

Professor Dr. Winfried Kluth*

Rechtliche Auswirkungen des Fachkräftemangels in der öffentlichen Verwaltung

Zugleich Überlegungen zu Reaktionsmöglichkeiten von Verwaltung und Gesetzgeber

In immer mehr Bereichen der öffentlichen Verwaltung gelingt es nicht, offene Stellen adäquat neu zu besetzen. Der Mangel an Lehrern und IT-Fachkräften ist dabei nur die Spitze des Eisberges, der entgegen den allgemeinen Trends in Zeiten des Klimawandels nicht schmilzt, sondern wächst. Ausgehend von der Annahme, dass kurzfristig der Fachkräftemangel nicht vollständig bewältigt werden kann, geht es in dem Beitrag um die Frage, wie sich die dadurch eintretenden, oft erheblichen Verzögerungen rechtlich auswirken und wie auf andere Weise durch Verwaltung und Gesetzgeber gegengesteuert werden kann. Eine aktuelle Entscheidung des OVG Bautzen (NVwZ-RR 2023, 428), die sich auf den Bereich der Einbürgerungsverwaltung bezieht, dient dabei der Veranschaulichung.

I. Personelle Grenzen der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung

Wenn in der Vergangenheit über die Grenzen der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung diskutiert und vor allem geklagt wurde, so war damit in letzter Konsequenz die finanzielle Leistungsfähigkeit gemeint.¹ Das gilt vor allem in Bezug auf die Länder und die Kommunen, die nach dem Grundmodell des Art. 84 GG auch im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze für die meisten Bereiche der Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge zuständig sind. Da die Länder mit Ausnahmen der Geldleistungsgesetze die Kosten der Aufgabenerfüllung nach Art. 104a GG einschließlich der kommunalen Ebene auch dann tragen müssen, wenn die Aufgaben durch den Bundesgesetzgeber veranlasst wurden,² gehört der Ruf nach zusätzlichen Bundesmitteln zu den Ritualen des deutschen Föderalismus, wie die wiederkehrenden Forderungen im Bereich der Flüchtlingsunterbringung zeigen, für die gem. §§ 43 ff. AsylG Länder und Kommunen zuständig sind.³

Dass die weitreichende schuldrechtliche und finanzverfassungsrechtliche Fiktion der Leistungsfähigkeit des Staates⁴ realitätsfern ist, weiß inzwischen jeder Handwerker, der

staatliche Aufträge erledigt und die schlechte Zahlungsmoral der öffentlichen Hand kennengelernt hat.⁵

Während der Geldmangel und damit die Finanzierung von Staatsaufgaben vor allem in Zeiten wirtschaftlicher Prosperität und hoher Steuereinnahmen an Problemgehalt verliert, erweist sich der seit einigen Jahren immer gewichtiger werdende Fachkräftemangel als deutlich größere Herausforderung für Wirtschaft, Gesellschaft und Verwaltung und als gewichtige Ursache einer anders strukturierten begrenzten Leistungsfähigkeit des Staates in Gestalt des Fachkräftemangels. Die Thematik ist nicht völlig neu, wie die in regelmäßigen Abständen geführte Debatte über den Lehrkräftemangel zeigt.⁶ Neu sind vielmehr die thematische Breite und quantitativen Dimensionen⁷ des Mangels, der inzwischen vom Lokführer über das IT-Personal (im öffentlichen Dienst) und die Justiz weite Bereiche des öffentlichen Dienstes erreicht hat.⁸

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und ehemaliger Richter des Landesverfassungsgerichts Sachsen-Anhalt.

1 Exemplarisch A. Leisner, Die Leistungsfähigkeit des Staates, 1998.

2 Zum aufgabenbezogenen Konnexitätsverständnis in Art. 104a GG s. Dürig/Herzog/Scholz/Schwarz, 99. EL 2022, GG Art. 104a Rn. 30; im Landesverfassungsrecht wird dagegen eine „umgekehrte“ Konnexität im Verhältnis Land – Kommunen normiert, bei der die Aufgabenzuweisung an die Kommunen mit einer Pflicht zur Finanzierungsregelung verbunden ist, dazu Kluth LKV 2009, 337. Die Wirksamkeit dieser Regelung wird durch das Aufgabenübertragungsverbot der Art. 84 I 7 GG und Art. 85 I 2 GG gegenüber dem Bundesgesetzgeber abgesichert.

3 Dazu näher Henneke, Der Landkreis 2023, 131.

4 Zur Grundannahme und ihren Grenzen und Ausnahmen A. Leisner, Die Leistungsfähigkeit des Staates, 1998, 31 ff.

5 Dazu BT-Drs. 19/20044.

6 Zu den Zyklen dieses Phänomens Posch, Der Lehrermangel. Ausmaß und Möglichkeiten der Behebung eines Problems, 1967.

7 Die Schätzungen besagen, dass im Jahr 2030 bis zu 1 Million Fachkräfte im gesamten öffentlichen Sektor (einschließlich der Daseinsvorsorge) fehlen könnten.

8 Eine Übersicht zum Personalbedarf in der öffentlichen Verwaltung bis 2023 findet sich ua in der PWC-Studie „Fachkräftemangel im öffentlichen Sektor“, abrufbar unter: <https://www.pwc.de/de/branchen-und-markte/oeffentlicher-sektor/fachkraeftemangel-im-oeffentlichen-sektor.html> (zuletzt abgerufen am 17.6.2023).

Besonders dramatisch ist die Lage im Bereich der Migrations- und Einbürgerungsverwaltungen.⁹ Das hat mehrere Gründe, die an dieser Stelle knapp skizziert werden können, aber durchaus exemplarisch sind. Ursächlich für die Überlastung ist eine Kombination aus deutlich höheren Fallzahlen, zahlreichen Rechtsänderungen und damit verbundenen komplizierten Rechtsfragen, Mitarbeiterstress als Folge einer Überlastungsspirale und die Abwanderung in andere Bereiche der öffentlichen Verwaltung und Wirtschaft. Freie Stellen lassen sich nur schwer wiederbesetzen. Das führt schließlich zum Fachkräfteparadoxon, da die Behörden, die bei der Bewältigung des Fachkräftemangels helfen sollen, selbst unter diesem leiden und damit die Problematik potenzieren.

Anliegen der Untersuchung ist es vor diesem Hintergrund, das zunächst faktische Phänomen des Fachkräftemangels rechtlich zu kontextualisieren, indem nach den verfahrens- und materiell-rechtlichen Folgen sowie Abhilfemöglichkeiten durch Verwaltung und Gesetzgeber gefragt wird. Schließlich soll auch die Rolle der Gesetzgebung aus dem Blickwinkel ihrer Verantwortung für die Verursachung von Verwaltungsaufgaben und -aufwand betrachtet werden. Als Ausgangspunkt der Überlegungen soll ein exemplarischer Fall aus der jüngeren Rechtsprechung dienen.¹⁰

II. Die Entscheidung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts

1. Der Ausgangsachverhalt

Ein Ausländer beantragte am 8.2.2022 bei der zuständigen Behörde seine Einbürgerung nach § 9 StAG. Mit Eingangsbestätigung vom 15.2.2022 wurde ihm mitgeteilt, dass „vor der Antragstellung ein Beratungsgespräch zu führen“ sei und bis dahin keine Antragsbearbeitung erfolgen könne. Aufgrund eines erhöhten Antragsaufkommens werde die Terminvergabe „noch einige Zeit in Anspruch nehmen“. Der Termin zur persönlichen Vorsprache fand am 28.7.2022 statt. Nachfolgend forderte die Beklagte vom Kläger noch diverse, für die Antragsbearbeitung benötigte, weitere Unterlagen nach, welche am 3. und 4.8.2022 vorgelegt wurden. Mit E-Mail vom 11.8.2022 teilte die Beklagte auf Sachstandsfrage des Klägers mit, dass die Bearbeitung von Einbürgerungsanträgen etwa neun Monate dauere, also die dreifache Zeit, die § 75 VwGO als Regelbearbeitungszeit zugrunde legt.¹¹

