

Erläuterungen

Teil I Gerichtsverfassung

1. Abschnitt Gerichte

§ 1 [Unabhängige Gerichte]

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte Gerichte ausgeübt.

Übersicht	Rn.
I. Begriff	1
II. Unabhängige Gerichte	2-5
1. Organisatorische Unabhängigkeit	3
2. Persönliche Unabhängigkeit	4
3. Sachliche Unabhängigkeit	5
III. Prüfungsrecht der Gerichte	6-23

I. Begriff

Unter der **Verwaltungsgerichtsbarkeit** ist die Kompetenz der Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu verstehen. Der Umfang dieser Kompetenz ist in § 40 geregelt. **1**

II. Unabhängige Gerichte

Für den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit verwirklicht die VwGO die in den Art. 20 Abs. 2, 92 und 97 GG vorgesehene Gewaltenteilung durch Übertragung der Funktionen des Staates auf Organe, die voneinander unabhängig sind. Der Begriff des Gerichts impliziert daher dessen **Unabhängigkeit von Legislative und Exekutive**. Die VwGO verwendet diesen Begriff einheitlich. Er ist für den Aufbau der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen der klaren Bestimmungen der Gerichte in § 2 unproblematisch, gewinnt jedoch Bedeutung bei der in § 40 vorgesehenen Zuweisung von Streitigkeiten des öffentlichen Rechts an andere Gerichte¹. Die Unabhängigkeit der Gerichte² beinhaltet die: **2**

1. Organisatorische Unabhängigkeit

Die Gerichte stehen **funktionell und organisatorisch selbständig** neben den gesetzgebenden Körperschaften und den Verwaltungsbehörden. Sie üben Rechtsprechung, keine Selbstkontrolle der Verwaltung aus. Die aus der Entstehungszeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit bekannte Verbindung der Verwaltungsgerichte mit Verwaltungsbehörden, wie etwa bei den pr. Kreis- oder Bezirksausschüssen, schließt die VwGO ausdrücklich aus. **3**

2. Persönliche Unabhängigkeit

Die Gerichte sind **mit Richtern besetzt**. Die Rechtsstellung der Richter ist durch das Grundgesetz gesichert (Art. 97 GG). Den Inhalt und die Ausgestaltung des Richterverhältnisses regelt das DRiG. Die Tätigkeit des Richters schließt es aus, dass er gleichzeitig Aufgaben der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt **4**

1 Vgl. § 40 Rn. 39 f.

2 Vgl. dazu BVerfGE 4, 331; BVerwGE 4, 191; Maunz/Herzog GG Art. 97 Rn. 1.

wahrnimmt (vgl. § 4 DRiG). Dazu gehört auch ein ehrenamtliches Amt in der Kommunalverwaltung³. Ebenso wenig kann ein Mitglied der Legislative oder der Exekutive gleichzeitig richterliche Funktionen ausüben. Zur persönlichen Unabhängigkeit des Richters vgl. § 15 Rn. 3, zu den verschiedenen Arten des Richterverhältnisses § 5 Rn. 1, zur Dienstaufsicht § 38 Rn. 1.

3. Sachliche Unabhängigkeit

- 5 Die Gerichte sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit nur an Gesetz⁴ und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Sie unterliegen daher keinerlei Weisungen, nicht durch das Parlament, die Regierung oder Verwaltungsbehörden, auch nicht durch die Gerichtsverwaltung (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG). Auf die Gerichte können andere Aufgaben als die der Rechtsprechung, mit Ausnahme der Gerichtsverwaltung, nicht übertragen werden (vgl. § 39).

III. Prüfungsrecht der Gerichte

- 6 Die Unterwerfung der Gerichte unter das Gesetz verpflichtet sie zunächst zu prüfen, ob für das Handeln der Verwaltung eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorhanden gewesen ist, wobei dieser Vorbehalt des Gesetzes als Vorbehalt der Regelung durch oder auf Grund eines Gesetzes verstanden wird⁵. Ausgehend von der Strafgefangenen-Entscheidung des BVerfG⁶ haben die Gerichte in einer Reihe von Entscheidungen, insbesondere im Schulrecht⁷, aber auch in anderen Bereichen⁸ den Vorbehalt des Gesetzes betont. Trotz des Fehlens einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage wurde aber die angefochtene Verwaltungsentscheidung nicht aufgehoben, um – mit unterschiedlicher Begründung – die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu erhalten⁹. Dieser Grundsatz ist nicht auf Eingriffsakte beschränkt, sondern gilt auch für Leistungsansprüche wie die beamtenrechtliche Beihilfe¹⁰. Zu den Voraussetzungen für die Schließung einer Gesetzeslücke durch den Richter vgl. BVerwGE 45, 85 (zum WehrpflichtG), E 57, 183 (zum BesoldungsG). Das Gericht hat aber auch zu prüfen und zu entscheiden, ob ein wirksamer Gesetzesbefehl vorliegt, d.h. ob
1. ein Gesetz nach den für die Gesetzgebung in Bund und Ländern oder bei Trägern mittelbarer Staatsverwaltung geltenden Bestimmungen förmlich wirksam zustande gekommen ist¹¹,

