



REVUE GÉNÉRALE
DU DROIT
PUBLIC FRANÇAIS ET COMPARÉ

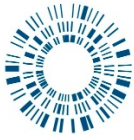
12. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht „Entscheidungsfähigkeit in einem Umfeld politischer Fragmentierung“ Köln 2025, unter der Leitung von Johannes Masing, Matthias Jestaedt, Aurore Gaillet und David Capitant.

Die Rolle der Verwaltung und Entpolitisierung

Nikolaus Marsch¹

Diesen Artikel zitieren: Nikolaus Marsch, „Die Rolle der Verwaltung zwischen Politisierung und Entpolitisierung“, *Revue générale du droit public français et comparé*, 2026, PRGD_2026041.

¹ Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Universität des Saarlandes. Er dankt Prof. Dr. Ioannis Michalis für den fruchtbaren Austausch in der Konkretisierung des Themas sowie dem Lehrstuhlteam, insbesondere Dr. Philipp Overkamp, für Hinweise und Kritik.



Einleitung

A. (Längere) Einführung: Konkretisierende Überlegungen zum Thema

I. Akteursbezogene statt rechtsschichtenbezogener Perspektive: Verwaltung statt Verwaltungsrecht

Während es für das Verfassungs- und das Unionsrecht geradezu auf der Hand liegt, unter dem Tagungsthema „Entscheidungsfähigkeit in einem Umfeld politischer Fragmentierung“ die *parlamentarischen Prozesse* in den Blick zu nehmen, ist weniger offensichtlich, wie sich das Oberthema der Tagung auf das Verwaltungsrecht beziehen lässt. Ist das Verwaltungsrecht doch das *Ergebnis* des parlamentarischen Prozesses, das dann von der rechtsstaatlichen – das heißt gesetzesgebundenen und unparteiischen – Verwaltung ins Werk zu setzen ist. Wie aber lässt sich dieses Verwaltungsrecht nun im Themenfeld situieren, wenn es nicht in erster Linie um den parlamentarischen Weg zum „Produkt“ Verwaltungsrecht gehen soll, sondern um die *Entscheidungsfähigkeit* der Verwaltung selbst in Zeiten politischer Fragmentierung?

Die genannten Stichworte der Gesetzesbindung und der Unparteilichkeit der Verwaltung weisen den Weg. Denn die Gesetzesbindung ist bekanntlich vielfach keine strikte Bindung, auch die Verwaltung ist kein Subsumtionsautomat, sondern ein demokratisch legitimierter und verantwortlicher Akteur, der regelmäßig zwischen unterschiedlichen Handlungsoptionen und vor allem zwischen Handeln und Nicht-Handeln als Optionen auswählen darf und muss. Politik und Verwaltung lassen sich nicht unter Rückgriff auf eine Unterscheidung von Programmieren und Programmiert-Sein unterscheiden, auch Verwaltungshandeln ist „politisches“ Handeln.²

II. Entscheidungsfähigkeit der Verwaltung und Entscheidungsfähigkeit durch Verwaltung: Entpolitisierung und Politisierung als parallele Strategien

Wenn somit eine akteursbezogene und keine nach Rechtsschichten unterscheidende Perspektive eingenommen werden soll, dann stellt sich die Frage, in welcher Weise die Fragmentierung des politischen Raums auf das Handeln der Verwaltung durchschlägt. Hier soll es, entsprechend dem Thema der Tagung, um die Bewahrung und/oder die Herstellung von Entscheidungsfähigkeit gehen, also die Auflösung und Überwindung von Blockaden.

Dies kann nun – zum einen – auf die Entscheidungsfähigkeit *der* Verwaltung bezogen werden; die Verwaltung kann als Problem*gegenstand* verstanden werden.³ In dieser Hinsicht

² W. Hoffman-Riem/ A. Pilniok, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, § 12 Rn. 87.

³ Ähnliche Unterscheidung wie hier bei C. Brünig, Verwaltung und politische Gestaltung, NVwZ 2024, 1449.



naheliegender ist eine Strategie, die man bei aller Unschärfe des Begriffs als *Entpolitisierung* bezeichnen kann. Dem liegt die Wahrnehmung und Einordnung der politischen Fragmentierung selbst als ein Problem zugrunde, weshalb die Antwort darin besteht, das Politische möglichst weitgehend aus der Verwaltung herauszuhalten. Entscheidungsfähigkeit soll dadurch bewahrt und hergestellt werden, dass Politik und Verwaltung als idealerweise getrennte Räume verstanden werden. Das klassische Beispiel ist die Schaffung unabhängiger Verwaltungsbehörden.

Die Verwaltung muss in einem Umfeld politischer Fragmentierung jedoch nicht zwingend als Problem bzw. als Problemgegenstand betrachtet werden, sondern in ihr kann – zum anderen – auch die Lösung in dem Sinne liegen, dass durch sie jene Entscheidungen getroffen werden, die das politische System aufgrund seiner Fragmentierung nicht im Stande ist zu treffen. Diese etwas verkürzt und plakativ als *Politisierung* bezeichnete Strategie bewertet die Fragmentierung des politischen Raums nicht als eine Verfallserscheinung, sieht in ihr also kein zu lösendes Problem, sondern steht dieser neutral gegenüber.⁴ Folgerichtig wird die Politik und damit die Fragmentierung in den Raum der Verwaltung hineingetragen, wenn die politischen Konflikte nicht im parlamentarischen Verfahren abgearbeitet und befriedet werden können. Fokussiert wird somit nicht die Entscheidungsfähigkeit *der* Verwaltung, sondern die Entscheidungsfähigkeit *durch* Verwaltung.