2. Die Entscheidung des VG Leipzig

Das daraufhin im Wege der Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO¹² angerufene VG Leipzig hat durch Beschluss vom 16.1.2023 das Verfahren bis zum 31.5.2023 ausgesetzt. Zur Begründung seiner Entscheidung führt das Gericht aus, dass ein zureichender Grund iSv § 75 S. 3 VwGO dafür vorliege, dass die Beklagte noch nicht über den Einbürgerungsantrag des Klägers entschieden habe. Dieser liege darin, dass seit Beginn des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine im Februar 2022 über 9.000 ukrainische Staatsangehörige nach Leipzig geflüchtet seien, deren Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu bearbeiten gewesen wären und die hätten registriert werden müssen. Unter diesen Umständen erscheine es nachvollziehbar, dass der Ausländerbehörde der Beklagten nicht auch noch eine zeitnahe Bearbeitung von Einbürgerungsanträgen gelinge. Anzeichen für ein strukturelles Organisationsdefizit¹³ bestünden nicht, zumal die Beklagte die Situation erkannt und für die Ausländerbehörde 15 neue Stellen vorgesehen habe. Im Übrigen habe der Kläger für seinen Einbürgerungsantrag keine besondere Eilbedürftigkeit geltend gemacht.¹⁴

3. Die Entscheidung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts

Im Rahmen der dagegen erhobenen Beschwerde des Ausländers führte die beklagte Behörde weiter aus: Den 2.400 „Anfragen“ pro Jahre stehe eine Bearbeitungskapazität von 800 Einbürgerungen pro Jahr gegenüber. Es sei daher ein Wartelistensystem eingeführt worden. Auf dieser befanden sich zum 31.12.2022 4.170 Einträge von rund 5.700 Einbürgerungsbewerbern. Derzeit reagiere die Beklagte mit einem Stellenzuwachs. Zum 1.12.2022 seien fünf weitere Stellen geschaffen worden, welche derzeit besetzt würden. Man erwarte mit dem Haushalt für das Jahr 2023 weitere Stellen, wobei unbekannt sei, in welchem Umfang. Man rechne wegen des Fachkräftemangels und der langen Einarbeitungszeit damit, dass „es noch einige Zeit dauern“ werde, bis die Stellenzuweisungen zu einer deutlichen Steigerung der Abarbeitungszahlen führten.¹⁵

Das OVG Bautzen hat dieser Argumentation entgegengehalten, dass die angemessene Bearbeitungsfrist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen sei. Bei der in § 75 S. 2 VwGO genannten Sperrfrist von drei Monaten handelt es sich nur um die regelmäßige Mindestfrist für die Bearbeitung. Die Frist kann im Einzelfall auch länger sein, wobei das Interesse des Antragstellers an einer zeitnahen Sachentscheidung und die die Bearbeitungsdauer bedingenden Umstände in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen. Dabei ist die Behörde für die tatsächlichen Umstände, die einen zureichenden Grund iSd § 75 VwGO begründen können sollen, darlegungsbelastet.¹⁶ Soweit die Bearbeitungsdauer mit einer Arbeitsüberlastung der Behörde begründet wird, dürfte in der Rechtsprechung¹⁷ und im Schrifttum¹⁸ anerkannt sein, dass eine solche nur dann eine längere Zeitdauer für die Bearbeitung rechtfertigen könne, wenn es sich um eine vorübergehende Erscheinung handle, auf die nicht (zeitnah) durch organisatorische Maßnahmen reagiert werden könne. Normale Ausfallzeiten wegen Krankheit müssten organisatorisch aufgefangen werden. Sei eine Behörde generell überlastet oder steigere sich die Arbeitsbelastung kontinuierlich, ohne dass darauf reagiert wird, begründe dies keinen zureichenden Grund.¹⁹

Auch wenn der Kläger für sein Entscheidungsbegehren auf keine besondere Eilbedürftigkeit verweisen könne, habe sich die von der Beklagten benötigte Bearbeitungsdauer so weit von der in § 75 S. 2 VwGO enthaltenen gesetzgeberischen

9 S. Kluth ZAR 2023, 145.

10 OVG Bautzen NVwZ-RR 2023, 428 = NJW 2023, 1900 Ls.

11 OVG Bautzen NVwZ-RR 2023, 428 (428).

12 Dazu eingehend Wittmann JuS 2017, 842; A. Leisner VerwArch 91 (2000), 227 ff.

13 Welche rechtlichen Folgen damit verbunden wäre, wird nicht erörtert. In der Sache kann darauf letztlich nur (amts-)haftungsrechtlich reagiert werden. S. zum Organisationsverschulden in diesen Fällen auch A. Leisner VerwArch 91 (2000), 227 (255).

14 OVG Bautzen NVwZ-RR 2023, 428 (428 f.).

15 OVG Bautzen NVwZ-RR 2023, 428 (429).

16 Hier verweist das Gericht auf Eyer mann/Wöckel, 16. Aufl. 2022, VwGO § 75 Rn. 10.

17 BVerfG NVwZ-RR 2017, 393 Rn. 9 mwN; OVG Hamburg NJW 1990, 1379 (1380) = NVwZ 1990, 574 Ls.; OVG Berlin-Brandenburg 27.7.2017 – OVG 3 M 92/17, BeckRS 2017, 162941 Rn. 7.

18 Unter Verweis auf Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll/Funke-Kaiser, 8. Aufl. 2021, VwGO § 75 Rn. 15; BeckOK VwGO/Peters, 64. Ed., Stand: 1.1.2023, VwGO § 75 Rn. 13; NK-VwGO/Brenner, 5. Aufl. 2018, VwGO § 75 Rn. 52; A. Leisner VerwArch 91 (2000), S. 227 (257) die sich gegen eine generelle Anerkennung außergewöhnlicher Belastungen ausspricht.

19 Unter Verweis Schoch/Schneider/Porsch, Verwaltungsrecht, 43. E. GL August 2022, VwVfG § 75 Rn. 8; A. Leisner VerwArch 91 (2000), S. 227 (257).

Wertvorstellung entfernt, dass es nicht mehr angemessen erscheine, ihn nunmehr noch bis Ende Mai 2023 auf eine Entscheidung warten zu lassen.²⁰ Zwar hat der Kläger die letzten fehlenden Antragsunterlagen erst am 4.8.2022 eingereicht, aber seinen Antrag hatte er schon am 8.2.2022 gestellt, mithin inzwischen vor über einem Jahr. Dabei handelt es sich auch um das für die „Berechnung“ der Bearbeitungsfrist maßgebliche Datum. Denn es entspricht der gesetzgeberischen Wertvorstellung des § 75 S. 2 VwGO, dass regelmäßig innerhalb der dort genannten drei Monate die Entscheidungsreife für den Antrag herbeigeführt wird, also weitere benötigte Unterlagen angefordert, etwaig erforderliche Anhörungen durchgeführt werden und die für die Antragsbearbeitung erforderliche Mitwirkung anderer Behörden abgeschlossen wird. Hier wurde dem Kläger erst nach fast sechs Monaten mitgeteilt, was von ihm überhaupt noch benötigt wird, und seine Anhörung durchgeführt, so dass ihm diese zeitliche Verzögerung nicht angelastet werden könne. Soweit Unterlagen gefehlt hatten, hat diese der Kläger auch immer zeitnah eingereicht, so dass er selbst keine maßgebliche Ursache für eine Verlängerung der Bearbeitungsdauer gesetzt hat. Andere Behörden seien bisher, falls überhaupt geschehen, erst am 10.11.2022 eingebunden worden. Dies alles lasse es unangemessen erscheinen, dem Kläger nunmehr abzuverlangen, noch bis zum 31.5.2023, mithin insgesamt fast 16 Monate auf eine Sachentscheidung zu warten.²¹

Das OVG Bautzen hat vor diesem rechtlichen Hintergrund den Aussetzungsbeschluss des VG Leipzig nach § 75 S. 3 VwGO aufgehoben mit der Folge, dass die Einbürgerungsbehörde zur zeitnahen Bescheidung des Antrags verpflichtet ist.

4. Folgen für den Kläger und andere Antragsteller

Für den klagenden Antragsteller bedeutet eine solche Entscheidung in der Regel, dass sein Fall vorgezogen und zeitnah entschieden wird. Den vielen hundert anderen Antragstellern auf der Warteliste ist damit indes nicht geholfen. Würden sie alle im Wege der Verpflichtungsklage vorgehen, wäre nach kurzer Zeit auch die zuständige Kammer des VG überlastet.²² Eine Lösung im Sinne der zeitnahen Entscheidung, wie sie die Rechtsordnung verlangt,²³ ist damit noch nicht erreicht. Vor diesem Hintergrund sind die rechtlichen Zusammenhänge in mehreren Schritten zu erschließen.

