

Rechtskonflikte

*Festschrift für Horst Dreier
zum 70. Geburtstag*

herausgegeben von

Frauke Brosius-Gersdorf, Armin Engländer,
Andreas Funke, David Kuch, Axel Tschentscher
und Fabian Wittreck

Mohr Siebeck

Das Bundesverwaltungsgericht als Eingangsinstanz

Zweifel an der Wahrung des gesetzlichen Richters

Ingo Kraft

Als der Jubilar und der Verfasser dieser Zeilen in den 1980'er Jahren am Lehrstuhl ihres gemeinsamen akademischen Lehrers *Hasso Hofmann* in Würzburg zusammengearbeitet haben, *Horst Dreier* als promovierender und sich dann habilitierender Assistent, der andere als wissenschaftliche Hilfskraft und sodann Doktorand – retrospektiv war das noch »die gute alte Zeit«, in der das Bundesverwaltungsgericht vornehmlich als Revisionsgericht fungierte. Seit 1991 hat der Gesetzgeber dessen erstinstanzliche Zuständigkeiten jedoch kontinuierlich ausgeweitet. Die Belastung des Gerichts mit solchen Verfahren ist über alle Senate hinweg in einem Maße angewachsen, die angesichts der Vorgaben aus Art. 92 und Art. 95 Abs. 1 GG erhebliche Zweifel aufkommen lässt, ob die zur Entscheidung erstinstanzlicher Verfahren berufenen Spruchkörper noch als gesetzliche Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG anzusehen sind.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die obersten Gerichtshöfe des Bundes

1. *Genese des Art. 95 GG*

Art. 95 Abs. 1 GG nennt das Bundesverwaltungsgericht als einen der vom Bund zu errichtenden obersten Gerichtshöfe.¹ In der Urfassung des Grundgesetzes waren diese in Art. 95 Abs. 2, Art. 96 Abs. 1, Art. 99 und Art. 100 Abs. 3 als »obere Bundesgerichte« bezeichnet worden.² Denn darüber hatte der Verfassungsgeber zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts die Errichtung eines »Obersten Bundesgerichts« in Art. 95 GG a. F. vorgesehen. Im Parlamentarischen Rat herrschte

¹ Art. 95 Abs. 1 GG i. d. F. des 16. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 18. Juni 1968, BGBl. I S. 657. Demgegenüber beruht die erstinstanzliche Zuständigkeit der beim Bundesverwaltungsgericht angesiedelten Wehrdienstsenate auf Art. 96 Abs. 4 GG; auf diese wird hier nicht eingegangen.

² Art. 95, Art. 96, Art. 99 und Art. 100 GG i. d. F. des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949, BGBl. I S. 1. Zur Entstehungsgeschichte: *Häberle*, JÖR n. F. Band 1 (1951), 2. Auflage 2010, S. 690 ff.; *Jachmann-Michel*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Band VI, Art. 95 Rn. 46 ff.

Uneinigkeit, wie Rechtsprechungskonflikte auf höchster Ebene institutionell gelöst werden sollten: Entweder durch eine einheitliche Spitze der dritten Gewalt in Form eines Obersten Bundesgerichts von besonders hoher Autorität oder durch einen Gemeinsamen Senat der oberen Bundesgerichte nach Art der Vereinigten Senate des früheren Reichsgerichts.³ So wurde ein Kompromiss in Art. 95 GG a.F. gefunden, der lediglich die Aufgaben des Obersten Bundesgerichts umriss und die Wahl seiner Richter durch einen Richterwahlausschuss anordnete.⁴

Einige Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mehrten sich rechtspolitische Zweifel an dem Sinn einer derartigen Institution. Sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch die Präsidenten der »oberen Bundesgerichte« sahen die Schaffung eines »Obersten Bundesgerichts« als verzichtbar an. Deshalb wurde Art. 95 GG a.F. im Jahr 1968 gestrichen und an die Stelle eines »Obersten Bundesgerichts« ist in Art. 95 Abs. 3 Satz 1 GG n.F. der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes als Instrument rechtswegübergreifender Vereinheitlichung der Rechtsprechung in Form eines ad-hoc-Spruchkörpers getreten. Zugleich konnten die »oberen Bundesgerichte« terminologisch in die freigewordene oberste Hierarchieebene aufrücken. Der Gesetzgeber hat dem Wunsch ihrer Präsidenten Rechnung getragen, in der Bezeichnung zum Ausdruck zu bringen, dass sie als letztinstanzliche Gerichte die Stellung oberster Gerichte des Bundes haben.⁵

2. Auslegung

a) Dem Begriff eines obersten Gerichtshofs lässt sich entnehmen, dass ihm – mit Ausnahme des grundsätzlich auf Bundesverfassungsrecht als Prüfungsmaßstab beschränkten Bundesverfassungsgerichts – andere innerstaatliche Gerichte nicht übergeordnet werden dürfen.⁶ Ein oberster Gerichtshof des Bundes fungiert grundsätzlich als Rechtsmittelgericht letzter Instanz.⁷ Zugleich wird die in Art. 30 und Art. 92 GG angelegte Konzeption des auch die Dritte Gewalt durchziehenden Bundesstaatsprinzips deutlich, demzufolge nicht nur Gesetzgebung und Verwaltung, sondern auch die Rechtsprechung im Bundesstaat zwischen

³ So die historische Analyse in BT-Drs. V/1449 S. 3.

⁴ Dilatorisch als Option bezeichnet von *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band III, 3. Auflage 2018, Art. 96 Rn. 6 wegen der Uneinigkeit im Parlamentarischen Rat über die Ausgestaltung eines solchen Gerichts.

⁵ BT-Drs. V/1449 S. 3. Der Bundesrat hatte demgegenüber für »oberste Gerichte« plädiert (ebd. S. 5).

⁶ *Wolff*, in: Hömig/Wolff, GG, 13. Auflage 2022, Art. 95 Rn. 4.

⁷ BVerwG, U.v. 22. Januar 2004 – 4 A 32.02, BVerwGE 120, 87 (93); U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 31; vgl. auch BSG, U.v. 4. Oktober 1994 – 7 KlAr 1/93, BSGE 75, 97 (133 ff.).