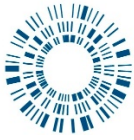
III. Fragmentierung und Polarisierung: Debattenkultur als Hintergrundrauschen

Bevor nun im Folgenden anhand einiger Beispiele die Strategien der Politisierung und der Entpolitisierung beschrieben werden, soll noch ein wenig Begriffssarbeit geleistet werden. Ich verstehe unter dem beschreibenden Begriff der *politischen Fragmentierung* das in Deutschland zu beobachtende Nachlassen der Bindungskräfte der Volksparteien, die Zersplitterung des Parteiensystems und die erschwerte Koalitionsbildung und Mehrheitsfindung in den Parlamenten. Der Begriff der Fragmentierung ist nun abzugrenzen vom stärker wertenden Begriff der *Polarisierung*, der sowohl auf den politischen Raum als auch auf die Gesellschaft bezogen wird und das Erstarken von Positionen am Rande des politischen oder gesellschaftlichen Spektrums meint.⁵ Anders als die Fragmentierung im politischen Raum, die sich an Wahlergebnissen, der Anzahl von Fraktionen in den Parlamenten und der zeitlichen Dauer von Koalitionsverhandlungen empirisch festmachen lässt, liegt dem Begriff der Polarisierung immer eine *wertende Entscheidung* zugrunde, nämlich die Grenzziehung zwischen Mitte und Rand. Es überrascht daher nicht, dass in Deutschland kontrovers diskutiert wird, ob überhaupt von einer Polarisierung gesprochen werden kann.⁶ Auf diese Diskussion muss hier nicht näher eingegangen werden, fragt doch das Thema der Tagung nach Fragmentierung und nicht

⁴ Hierzu in historischer und rechtsvergleichender Perspektive C. Möllers, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 14.

⁵ Vgl. U. Jun, Das Parteiensystem im Zeichen zunehmender Fragmentierung und Polarisierung, APuZ 27-28/2025, 10.

⁶ S. nur S. Mau/T. Lux/L. Westheuser, Triggerpunkte – Konsens und Konflikt in der Gegenwartsgesellschaft, 2023.



nach Polarisierung. Ein quer zu den Begriffen der Fragmentierung und der Polarisierung liegendes Phänomen soll aber dennoch kurz benannt werden, da es als „Hintergrundrauschen“ eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielt: nämlich die Art und Weise wie Konflikte und Diskussionen, politischer oder gesellschaftlicher Art, heute ausgetragen werden. Denn insbesondere der Medienwandel und die Plattformkommunikation haben zu einer Veränderung der Diskurskonventionen und dazu geführt, dass eine gewisse Unerbittlichkeit im Ton Einzug gehalten hat. Als Kompromisslosigkeit gewendet trägt dies zur politischen Fragmentierung bei, die wiederum selbstverstärkend die Kompromisslosigkeit vielfach befördert. Als gesellschaftliche Realität ist dies auch für die Frage der Politisierung und Entpolitisierung der Verwaltung bedeutsam.⁷

Im Folgenden möchte ich nun in drei Schritten vorgehen, wobei die Synthese knapp ausfallen und nur erste Ansätze enthalten wird. Im Zentrum stehen zunächst einige Beispiele der Entpolitisierung der Verwaltung, bevor in einem zweiten Schritt die Politisierung als *zu beobachtendes Phänomen* wie als *normatives Postulat* schlaglichtartig beleuchtet wird.

B. Entpolitisierung

I. Kompetenzordnung

Als Form der Entpolitisierung mit dem Ziel der Bewahrung von Entscheidungsfähigkeit lässt sich *erstens* die vertikale Kompetenzordnung verstehen. Denn sie nimmt einzelnen Ebenen durch Befassungs- oder Entscheidungsverbote die Last, zu bestimmten kontroversen politischen Fragen Stellung nehmen zu können bzw. zu müssen, die auf einer anderen Ebene entschieden wurden oder werden müssen.

Was die Befassung und die Entscheidung von Gemeinden zu allgemein-politischen Fragen anbelangt, tut sich die Rechtsprechung in Deutschland jedoch schwer, Maßstäbe für die Abarbeitung des Konflikts zwischen dem Recht der kommunalen Selbstverwaltung und der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zu entwickeln.⁸ So darf sich nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eine Gemeinde gegen eine Stationierung von Atomwaffen auf ihrem Stadtgebiet wenden – auch wenn diese Stationierung noch gar nicht absehbar ist; *allgemein* zur atomwaffenfreien Zone darf sie sich aus Kompetenzgründen aber nicht erklären.⁹ Eine Gemeinde darf in ihrer Friedhofssatzung die Aufstellung von Grabsteinen, die durch ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt wurden, verbieten – sofern es für diesen Eingriff in die grundrechtliche Berufsfreiheit eine parlamentsgesetzliche

⁷ Vgl. hierzu auch J. Kersten, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 5 ff.

