 6 B 540/16, juris. Zuvor schon OVG Münster, NWVBl. 2015, 33; ebenso etwa VG Köln, Beschluss v. 28. August 2016 – 19 L 1851/16, juris; VG Minden, Beschluss vom 12. April 2018 – 4 L 315/18:

Dienstherr sei berechtigt, die Einstellung eines Bewerbers in den Polizeidienst wegen einer großflächigen, nicht von der Sommeruniform verdeckten Tätowierung an den Armen abzulehnen.

Polizeibewerber mit Tätowierung

- VG Düsseldorf, B. v. 24.8.2017 – 2 L 3279/17, juris, Rn. 30 (Eilentscheidung): Angebliche Änderung der gesellschaftlichen Anschauungen und Einstellungen zu Tätowierungen bei Beamtenbewerbern.
- Rechtlich entscheidender Ausgangspunkt für die Entscheidung des VG Düsseldorf ist die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts an die Dienstherrn, es sei in einem gleichsam permanenten Beobachtungsprozess auf die Entwicklung der gesellschaftlichen Anschauungen zu tätowierten Beamten oder Bewerbern abzustellen (BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, NJW 1991, 1477, 1478).

Eignung von Tätowierten?

Dieser Prüfpunkt ist, rechtsmethodisch gesprochen, sozusagen ein Unterkriterium der Eignungsprognose, also der Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Bewerber für eine bestimmte Stelle geeignet sein wird.

Quis iudicabit? Organadäquanz?

Wer ist nun abschließend zuständig dafür, die Festlegung zu treffen, wie die aktuelle Einstellung der Bevölkerung zu tätowierten Polizeibewerbern beschaffen ist?

Der Dienstherr oder die ihn kontrollierende
Verwaltungsgerichtsbarkeit?

Wem kommt die gewaltenteilige „Organadäquanz“ (*Schenke*) zur abschließenden Entscheidung zu?

Beurteilung der „gesellschaftlichen Einstellungen“

Einen Hinweis auf die grundsätzlichen Subsumtions- und Kompetenzprobleme, auf die wir hier stoßen, liefert die Kontrollüberlegung, wie denn Einstellungsbehörde bzw. Verwaltungsgericht Beweis über die „Einstellung“ der Bevölkerung zu tätowierten Polizeibewerbern erheben sollten: Meinungsumfrage als verkappte ad-hoc-Volksabstimmung; Bestellung soziologischer Gutachten, Gegengutachten und Obergutachten, je nach „Positionierung“ des entsprechenden Lehrstuhls oder Instituts?

Was wäre gewonnen, wenn (auch) solche politischen Einschätzungen in die Beurteilungs- bzw. faktische Entscheidungszuständigkeit demokratisch nicht legitimierter Gutachter ausgelagert würden, deren Erhebungs- und Befragungsmethoden und Bewertungen höchst subjektiv, einseitig und vorverständnis- bzw. interessenengeleitet ausfallen können?

Verfassungseigenbereich der Exekutive

Die grundrechtszentrierte und grundrechtsgetriebene Vorstellung von der Alternativlosigkeit der verwaltungsgerichtlichen Vollkontrolle und Entscheidungshoheit stellt, unter dem Lichte des Gewaltenteilungsprinzips betrachtet, eine Misstrauenskundgabe gegenüber der demokratisch legitimierten und ebenfalls umfassend grundrechtsgebundenen Exekutive dar. Darüber hinaus blendet sie, vielleicht auch aus Gründen der Unkenntnis des Politischen, die eigenständigen Kontrollmechanismen der Strukturen und Prozesse der Exekutive weitgehend aus, etwa die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung und die permanente allseitige Rechtsfertigungspflicht eines Ministeriums für jede seiner Entscheidungen. Diesen Überlegungen wird man auch kaum mit dem Schlagwort entgegentreten können, mit der demokratischen Legitimation der Verwaltung allein könne ein Beurteilungsspielraum nicht begründet werden .

Verwaltungseigeninteressen an Bewerbern

Kein Dienstherr in Deutschland hat ein Interesse daran, willkürlich Bewerber von Bewerbungsverfahren auszuschließen. Die Formulierung von Ausschlusskriterien ist heikel, weil die einstellende Behörde ein Eigeninteresse daran haben muss, nur zwingend notwendig erscheinende Anforderungen festzulegen, um den Kreis der in Betracht kommenden Bewerber so groß zu halten, wie die Eignungsanforderungen des Amtes dies irgend erlauben. Dies gilt besonders in Zeiten wie diesen mit außergewöhnlich hohen Einstellungszahlen der Polizei und einem für die Polizei vergleichsweise eher ungünstigen Verhältnis von Bewerber- und Einstellungszahlen.

Auch diese Überlegungen und Festlegungen jedoch gehören nach dem System der Gewaltentrennung ausschließlich zum Kompetenzraum der Exekutive, nicht zu jenem der Justiz.

Keine „privatistisch-individuelle“ Überhöhung von Grundrechtspositionen

Zu Recht wird in jüngeren Schriften aus der Staatsrechtslehre gefordert, über Grundrechtspositionen dürfe nicht nur „privatistisch-individuell nachgedacht“ werden.