Bund und Ländern verteilt sind.⁸ Deshalb ist der Instanzenzug föderal aufgebaut,⁹ aber die Bundesgerichte stehen nicht als eigene Säule – wie in den Vereinigten Staaten – neben, sondern über den Landesgerichten.¹⁰

Sowohl der Parlamentarische Rat als auch der verfassungsändernde Gesetzgeber hatten die Vorstellung, die nunmehr »obersten« Gerichtshöfe des Bundes seien Rechtsmittelgerichte höchster Instanz, die im Regelfall nur gegen Entscheidungen von Landesgerichten angerufen werden können.¹¹ Die Konzeption oberster Gerichtshöfe als grundsätzlich den Instanzenzug abschließende Rechtsmittelgerichte zeigt sich auch in Art. 99 GG, wenn der Gesetzgeber ihnen in bestimmten landesrechtlichen Streitigkeiten die Entscheidung für »den letzten Rechtszug« zuweisen kann.¹²

b) Damit wird teleologisch die eigentliche Aufgabe eines obersten Gerichtshofs des Bundes als Revisionsgericht angesprochen: die Rechtsfortbildung und Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Hinblick auf das reversible Recht.¹³

Die Bindung an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (§ 137 Abs. 2 VwGO), die diese im Rahmen der ihr als Tatrichter obliegenden freien Beweiswürdigung (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO) getroffen hat, ermöglicht dem Revisionsgericht die Fokussierung auf die durch den Fall aufgeworfenen Rechtsfragen. Es kann seine Ressourcen auf die Auslegung des revisiblen Rechts, die damit einhergehende Maßstabsbildung sowie die Formulierung von Obersätzen verwenden und auf diese Weise den Instanzgerichten sowie der Verwaltungspraxis Leitlinien geben. Diese Kernaufgabe erklärt auch die Besetzung des Spruchkörpers mit fünf Richtern im Urteilsverfahren (§ 10 Abs. 3 VwGO), die der Gesetzgeber wegen der »Schwierigkeit der Rechtsfindung« vorgesehen hat.¹⁴ Damit wird zur Förderung der Argumentationsqualität die Basis für den rechtlichen Diskurs innerhalb des Spruchkörpers verbreitert.

Zwar kann das Bundesverwaltungsgericht auch in erstinstanzlichen Entscheidungen bei der Rechtsauslegung maßstabsbildend tätig sein. Aber der überwiegende Teil dieser Verfahren zeichnet sich durch die Notwendigkeit überaus

⁸ *Vofskuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Band 3, Art. 95 Rn. 3: »bundesstaatliche Stoßrichtung«; *Jachmann-Michel*, Art. 95 Rn. 4: »Prinzip föderativer Gliederung der Justiz«.

⁹ BVerwG, U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 32.

¹⁰ Einfache Bundesgerichte (Bundespatentgericht, Truppendienstgerichte) bleiben hier außen vor.

¹¹ *Jachmann-Michel*, Art. 95 Rn. 5, 100.

¹² *Achterberg*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 95 (Zweitbearbeitung Juli 1985), Rn. 150.

¹³ *Degenhart*, in: HStR Band V, 3. Auflage 2007, § 114 Rn. 15; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band III, 3. Auflage 2018, Art. 95 Rn. 18; *Jachmann-Michel*, Art. 95 Rn. 18; *Hensch*, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 15. Auflage 2022, Art. 95 Rn. 1; *Kraft*, in: Eyermaun, VwGO, 16. Auflage 2022, § 132 Rn. 2, 15 und 29; § 137 Rn. 7.

¹⁴ BT-Drs. III/55 S. 27 f.

komplexer und intensiver Tatsachenfeststellungen aus, die durch aufwändige Beweisaufnahmen viel richterliche Arbeitskraft binden. Für die Ermittlung des Sachverhalts sind die Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe als Landesgerichte vor Ort wegen ihrer Kenntnis der örtlichen und regionalen Gegebenheiten sowie ihrer schlagkräftigeren Besetzung mit nur drei Berufsrichtern wesentlich besser gerüstet; für diese Aufgabe erscheint die Besetzung der Senate des Bundesverwaltungsgerichts mit fünf Bundesrichtern überschießend und volkswirtschaftlich sinnlos.¹⁵ Mit der Notwendigkeit, komplexe Sachverhalte als Grundlage der Rechtsanwendung selbst festzustellen, gehen Ressourcen für die Bewältigung der eigentlichen Aufgabe als Revisionsgericht verloren. Werden Rechtsfragen vom Bundesverwaltungsgericht in erstinstanzlichen Verfahren entschieden, fehlt dem Gericht zudem die Breite des rechtlichen und tatsächlichen Anschauungsmaterials, das ansonsten durch die Vorbefassung der Vorinstanzen geliefert und aufbereitet wird. Denn gutes Richterrecht entsteht evolutionär, nicht revolutionär in großen Sprüngen.¹⁶ Schließlich leidet der die Entscheidungsqualität fördernde instanzübergreifende Diskurs, da der Rechtsmittelzug als institutionalisiertes Dialogforum für das Ringen um die richtige Lösung von Rechtsfragen mit den Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten ausfällt.¹⁷

c) Hinter der grundsätzlich bestehenden Beschränkung des revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs auf das Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) steht das Bundesstaatsprinzip, das den Oberverwaltungsgerichten als obersten Landesgerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Kompetenz zur verbindlichen Auslegung des Landesrechts zuweist.¹⁸ Zwar ist dem Revisionsgericht der Zugriff auf Landesrecht im Rahmen der Prüfung der angefochtenen Entscheidung auf Ergebnisrichtigkeit nach § 144 Abs. 4 VwGO und der Prüfung, ob es in der Sache selbst entscheidet (§ 144 Abs. 3 Satz 1 VwGO), nicht verwehrt. Das Bundesstaatsprinzip legt aber Zurückhaltung nahe, um das Oberverwaltungsgericht bei der Auslegung seines Landesrechts nicht unnötig zu präjudizieren.¹⁹

¹⁵ Groth, Das Bundesverwaltungsgericht »vor Ort« – Die erstinstanzliche Tätigkeit des Gerichts im Verkehrswegerecht, in: Schmidt-Aßmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 661 (671).

¹⁶ Rennert, NWVBl. 2015, S. 41 (42).

¹⁷ Paetow, NVwZ 2007, S. 36 (37f.); Rennert, NWVBl. 2015, S. 41 (45).

¹⁸ BVerwG, U.v. 18. Dezember 1987 – 4 C 9.86, BVerwGE 78, 347 (351); U.v. 13. Dezember 1995 – 6 C 7.94, BVerwGE 100, 160 (170f.); U.v. 27. April 2005 – 8 C 5.04, BVerwGE 123, 303 (307). Vgl. Häberle, JÖR n.F. Band 1, S. 667 mit Verweis auf den als Vorlage des Art. 92 GG dienenden Art. 128 des Herrenchiemsee-Entwurfs, der die Gerichtsbarkeit der Länder in den Vordergrund gestellt hatte und die Gerichtshoheit des Bundes nur aufgrund expliziter Festlegung im Grundgesetz vorsah.