⁸ So die Bewertung bei F. Kalscheuer/L. Watermann, Verfolgung überörtlicher Zwecke durch kommunale Einrichtungen, NVwZ 2024, 642 (644 f.).

⁹ BVerwGE 87, 228 – Atomwaffenfreie Zone München.



Grundlage gibt.¹⁰ Ob die Zurverfügungstellung gemeindlicher Plätze für Zirkusvorstellungen auf solche Zirkusse begrenzt werden kann, die keine Wildtiervorführungen im Programm haben, ist in der Rechtsprechung umstritten und bisher nicht höchstrichterlich geklärt.¹¹ Als rechtswidrig wurde es schließlich vom Bundesverwaltungsgericht beurteilt, dass die Stadt München die Förderung von Elektromobilität (konkret die Zahlung eines Zuschusses beim Erwerb eines E-Bikes durch Gewerbetreibende) davon abhängig machte, dass die Antragsteller erklärten, nicht Mitglied von Scientology zu sein.¹² Hintergrund all dieser Verfahren bildet immer die Frage, inwieweit es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, ob die gemeindliche Regelung einen Übergriff in Bundeskompetenzen darstellt oder sogar mit vorrangigem Bundesrecht unvereinbar ist.

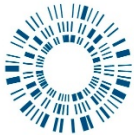
Meines Erachtens könnte die Rechtsprechung die Kompetenzordnung bei der Maßstabsbildung stärker berücksichtigen. Sie sollte sich jedenfalls nicht von einem gesellschaftlichen Trend beeindrucken lassen, der das kompetenzbedingte Nicht-Bekenntnis zu einem Anliegen als implizite Ablehnung im Sinne einer stillen Komplizenschaft deutet.¹³ Mit Blick auf die uns heute interessierende Entscheidungsfähigkeit und die Entpolitisierung der Verwaltung ist mit einem Zuständigkeiten beiseite schiebenden holistischen Zugriff die Gefahr verbunden, dass auch jene Räume durch polarisierende Themen geprägt werden, in denen Entscheidungen zu diesen Themen nicht zu treffen sind. So wie aber in der gesellschaftlichen Kommunikation unterschiedliche Rollen es ermöglichen, mit Menschen im Gespräch zu bleiben, die von anderen Überzeugungen geprägt sind, so kann der Rückgriff auf die Zuständigkeitsordnung bei der Maßstabsbildung auch jenseits konkreter Kompetenzkonflikte vielleicht auch als Polarisierungsvorbeugung verstanden werden.

¹⁰ BVerwGE 148, 133 – Friedhofssatzung zu Grabmalverwendung.

¹¹ Einerseits: BayVGh, NVwZ-RR 2023, 733; andererseits: VG Lüneburg, NVwZ 2017, 728.

¹² BVerwGE 175, 199 – Kein Förderausschluss bei fehlender Distanzierung von Scientology.

¹³ In diesen Kontext gehört auch, dass rein kompetenzrechtlich begründete Gerichtsentscheidungen, wie der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum „Berliner Mietendeckel“ (BVerfGE 157, 223) medial und zivilgesellschaftlich im Sinne einer inhaltlichen Stellungnahme gedeutet und auf dieser Grundlage kritisiert werden. Während vom BVerfG ein Landesgesetz zur Höhe des Mietzinses für Wohnraum allein deswegen für nichtig erklärt wurde, weil der Bundesgesetzgeber das Mietpreisrecht im BGB geregelt und damit abschließenden Gebrauch von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gemacht hatte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG), wurde die Entscheidung beispielsweise von *H. Prantl*, SZ.de v. 18.04.2021, Eigentum verpflichtet. Nur wozu?, mit den folgenden Worten kritisiert: „Das, was sie [die Richterinnen und Richter] zur Zuständigkeit schreiben, ist nachvollziehbar; aber war es auch zwingend, hier Schluss zu machen? Wie die gewaltigen Probleme auf dem Wohnungsmarkt zu lösen sind – dafür hat sich das Bundesverfassungsgericht anscheinend nicht interessiert. Es hat das Berliner ‘Mietdeckel-Gesetz’ einfach formal vom Tisch gewischt. Kurzum: Es ist dies eine unbefriedigende, ja ärgerliche Entscheidung.“, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/prantl-berlin-miete-mietendeckel-1.5268261> (Alle Links wurden zuletzt abgerufen am 14.01.2026).