3 Vgl. BVerwG NVwZ 1990, 162; Münster DRiZ 1990, 181 für Kreisrechtsausschuss; BVerwGE 41, 195 für Verwaltungsrat einer öfftl. Sparkasse; Eyer mann/Rennert Rn. 6 m.N.; a.A. Schoch/Stelkens Rn. 28; Schmidt-Räntsch DRiG § 4 Rn. 11.

4 Vgl. dazu Rupp NJW 1973, 1769.

5 Vgl. Jesch, Gesetz u. Verwaltung, 1961 S. 30; Stelkens/Sachs VwVfG § 44 Rn. 22; Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970 S. 273.

6 BVerfG 33, 1; vgl. auch die Facharzt-Entscheidung E 33, 125; die Schulentcheidung Hessen E 41, 261.

7 Vgl. BVerwGE 47, 194; 57, 360 zum Sexualkundeunterricht; E 47, 201 zur 5-Tage-Woche; E 56, 155 zur Versetzung und Eignungsfeststellung; E 64, 308 zur Festlegung der Pflichtfremdsprache; Kassel NJW 1976, 1856; Münster NJW 1977, 826, beide zur Neugestaltung der gymnasialen Oberstufe; Niehues DVBl. 1980, 465.

8 Vgl. BVerwG NJW 1992, 2496 zur Subvention eines Vereins, der vor bestimmten Religionsgesellschaften warnen soll; NJW 1993, 411 zum Verbot von Einwegverpackungen durch gemeindliche Satzung; BVerwGE 98, 324 zur Regelung der Laufbahnprüfung von Beamtenanwärtern; E 96, 189 zu „Strafbeschlüssen“ des Ehrengerichts der Lotsenbrüderschaften; Kassel NJW 1977, 2131 zur Zuständigkeitszuweisung für hoheitliches Handeln; NJW 1990, 336 zur Nutzung der Gentechnologie, m. abl. Anm. Deutsch; ablehnend auch Kloepfer, Lerche-Festschrift S. 755.

9 Vgl. BVerwGE 56, 155 zum Schulwesen; E 51, 235 zur Bewerberauswahl beim Güterfernverkehr, m. Anm. Grupp DÖV 1977, 748, dazu auch Pieroth VerwA 68, 217; E 64, 238 zum Kraftdroschenverkehr; allgemein Erichsen VerwA 67, 93; Kisker NJW 1977, 1313.

10 BVerwGE 121, 103.

11 Vgl. BVerwGE 56, 31 zur wirksamen Verkündung.

2. ein abgeleitetes Recht (Verordnung, Satzung usw.) sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage hält¹².

Das Gericht hat weiter zu prüfen, ob die Gesetze, denen es unterworfen ist, verfassungsgemäß sind, d.h. ob sie sich im Rahmen des Grundgesetzes oder – bei Landesrecht – der jeweiligen Landesverfassung halten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber im Rahmen eines ihm zustehenden Ermessens die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat¹³, auch der Gleichheitssatz bietet dem Gericht keine Möglichkeit, seine Auffassung von Gerechtigkeit derjenigen des Gesetzgebers zu substituieren¹⁴. Im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes müssen Entscheidungen, die wegen ihrer weit reichenden Auswirkungen auf den Bürger, insbesondere auf dessen Freiheits- und Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung als grundlegend und wesentlich anzusehen sind, vom Gesetzgeber getroffen werden¹⁵. Inwieweit die einmal getroffene grundsätzliche Entscheidung wegen im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehender technischer Entwicklungen ein erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers erfordert, liegt zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers, auch hier ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten¹⁶. Die Gerichte, insbesondere die Obersten Gerichtshöfe des Bundes, sind zu richterlicher Rechtsfortbildung¹⁷ in dem Sinne befugt, dass sie ggf. bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten können und müssen¹⁸. Der Rechtsfortbildung sind jedoch durch den Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG Grenzen gesetzt¹⁹.