¹⁹ Vgl. die Nachw. in Fn. 18; BVerwG, U.v. 24. Januar 2024 – 6 C 4.22 Rn. 25f.; Kraft, VwGO, § 144 Rn. 12f., 19 m. w. N.; Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 137 Rn. 89; Eichberger, ebd., § 144 Rn. 85; Neumann/Korbmacher, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage

In erstinstanzlichen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gehört Landesrecht zum Prüfungsmaßstab.²⁰ Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Prozessrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) ermöglicht dem Bundesgesetzgeber diese Maßstabserweiterung.²¹ In materieller Hinsicht erweist sich diese jedoch mit Blick auf das auch die Dritte Gewalt durchziehende Bundesstaatsprinzip als rechtfertigungsbedürftig.²² Denn das Bundesverwaltungsgericht dringt in die den Oberverwaltungsgerichten vorbehaltene Jurisdiktionskompetenz bei der ihnen obliegenden Auslegung des Landesrechts ein.²³

3. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen der Funktion als Rechtsmittel- und Eingangsinstanz liegt auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Stellung der obersten Gerichtshöfe des Bundes zugrunde.²⁴ Ausgangspunkt seiner Entscheidung zum Bundesverwaltungsgericht als Eingangsinstanz gemäß § 9 BVerwGG²⁵ ist das Bundesstaatsprinzip und die Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder (Art. 30 und Art. 92 GG). Prinzipielle Begrenzungen der Zuständigkeit hat das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung des Gerichtswesens aus der Bezeichnung »obere Bundesgerichte« (Art. 96 Abs. 1 GG a. F.) entnommen. Damit sei hinreichend eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass diese Gerichte innerhalb eines Instanzenzuges stünden und grundsätzlich als höchste Rechtsmittelgerichte innerhalb eines Gerichtszweigs gedacht seien. Aus der Bezeichnung folge jedoch nicht zwingend, dass sie nur Rechtsmittelgerichte sein könnten; sie müssten im Wesentlichen als Rechtsmittelgerichte tätig sein. Das Grundgesetz überlasse es dem Bundesgesetzgeber – unter Beachtung der dargelegten im Grundgesetz enthaltenen Grundentscheidung – die notwendigen Bestimmungen über die Abgrenzung der Zuständigkeit der Bundesgerichte einerseits und der Gerichte der Länder andererseits im Einzelnen zu treffen.²⁶

Weitere erstinstanzliche Zuständigkeitszuweisungen des Gesetzgebers seien eng zu begrenzen und dürften den Charakter der Ausnahmeregelung nicht zerstören. Es bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, den grundsätzlich als Rechtsmittelgerichten letzter Instanz zu errichtenden »obe-

2018, § 137 Rn. 119f.; noch enger: *W.R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 29. Auflage 2023, § 137 Rn. 32.

²⁰ BVerwG, U.v. 13. Dezember 1984 – 7 C 139.81, NJW 1985, S. 1655; B.v. 5. Oktober 1993 – 4 A 9.93, LKV 1994, S. 146 f.

²¹ BVerfG, B.v. 2. Februar 1960 – 2 BvF 5/58, BVerfGE 10, 285 (292 ff.).

²² *Kraft*, VwGO, § 50 Rn. 2; a.A. *Schenke*, VwGO, § 50 Rn. 1.

²³ *Groth*, Bundesverwaltungsgericht »vor Ort«, S. 661 (671); *Postier*, NJ 1996, S. 125 (126 f.).

²⁴ BVerfG, B.v. 10. Juni 1958 – 2 BvF 1/56, BVerfGE 8, 174 (176 ff.).

²⁵ Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952, BGBl. I S. 625.

²⁶ BVerfGE 8, 174 (177).

ren Bundesgerichten« durch Bundesgesetz erstinstanzliche Zuständigkeiten für Streitigkeiten einzuräumen, in denen Verwaltungsakte bestimmter oberster Bundesbehörden angegriffen würden, die von überregionaler oder allgemeiner grundsätzlicher Bedeutung seien oder einer raschen endgültigen Klärung ihres Rechtsbestandes bedürften.²⁷ An diesen Aussagen und dem Maßstab hat das Bundesverfassungsgericht für Art. 95 Abs. 1 GG n.F. festgehalten.²⁸

4. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Vorgaben dahingehend konkretisiert, dass nicht jeder beliebige Grund eine erstinstanzliche Zuständigkeitszuweisung zu rechtfertigen vermag. Mit Blick auf den föderalen Aufbau des Gerichtswesens und damit die Aufgabenverteilung im Bundesstaat müsse es um Rechtsstreitigkeiten gehen, bei denen ein gesamt- oder bundesstaatliches Interesse an einer raschen (rechtskräftigen) Entscheidung bestehe. Aus dem Ausnahmecharakter einer solchen Zuständigkeitsbestimmung folge darüber hinaus, dass sie weiteren quantitativen und qualitativen Schranken unterliege, damit der oberste Gerichtshof seiner eigentlichen und vorrangigen Aufgabe als Revisionsgericht, nämlich der Rechtsfortbildung und der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, gerecht werden könne: Die Zuweisung erstinstanzlicher Zuständigkeiten dürfe quantitativ und qualitativ nach ihrem Anteil an der gesamten Geschäftslast des Gerichts keine solche Größenordnung erreichen, dass nicht mehr von einer ausnahmsweisen Zuständigkeit gesprochen werden könne. Sie dürfe auch nicht dazu führen, dass den Gerichten der Länder in wesentlichen Rechtsmaterien, zumal solchen mit raumbedeutsamem Inhalt, praktisch keine substantziellen Zuständigkeiten mehr verblieben.²⁹

Bei der Beurteilung der genannten Voraussetzungen sei dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum zuzugestehen, weil damit oftmals (verkehrs-, wirtschafts- und rechts-)politische Wertungen verbunden seien. Würden einem obersten Gerichtshof Rechtsstreitigkeiten nicht abstrakt, sondern unter Auflistung konkreter Infrastrukturvorhaben zugewiesen, müsse jedes Einzelprojekt den vorstehenden Anforderungen eines sachlichen Grundes genügen. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers bedinge allerdings, dass seine Entscheidung, ein Vorhaben in diese Zuständigkeitsbestimmung aufzunehmen, vom Gericht erst dann zu beanstanden sei, wenn sie offensichtlich fehlsam oder evident unsachlich sei.³⁰

²⁷ BVerfGE 8, 174 (178f., 180, 181).