II. Organisations- und Wahlrecht

Auch in organisations- und wahlrechtlichen Regelungen des Kommunalverfassungsrechts und in der hierzu ergangenen Rechtsprechung lassen sich Entpolitisierungstendenzen ausmachen, die eng mit der Funktionsfähigkeit verknüpft sind. So hat das Bundesverfassungsgericht Sperrklauseln bei den Wahlen zu den Gemeindevertretungen unter anderem unter Verweis darauf für verfassungswidrig erachtet, dass diese Organe der Verwaltung angehören und aus staatsrechtlicher Perspektive keine Parlamente sind, da sie keine Gesetzgebungstätigkeit im eigentlichen Sinne ausüben.¹⁴ Es liegt nahe, hierin auch ein Verständnis zu erkennen, das kommunale Themen als in geringerem Maße politisch betrachtet. Das Gericht verweist mit Blick auf eine Sperrklausel im Landesrecht Schleswig-Holsteins zudem darauf, dass dort schon damals die Bürgermeister und Landräte direkt vom Gemeindevolk gewählt werden und nicht mehr wie früher in den norddeutschen Bundesländern durch die Gemeindevertretung.¹⁵ Als direkt gewählte Organe der Gemeinde sichern sie die Entscheidungsfähigkeit der Gemeinde auch in Fällen, in denen die Gemeindevertretung selbst aufgrund einer parteipolitischen Zersplitterung nicht zu Kompromissen findet. In der Direktwahl von Bürgermeistern und Landräten kann zudem auch deswegen eine Entpolitisierung bzw. zumindest eine Ent-Parteipolitisierung gesehen werden, weil die Personalisierung der Wahl parteilose Kandidaten begünstigt. Parallel hierzu lässt sich beispielsweise beobachten, dass die AfD bei Kommunalwahlen, im Gegensatz zu Bundestags- und Landtagswahlen, weniger erfolgreich ist.

III. Neutralität

1. Öffentliche Äußerungen von Amtsträgern

Als weitere Dimension der Entpolitisierung nicht nur der Exekutive, sondern sogar der Gubernative lässt sich die – unter der Flagge der „Neutralität“¹⁶ segelnde – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu öffentlichen Äußerungen von Amtsträgern, insbesondere von Regierungsmitgliedern einordnen.¹⁷ Im Gegensatz zu den kommunalverfassungsrechtlichen Fällen (Stichwort: atomwaffenfreie Zone) geht es hier nicht um ein *vertikales*, sondern um ein *horizontales* Stellungnahmeverbot. Um die Rechtsprechung nur kurz zusammenzufassen: Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien und dem sich daraus ergebenden Neutralitätsgebot ab, dass Regierungsmitglieder nicht auf staatliche Ressourcen

¹⁴ BVerfGE 120, 82 (112) – Sperrklausel Kommunalwahlen.

¹⁵ BVerfGE 120, 82 (116 f.) – Sperrklausel Kommunalwahlen.

¹⁶ Ausführlich zur „Neutralität als Verfassungsgebot“ in Bezug auf die Exekutive und den politischen Prozess M. Droege, Neutralität als Verfassungsgebot, VVDStRL 81 (2022), 297 ff.; siehe hierzu und zum Folgenden auch die französische Perspektive im Beitrag von Ioannis Michalis, A. II.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 138, 102 – Wahlkampfüßerungen von Regierungsmitgliedern (Schwesig); 148, 11 – Chancengleichheit politischer Parteien (Wanka); 154, 320 – Seehofer-Interview (Seehofer); 162, 207 – Äußerungsbefugnis Bundeskanzlerin (Merkel).



oder ihre Amtsauctorität zurückgreifen dürfen, wenn sie sich parteipolitisch äußern. Diese Rechtsprechung gilt auch für kommunale Amtsträger, wobei diese an das rechtsstaatlich fundierte Sachlichkeitsgebot gebunden sind, wenn sich ihre Äußerungen nicht gegen politische Parteien, sondern gegen lose organisierte Protestbewegungen richten.¹⁸

Die Rechtsprechung ist innerhalb des Gerichts¹⁹ und in der Rechtswissenschaft heftiger Kritik ausgesetzt.²⁰ Von einem „sterilen Politikverständnis“ spricht *Klaus Ferdinand Gärditz*,²¹ *Florian Meinel* sieht – auch aus unserer Perspektive interessant – ein verwaltungsrechtliches Denken im Verfassungsrecht Platz greifend.²² Nun betrifft diese Kritik im Wesentlichen jene Urteile, die sich auf Äußerungen von Regierungsmitgliedern, also auf die Gubernative, beziehen. Sie lässt sich aber *mutatis mutandis* auch auf die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zu kommunalen Amtsträgern übertragen, beispielsweise die prominente „Licht-aus!“-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, durch die Äußerungen des Düsseldorfer Oberbürgermeisters für rechtswidrig erklärt wurden.²³ In beiden Fällen teile ich die Kritik nicht. Denn die Rechtsprechung bezieht sich in den Begründungen immer auch darauf, dass Amtsträger in unzulässiger Weise auf staatliche Ressourcen Rückgriff genommen haben. Wenn man sich hier den Umbau von Ministerien in „Propagandamaschinen“²⁴ auch in manchen Mitgliedstaaten der EU vor Augen hält, dann scheint mir die von der Rechtsprechung eingeforderte Entpolitisierung im Sinne des Demokratieschutzes sehr sinnvoll. Die „Licht-aus!“-Entscheidung verdeutlicht dies: Hier hatte der Oberbürgermeister angekündigt, seine Missbilligung einer an einem Winterabend stattfindenden Demonstration dadurch zum Ausdruck bringen zu wollen, dass an allen städtischen Gebäuden zum Zeitpunkt der Demonstration das Licht ausgeschaltet werden sollte; zudem rief er alle Unternehmer und Privatleute dazu auf, dies ebenfalls zu tun. Die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, die dies als rechtswidrig einordnet und damit eine Grenze zwischen Verwaltung und Parteipolitik zieht, kann unter Umständen die Polarisierung etwas bremsen und dazu beitragen, die Entscheidungsfähigkeit der Verwaltung zu bewahren.