Für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit nachkonstitutioneller Gesetze, d.h. aller Gesetze, die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen oder novelliert²⁰ sind, hat jedoch das BVerfG das Entscheidungsmonopol²¹. Das Gericht muss daher das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG aussetzen und die Entscheidung des BVerfG bzw., soweit es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, des Verfassungsgerichts dieses Landes einholen, wenn es der Auffassung ist, dass das Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung des Rechtsstreites ankommt²², verfassungswidrig ist²³; das Gleiche gilt, wenn es sich um die Verletzung des Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt²⁴. Das Gericht ist

12 Zur verfassungsrechtlichen Relevanz von Verfahrensvorschriften vgl. BVerfG NJW 1980, 759; vgl. auch Rn. 11.

13 BVerwGE 26, 317; BVerfGE 3, 162.

14 BVerwGE 49, 227.

15 BVerfGE 49, 89 zur Grundsatzentscheidung für oder gegen die friedliche Nutzung der Kernenergie; vgl. zum Parlamentsvorbehalt München DVBl. 1983, 1157 sowie Erichsen VerwA 67, 96; VerwA 70, 249; Häberle DVBl. 1972, 909.

16 BVerfGE 49, 89; zu weitgehend daher Münster NJW 1978, 439, beide Entscheidungen zum „Schnellen Brüter“, vgl. auch VG Schleswig NJW 1980, 1296 zur Entsorgung.

17 Vgl. BVerwGE 98, 280.

18 BVerfGE 82, 212; vgl. BVerwG NJW 1997, 2966 zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, dazu auch BSG NJW 1994, 1550; zum Problem beim Konflikt zwischen EG-Richtlinie u. nationaler Norm vgl. Hergenröder, Zöllner-Festschrift S. 1139.

19 BVerfGE 65, 182; vgl. dazu auch Berkemann DVBl. 1996, 1028.

20 Vgl. BVerfGE 36, 224.

21 Vgl. Maunz/Maunz GG Art. 100 Rn. 12; Sachs/Sturm Art. 100 Rn. 11.

22 Maunz/Maunz GG Art. 100 Rn. 31; zur Prüfungskompetenz der Landesverfassungsgerichte grundlegend BVerfG NJW 1998, 1296; vgl. auch HessStGH NJW 1999, 49; Lemhöfer NJW 1996, 1714.

23 Vgl. auch BVerwGE 100, 160 Vorlagepflicht durch Revisionsgericht verneinend, solange verfassungskonforme Auslegung von irrevisiblen Landesrecht durch das Berufungsgericht denkbar ist.

24 Vgl. z.B. BVerfGE 20, 238; E 21, 106; E 35, 65 zur Vereinbarkeit von Ausführungsgesetzen der Länder mit der VwGO.

in diesem Fall durch Art. 100 GG an jeder anderen Entscheidung gehindert²⁵. Das weitere Verfahren richtet sich dann nach §§ 80 ff. BVerfGG bzw. dem VerfGG des Landes. An die Entscheidung des Verfassungsgerichts ist das Gericht sodann gebunden²⁶. In gleicher Weise hat das Gericht die Entscheidung des BVerfG einzuholen, wenn streitig und erheblich²⁷ ist, ob ein Gesetz als Bundesrecht fortgilt²⁸. An die Darlegung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage müssen strenge Anforderungen gestellt werden²⁹; der Vorlagebeschluss ist vom vorlegenden Gericht aufzuheben, wenn die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes nicht mehr entscheidungserheblich ist³⁰.

- 7b** Die **Vorlage an das BVerfG** nach Art. 100 Abs. 1 GG (zur Begründung vgl. BVerfG NJW 1992, 1951) kann nicht nur in Verfahren über die Hauptsache, einschließlich des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens (vgl. § 47 Rn. 9) in Betracht kommen, sondern grundsätzlich auch, **wenn vorläufiger Rechtsschutz** nach § 80 oder § 123 **begehrt wird**³¹. Auch beim vorläufigen Rechtsschutz handelt es sich materiell um die Anwendung von Gesetzen, bei denen die Verfassungsmäßigkeit fraglich sein kann. Soweit jedoch die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Norm nur bei der Interessenabwägung im Hinblick auf die Aussichten der Hauptsache betrachtet wird (wie regelmäßig im Verfahren nach § 80), wird die Vorlage erst im Hauptverfahren in Betracht kommen³². Das Gericht kann jedoch, wenn dies nach den Umständen des Falles im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsacheentscheidung dadurch nicht vorweggenommen wird, vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des BVerfG selbst vorläufigen Rechtsschutz gewähren³³. Wo jedoch die Regelung des vorläufigen Zustandes die endgültige Entscheidung weitgehend vorwegnimmt, ist auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG geboten³⁴.
- 8** Das **Gericht setzt** nach Art. 100 GG **durch Beschluss aus**. Dieser Beschluss wird von dem Gericht in voller Besetzung gefasst³⁵ und ist als besonderes Rechtsinstitut³⁶ nicht anfechtbar³⁷. Die **Vorlage** an das BVerfG ist für das Vorlagegericht **grundsätzlich Verfahrenshindernis**³⁸. Die **Bindung an die Vorlage** kann jedoch **entfallen** und das Vorlagegericht zur Aufhebung seines Beschlusses befugt sein³⁹, infolge nachträglicher Dispositionen der Parteien⁴⁰, bei zwischenzeitlich eingetretenen Rechtsänderungen⁴¹, bei anderweitiger Entscheidung des BVerfG in parallelen Normenkontrollverfahren⁴² oder auch, wenn das Vorlagegericht in Bezug auf die Gültigkeitsfrage oder die Entscheidungserheblichkeit seine Auf-