III. Die Pflicht zur Gewährleistung einer angemessenen Personalausstattung

1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Das Verfassungsrecht thematisiert die Personalausstattung im Allgemeinen und das Verwaltungspersonal im Besonderen nur indirekt aus dem Blickwinkel des Status im sogenannten beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG sowie mittelbar aus der Perspektive des effektiven Rechtsschutzes, der überlange Gerichtsverfahren verbietet und damit auch eine angemessene Personalausstattung der Justiz verlangt.

In der Rechtsprechung des BVerfG spiegelt sich das Thema eher punktuell in den besonders prägnanten Fällen wieder, in denen die Untersuchungshaft von Angeklagten selbst in schwerwiegenden Strafsachen wegen überlanger Verfahrensdauer, die oft durch Personalmangel bzw. dadurch bedingte Arbeitsüberlastung ihre Ursache hat, nicht verlängert wird,²⁴ was regelmäßig zu öffentlicher Empörung führt.

Die rechtswissenschaftliche Literatur behandelt die Frage ebenfalls vorwiegend aus Blickwinkeln wie der fachlichen Eignung und den dienstrechtlichen Statusfragen, die ua aus Art. 33 IV GG folgen.²⁵ Die einzige neuere Habilitationsschrift, die sich mit dem Verwaltungspersonal befasst, kennt das Thema des Personalmangels bzw. der Unterbesetzung von Behörden nicht. In der Untersuchung spiegelt sich vielmehr an mehreren Stellen die Vorstellung des ständigen Wachstums des Verwaltungspersonals, die Parkinson zu der Bemerkung veranlasst hat, dass der Grund dafür in dem Bestreben jedes Vorgesetzten zu sehen ist, mehr Untergebene zu gewinnen und so seinen Status zu verbessern.²⁶

2. Einfachgesetzliche Vorgaben

Auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts finden sich an zahlreichen Stellen vergleichsweise pauschale Vorgaben, die zu einer ausreichenden oder angemessenen Personalausstattung verpflichten und dabei teilweise auch genaue Vorgaben in Bezug auf die fachliche Qualifikation enthalten.²⁷

Auch diese Regelungen garantieren jedoch als solche nicht, dass eine Behörde, zumal bei einem plötzlichen Anstieg der Arbeitslasten, über eine den tatsächlichen Anforderungen entsprechende Personalausstattung verfügt.

IV. Möglichkeiten der Reaktion auf einen Fachkräftemangel

1. Verschiedene Erscheinungsformen des Fachkräftemangels

Bevor auf rechtliche Einzelheiten eingegangen wird, ist es unerlässlich, das Phänomen des Fachkräftemangels²⁸ als solches etwas genauer zu betrachten, weil es ebenfalls vieltalig ist. So muss beispielsweise zwischen einem absoluten Fachkräftemangel und einem allokatonsbedingten relativen oder sektoralen Fachkräftemangel unterschieden werden. Ein Beispiel für einen absoluten Fachkräftemangel stellen aktuell der IT-Bereich, der Lehrkräftebereich sowie mehrere Bereiche des Handwerks mit Bezügen zu den Aufgaben im Zusammenhang mit dem Klimawandel²⁹ dar, weil es hier in Deutschland deutlich zu wenige Fachkräfte im Verhältnis zu den offenen Stellen und (finanzierbaren) Bedarfen gibt. Dagegen wird in Bezug auf die Ärzteschaft davon ausgegangen, dass in Bezug auf den Gesamtbedarf eine ausreichende Zahl von Fachkräften vorhanden ist, diese aber

20 Hier verweist das Gericht auf OVG Hamburg NJW 1990, 1379 (1380) = NVwZ 1990, 574 Ls.), welches davon ausgeht, dass eine Arbeitsüberlastung spätestens nach sechs Monaten nicht mehr als zureichender Grund taugt.

21 OVG Bautzen NVwZ-RR 2023, 428 (429 f.).

22 In der vergleichbare Situation nach 2016, als zahlreiche Schutzsuchende, die noch keinen Antrag stellen konnten, Untätigkeitsklagen erhoben, gab es an einigen Verwaltungsgerichten einen innovativen Umgang mit den eingegangenen Untätigkeitsklagen, indem stattdessen mit Unterstützung des Gerichts in einer besonderen Form der Amtshilfe Schreiben an das BAMF verfasst wurden, in denen der Antrag formuliert wurde, die tatsächlich die Verfahren beschleunigten.

23 Dazu vertiefend Winkler, Zeit und Recht, 1995, ua S. 136 ff.

24 S. exemplarisch BVerfG 6, 242 = NJW 2005, 3485.

25 Dazu Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 221 ff.

26 Hebel, Verwaltungspersonal, 2008, 69.

27 S. etwa die Vorgaben in den Landesbauordnungen mit genauen Angaben zur erforderlichen Qualifikation. Für die Entscheider in Asylverfahren finden sich entsprechende Vorgaben bereits in Art. 4 der Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU.

28 In Gestalt des Lehrermangels handelt es sich um einen Wiedergänger; s. Posch, Der Lehrermangel: Ausmaß und Möglichkeiten seiner Behebung, 1967.

29 Ua Fachkräfte im Bereich Heizung und Sanitär.

regional und sektoral³⁰ ungleich verteilt sind, mit der Folge, dass es in einigen Bereichen und Disziplinen eine Unterversorgung gibt.³¹ Da die freie Wahl des Arbeitsplatzes durch Art. 12 I GG³² verfassungsrechtlich geschützt ist, können zwar in überversorgten Bereichen durch Zulassungsbeschränkungen begrenzte³³ Steuerungseffekte erzielt werden. Die Beseitigung einer Unterversorgung erweist sich demgegenüber aber als schwieriger, da hier im Grunde nur mit positiven Anreizen gearbeitet werden kann, deren Wirksamkeit sich als begrenzt erweist.³⁴

In den verschiedenen Bereichen der öffentlichen Verwaltung ist die Lage zwar insoweit anders, weil im System mit Ausnahme des Richterbereichs³⁵ auch Abordnungen, Versetzungen und Zuweisungen (§§ 27–29 BBG) möglich sind. Diesen kann aber bei vielen freien Stellen durch die Bewerbung auf andere Stellen innerhalb oder außerhalb der öffentlichen Verwaltung ausgewichen werden und dies ist in der Praxis auch zunehmend der Fall. Der etablierte Steuerungsmechanismus greift daher umso weniger, je größer der Bedarf an Fachkräften in der öffentlichen Verwaltung ist. Hinzu kommt, dass auch die Abwanderung in andere Bereiche, etwa Unternehmensverwaltungen, leichter geworden und jedenfalls im Falle von Angestellten des öffentlichen Dienstes³⁶ nicht mit strukturellen Nachteilen verbunden ist.

Zwar wirkt sich der Fachkräftemangel grundsätzlich bereits heute auf alle Bereiche der öffentlichen Verwaltung aus, was leicht an den gewachsenen Rekrutierungsbemühungen gegenüber Studierenden abzulesen ist. Einige Bereiche, in denen sich die Arbeitslasten erhöht haben, sind aber davon besonders stark betroffen. Dort ist ein weiteres Phänomen zu beobachten, das am Beispiel der Ausländer- und Einwanderungsbehörden veranschaulicht werden kann, auf das sich auch das Eingangsbeispiel des OVG Bautzen bezog.