¹⁸ BVerwGE 159, 327 – Äußerung Oberbürgermeister.

¹⁹ BVerfGE 162, 207 (271 ff.) – Äußerungsbefugnis Bundeskanzlerin, Sondervotum *A. Wallrabenstein*.

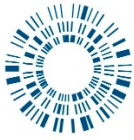
²⁰ *M. Payandeh*, Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf, *Der Staat* 55 (2016), 519; *J. Kriiper*, Anmerkung zu BVerfG 2 BvE 2/14 (Schwesig), *JZ* 2015, 414.

²¹ *K. F. Gärditz*, Steriles Politikverständnis: Zum Wanka-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Verfassungsblog* v. 27.02.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/steriles-politikverstaendnis-zum-wanka-urteil-des-bundesverfassungsgerichts/>.

²² *F. Meinel*, The Merkel Court: Judicial Populism since the Lisbon Treaty, *European Constitutional Law Review* 19 (2023), 111 ff.

²³ BVerwGE 159, 327 – Äußerung Oberbürgermeister.

²⁴ Vgl. nur DOSSIER vom 20.06.2025, Themenheft Ungarn, Kapitel 1: Die Propagandamaschine, abrufbar unter: <https://www.dossier.at/dossiers/ungarn/ausflug-in-die-autokratie/kapitel-1-die-propagandamaschine/>.



2. Zugang zu öffentlichen Einrichtungen

Ebenfalls unter die Überschrift der Neutralität fassen lässt sich das die Rechtsprechung seit Jahrzehnten beschäftigende Problem des Zugangs extremistischer Parteien zu öffentlichen Einrichtungen, insbesondere zu Stadthallen, zum Zweck der Veranstaltung von Parteiversammlungen. Die Rechtsprechung hierzu ist klar: Solange die Verfassungsfeindlichkeit einer Partei nicht durch das Bundesverfassungsgericht festgestellt worden ist, darf die Entscheidung einer Kommune, ob sie eine Einrichtung zur Verfügung stellt, nicht von den politischen Forderungen einer Partei abhängig gemacht werden.²⁵ Dies scheint für viele Gemeinden im aufgeheizten politischen Klima nicht mehr vermittelbar zu sein: So hat die Stadt Wetzlar sich sogar offen gegen eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gestellt und sich entgegen einer einstweiligen Anordnung geweigert, der NPD ihre Stadthalle zur Verfügung zu stellen.²⁶ Die Stadt Essen hat einen Soziologen mit einem Gutachten beauftragt, in dem dieser zum Ergebnis kam, dass es mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bei einem Parteitag der AfD zu strafbaren Wortbeiträgen kommen werde, woraufhin die Stadt erfolglos versuchte, der AfD die Zulassung zur Grugahalle zu verweigern.²⁷ Im Nachgang wird in Essen nun darüber nachgedacht, dem Vorbild anderer Gemeinden zu folgen, und die Vermietung an politische Parteien ganz auszuschließen.²⁸ Diese Form der Entpolitisierung würde ich eher als Selbstmord aus Angst vor dem Tod begreifen.

3. Verwaltungspersonal

a) Extremisten in der öffentlichen Verwaltung

Ein besonders heikler Punkt, der sowohl Politisierungs- als auch Entpolitisierungsaspekte umfasst, betrifft schließlich das Verwaltungspersonal. Hier wird in Deutschland derzeit intensiv über den Umgang mit Bewerbern und Mitgliedern des öffentlichen Dienstes diskutiert, die sich zu extremistischen politischen Standpunkten bekennen oder Mitglied der vom Verfassungsschutz als gesichert rechtsextrem eingestuften AfD sind. Einige Bundesländer haben die sogenannte Regelanfrage beim Verfassungsschutz vor der Einstellung in den öffentlichen Dienst wieder eingeführt, die in den 1970er Jahren kontrovers diskutiert und vom damaligen SPD-Fraktionsvorsitzenden *Wehner* als

²⁵ J. Dietlein/L. Pens, Kommunale Einrichtungen: Neuere Rechtsprechung im Überblick – Teil 1, KommJur 2025, 446 (452 f.); P. Hilbert, Der Anspruch auf Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, JURA 2025, 396 (411 f.).

²⁶ Zum Ganzen: W. Hecker, Verweigerung der Stadthallennutzung gegenüber der NPD, NVwZ 2018, 787.

²⁷ VG Gelsenkirchen, NVwZ 2024, 1192; vgl. T. Podolski, LTO.de v. 10.06.2024, Sind auf dem AfD-Parteitag SA-Parolen zu erwarten?, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-essen-9o146-24-kuendigung-mietvertrag-grugahalle-essen-afd>.

²⁸ WDR.de v. 25.09.2024, Essen will städtische Gebäude nicht mehr an Parteien vermieten, abrufbar unter: <https://www1.wdr.de/nachrichten/ruhrgebiet/essen-hallen-vermietung-parteien-100.html>; vgl. auch C. Brüning, Verwaltung und politische Gestaltung, NVwZ 2024, 1449 (1454).