²⁸ BVerfG, U.v. 4. April 1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365 (410); vgl. auch B.v. 7. Oktober 2003 – 2 BvG 1, 2/02, BVerfGE 109, 1 (8).

²⁹ BVerwG, U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 32; vgl. auch B.v. 5. November 2020 – 7 VR 1.20, NVwZ-RR 2021, S. 173 Rn. 6.

³⁰ BVerwG, U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 33.

5. Zusammenfassung: Verfassungsrechtliche Anforderungen

Fasst man die in der Rechtsprechung mit Blick auf die Stellung des Bundesverwaltungsgerichts als einem der obersten Gerichtshöfe des Bundes entwickelten Vorgaben aus Art. 92, Art. 95 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG zusammen, muss jede neue erstinstanzliche Zuständigkeit wegen des verfassungsrechtlich vorgegebenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen der Tätigkeit als Revisionsgericht und Eingangsinstanz folgenden kumulativ erforderlichen Anforderungen genügen:

a) Eine Neuuzuweisung bedarf auf der ersten Stufe in einer isolierten Mikrobetrachtung der sachlichen Rechtfertigung.³¹ Dazu darf die Zuständigkeit nur Klagen gegen Verwaltungsakte oberster Bundesbehörden erfassen, die von überregionaler oder allgemeiner grundsätzlicher Bedeutung sind oder einer raschen endgültigen Klärung bedürfen; insoweit besteht eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Zudem muss auch die Ausgestaltung der Zuweisung sachgerecht erfolgen.

b) Eine danach gerechtfertigte Neuuzuweisung hat sich auf der zweiten Stufe des Weiteren einer Makrobetrachtung im Hinblick auf den dadurch zu erwartenden Zuwachs an erstinstanzlichen Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht zu stellen. Denn durch sie dürfen die erstinstanzlichen Verfahren keinen Anteil an der Geschäftslast des Gerichts erreichen, so dass nicht mehr von einer ausnahmsweisen Zuständigkeit gesprochen werden kann. Diese Vergleichsbetrachtung nimmt die *quantitative* und die *qualitative* Mehrbelastung des zu prognostizierenden Mehraufkommens angesichts der bereits bestehenden Arbeitslast durch erstinstanzliche Verfahren in den Blick und setzt diese in Relation zu der Belastung mit Rechtsmittelverfahren.

c) Maßgeblich für die verfassungsrechtliche Überprüfung neuer Zuständigkeiten ist der Moment des Gesetzesbeschlusses. Aber auch wenn die Anforderungen zu diesem Zeitpunkt erfüllt sind, kann eine Regelung angesichts tatsächlicher Entwicklungen verfassungswidrig werden. Insoweit trifft den Gesetzgeber die Pflicht, den Anteil erstinstanzlicher Verfahren in der Gesamtbelastung des Bundesverwaltungsgerichts nicht aus dem Blick zu verlieren. Auch im Nachhinein auftretende Fehlentwicklungen können einen Verfassungsverstoß begründen, wenn der Gesetzgeber über längere Zeit nicht nachsteuert.

³¹ Ob der Gleichheitssatz gesondert (BVerwG, U.v. 22. Januar 2004 – 4 A 32.02, BVerwGE 120, 87 [94 f.]) oder im Rahmen eines einheitlichen Prüfungsmaßstabs (BVerwG, U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 30) zur Anwendung kommt, kann mangels Ergebnisrelevanz dahinstehen.

II. Mikrobetrachtung der einzelnen erstinstanzlichen Zuständigkeiten

1. § 50 VwGO

a) Der im Gesetzentwurf der Bundesregierung für eine Verwaltungsgerichtsordnung³² übernommene Katalog des § 9 BVerwGG wurde auf Vorschlag des Bundesrates durch den Rechts- und den Innenausschuss des Bundestags stark zusammengestrichen. Es blieb bei der Zuständigkeit für den Bund-Länder- bzw. den Länderstreit (Nr. 1) und der Verbotsfeststellung für Vereine zu Strafverfolgungszwecken (Nr. 2).

b) Mit dem Vereinsgesetz von 5. August 1964³³ wurde die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für Verbotsfeststellungen auf Vereinsverbote umgestellt, soweit sie das Bundesministerium des Innern wegen länderübergreifender Vereinstätigkeit oder -organisation zu verfügen hat (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Die Bundesregierung stützte sich darauf, dass es sich bei Vereinsverboten zu meist um Entscheidungen von erheblicher Bedeutung infolge ihres politischen Charakters und Einflusses auf die Staatssicherheit handele. Es sei für die Staats- wie für die Rechtssicherheit unerträglich, wenn Vereinsverbote u.U. jahrelang mit dem Makel der Vorläufigkeit behaftet wären und das Erlaubt- oder Verbotensein einer Massenorganisation auf lange Zeit in der Schwebe bleibe.³⁴

Diese Zuständigkeitsregelung genügt als solche den verfassungsrechtlichen Anforderungen, auch wenn sie rechtspolitisch nicht zwingend erscheint. Denn Klagen gegen vom Bundesinnenministerium verfügte Vereinsverbote könnten – wie auch gegen die von der obersten Landesbehörde erlassenen Verbote (§ 48 Abs. 2 VwGO) – ohne Weiteres von den Oberverwaltungsgerichten entschieden werden. § 50 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist nach Sinn und Zweck auch auf Feststellung der Nichtigkeit eines Vereinsverbots gerichtete Klagen anzuwenden,³⁵ nicht jedoch auf einen Feststellungsantrag, kein Mitglied des verbotenen Vereins gewesen zu sein.³⁶

c) Die in Nr. 3 des § 50 Abs. 1 VwGO vorgesehene Zuständigkeit für Klagen gegen Akte konsularischer und diplomatischer Auslandsvertretungen wurde 1990 aufgehoben.³⁷ Die Vorschrift hatte keine praktische Bedeutung erlangt und Fälle dieser Art haben in der Regel weder allgemeine noch grundsätzliche

³² BT-Drs. III/55 S. 8. Vgl. zur damaligen Diskussion um eine erstinstanzliche Zuständigkeit: *Bachof*, DRZ 1950, S. 245; *Naumann*, DÖV 1951, S. 281; *Koehler*, DÖV 1951, S. 429; *Naumann*, DVBl. 1953, S. 530 (532).