Sowohl im Ausländer- und Asylrecht als auch im Einbürgerungsrecht sind nach 2016 die „Fallzahlen“ sehr stark angestiegen. Trotz vielfältiger Bemühungen ist es den (in der Regel kommunalen) Behörden aber nicht gelungen, den Personalbestand entsprechend zu erhöhen. Das hängt ua damit zusammen, dass es sich um eine sehr komplizierte und durch zahlreiche Rechtsänderungen geprägte Materie handelt, bei der sich auch das Verhältnis zu den heute sogenannten Kunden aufgrund von Sprachbarrieren und angespannten Lebenslagen sehr oft als schwierig und belastend erweist. In der Praxis hat dies dazu geführt, dass dieser Arbeitsbereich durch Mitarbeiter gemieden wird. Wenn zugleich auch nach einem engagierten Arbeitstag die Arbeitslast („Warteliste“) größer ist als am Morgen, führt dies auf Dauer zu einer Frustrationsspirale und zwar nicht nur bei den Behördenmitarbeitern. Die Arbeitsabläufe werden durch Bearbeitungsstandanfragen und Beschwerden zusätzlich belastet.³⁷ Darauf wird teilweise mit dem zwar rechtlich problematischen, aber faktisch aufgrund der zusätzlichen Arbeitslast zutreffenden Hinweis reagiert, dass sich durch Nachfragen die Bearbeitungszeit weiter verlängert. Die skizzierte Frustrationsspirale erzeugt schließlich ein Fachkräfteparadoxon:³⁸ die im Zusammenhang mit der Anwerbung von Fachkräften zuständigen Ausländer- und Visabehörden „behindern“ durch den eigenen Fachkräftemangel den Erfolg dieses Prozesses, weil potenzielle Bewerber durch die langen Wartezeiten abgeschreckt werden bzw. in andere Staaten ausweichen.³⁹

Es besteht teilweise die Neigung, diese Beschreibung als sektoralen Sonderfall einzuordnen. Davor ist indes zu warnen,

denn unsere Rechts- und Wirtschaftsordnung steht mit Blick auf den Klimaschutz und die Energiewende vor der Aufgabe einer hochkomplexen Rechtstransformation,⁴⁰ die auch viele andere Bereiche der öffentlichen Verwaltung in vergleichbarem Umfang herausfordern und vermutlich überfordern wird. Dabei geht es um weit mehr als schnelle Genehmigungsverfahren.⁴¹ Betroffen sind neben gänzlich neuen und sehr komplexen gesetzlichen Regelungen vor allem auch neue behördliche Zuständigkeiten und damit neue materiellrechtliche Schnittstellen, die sich auf die behördlichen Arbeitsabläufe und Kooperationen sowie den Inhalt der Entscheidungen auswirken. Das Klimaverwaltungsrecht stellt eine nicht minder große Herausforderung und Belastung für die Behördenmitarbeiter dar wie das Ausländerrecht. Es ist deshalb dringlich, sich der Thematik der Begrenzung von Arbeitslasten in der öffentlichen Verwaltung gründlich und grundsätzlich zu widmen. Dazu sollen nach einem kurzen Überblick kurzfristige und längerfristige Reaktionsmodelle aufgezeigt werden.

2. Übersicht zu Reaktionsmöglichkeiten

Auf steigende Arbeitslasten als Folge von höheren Fallzahlen oder neuen Aufgaben bei gleichbleibender Ausstattung⁴²

- 30 Zwischen ambulantem und stationärem Bereich.
- 31 Dazu näher SVR Gesundheitswesen, Resilienz im Gesundheitswesen. Jahresgutachten 2023, S. 239.
- 32 Dazu näher BVerfGE 84, 133 (146) = NJW 1991, 1667 = NVwZ 1991, 766 Ls. Das gleiche gilt auch innerhalb der öffentlichen Verwaltung, wobei dort ergänzend Art. 33 II GG zur Geltung kommt.
- 33 Da die Überversorgung sehr großzügig bemessen wird (§ 103 I SGB V stellt auf eine Überversorgung von 40 % ab), bestehen große Spielräume und die Verfahren sind langwierig und werden von den zuständigen kassenärztlichen Vereinigungen nur sehr zurückhaltend angewendet.
- 34 Zu den verschiedenen „Landarztmodellen“ s. Martini/Ziekow, Die Landarztquote, 2017; weitere Aspekte behandelt Bauer-Schade, Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung, 2013.
- 35 Hier ist eine Versetzung bei sog. verplanten Richtern nur mit deren Zustimmung und in den Fällen des § 31 DRiG möglich, um eine schwere Beeinträchtigung der Rechtspflege zu verhindern; diese Regelung bezieht sich aber nicht auf Überlastungen, sondern Beeinträchtigungen, die von der zu versetzenden Richterperson ausgehen. Nach 2016 wurden zahlreiche Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit mit deren Zustimmung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit abgeordnet, um der dort aufgetretene Überlastung abzuwehren. Von der zu diesem Zweck in § 18 VwGO vorgesehenen Bestellung von Richtern auf Zeit wurde kaum Gebrauch gemacht. S. zum Richter auf Zeit auch BVerfGE 148, 69 = NVwZ 2018, 1203 = NJW 2018, 1935. Zur Verwendung von Richtern auf Probe s. BVerfG NVwZ 2023, 418 mAnm Rechenbach.
- 36 Im Falle von Lebenszeitbeamten sieht dies anders aus.
- 37 Diese Beobachtungen basieren auf eigenen Interviews sowie Berichten von Behördenleitern und Erfahrungen im sogenannten Follow-up-Prozess zum Flüchtlingsgipfel, bei dem nach Wegen zur Entlastung der Ausländerbehörden gesucht wurde.
- 38 S. dazu auch Kluth ZAR 2023, 145.
- 39 Im Bereich der Einbürgerung droht durch die geplante Änderung und den damit verbundenen Wegfall der Restriktionen im Bereich der Mehrfachstaatsangehörigkeit eine weitere deutliche Steigerung der Arbeitslasten, auf die die Behörden nicht vorbereitet sind, weshalb die Wartezeiten zusätzlich deutlich anwachsen werden. Der Gesetzgeber verspricht kürzere Wartezeiten bei der Einbürgerung, obwohl er weiß, dass diese in der Praxis nicht realisiert werden können.
- 40 Im Unterschied zur Transformation von der agrarischen zur Industriegesellschaft, bei der am Ausgangspunkt nur eine geringe rechtliche Rahmung vorlag, die es anzupassen galt (dazu Polany, The Great Transformation, 1944/1973), ist die aktuelle Transformation mit einer umfassenden Veränderung nicht nur von gesetzlichen Regelungen, sondern auch grundlegenden rechtlichen Wertungen verbunden und insoweit letztlich nur mit dem Transformationsprozess der Wiedervereinigung vergleichbar, der durch den Einigungsvertrag gerahmt wurde und vermutlich die größte Rechtsetzungsleistung der letzten 100 Jahre darstellt.
- 41 Zu diesem Thema Bier/Bick NVwZ 2023, 457. S. weitergehend zu den verfassungsrechtlichen Aspekten Franzius ZUR 2023, 199.
- 42 Diese Annahme wird hier gemacht, weil sie in vielen Bereichen der Realität entspricht. Das Bemühen um zusätzliches Fachpersonal soll damit aber nicht als Lösungsansatz ausgeschlossen werden. Im Gegenteil sind hier viele Anstrengungen notwendig.

kann eine Organisation vor allem auf drei Wegen reagieren:⁴³

Erstens mit dem vorhandenen Personalbestand durch eine Effizienzsteigerung, indem die Intensität, Qualität und der Zeitaufwand für die Aufgabenerledigung verbessert wird. Damit ist aber in der Realität ein hoher Aufwand in Gestalt von Prozessoptimierung, Mitarbeiterfortbildung und teilweise auch Investitionen in Technik (Digitalisierung) verbunden, so dass es sich nicht um eine kurzfristig wirkende Maßnahme handelt. Sie kann aber gleichwohl sehr nachhaltig sein.⁴⁴

Zweitens durch eine Aufwandreduktion,⁴⁵ die unabhängig von der genannten Effizienzsteigerung darin besteht, das rechtliche oder praktische Anforderungsprofil an eine Aufgabe so zu verändern, dass der (Zeit-)Aufwand spürbar vermindert wird. In der Verwaltungspraxis können zB klare Vorgaben für den Ermessensgebrauch (Verwaltungsvorschriften), Digitalisierung von Beteiligungsprozessen oder der Verzicht auf Mitsprachen im Verfahren zu beachtlichen Reduktionen des Verfahrensaufwands führen und die Verfahren zugleich in der Gesamtdauer abkürzen.

Drittens kann eine Aufgabenreduktion vorgenommen werden, die naturgemäß nur an anderer Stelle und als Ausdruck einer Aufgabenkritik erfolgen kann, die zu dem Ergebnis führt, dass eine (andere) Aufgabe verzichtbar ist (Grundsatz: one in – one out, dh eine neue Aufgabe kann nur bei gleichzeitiger Streichung einer bestehenden Aufgabe eingeführt werden⁴⁶).

In Bezug auf diese drei grundsätzlichen Lösungsansätze ist auch zu beachten, dass ihre Aktivierung auf unterschiedlichen Ebenen zu erfolgen hat. In den ersten beiden Fällen ist es vor allem Aufgabe der Behördenleitung, entsprechende Maßnahmen zu veranlassen. Eine Aufgabenreduktion kann in der Regel nur durch den Gesetzgeber veranlasst werden, wobei der Behördenleitung eine Anstoßfunktion zukommt.