„Gesinnungsschnüffelei“²⁹ bezeichnet worden war.³⁰ Materiell-rechtlicher Maßstab ist die beamtenrechtliche „Verfassungstreuepflicht“, wonach Beamte „sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten“ müssen (§ 60 Abs. 1 S. 3 BBG). Zu prüfen ist, ob ein Bewerber oder eine Bewerberin aktiv für ein verfassungsfeindliches Programm eintritt.³¹ Inwieweit das Liken und Teilen von Social-Media-Beiträgen, das Folgen bestimmter Accounts sowie das Posten von Musikstücken hierfür ausreichen kann, ist mittlerweile Gegenstand einer schnell an Umfang gewinnenden Rechtsprechung.³² Der Teufel liegt hier im Detail bzw. in einer umfassenden Bewertung aller Umstände des Einzelfalls.

b) Rechtsstaatlich-demokratische Verwaltungskultur I

Neben die Verfassungstreuepflicht tritt die beamtenrechtliche Verpflichtung zur Mäßigung und Zurückhaltung, die gerade auch für außerdienstliche Meinungsäußerungen gilt.³³ Diese sollte meines Erachtens in Zeiten der politischen Fragmentierung stärker Beachtung finden, um das Vertrauen in die Verwaltung zu stärken. Gefragt ist weniger ein nach außen getragenes Bekenntnis zur Verfassung, das allzu leicht als politischer Aktivismus (miss-)verstanden werden kann, als eine gelebte demokratisch-rechtsstaatliche Verwaltungskultur.³⁴ Zu dieser gehört insbesondere auch, politische Vorgaben der Verwaltungsspitze umzusetzen, soweit diese nicht offensichtlich den Rahmen der Gesetze und der Verfassung verlassen.³⁵ Der bisweilen etwas schrägen Wahrnehmung hierarchischer Weisungen in der Öffentlichkeit, insbesondere aufgrund einer entsprechenden Skandalisierung durch Journalisten, gilt es entgegenzuwirken. Der Wunsch nach Entpolitisierung darf sich nicht als Entdemokratisierung der Verwaltung übersetzen; anders als Richterinnen sind Verwaltungsbeamte aus guten, nämlich demokratischen, Gründen nicht unabhängig.

²⁹ So als Zuschreibung berichtet bei M. Kennntner, Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst, NVwZ 2025, 9 (9).

³⁰ Kritisch beispielsweise A. Voßkuhle, Extremismus im öffentlichen Dienst – was tun?, NVwZ 2022, 1841 (1843 f.); offener dem Grunde nach, aber mit Verweisen auf die Probleme in der praktischen Umsetzung Kennntner (Fn. 29), S. 10 f., 16.

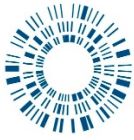
³¹ Kennntner (Fn. 29), S. 12 f.

³² Siehe die Nachweise bei L. Köhne, Anforderungen an die Verfassungstreue von Hoheitsträgern, NVwZ 2024, 646.

³³ Vgl. T. Masuch, Vom Maß der Freiheit – Der Beamte zwischen Meinungsfreiheit und Mäßigungsgebot, NVwZ 2021, 520 (523 f.).

³⁴ Hierzu auch D. Wolff, Populistische Verwaltungspolitik und wehrhafter Verwaltungsstaat, Die Verwaltung 57 (2024), 509 (542 ff.).

³⁵ Zur (gegenläufigen) Entpolitisierung des Verwaltungsapparats als Strategie zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung Wolff (Fn. 34), S. 517 ff.



IV. Unabhängige Behörden I: Entpolitisierung durch Entdemokratisierung

Mit der demokratischen Legitimation und Verantwortung ist natürlich auch der europäische „Megatrend“³⁶ der Schaffung unabhängiger Verwaltungsbehörden angesprochen. Diese waren vor längerer Zeit bereits einmal Gegenstand der Beratungen dieses Kreises,³⁷ weshalb ich sie hier nur als Merkpостen ansprechen möchte. Im folgenden Abschnitt zur Politisierung möchte ich aber auf sie mit einem auch rechtsvergleichend inspirierten Vorschlag zurückkommen.

C. Politisierung

Beginnen möchte ich mit einem Plädoyer in Bezug auf die deutsche Rechtsordnung: Wir – das heißt insbesondere auch die Verfassungsrechtswissenschaft – sollten mehr gubernative Rechtsetzung wagen.

I. Mehr gubernative Rechtsetzung wagen!

1. Überwindung der Verordnungsphobie und Engführung der Wesentlichkeitslehre

Naheliegend ist diese Forderung gerade im deutsch-französischen Rechtsvergleich für das Verfassungsrecht, das Gegenstand der Beiträge von *Constance Grewe* und *Uwe Kischel* ist.³⁸ Daher nur zwei Bemerkungen an dieser Stelle: In Teilen der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft herrscht, entgegen der empirischen Praxis, weiterhin eine gewisse „Verordnungsphobie“³⁹. Darüber hinaus wird die Wesentlichkeitslehre – weniger vom Bundesverfassungsgericht als in Teilen der Wissenschaft – deutlich zu exekutivkritisch interpretiert. Während die deutschen Diskussionen um einen Verwaltungsvorbehalt wenig fruchtbar waren, hat die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft in dieser Hinsicht wichtige Gegenimpulse unter dem Stichwort der „Eigenständigkeit der Verwaltung“⁴⁰ gesetzt.