³³ BGBl. I S. 593.

³⁴ BT-Drs. IV/430 S. 6, 25.

³⁵ BVerwG, B.v. 13. Mai 2020 – 6 PKH 6.19 Rn. 5 f.

³⁶ BVerwG, U.v. 31. August 2022 – 6 A 9.20, BVerwGE 176, 224 Rn. 29.

³⁷ 4. Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 17. Dezember 1990, BGBl. I S. 2809.

Bedeutung.³⁸ Durch das Zuwanderungsgesetz³⁹ hat der Gesetzgeber die Leerstelle in Nr. 3 mit den Streitigkeiten gegen Abschiebungsanordnungen nach § 58a des Aufenthaltsgesetzes und ihre Vollziehung gefüllt.⁴⁰ Als Reaktion auf die eng geführte Rechtsprechung⁴¹ hat der Gesetzgeber Einreise- und Aufenthaltsverbote einbezogen.⁴²

Verfassungsrechtlich begegnet diese Zuständigkeitszuweisung schon deshalb Bedenken, da Abschiebungsanordnungen aufgrund des § 58a Abs. 1 AufenthG in der Regel von obersten *Landes*behörden erlassen werden. Damit fehlt bereits die Voraussetzung der Vollzugskompetenz einer obersten *Bundes*behörde für die Begründung einer erstinstanzlichen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts.⁴³ Im Übrigen ist nicht zu erkennen, welcher Mehrwert in einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG gegenüber einer mit Sofortvollzug versehenen Abschiebungsandrohung ohne Ausreisefrist (§ 59 Abs. 1 Satz 2 AufenthG) liegt, gegen die die Verwaltungsgerichte nach § 45 VwGO Rechtsschutz gewähren. Die Eilbedürftigkeit vermag § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO nicht zu rechtfertigen, denn in der ausländerrechtlichen Praxis ermöglicht auch der nur über maximal zwei Instanzen reichende vorläufige Rechtsschutz zeitnahe Abschiebungen.

d) Bereits die Urfassung des § 50 VwGO sah in Nr. 4 Streitigkeiten gegen den Bund vor, denen dienstrechtliche Vorgänge im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes (BND) zugrunde lagen.⁴⁴ Im Jahr 2001 wurde die Beschränkung »gegen den Bund« gestrichen,⁴⁵ um den umgekehrten Parteirollen im Falle der Disziplinarlage des Dienstherrn gegen den Beamten Rechnung zu tragen.⁴⁶ Zudem fiel das Attribut »dienstrechtlich« weg,⁴⁷ denn es sollten sämtliche Verfahren zu Angelegenheiten des BND erstinstanzlich vor dem Bundesverwaltungsgericht verhandelt werden.⁴⁸

³⁸ BT-Drs. 11/7030 S. 22.

³⁹ Art. 11 Nr. 23 des Zuwanderungsgesetzes vom 30. Juli 2004, BGBl. I S. 1950.

⁴⁰ Art. 11 Nr. 7 der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses in BT-Drs. 15/3479 S. 19.

⁴¹ BVerwG, B.v. 22. August 2017 – 1 A 10.17, NVwZ 2018, S. 345 Rn. 3 ff.; U.v. 6. Februar 2019 – 1 A 3.18, NVwZ-RR 2019, S. 738 Rn. 15.

⁴² Art. 4 des Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15. August 2019, BGBl. I S. 1294.

⁴³ Soweit das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu § 116 AFG (BVerfG, U.v. 4. April 1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365 [410f.]) hinsichtlich des bei der damaligen Bundesanstalt für Arbeit angesiedelten Neutralitätsausschusses ausgeführt hat, für diesen könne nichts anderes gelten als für oberste Bundesbehörden, handelte es sich immerhin um ein herausgehobenes weisungsfreies Bundesorgan.

⁴⁴ Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 3/1094 S. 6, 32 f.

⁴⁵ Art. 14 Nr. 3 des Gesetzes vom 9. Juli 2001, BGBl. I S. 1510.

⁴⁶ BT-Drs. 14/4659 S. 55.

⁴⁷ Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes vom 20. Dezember 2001, BGBl. I S. 3987.

⁴⁸ So der Rechtsausschuss des Bundestags in BT-Drs. 14/7474 S. 5, 14 f.

Diese Sonderbehandlung des BND begegnet erheblichen Bedenken:⁴⁹ Zum einen ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen berechtigten Geheimschutzbelangen im Verwaltungsprozess mit Blick auf das In-camera-Verfahren gemäß § 99 VwGO nicht auch vor den (Ober-)Verwaltungsgerichten Rechnung getragen werden könnte. Die weite Fassung der Vorschrift betrifft u. a. beamtenrechtliche Streitigkeiten um Beihilfe oder Beförderung oder Klagen wegen Auskunftsbegehren, die nicht eo ipso top-secret erscheinen.⁵⁰ Zum anderen führt die Regelung in dienstrechtlichen Streitigkeiten zu paradoxen Resultaten: Während Prozesse von Beamten des BND durch das Bundesverwaltungsgericht entschieden werden, sind für arbeitsrechtliche Klagen der Angestellten des BND die Arbeitsgerichte und nicht etwa das Bundesarbeitsgericht zuständig. Diese Disparität belegt die Absurdität der Regelung. Schließlich hat der Gesetzgeber Streitigkeiten in den Geschäftsbereichen des Bundesamtes für Verfassungsschutz sowie des Militärischen Abschirmdienstes den Verwaltungsgerichten als Eingangsinstanz zugewiesen;⁵¹ auch im Hinblick darauf ist die prozessuale Sonderbehandlung des BND nicht zu rechtfertigen.⁵²

e) Der Gesetzgeber hat für Rechtsschutz gegen Maßnahmen und Entscheidungen nach § 44a AbgG sowie zur Durchsetzung der Transparenzregelungen in § 50 Abs. 1 Nr. 5 VwGO die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts angeordnet⁵³ und sodann Maßnahmen gegen ehemalige Mitglieder der Bundesregierung gem. § 6b BMinG in die Vorschrift einbezogen.⁵⁴ Die Erweiterung wurde mit dem Argument der Sachnähe begründet, da die Betroffenen in allen der von Nr. 5 erfassten Fällen gegenwärtige bzw. ehemalige Mitglieder eines Verfassungsorgans seien, deren nachwirkende Rechte und Pflichten ausgestaltet würden.⁵⁵ Dem ist bereits der Bundesrat mit überzeugenden Einwänden entgegengetreten und hat die Rechtfertigung der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mangels erkennbarer legitimer Gründe für die gesamte Nr. 5 in Zweifel gezogen.⁵⁶ Wenn daraufhin die Bundesregierung die Regelung mit Blick auf »Entscheidungen höchster Institutionen der Legislative [...]