3. Kurzfristige verwaltungsinterne Lösungsansätze

a) Neuordnung von Personal

Ein probates Mittel der kurzfristigen Bewältigung von Überlasten ist die Abordnung von Personal aus anderen Bereichen. Auch hierzu liefert die Entscheidung des OVG Bautzen Anschauungsunterricht allerdings in der Weise, dass eine solche Vorgehensweise auch eine Schattenseite hat, indem sie in einem anderen Bereich zur Verlängerung der Verfahrensdauer und Überlastungen führen kann. Zudem ist eine solche Vorgehensweise auch nur innerhalb vergleichbarer fachlicher Anforderungen möglich und sinnvoll.

b) Vorübergehende Aufgabenpriorisierung

Denkbar ist auch eine vorübergehende Zurückstellung weniger drängender oder weniger bedeutsamer Aufgaben zugunsten der Konzentration auf andere Aufgaben, kurz: eine Verwaltungstriage. Das setzt voraus, dass es im Aufgabenportfolio einer Behörde in Bezug auf ihre Bedeutung und Dringlichkeit unterschiedlich zu qualifizierende Aufgaben und damit verbundene Lasten gibt und eine entsprechende Unterscheidung sinnvoll möglich und zulässig ist.

In den meisten Bereichen dürften die Spielräume eher gering sein, denn freiwillige Aufgaben gibt es nur selten. Soweit die Aufgaben mit Ansprüchen von Bürgern bzw. Unternehmen gekoppelt sind, bestehen ebenfalls keine Spielräume. Deshalb dürften in der Praxis vor allem Aufsichtstätigkeiten „eingespart“ werden, wie es auch in der Vergangenheit bereits zu beobachten war, wenn es um die Reduktion von Personalkosten ging. Das bedeutet aber zugleich, dass die Rechtsdurchsetzung vernachlässigt wird. Einen Königsweg stellt die Aufgabenpriorisierung daher nicht dar.

spart“ werden, wie es auch in der Vergangenheit bereits zu beobachten war, wenn es um die Reduktion von Personalkosten ging. Das bedeutet aber zugleich, dass die Rechtsdurchsetzung vernachlässigt wird. Einen Königsweg stellt die Aufgabenpriorisierung daher nicht dar.

c) Standardisierung von Entscheidungen

Der mit einer behördlichen Entscheidung verbundene Arbeits- und Zeitaufwand hängt ua davon ab, wie intensiv sich die Besonderheiten des Einzelfalls auf das Entscheidungsergebnis auswirken. Je stärker dies der Fall ist, desto höher ist der Aufwand für die Sachverhaltsermittlung und die rechtliche Würdigung des Einzelfalls, oft hinsichtlich der Ermessensbetätigung.⁴⁷ Im Bereich der Eingriffsverwaltung ist die Pflicht zur Einzelfallwürdigung als Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stärker ausgeprägt als im Bereich der Leistungsverwaltung, der weitergehende Typisierungen im Rahmen des Art. 3 I GG zulässt. Durch eine Standardisierung bzw. Typisierung von Entscheidungen kann der Aufwand entsprechend vermindert werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine Standardisierung ohne rechtliche Risiken vorgenommen werden muss.⁴⁸ Das ist möglich, wenn klar abgrenzbare Fallgruppen gebildet werden können oder die Betätigung des Ermessens zugunsten der Antragsteller veranlasst wird.

Im Ausländerrecht kann die Aufgabenlast zB auch dadurch vermindert werden, dass der gesetzliche Rahmen für die Geltungsdauer von Aufenthaltstiteln ausgeschöpft und damit die Zahl der Verlängerungsanträge vermindert wird. Da auch in solchen Fällen ein Widerruf bei einer relevanten Änderung der Sach- und Rechtslage möglich bleibt, verzichtet die Behörde dadurch auch nicht auf entsprechende Reaktionsmöglichkeiten, etwa durch einen Widerruf (§ 52 AufenthG).⁴⁹

In der Praxis fehlt es derzeit im Ausländerrecht und in anderen Bereichen an klaren Verwaltungsvorschriften des Bundes, mit deren Hilfe die behördliche Praxis standardisiert und damit die Behördenarbeit vereinfacht werden kann. So stammen etwa die Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz aus dem Jahr 2009.⁵⁰ Das hängt damit zusammen, dass der administrative und politische Aufwand⁵¹ für

43 So auch der noch weiter untergliederte organisationsrechtliche Ansatz der PWC-Studie „Fachkräftemangel im öffentlichen Sektor“, abrufbar unter: <https://www.pwc.de/de/branchen-und-markte/oeffentlicher-sektor/fachkraeftemangel-im-oeffentlichen-sektor.html> (zuletzt abgerufen am 1.8.2023).

44 So hat das Land Baden-Württemberg eine eigene Software für die automatisierte Erstellung von behördeninternen Vermerken entwickelt („Vermerkomat“); s. dazu FAZ v. 26.7.2023, S. 5.

45 Die Aufwandreduktion ist eine Folge des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots, das auch verlangt, mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen die größtmögliche Wirkung zu erzielen.

46 Diesen Grundsatz hat der Nationale Normenkontrollrat in der Vergangenheit bei den Bürokratielasten angewendet.

47 Das zeigt auch § 39 I 3 VwVfG, der bei Ermessensverwaltungsakten eine ausf. Begründung verlangt, aus der sich die Gründe für die konkrete Art der Betätigung des Ermessens ableiten lassen Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 39 Rn. 55 ff.

48 Zur Fallgruppenbildung und Typisierung in der Ermessensverwaltung s. näher BeckOK GG/Kischel, 55. Ed. 15.5.2023, GG Art. 3 Rn. 121 ff.

49 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen BeckOK AuslR/Fleuß, 37. Ed. 1.1.2023, AufenthG § 52 Rn. 2 ff.

50 Buerbaum/Hecker/Maaßen, Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz, 2010.

51 Relevant ist hier vor allem das Zustimmungserfordernis nach Art. 84 II GG. Im Fall von Verwaltungsvorschriften ist der damit verbundene Abstimmungsaufwand höher als in den normalen Fällen der (politischen) Zustimmung des Bundesrates, da eine inhaltliche Abstimmung des federführenden Bundesministeriums mit der Verwaltungsebene der 16 Länder erfolgen muss, bevor die Bundesregierung die Verwaltungsvorschriften erlässt und der Bundesrat zustimmt.

den Erlass hoch ist. Es wäre aber wünschenswert, dass dieser Aufwand betrieben und dafür die Belastungen an der Behördenbasis gemindert würde. Auf Landesebene⁵² ist die Praxis uneinheitlich sowohl in Bezug auf den Erlass von Verwaltungsvorschriften als auch hinsichtlich ihrer inhaltlichen Reichweite und Ausrichtung.⁵³

4. Entlastung durch Maßnahmen auf höheren Ebenen

a) Aufgabenkritik

Lassen sich die Arbeitslasten durch die vorstehend skizzierten Vorgehensweisen nicht oder nicht hinreichend reduzieren, so kommt als weitergehende Maßnahme eine sogenannte Aufgabenkritik in Betracht. Dabei handelt es sich um eine kritische Überprüfung der bestehenden gesetzlichen Regelungen, aus denen sich Aufgabenlasten für die überlasteten Behörden ergeben mit dem Ziel zu prüfen, ob einzelne Aufgaben oder Aufgabenteile „verzichtbar“ sind oder so modifiziert werden können, dass die damit verbundenen Arbeitslasten reduziert werden.⁵⁴

Ein aktuelles Beispiel für eine solche Vorgehensweise stellt die Modifikation des § 73 AsylG durch Gesetz zur Beschleunigung von Asylverfahren und Asylgerichtsverfahren vom 21.12.2022 dar.⁵⁵ Hier wurde die in § 73 IIa AsylG aF geregelte Pflicht zur Überprüfung aller Anerkennungen nach drei Jahren abgeschafft und die Überprüfung wieder in das Ermessen des Bundesamtes überführt, wie es einer früheren Rechtslage entspricht. Dadurch wurde die entsprechende Arbeitslast des Bundesamtes deutlich reduziert, so dass diese Kapazitäten für die Bearbeitung von neuen Anerkennungsverfahren eingesetzt werden konnten. Solche „einfachen“ Lösungen mit spürbarer Entlastungswirkung gibt es allerdings nur selten.