³⁶ M. Ruffert, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 431 (437 ff.), A. Pilniok, in: Kahl/Mager (Hrsg.), Verwaltungsorganisation, 2023, 313 ff.

³⁷ Siehe die Beiträge in Masing/Marcou (Hrsg.), Unabhängige Regulierungsbehörden, 2010.

³⁸ S. in diesem Zusammenhang auch rechtsvergleichend T. Wischmeyer, Gouverner c'est légiférer: Die Minderheitsregierung als Gesetzgeber, Der Staat 63 (2024), 195, zu den Möglichkeiten der Gesetzgebung durch Minderheitsregierungen in Frankreich und Deutschland.

³⁹ F. Ossenbühl, in: Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaats, 1998, 27 (32).

⁴⁰ S. insb. der unter diesem Titel stehende Beitrag von W. Hoffmann-Riem in den Grundlagen des Verwaltungsrechts, der in der dritten Auflage in Ko-Autorenschaft mit A. Pilniok erschienen ist, s. Fn. 2.



2. Überwindung politischer Blockaden durch Re-Interpretation und Nichtanwendung von Normen

In Zeiten fragmentierungsbedingter Blockaden des parlamentarischen Prozesses wird die Verwaltung aber auch außerhalb des Verordnungserlasses stärker in einem weiteren Sinne rechtsetzend, also rechtsschöpferisch, tätig werden müssen. Dies gilt jedenfalls in Bereichen, in denen die Rechtslage vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wurde, der Gesetzgeber aber keine Einigung auf die ihm aufgebundene gesetzliche Regelung erzielt (wie zum Beispiel im Fall der Suizidbeihilfe). Natürlich kann die Verwaltung in diesen Fällen keine Grundrechtseingriffe ohne gesetzliche Grundlage vornehmen. In einem Zusammenspiel von verfassungskonformer Normauslegung *praeter* oder sogar *contra legem* und verwaltungsinterner Normsetzung kann aber im Einzelfall ein Zustand erreicht werden, der zumindest weniger verfassungswidrig ist als es das Nichthandeln der Verwaltung wäre. Ganz grundsätzlich scheint mir die Nichtanwendung von Normen zugunsten von Grundrechtsträgern als politisch zu verantwortende Entscheidung von Behördenleitungen angesichts der Komplexität und teilweise Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung ein intensiver zu nutzendes Instrument zur Herstellung von Entscheidungsfähigkeit zu sein.

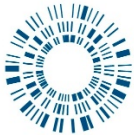
3. Kommunales Regelungsbefreiungsgesetz Baden-Württemberg

Ganz in diesem Sinne der Schaffung von normativen Freiräumen für die Verwaltung hat der baden-württembergische Gesetzgeber ein innovatives Gesetz erlassen, nämlich das „Gesetz zur erprobungsweisen Befreiung von landesrechtlichen Regelungen für Gemeinden und Landkreise“ (kurz: Kommunales Regelungsbefreiungsgesetz, KommRegBefrG⁴¹). Dieses sieht vor, dass das jeweils fachlich zuständige Landesministerium eine Gemeinde oder einen Landkreis auf Antrag des Bürgermeisters bzw. des Landrats für einen begrenzten Zeitraum von im Antrag zu bestimmenden landesrechtlichen Regelungen befreien kann.⁴² Die entstehenden Spielräume sind je nach Organzuständigkeit vom Bürgermeister/Landrat oder Gemeinderat/Kreistag zu füllen, wobei im Einzelfall auch politische Erwägungen zum Tragen kommen können. Das Gesetz weist somit Ähnlichkeiten zur *expérimentation normative* des Art. 74 Abs. 4 der französischen Verfassung auf.⁴³

⁴¹ GBl. BW 2025, Nr. 96, 201.

⁴² Die Befreiung von gesetzlichen Pflichten durch die Exekutive wirft mit Blick auf die Gewaltenteilung sicherlich verfassungsrechtliche Fragen auf (für diesen Gedanken danke ich herzlich *Gernot Sydow*), die mir aber angesichts der parlamentsgesetzlichen Grundlage und der zeitlichen Befristung der Befreiung überwindbar zu sein scheinen.

⁴³ Hierzu Conseil d'Etat, Les expérimentations - Comment innover dans la conduite des politiques publiques?, Gutachten, 2019; vgl. *L. Janicot/M. Verpeaux*, Réformer sans réviser, AJDA 2021, 1375; *J.-H. Stabl*, L'expérimentation en droit français, RJEP 2010, n° 681.