Martin *Nettesheim* hat dazu unlängst die Forderung aufgestellt:
„Wer mit Grundrechten operiert, sollte immer auch den Kontext politischer Autonomie im Blick behalten“ .

Nettesheim, Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben, 2017, S. 49.

Begründungswechsel der Justiz: Wesentlichkeitstheorie?

Verwaltungsgericht Düsseldorf am 8. Mai 2018, in der
Hauptsacheentscheidung erster Instanz zu dem Ausgangsfall des
einstweiligen Rechtsschutzes vom 24. August 2017:

Für die Ablehnung des Bewerbers allein wegen seiner großflächigen
sichtbaren Tätowierung fehle es an der erforderlichen gesetzlichen
Ermächtigung. Das Verbot bestimmter Tätowierungen bedürfe einer
gesetzlichen Grundlage, und an dieser fehle es, weil das Land
Nordrhein-Westfalen seiner Entscheidung „lediglich den
Körperschmuckerlass“ zugrunde gelegt habe.

Ebenso jetzt OVG Münster, NWVBl. 2019, 73.

Systemlose Hochzoning von Verwaltungsgut auf die Ebene des formellen Gesetzes

Seit der ersten Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2003 (BVerfGE 108, 282) lässt sich in der Rechtsprechung eine Tendenz ausmachen, jahrzehntelang unstreitiges Erlass-Regelungsgut der Verwaltung auf die Ebene der Verordnung oder gar des formellen Gesetzes hochzuzonen.

Dies ist unter dem Aspekt der Gewaltenteilung bedenklich, zumal klare Entscheidungskriterien und Prüfprogramme, was wie im Einzelfall in diesem Zusammenhang als so „wesentlich“ anzusehen sein soll, nicht erkennbar sind.

Asylkrise ohne Gesetz – und trotz Art. 16a Abs. 2 GG

Dass für die Ablehnung tätowierter Polizeibewerber oder angejahrter Unteroffiziere (BVerwGE 140, 342 (350)) Parlamentsgesetze erforderlich sein sollen,

für den millionenfachen visumlosen Zuzug von Flüchtlingen aus sicheren Drittstaaten (Art. 16a Abs. 2 GG) aber nicht,

ist ein Ergebnis, dass nicht nur Verfassungsjuristen in größte Irritationen und Begründungsnöte stürzen kann

Beamtenrecht: Bewerbungsverfahrensanspruch mit Ablehnungsvorbehalt durch formelles Einzelgesetz?

Der angebliche Zwang zur Hochzoning nachrangiger Angelegenheiten wie die Eignungsbeurteilung tätowierter Bewerber begründet die Gefahr, dass der Bewerberverfahrensanspruch zu einer Art Einstellungsanspruch mit Ablehnungsvorbehalt mutieren könnte, wobei die Ablehnungsgründe enumerativ und mindestens auf der Rechtsquellenebene der Verordnung aufgeführt sein müssen, um Bewerber ablehnen zu dürfen.

Dieses Ergebnis wäre nicht nur mit der jahrzehntelangen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bewerbungsverfahrensanspruch unvereinbar, sondern würde direkt gegen das Verfassungsprinzip der Bestenauslese verstoßen.

Indizien für eine gesetzesfremde richterliche Ergebnisorientierung

Wie Wolfgang *Durner* am Beispiel der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur planerischen Abwägung darlegt hat, lassen sich bestimmte Indizien für die gesetzesfremde Ergebnisorientiertheit einer richterlichen Normkonkretisierung ausmachen.

Durner nennt insbesondere die Auswechslung der Begründung für eine bestimmte Normkonkretisierung bei gleichbleibendem Ergebnis.

Durner, Die Rolle des Richterrechts im Planungsrecht, in: Ziekow (Hg.), Aktuelle Fragen des Luftverkehrs-, Fachplanungs- und Naturschutzrechts, 2006, S. 117 (128 f.).

Ergebnisorientierung bei den Tätowierfällen

Auswechslung der Begründung bei den Entscheidungen zur Ablehnung tätowierter Bewerber:

- Erst angebliche Änderung der Einstellung der Bevölkerung zu tätowierten Beamten,
- Dann plötzlich ganz anderer Gesichtspunkt der Wesentlichkeitstheorie und der angeblichen Notwendigkeit der Hochzonzung auf die Parlamentsebene.
- Justiz will Letztentscheidung der Verwaltung nicht akzeptieren, weil ihr die Ablehnung politisch nicht paßt.

Aufgaben der Ministerialbürokratie

- Verfassungsrechtliche Aufgabe der Ministerialbürokratie: Verfassungswidrige Kompetenzübergriffe der Justiz in den verfassungseigenen Bereich der Exekutive zu verhindern.
- Zumindest aber zu kritisieren und auf Abhilfe zu dringen.
- Kein voraus- oder nachteiliger Gehorsam der Exekutive als Staatsgewalt gegenüber der Justiz.
- Entsprechende Beratung der Mandats- und Amtsträger, auch und gerade im Landtag und bei der Formulierung von Parlamentsgesetzen nach justiziellen Akten der (verfehlten) Hochzoning von Erlassmaterie auf die Ebene des formellen Gesetzes.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!