Begrenzt wird die Reichweite einer Aufgabenkritik indes durch Ausschlusskriterien wie zB die verpflichtende Anordnung der entsprechenden Aufgaben durch das Unionsrecht oder das Verfassungsrecht, die einer Abschaffung oder Reduktion des Aufgabenumfangs entgegenstehen. Als positive „Suchkriterien“ für Aufgabenteilungen können daher umgekehrt die Disponibilität sowie die rechtliche und praktische Relevanz des angestrebten Zwecks dienen.

Das abstrakte Wissen um solche Kriterien und daraus ableitbare Entlastungsmöglichkeiten reichen aber nicht aus, um die entsprechenden Wirkungen tatsächlich herbeizuführen. In der Praxis ist entscheidend, dass geeignete Verfahren etabliert werden, um ein entsprechendes Wissen zu generieren und verfügbar zu machen. Grundsätzlich ist dies eine Aufgabe der begleitenden und retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung.⁵⁶ Diese kann neben der förmlichen Anordnung von Evaluationen,⁵⁷ die in der Praxis nur selten gründlich durchgeführt werden,⁵⁸ durch die Einführung eines Anstoßmechanismus ermöglicht werden. Dieser kann darin bestehen, dass an einer zentralen Stelle oder in den jeweiligen Fachressorts Meldeportale für hohe oder unnötige Bürokratielasten und anwendungsuntaugliche Regelungen eingerichtet werden. Die Meldeportale müssten gesetzlich verpflichtet sein, den Anregungen nachzugehen und über die Ergebnisse zu berichten. Zudem wäre es sinnvoll, auch von den Regelungen betroffene Bürger, Unternehmen oder Organisationen ein Anstoßrecht einzuräumen.

b) Verfahrensrechtliche Instrumente

Nach der allgemeinen Vorgabe des § 10 VwVfG sollen Verwaltungsverfahren einfach, zügig und zweckmäßig durch-

geführt werden.⁵⁹ Dabei wird der Aufwand zum einen durch die zu klärenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen bestimmt, zum anderen aber auch durch die Pflicht zur Beteiligung anderer Behörden. In diesem Bereich können und werden Präklusionsregelungen zur Verfahrensbeschleunigung eingesetzt.⁶⁰ Die rechtlichen Spielräume sind aber begrenzt und inzwischen auch weitgehend ausgeschöpft.

Verfahrensbeschleunigend können bei überlasteten Behörden auch Genehmigungsfiktionen iSd § 42a VwVfG wirken, deren Einsatzbereich aber auf gebundene Entscheidungen mit klarem rechtlichem und tatsächlichem Umfeld beschränkt ist.⁶¹

Schließlich kann durch digitale und automatisierte Verfahren etwa die Behördenbeteiligung vereinfacht und beschleunigt werden. Das setzt aber eine entsprechende Infrastruktur voraus, die es bislang nur in wenigen Bereichen der öffentlichen Verwaltung gibt. Das Entlastungs- und Beschleunigungspotenzial dürfte deshalb noch erheblich sein. Spürbare Entlastungen setzen insoweit zunächst nicht unerhebliche Investitionen in die Verfahrensgestaltung und transparente Entscheidungssteuerung voraus.

V. Überlegungen zur Funktionserweiterung der Untätigkeitsklage

1. Keine Übernahme der Entscheidungsfunktion der Verwaltung

Ist eine Überlastung vorhanden und eine Verzögerung eingetreten, so kann der Antragssteller eine Untätigkeitsklage erheben. Diese ist in der Praxis bei einer strukturell überlasteten Behörde kein Instrument, das grundsätzliche Abhilfe verspricht, sondern allenfalls dazu führt, dass die Antragsteller relativ zu anderen Antragstellern bevorzugt behandelt werden.

Für die Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO ist nach der Rechtsprechung des BVerwG eine generelle Beschränkung auf eine (reine) Bescheidungsklage auch mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung zwar nicht anerkannt.⁶² Es gibt aber keine Beispiele aus der Rechtsprechung, in denen ohne zwischenzeitlichen Erlass einer ablehnenden Entscheidung durch die Behörde eine Sachentscheidung durch das

52 Solange und soweit der Bund keine Verwaltungsvorschriften erlassen hat, sind die Ländern dazu befugt. Die sog. (vorläufigen oder endgültigen) Anwendungshinweise des zuständigen Bundesministeriums entfalten keine Bindungs- und Sperrwirkung.

53 S. exemplarisch AuslR/Kluth AufenthG § 25b Rn. 35 ff.

54 S. zur Aufgabenkritik auf Landesebene exemplarisch Mucha LKv 2011, 257; Henneke VBlBW 2006, 249. In einigen Bundesländern wurde im Vorfeld von Gebiets- und Funktionalreformen Verwaltungsmodernisierungsgesetze erlassen, die ua eine Aufgabenkritik vorgesehen haben. Leider sind die praktischen Folgen kaum untersucht und dokumentiert worden. Das Land Niedersachsen hat ein Programm der Verwaltungsmodernisierung etabliert, das auch eine Aufgabenkritik einschließt. S. dazu https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/themen/organisation_der_landesverwaltung/verwaltungsmodernisierung/-61463.html.

55 Dazu Heusch/Houben NVwZ 2023, 7 (11 f.).

56 Kluth/Krings Gesetzgebung/Kahl, 2014, § 13 Rn. 6 ff.

57 Seckelmann, Evaluation und Recht, 2018, 158 ff.

58 S. aber Buschhoff, Evaluation von Verwaltungsmodernisierung. Empirische Erkenntnisse auf Grundlage der Binnenmodernisierung in einer Landesverwaltung, 2009.

59 Vertiefend Schoch/Schneider/Rixen VwVfG § 10 Rn. 30 f.

60 Dazu Wolff/Bachof/Stober/Kluth VerwR I/Kluth, 13. Aufl. 2017, § 62 Rn. 83 ff.

61 Dazu Knauff, VerwArch 109 (2018), 480 ff.; Etzel, Die Genehmigungsfiktion gem. § 42a VwVfG, 2014; Kluth JuS 2011, 1078.

62 BVerwG NVwZ 201, 1875 (1877). Dies wird bei einer Klage nach § 88 SGG anders gesehen; dazu BSGE 75, 56 = NVwZ 1995, 623; BSG 16.10.2014 – B 13 R 282/14 B, BeckRS 2014, 73471; BVerfGK 18, 360 (362) = BeckRS 2011, 50121 = NVwZ-RR 2011, 543 Ls.

Gericht getroffen wurde, so dass sich dies jedenfalls in der Praxis nicht als realistisch erweist.

Endgültige Gestaltungsrechte werden den Verwaltungsgerichten im Hauptsacheverfahren ausdrücklich nur im Falle der Anfechtungsklage und Normenkontrollklage zugewiesen. Diese sind aber auf die Aufhebung von Verwaltungsakten, Satzungen und Rechtsverordnungen beschränkt und erfassen insoweit nicht die positiv, gewährende Rechtsgestaltung.

In den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes werden den Verwaltungsgerichten durch § 47 VI VwGO, § 80 V 3–5 VwGO sowie durch § 123 VwGO zwar begrenzte positive Gestaltungsrechte zugewiesen, die sich aber nur auf den Übergangszeitraum bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren beziehen und nicht die endgültige Rechtsgestaltung betreffen. In der Praxis kommt diesen Anordnungen zwar nicht selten eine endgültige Wirkung zu, weil es wegen Zeitablaufs nicht mehr zu einem Hauptsacheverfahren kommt, wie etwa im Versammlungsrecht. Das ist aber eine thematisch begrenzte Ausnahme, die keine Verallgemeinerung zulässt.

2. Zuweisung von weitergehenden Gestaltungsrechten an Verwaltungsgerichte?

Hinter dieser Zurückhaltung stehen neben der Funktionenenteilung zwischen Verwaltung (Gestaltung) und Justiz (Kontrolle) auch organisatorische Gründe, denn die Gerichte sind personell und organisatorisch nicht dafür ausgestattet, Verwaltungsverfahren umfassend durchzuführen. Vielmehr steht die eher punktuelle Kontrolle von bereits „aufbereiteten“ Sachentscheidungen im Vordergrund ihrer Tätigkeit.⁶³

An diese Typik der Aufgabenzuweisung könnte eine moderate Erweiterung der Gestaltungsfunktion von Verwaltungsgerichten in Fällen anknüpfen, in denen über eine gerichtlich abschließend zu klärende Rechtsfrage gestritten wird. In solchen Fällen wäre es denkbar, dass durch die gerichtliche Entscheidung eine Genehmigungsfiktion in ähnlicher Form wie sie § 42a VwVfG in Verbindung mit dem jeweiligen Fachrecht normiert, ausgelöst wird.⁶⁴ Dh die vom Kläger beantragte Regelung von Gesetzes wegen „entsteht“ und er gegenüber der Behörde „nur“ noch einen Anspruch auf schriftliche Bestätigung geltend machen muss (§ 42a III VwVfG). Der Vorteil dieser Vorgehensweise würde darin bestehen, dass jedenfalls die erstrebte rechtliche Wirkung schneller eintreten kann.