II. Rechtsstaatlich-demokratische Verwaltungskultur II: Partizipation – Verantwortungsklarheit, Konfliktbereitschaft, Fehlerkultur

Als Demokratisierung und damit Politisierung ist weiterhin die in den vergangenen Jahrzehnten beständig ausgebaut Partizipation der Bürger an den Entscheidungsprozessen der Verwaltung anzusehen, die unter anderem der Schaffung von Akzeptanz dient.⁴⁴ Während die Forderungen nach partizipativen Elementen bisweilen durch einen gewissen idealistischen Überschuss getragen waren, wird heute deutlicher herausgestrichen, dass es einer kriteriengeleiteten Auswahl jener Verwaltungsaufgaben bedarf, die sich für die Bürger- oder Betroffenenpartizipation eignen.⁴⁵ Die Einbeziehung von Bürgern oder Betroffenen in die Entscheidungsfindung geht zudem gerade in Zeiten der Fragmentierung und der Polarisierung auch mit Risiken für die Entscheidungsfähigkeit der Verwaltung einher. In diesem Zusammenhang sind die folgenden Punkte von besonderer Bedeutung: Wer seine Perspektiven einbringen darf und wer Zeit investiert, der will sich in der Entscheidung wiederfinden. Daher muss zum einen allen Beteiligten die Entscheidungsverantwortung von Beginn an immer klar kommuniziert werden. Zum anderen muss das handelnde Verwaltungspersonal über die notwendige Konflikt- und Durchsetzungsbereitschaft und die hierfür grundlegende Rückendeckung ihrer Behördenleitung verfügen. Hier liegt angesichts einer Gleichzeitigkeit von Konsensorientierung und Polarisierung in der Gesellschaft ein Spannungsfeld. Zur (nur anekdotisch zu belegenden) Zurückhaltung der Verwaltung trägt wohl der im Grundsatz zu begrüßende hohe Rechtsbefolgungswille in den Behörden bei. Über Verwaltungskultur zu sprechen, ist immer ein Wagnis, aber angesichts der Komplexität der Rechtsordnung scheinen jedenfalls die Forderungen nach einer adäquateren Fehlerkultur in der Verwaltung⁴⁶ nicht unberechtigt zu sein.

III. Unabhängige Behörden II: Repolitisierung durch kollegiale Leitung oder Beirat

Abschließend noch einige, aus der Perspektive des Datenschutzrechts und des Rechtsvergleichs herrührende Bemerkungen zum Thema unabhängige Behörden: Hier kann Deutschland von Frankreich lernen. Wenn nämlich aufgrund europäischer Vorgaben die demokratischen Legitimationsketten gekappt werden, dann spricht vieles für eine Repolitisierung durch kollegiale Leitungsgremien oder durch Beiräte, die gerade auch durch Parlamentarier zu besetzen sind. So besteht bei der Bundesnetzagentur ein aus Mitgliedern des Bundestags und Vertretern des Bundesrats besetzter Beirat, der eine Beratungs- und

⁴⁴ J. Kersten, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 47; J.P. Schneider, in: FS für Thomas Württemberger, 2013, 411 ff.

⁴⁵ J. Kersten, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 14.

⁴⁶ H. Hill, Agiles Verwaltungshandeln im Rechtsstaat, DÖV 2018, 497 (500).



Kontrollfunktion ausübt. Ein solcher Beirat besteht bei der Bundesdatenschutzbeauftragten und den meisten Landesdatenschutzbeauftragten nicht;⁴⁷ diese sind zudem monokratisch organisiert, unterliegen also keiner kollegialen Leitung. Hier liegt eine Repolitisierung nahe, wie ein Blick nach Frankreich zeigt. Denn die französische Datenschutzaufsichtsbehörde, die *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), wird durch ein Kollegialorgan geführt, das einige Abgeordnete als Mitglieder umfasst, die auch politische Aspekte in die Arbeit der unabhängigen Behörde einbringen können.⁴⁸

D. Synthese

Sowohl die Politisierung als auch die Entpolitisierung der Verwaltung stellen je nach Bezugspunkt eine legitime und zielführende Strategie dar, um ein normativ-verwaltungskulturelles Setting zu schaffen, in dem die Verwaltung gesetzgeberische Vorgaben zügig umsetzt und nötigenfalls eigene politische Entscheidungen trifft. Ohne hier die Output- gegen die Inputlegitimation in Stellung zu bringen, liegt das zentrale Ziel in der Bewahrung und Herstellung von Entscheidungsfähigkeit. Die Rolle, die eine effektive und effiziente Verwaltung in Zeiten der Fragmentierung und vielleicht gerade auch in deren Überwindung spielen kann und muss, wird in Deutschland zunehmend erkannt. Für die Verwaltungsrechtswissenschaft bedeutet dies meines Erachtens, den Doppelauftrag des Verwaltungsrechts ernster zu nehmen als bisher und dessen Ermöglichungsfunktion etwas stärker in den Vordergrund zu rücken. Denn die Verfassung setzt dem Verwaltungshandeln nicht nur Grenzen – sondern sie bildet auch die legitimatorische Grundlage dafür, der Verwaltung eine effektive Aufgabenerfüllung zu ermöglichen.

⁴⁷ Ausnahmen bildet die Datenschutzkommissionen in Bayern (§ 17 BayDSG) und Rheinland-Pfalz (§ 18 LDSG RP) sowie der Beirat nach § 12 Thüringer Datenschutzgesetz; hierzu binnenrechtsvergleichend P. Glaußen, in: Kugelmann, Landesdatenschutzgesetz Rheinland-Pfalz, 2020, § 18, Rn. 9.

⁴⁸ S. Art. 9 Loi n° 78-17 du 06.01.1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.