⁴⁹ Kraft, VwGO, § 50 Rn. 13.

⁵⁰ Ergänzend ordnet § 112 Abs. 8 BPersVG für personalvertretungsrechtliche Verfahren beim Bundesnachrichtendienst die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts an.

⁵¹ Eine analoge Anwendung hat das BVerwG, B.v. 27. Juni 1984 – 9 A 1.84, DVBl. 1984, S. 1015 abgelehnt.

⁵² Bedenken mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG wurden von der 1. Kammer des 2. Senats des BVerfG nicht geteilt: B.v. 2. Oktober 2007 – 2 BvR 2457/04, BVerfGK 12, 265 Rn. 8.

⁵³ Art. 2 des 26. Gesetzes zur Änderung des Abgeordnetengesetzes vom 22. August 2005, BGBl. I S. 2482.

⁵⁴ Art. 3 des Gesetzes zur Änderung des Bundesministeregesetzes und des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre vom 17. Juli 2015, BGBl. I S. 1322. Neufassung der Regelung durch Art. 2 des Gesetzes vom 8. Oktober 2021, BGBl. I S. 4650.

⁵⁵ BT-Drs. 18/4630 S. 12.

⁵⁶ Rechtsausschuss des Bundesrates in BR-Drs. 52/1/15 und Stellungnahme des Bundesrates in BR-Drs. 52/15, wiedergegeben in BT-Drs. 18/4630 S. 14f.

bzw. Exekutive [...] mit Auswirkungen auf die gewählten Abgeordneten bzw. auf (ehemalige) Bundesminister/-innen und Parlamentarische Staatssekretäre/-sekretärinnen« sowie dem Ziel dieser Entscheidungen, der »Sicherstellung der staatlichen Integrität und Loyalität, mithin die Bewahrung bedeutender Güter eines demokratischen Rechtsstaats« zu verteidigen suchte,⁵⁷ vermag das nicht zu überzeugen. Weder die Stellung des Entscheiders, noch der Status der Betroffenen oder gar der Normzweck erscheinen geeignet, die Sonderregelung zu rechtfertigen. Vielmehr schimmern hier elitäre Standesdünkel der Betroffenen durch, die mit eigenen Statusangelegenheiten offenbar nur einen obersten Gerichtshof des Bundes befasst sehen wollen.

2. Infrastrukturvorhaben

Vorläufer der heutigen Regelung in § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO war § 5 Abs. 1 des Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetzes (VerkPBG).⁵⁸ Nach Auffassung der Bundesregierung boten die Gerichte der neuen Länder nach der Wiedervereinigung Deutschlands noch keine Gewähr dafür, Verfahren in einer der Eilbedürftigkeit Rechnung tragenden Weise durchzuführen. Mangels gefestigter Spruchpraxis seien auch divergierende Entscheidungen zu befürchten.⁵⁹ Die Geltung des Gesetzes war für Verkehrswege der Bundeseisenbahnen bis Ende 1999 und im Übrigen (Bundesfernstraßen, Bundeswasserstraßen, Verkehrsflughäfen und Straßenbahnen) bis Ende 1995 befristet.

Nichts erweist sich jedoch als so haltbar wie ein Provisorium: Die Geltung des Gesetzes wurde immer wieder verlängert.⁶⁰ Dabei ist für die intertemporale Anwendbarkeit darauf abzustellen, ob das Planfeststellungsverfahren vor Ablauf des 16. Dezember 2006 nach den Vorschriften des Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetzes begonnen worden ist (§ 11 Abs. 2 VerkPBG). Deshalb ergingen noch im Jahr 2022 Entscheidungen auf der Grundlage dieser erstinstanzlichen Zuständigkeit.⁶¹

Aus Sicht des Gesetzgebers hatte sich die Regelung bewährt,⁶² so dass er sie in der Folgezeit auf Großprojekte im gesamten Bundesgebiet ausdehnte. Im Dezember 2006 wurde das Bundesverwaltungsgericht in der neu geschaffenen Nr. 6 des § 50 Abs. 1 VwGO als Eingangsinstanz in sämtlichen Streitigkeiten

⁵⁷ BT-Drs. 18/4630 S. 16.

⁵⁸ Gesetz vom 16. Dezember 1991, BGBl. I S. 1474.

⁵⁹ BT-Drs. 12/1092 S. 10.

⁶⁰ § 1 Abs. 1 Satz 1 VerkPBG i. d. F. des Gesetzes vom 15. Dezember 1995, BGBl. I S. 1840 (einheitliche Geltung bis Ende 1999); des Gesetzes vom 22. Dezember 1999, BGBl. I S. 2659 (bis Ende 2004); des Gesetzes vom 21. Dezember 2004, BGBl. I S. 3644 (bis Ende 2005) und des Gesetzes vom 22. Dezember 2005, BGBl. I S. 3691 (bis Ende 2006).

⁶¹ Vgl. BVerwG, U.v. 23. November 2022 – 7 A 9.21, BVerwGE 177, 108 Rn. 11.

⁶² Erfahrungsbericht der Bundesregierung in BT-Drs. 15/2311; Bedenken aus der Praxis wurden beiseitegeschoben (BT-Drs. 15/2311 S. 12).

installiert, »die Planfeststellungsverfahren und Plangenehmigungsverfahren für Vorhaben betreffen, die in dem Allgemeinen Eisenbahngesetz, dem Bundesfernstraßengesetz, dem Bundeswasserstraßengesetz oder dem Magnetschwebbahnplanungsgesetz bezeichnet sind.«⁶³ Die Regelung wurde dann auf Stromtrassen,⁶⁴ Offshore-Windenergieanlagen, Energieleitungen⁶⁵ und LNG-Terminals⁶⁶ erweitert. Zudem sind in Nr. 7 Vorhaben nach dem Energiesicherungsgesetz hinzugekommen.⁶⁷ Die in einigen Spezialgesetzen als Anlagen enthaltenen Listen von Einzelvorhaben – Stand Januar 2024: 262 (!) – werden ständig erweitert.⁶⁸

Der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat die Sonderregelung des § 5 Abs. 1 VerkPBG bis 1999 noch gerechtfertigt, dann aber betont, dass sorgfältig zu prüfen sei, ob die beitriffsbedingte Sondersituation auch über das Jahr 2004 hinaus fortbestehe.⁶⁹ Der 9. Senat hat 2008 entschieden, § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO begegne für bestimmte Straßenverkehrsprojekte keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.⁷⁰ Dieses Judikat lässt einen bemerkenswerten Mangel an Sensibilität bei der Subsumtion unter die vom Senat selbst ausdifferenzierten Kriterien erkennen. Dass es hier nicht um Verwaltungsakte einer obersten Bundesbehörde gehe, sondern Planfeststellungsbehörden der Länder im Auftrag des Bundes handelten, sei ohne Belang.⁷¹ Die reale Belastung des Gerichts wurde nicht qualitativ geprüft; der tatsächlichen Mehrbelastung durch

⁶³ Art. 9 Nr. 2 des Gesetzes zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben vom 9. Dezember 2006, BGBl. I S. 2833.