In der Sache würde die Untätigkeitsklage damit zu einer ohne ablehnende behördliche Entscheidung zulässigen verkappten Gestaltungsklage, die sich von der Verpflichtungsklage insoweit unterscheidet, als sie sehr viel früher zulässig ist und in ihren rechtlichen Wirkungen weitergeht. Ein solches Modell müsste, wie die Genehmigungsfunktion, gesetzlich angeordnet werden, so dass es automatisch auf geeignete Sachbereiche beschränkt wäre. Es wird auch keine vollständige⁶⁵ Entlastung der Verwaltung, sondern nur eine Beschleunigung der Verfahren erreicht.

Im Unterschied zu der normalen Genehmigungsfiktion würde in einem solchen Fall ein Sicherungsmechanismus dergestalt vorgesehen, dass die zentrale Rechtsfrage nicht „ungeprüft“ beantwortet wird, sondern erst auf der Grundlage einer fachgerichtlichen Prüfung. Dadurch könnte der Anwendungsbereich der Genehmigungsfiktion auch auf sensible Rechtsgebiete erweitert werden, für die sie der Gesetzgeber bislang nicht vorgesehen hat.⁶⁶

VI. Überlastungsprävention durch gute Legistik

Wie in anderen Lebensbereichen sollte auch in Bezug auf die öffentliche Verwaltung eine Überlastung durch vorausschauendes Handeln vermieden werden. Da die Aufgabenlasten abgesehen von den Fallzahlen vor allem durch den Gesetzgeber veranlasst werden, gehört es auch zu seinen Sorgfaltspflichten im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung die Umsetzbarkeit durch die zuständigen Verwaltungsbehörden zu berücksichtigen.

Auf der Ebene des Landesverfassungsrechts wird dieser Aspekt zumindest hinsichtlich der Kostenlasten durch die kommunalbezogenen Konnexitätsregelungen erfasst,⁶⁷ wenngleich dabei „nur“ die Personalkosten und nicht die Verfügbarkeit von Personal thematisiert wird. Dadurch wird der Aspekt aber zum Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens gemacht und die Möglichkeit eröffnet, dass die betroffenen Kommunen auch auf die Frage der Personalkapazitäten in ihren Stellungnahmen eingehen können.⁶⁸

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die „Konnexitätslücke“ im Verhältnis Bund und Ländern in Art. 104a GG,⁶⁹ die dazu führt, dass zusätzliche Aufgabenlasten durch die Länder einschließlich der Kommunen im Rahmen der bestehenden Steuerverteilungsmechanismen und des Bundesfinanzausgleichs verarbeitet werden müssen.

Neben diesem politisch schwierigen Weg ist aber auch darauf hinzuweisen, dass die Arbeitslasten der öffentlichen Verwaltung durch eine gute Gesetzgebungstechnik (Legistik)⁷⁰ vermindert bzw. begrenzt werden können.

Zur guten Gesetzgebung⁷¹ in diesem Sinne gehört, dass im Rahmen der Vorbereitung des Gesetzesentwurfs frühzeitig auch die später mit der Ausführung der Gesetze betrauten Behörden einbezogen werden, damit die dort entstehenden Bürokratielasten ermittelt werden können.⁷² Das ist zwar in §§ 41 und 47 GGO in zwei Phasen der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs vorgesehen, wird in der häufig durch politisch motivierten Zeitdruck geprägten Praxis in den vielen

63 Das kommt auch in dem engeren Streitgegenstand der Gerichtsverfahren zum Ausdruck, der in der Regel nicht alle rechtlichen Aspekte einschließt.

64 In diesem Sinne bereits Leisner *VerwArch* 91 (2000), 227 (259).

65 In Fällen der Genehmigungsfiktion wird vorausgesetzt, dass sich die Verwaltung mit dem Antrag befasst. Eine bewusste Nichtbefassung würde nicht dem Sinn und Zweck der Regelung entsprechen. Zudem kann nach Eintritt der Fiktionswirkung Arbeitsaufwand entstehen, wenn die schriftliche Bestätigung gem. § 42a III VwVfG beantragt wird oder die Behörde Anhaltspunkte entdeckt, die eine Rücknahme oder einen Widerruf nahelegen.

66 Bislang überwiegt die Anwendung im öffentlichen Wirtschaftsrecht und im Planungsrecht.

67 Zu diesen im Überblick Kluth *LKV* 2009, 337; Leisner *NVwZ* 2021, 1487.

68 In einigen Ländern wird die Vorgehensweise durch Konnexitätsausführungsgesetze entsprechend angeleitet. S. exemplarisch das Gesetz zur Regelung eines Kostenfolgeabschätzungs- und eines Beteiligungsverfahrens gem. Art. 78 III der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen (Konnexitätsausführungsgesetz – KonnexAG) v. 22.6.2004 (GV. NRW. S. 360).

69 Die Regelung sieht in Abs. 1 vor, dass die Länder die Kostenlasten der nach Art. 84 I GG in eigener Verantwortung durchzuführenden Bundesgesetze tragen. Der Bund trägt nur die Kosten der Bundesauftragsverwaltung (Abs. 2) und der Geldleistungsgesetze (Abs. 3). Zu weiteren Aspekten Ziekow *DÖV* 2006, 489; Edinger *DÖV* 2017, 597.

70 Es geht dabei vor allem um die Beachtung der Anforderungen an die Rechtsförmlichkeit sowie die Gesetzesfolgenabschätzung. S. dazu Kluth/Krings *Gesetzgebung* § 10 und § 13; Haug/Meister-Scheufelen (Hrsg.), *Praxishandbuch Gute Rechtsetzung*, 2022, 83 ff.

71 Dazu näher Kluth/Krings *Gesetzgebung* § 1 Rn. 138 ff.; s. auch den „Anforderungskatalog“ bei Haug/Meister-Scheufelen (Hrsg.), *Praxishandbuch Gute Rechtsetzung*, S. 5 ff.

72 Zu weiteren Aspekten der Gesetzesfolgenabschätzung und Nachhaltigkeitsprüfung Kluth/Krings *Gesetzgebung/Kahl* § 13 Rn. 6 ff.

Fällen allenfalls formal und mit kurzen Fristvorgaben gehandhabt, so dass der intendierte Erkenntnis- und Korrektoreffekt weitgehend verpufft.

Um zu verstehen, welche Ziele durch diese frühzeitige Beteiligung erreicht werden sollen, erscheint es sinnvoll, die Fragen genauer zu betrachten, die im Dialog mit den für den Gesetzesvollzug zuständigen Stellen⁷³ gestellt und beantwortet werden müssen. In erster Linie geht es darum zu klären, ob die geplanten gesetzlichen Regelungen „anwendungs-tauglich“ sind, bzw. welche „Probleme“ aus der Sicht der Praxis erkennbar sind. Ausgehend von der hinreichenden Bestimmtheit betrifft dies auch Aspekte wie das erforderliche Fachwissen und Instrumentarium sowie den Arbeitsaufwand und seine Bewältigung durch den verfügbaren Personalbestand. Auch die notwendige Zusammenarbeit mit anderen Stellen sowie die Prognose zur Gesamtverfahrendauer sind wichtige Aspekte in dieser Kommunikation. Sie sind die Voraussetzungen für eine realitätsnahe Gesetzesfolgenabschätzung.

Soweit durch eine gesetzliche Regelung Neuland betreten wird, ist die Klärung dieser Fragen durch die Praxis mangels eigener Erfahrungswerte schwierig, weshalb es sinnvoll sein kann, eine Gesetzesfolgenabschätzung mit Blick auf die künftige Verfahrens- und Entscheidungssteuerung auf der Grundlage von Planspielen⁷⁴ vorzunehmen.

Schließlich kann es sich als sinnvoll erweisen, dass zur Klärung von Zweifelsfragen sowie zur Absicherung einer einheitlichen Gesetzesanwendung frühzeitig mit der Ausarbeitung von Verwaltungsvorschriften begonnen wird, die beides sicherstellen.⁷⁵

Die derzeit auf breiter thematischer Front erfolgende Klimagesetzgebung⁷⁶ ist als Transformationsgesetzgebung („Green Deal“)⁷⁷ politisch, materiell-rechtlich und legistisch besonders anspruchsvoll, weil sie an vielen Stellen disruptiv wirkt,⁷⁸ neue Steuerungspfade und Schnittstellen⁷⁹ etabliert sowie neue gesetzliche Wertungen in vielen Teilrechtsgebieten implementiert, die sich auf Abwägungsprozesse auswirken. Bereits diese stichwortartige Auflistung lässt erkennen, dass der Gesetzgeber sehr vielen Aspekten eine besondere Aufmerksamkeit schenken und auch die Implementierung sorgfältig steuern und beobachten muss.

Unsicherheiten und Ungenauigkeiten der Gesetzgebung verursachen regelmäßig einen erheblichen Mehraufwand bei Behörden, Gerichten und Normadressaten. Deshalb erweist sich jede Investition in die gründliche Ausarbeitung der Gesetzesvorschläge als besonders nachhaltig. Das sollte auch bedacht werden, wenn im Gesetzgebungsalltag der Zeiträumen für den Gesetzgebungsprozess im Rahmen des Geschäftsordnungsrechts, das hier große Spielräume eröffnet,⁸⁰ bestimmt wird.⁸¹ Im Koalitionsvertrag der Ampel wird zwar die Absicht bekundet, die Qualität der Gesetzgebung zu verbessern. „Dazu werden wir neue Vorhaben frühzeitig und ressortübergreifend, auch in neuen Formaten, diskutieren. Wir werden dabei die Praxis und betroffene Kreise aus der Gesellschaft und Vertreterinnen und Vertreter des Parlaments besser einbinden sowie die Erfahrungen und Erfordernisse von Ländern und Kommunen bei der konkreten Gesetzesausführung berücksichtigen. Im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens soll die Möglichkeit der digitalen Aus-führung geprüft werden (Digitalcheck). Wir werden ein Zentrum für Legistik errichten. Wir werden ein digitales Gesetzgebungsportal schaffen, über das einsehbar ist, in welcher Phase sich Vorhaben befinden. Dort werden wir öffentliche Kommentierungsmöglichkeiten erproben. Ge-

setzentwürfen der Bundesregierung wird künftig eine Synopse beigefügt, die die aktuelle Rechtslage den geplanten Änderungen gegenüberstellt. Wir wollen Gesetze verständlicher machen. Die Barrierefreiheit in den Angeboten von Bundestag und Bundesregierung werden wir ausbauen.“⁸² In der Praxis sind noch keine entsprechenden Neuausrichtungen zu beobachten. Insbesondere die Projekte zur E-Gesetzgebung scheinen zu stocken. Das ist umso bedauerlicher, weil die derzeit anstehenden komplexen Rechtsänderung besonders auf die neuen E-Tools zur Herstellung von mehr Transparenz und Verständlichkeit der geplanten Änderungen angewiesen sind.

VII. Fazit

Der Fachkräftemangel als eine lange voraussehbare, aber weitgehend ignorierte Facette des demografischen Übergangs hat inzwischen auch die öffentliche Verwaltung erreicht. Sowohl in den Verwaltungsorganisationen als auch bei der Gesetzgebung muss deshalb nach Möglichkeiten der Entlastung gesucht werden, denn es ist davon auszugehen, dass viele Stellen nicht oder nur mit erheblicher Verzögerung erneut besetzt werden können. Durch die freie Arbeitsplatzwahl wirkt sich dies vor allem in Arbeitsbereichen aus, die bereits unter Überlastung leiden. Die im Beitrag aufgezeigten Reaktionsmöglichkeiten auf das Phänomen sind sehr vielfältig und verlangen, dass sie von allen genutzt werden. Eine besondere Verantwortung trifft den Gesetzgeber, der berufen ist, die durch Gesetze ausgelöste Arbeitslast genauer abzuschätzen und so gering wie möglich zu halten. Hinzu kommt die Verantwortung für die fortwährende Aufgabenkritik, der bislang nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Teilweise könnte auch durch die Weiterentwicklung der Untätigkeitsklage Abhilfe geschaffen werden, indem diese in geeigneten Fällen mit einer Fiktionswirkung verbunden wird. Schließlich ist erneut daran zu erinnern, dass auch durch eine gut durchdachte Digitalisierung Arbeitslasten gemindert und Prozesse beschleunigt werden können.

73 Soweit es diese schon gibt. Nicht selten ist auch die Klärung dieser Frage noch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu klären und gegebenenfalls eine neue Stelle zu schaffen. Will der Bundesgesetzgeber dazu im Gesetz den Ländern verbindliche Vorgaben machen, so kann sich dies auf das Gesetzgebungsverfahren auswirken, indem eine Zustimmungspflicht begründet wird.

74 Dazu und zu weiteren computerbasierten Instrumenten der Erarbeitung von Gesetzesentwürfen Kluth/Krings Gesetzgebung/Breidenbach/Schmid § 11.

75 Zu den verschiedenen Steuerungsfunktionen der Verwaltungsvorschriften s. näher Wahl Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 571ff.

76 Überblick bei Fellenberg/Guckelberger, Klimaschutzrecht, 2022. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht dazu Burgi NVwZ 2021, 1401.

77 Franzius KlimR 2002, 2.

78 Exemplarisch zu disruptiven Wirkungen am Beispiel der Digitalisierung Eifert (Hrsg.), Digitale Disruption und Recht, 2020.

79 Aktuell etwa im Verhältnis der Vorgaben für Heizungen und für den Ausbau der Fernwärme, die sachlich, fachlich und zeitlich aufeinander abgestimmt werden müssen, um nachhaltig zu sein.

80 In der Praxis sowohl des parlamentarischen Verfahrens im Bundestag als auch bei der Europäischen Gesetzgebung (Übergang zum als Ausnahme gedachten Trilog-Verfahren als Regelverfahren, dazu Calliess/Ruffert/Kluth, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 294 Rn. 26) ist seit einiger Zeit ein Trend zur Beschleunigung zu beobachten. Im Bundestag wurde ursprünglich der Gesetzesbeschluss eine Woche nach der Ausschussberatung und Beschlussempfehlung angesetzt; inzwischen erfolgt dies regelmäßig in der gleichen Woche. Die GO BT lässt dies zu, verhindert bzw. erschwert damit aber eine gründliche Beratung über die Beschlussempfehlung in den Fraktionen.

81 Das gilt unabhängig von der umstrittenen Frage, welche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung aus Art. 38 I 2 GG ableitbar sind; dazu BVerfG NVwZ 2023, 1241.

82 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP, 2021-2025, „Mehr Fortschritt wagen“, unter II. Moderner Staat, Digitaler Aufbruch und Innovationen.

Die im Koalitionsvertrag angekündigten konkreten Maßnahmen und Strategien zur Verbesserung der Gesetzgebung und die Weiterentwicklung der E-Gesetzgebung sowie die Einrichtung eines Zentrums für Legistik⁸³ hat sich bislang erkennbar kein Mitglied der Bundesregierung als wichtiges Anliegen zu Eigen gemacht. Ohne ein solches Engagement hat das Anliegen vor dem Hintergrund der vielen anderen drängenden Aufgaben der Regierungsarbeit aber keine Realisierungschance. Es ist deshalb, wichtig erneut daran zu erinnern, dass gute Gesetzgebung einer der bedeutsamsten

Beiträge zu mehr Nachhaltigkeit ist, auch weil sie sich auf alle Themenfelder auswirken kann. ■

83 Dazu nähere Überlegungen bei Hill ZRP 2023, 158. Andere Länder verfügen über entsprechende Einrichtungen, teilweise sogar in Gestalt eines eigenen Ministeriums. Es wäre aber auch denkbar, ähnl. wie bei der Technikfolgenabschätzung durch das Institut für Technikfolgenabschätzung und Systemanalyse (ITAS) am Karlsruher Institut für Technologie (KIT), das durch den Bundestagsausschuss für Technikfolgenabschätzung (§ 56a GO BT) beauftragt wurde, das Zentrum in Zusammenarbeit mit einer Hochschule zu errichten.