⁶⁴ Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze vom 21. August 2009, BGBl. I S. 2870 und Art. 4 des Zweiten Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze vom 23. Juli 2013, BGBl. I S. 2543 (Gesetz über den Bundesbedarfsplan – Bundesbedarfsplangesetz – BBPlG).

⁶⁵ Art. 1a Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften vom 3. Dezember 2020, BGBl. I S. 2682 i. d. F. von Art. 3 des 2. ÄndG vom 20. Juli 2022, BGBl. I S. 1325.

⁶⁶ § 12 des Gesetzes zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases (LNG-Beschleunigungsgesetz – LNGG) vom 24. Mai 2022, BGBl. I S. 802, rezipiert in § 50 Abs. 1 Nr. 6 durch Art. 1 Nr. 4 lit. a des Gesetzes zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher Verfahren im Infrastrukturbereich vom 14. März 2023, BGBl. I Nr. 71 S. 1.

⁶⁷ Art. 1 Nr. 4 lit. a des Gesetzes vom 14. März 2023, BGBl. I Nr. 71 S. 1.

⁶⁸ Anlagen zu § 18e AEG, § 17e FStRG, § 14e WastrG, § 1 EnLAG und § 1 BBPlG.

⁶⁹ BVerwG, U.v. 22. Januar 2004 – 4 A 32.02, BVerwGE 120, 87 (93 ff.). Bedenken äußerte demgegenüber der damalige PräsBVerwG *Hien* im Pressegespräch des Bundesverwaltungsgerichts (DVBl. 2006, S. 350 [351]). Der 4. Senat hat im B.v. 26. September 2013 – 4 VR 1.13, UPR 2014, S. 106 Rn. 13 die Zuweisung nach § 1 Abs. 3 EnLAG mit Blick auf den Anteil sämtlicher erstinstanzlicher Verfahren i.H.v. 9,5 % des Gesamtbestandes der beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren unbeanstandet gelassen.

⁷⁰ BVerwG, U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 34 ff. Die Kriterien wurden wieder aufgegriffen im U.v. 5. Oktober 2021 – 7 A 13.20, BVerwGE 173, 296 Rn. 15 ff.

⁷¹ BVerwG, U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 37. Demgegenüber sieht *Postier*, NJ 1996, S. 125 (127) mangels alleiniger Jurisdiktionskompetenz des Bundes einen Verstoß gegen Art. 30 GG.

die hochkomplexen erstinstanzlichen Verfahren ist der 9. Senat nicht nachgegangen.⁷²

Die Literatur ist der permanenten Ausweitung erstinstanzlicher Sonderzuständigkeiten entgegengetreten. Deutlich wurde unterstrichen, dass die Sondersituation nach der Wiedervereinigung lange passé sei und allein der vom Gesetzgeber gewünschte Beschleunigungsbedarf keine Zuweisung an das Bundesverwaltungsgericht rechtfertige.⁷³ Denn selbst bei einem zweistufigen Instanzenzug in der Hauptsache gelangen wegen des Zulassungsvorbehalts in § 132 VwGO in der Praxis allenfalls 10 % der Verfahren in die Revisionsinstanz. Mögen einzelne Projekte zur Gewährleistung einer sicheren Energieversorgung nach dem Angriff Russlands auf die Ukraine im Februar 2022 ausnahmsweise eine Sonderzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts rechtfertigen; bei der Masse der ihm tatsächlich zugewiesenen Projekte ist das auch mit Blick auf den angestrebten Klimaschutz nicht der Fall.⁷⁴

3. Weitere erstinstanzliche Zuständigkeitsregelungen

Die Regelung des § 50 Abs. 1 VwGO ist nicht abschließend; vielmehr hat der Gesetzgeber in Spezialgesetzen weitere erstinstanzliche Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts vorgesehen.

a) Infrastrukturprojekte betreffen die Eröffnung der Normenkontrolle für Bundesverordnungen, die die Legalplanung der »Südumfahrung Stendal«⁷⁵ oder der Ostseeautobahn⁷⁶ abändern. Auch für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Suche nach einem Endlager für hochradioaktive Abfälle ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig.⁷⁷

b) Im Wirtschaftsrecht weist ihm § 13 Abs. 2 BPatG Anfechtungsstreitigkeiten gegen die staatliche Benutzungsanordnung von Patenten zu, wenn die Entscheidung von der Bundesregierung oder von der zuständigen obersten Bun-

⁷² BVerwG, U.v. 9. Juli 2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 Rn. 39.

⁷³ *Sendler*, in: Kormann (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Planfeststellung, 1994, S. 9 (17f.); *Wickel*, NVwZ 2001, S. 16 (19f.); *Groth*, in: FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 661 (673 ff.); *Blümel*, in: Planung-Steuerung-Kontrolle – FS Bartlspenger, 2006, S. 263 (271 ff.); *Paetow*, NVwZ 2007, S. 36 (38).

⁷⁴ Zweifel auch bei *Heusch*, Art. 95 Rn. 5; *Pagenkopf*, NVwZ 2023, S. 1095 (1095f.) und *Roth*, DVBl. 2023, S. 10 (14).

⁷⁵ § 2 Abs. 3 des Gesetzes über den Bau der »Südumfahrung Stendal« der Eisenbahnstrecke Berlin – Oebisfelde vom 29. Oktober 1993, BGBl. I S. 1906 i.d.F. des Gesetzes vom 8. September 2015, BGBl. I S. 1474.

⁷⁶ § 2 Abs. 3 des Gesetzes über den Bau des Abschnitts Wismar West-Wismar Ost der Bundesautobahn A 20 Lübeck-Bundesgrenze (A 11) vom 2. März 1994, BGBl. I S. 734 i.d.F. des Gesetzes vom 31. August 2015, BGBl. I S. 1474.

⁷⁷ § 17 Abs. 3 Satz 5 und § 19 Abs. 2 Satz 8 des Standortauswahlgesetzes – StandAG – vom 5. Mai 2017, BGBl. I S. 1074.

desbehörde getroffen worden ist.⁷⁸ § 30 Satz 1 des Stabilisierungsfondsgesetzes benennt es ebenfalls als zuständiges Gericht.⁷⁹ Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet zudem nach § 5 Abs. 1 des Gesetzes zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes über die Gültigkeit von Enteignungsverordnungen.⁸⁰ Ferner ist es zuständig für gerichtliche Entscheidungen über die Anordnungen der Treuhandverwaltung, von Kapitalmaßnahmen oder die Anweisung zur Übertragung von Vermögensgegenständen bei Unternehmen der Kritischen Infrastruktur (§ 17 Abs. 6 Satz 2, § 17a Abs. 8 Satz 2 und § 17b Abs. 7 Satz 2 EnSiG) sowie die Gültigkeit von Enteignungsverordnungen (§ 22 Abs. 1 EnSiG).⁸¹

c) Spannend im unionsrechtlichen Mehrebenensystem dürfte die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für die Entscheidung über einen Antrag der Aufsichtsbehörde auf gerichtliche Entscheidung bei angenommener Rechtswidrigkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission (§ 21 Abs. 3 BDSG) werden.⁸²

III. Makrobetrachtung der Belastung des Bundesverwaltungsgerichts

Für die Jahre 2019–2023 ergibt sich die Geschäftslage des Bundesverwaltungsgerichts (erstinstanzliche Eil- und Hauptsacheverfahren ohne Wehrdienstsenate) aus Tabelle 1. Diese rein quantitative Betrachtung besitzt allerdings nur geringen Aussagewert. Denn ausschlaggebend ist die reale Arbeitsbelastung durch erstinstanzliche Verfahren, die sich im Vergleich zu Revisionsverfahren durchweg durch eine deutlich erhöhte Komplexität, insbesondere in der Aufbereitung des Sachverhalts auszeichnen und deshalb mit hohem Arbeitsaufwand einhergehen. Hatte der damalige Präsident *Klaus Rennert* im Jahr 2015 den Anteil der erstinstanzlichen Sachen auf bald ein Drittel der Richterarbeitskraft geschätzt,⁸³ liegt die reale Belastung nach einer Umfrage unter den Senaten des Bundesver-

⁷⁸ § 13 BPatG vom 16. Dezember 1980, BGBl. I 1981, S. 1 i. d. F. des Gesetzes vom 13. Dezember 2001, BGBl. I S. 3656.

⁷⁹ Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarkt- und eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Stabilisierungsfondsgesetz – StFG – vom 17. Oktober 2008, BGBl. I S. 1982 i. d. F. des Art. 1 Nr. 10 des Gesetzes vom 27. März 2020, BGBl. I S. 543.

⁸⁰ Gesetz zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Rettungsübernahmegesetz – RettungsG) vom 7. April 2009, BGBl. I S. 725 (729).

⁸¹ Gesetz zur Sicherung der Energieversorgung – Energiesicherungsgesetz – vom 20. Dezember 1974, BGBl. I S. 3681 i. d. F. des Gesetzes vom 8. Juli 2022, BGBl. I S. 1054. Vgl. dazu jüngst BVerwG, U.v. 14. März 2023 – 8 A 2.22, NVwZ 2023, S. 1326.

⁸² Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017, BGBl. I S. 2097.

⁸³ *Rennert*, NWVBl. 2015, S. 41 (44): »Es spricht einiges für die Feststellung, dass die hiermit – ohnehin ›weich‹ – gezogene Grenze längst überschritten ist.«

waltungsgerichts für das Jahr 2023 und die Vorjahre im Gesamtdurchschnitt des Gerichts mittlerweile bei ca. 40 %. Von einer Ausnahme lässt sich bei diesem Befund wahrlich nicht mehr sprechen.

Tabelle 1		Geschäftslage:		Anteil erstinstanzlicher Verfahren:	
		Eingänge:	Gesamtbestand:	Eingänge:	Gesamtbestand:
2019	erstinstanzliche:	118	186	10,71 %	10,80 %
	alle Verfahren:	1102	1722		
2020	erstinstanzliche:	111	191	10,62 %	11,89 %
	alle Verfahren:	1045	1607		
2021	erstinstanzliche:	103	178	10,92 %	12,29 %
	alle Verfahren:	943	1448		
2022	erstinstanzliche:	66	148	8,20 %	11,22 %
	alle Verfahren:	805	1319		
2023	erstinstanzliche:	123	178	14,66 %	13,51 %
	alle Verfahren:	839	1318		

IV. Ausblick

Zutreffend wird mittlerweile der Wandel des Bundesverwaltungsgerichts von einer Revisions- zur Tatsacheninstanz⁸⁴ konstatiert. Hatte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1958 (noch) nicht feststellen können, dass die erstinstanzlichen Zuständigkeiten von der Rücksicht auf »Empfindlichkeiten der Ministerialbürokratie« bestimmt seien,⁸⁵ lässt sich das heute nicht mehr so sagen. Denn anscheinend wird im politischen Realbetrieb eine Sachmaterie oder ein Projekt erst durch die Begründung der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nobilitiert. Mittlerweile geistern neue rechtspolitische Ideen umher, die das Bundesverwaltungsgericht betreffen: Rechtsschutz gegenüber Legalplanungen⁸⁶ und prinzipiale Normenkontrolle für das gesamte untergesetzliche Bundesrecht.⁸⁷ Der Gesetzgeber sei gewarnt: Ohne eine gründliche Durchforstung des Bestands an erstinstanzlichen Zuständigkeitsregelungen steht die akute Gefahr eines Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter im Raum.

⁸⁴ *Rennert*, NWVBl. 2015, S. 41 (44); *Roth*, DVBl. 2023, S. 10.

⁸⁵ BVerfG, B.v. 10. Juni 1958 – 2 BvF 1/56, BVerfGE 8, 174 (182f.).

⁸⁶ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und der FDP, S. 11.

⁸⁷ Vgl. *W.-R. Schenke/R. P. Schenke*, in: *Kopp/Schenke, VwGO*, § 47 Rn. 12.