25 BVerfGE 34, 320 zum Urteil unter Vorbehalt der Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das BVerfG; m. zust. Anm. Bethge NJW 1973, 2100; vgl. auch Ipsen NJW 1977, 2289.

26 Zur Bindungswirkung vgl. BVerfGE 40, 88; v. Mutius VerwA 67, 403.

27 Vgl. BVerfGE 4, 358.

28 § 86 Abs. 2 BVerfGG.

29 BVerfG NVwZ 1998, 606.

30 BVerwGE 83, 320; vgl. Rn. 8.

31 BVerfG NJW 1992, 2749; München DVBl. 1994, 61; Münster NVwZ 1992, 1226; Eyermann/Geiger Rn. 11; Kopp/Schenke § 94 Rn. 9; grundlegend auch unter Hinweis auf abweichende Meinungen Schoch/Ehlers Anh. § 40 Art. 100 Abs. 1 GG Rn. 46 ff.

32 Vgl. § 80 Rn. 50.

33 BVerfG DVBl. 1992, 1218; vgl. auch Berlin DVBl. 1992, 919; Münster DVBl. 1992, 1372.

34 Vgl. BVerfGE 46, 43 sowie § 123 Rn. 17.

35 BVerfGE 16, 305.

36 Vgl. Lüneburg OVG 6, 371.

37 Vgl. Schoch/Ehlers Anh. § 40 Art. 100 Abs. 1 GG Rn. 56.

38 BVerfGE 34, 320.

39 BVerfGE 51, 161.

40 BVerfGE 49, 217.

41 BVerfGE 29, 325.

42 BVerfGE 26, 44.

fassung ändert oder sich einer ihm unterbreiteten gegenteiligen Meinung anschließt⁴³.

Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, das vor Inkrafttreten des GG oder der jeweiligen Landesverfassung erlassen worden ist (**vorkonstitutionelles Gesetz**), kann das Gericht dagegen im anhängigen Verfahren selbst feststellen, da ein solches Gesetz der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht unterliegt⁴⁴, es sei denn, das Landesrecht hat die Prüfungskompetenz des Landesverfassungsgerichts auch auf vorkonstitutionelles Recht erstreckt⁴⁵.

Nach Art. 9 des Einigungsvertrags bleibt in den dort aufgeführten Fällen das im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages geltende **Recht der DDR** als Landes- bzw. als Bundesrecht in Kraft, soweit es mit dem Grundgesetz, mit dem in Kraft gesetzten Bundesrecht sowie mit dem unmittelbar geltenden Recht der EG vereinbar ist. Soweit das DDR-Recht nicht aufgehoben worden ist, ist es jedoch weitgehend in den Ländern in Landesrecht überführt worden. Das Gericht hat inzidenter zu prüfen, ob diese Voraussetzungen vorliegen und stellt dabei fest, ob die betreffende Vorschrift in Kraft geblieben ist. Ebenso wie bei dem vorkonstitutionellen Gesetz (vgl. Rn. 9) besteht insoweit keine Verpflichtung zur Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 GG⁴⁶. Da es an einer ausdrücklichen Zuweisung an das BVerfG fehlt, scheidet auch eine Vorlage entsprechend § 86 Abs. 2 BVerfGG aus. Eine Vorlage an den EuGH kann unter den in Rn. 17 erläuterten Voraussetzungen in Betracht kommen.

Bei allen **Rechtsvorschriften, die nicht formelles Gesetz sind, kann das Gericht**, nicht auch die Widerspruchsbehörde (vgl. § 73 Rn. 13), auch den Verstoß der entscheidungserheblichen Norm gegen eine höherrangige Norm und damit deren Verfassungswidrigkeit bzw. Ungültigkeit selbst feststellen (**Inzidente Normenkontrolle**) und sie dann bei seiner Entscheidung außer Betracht lassen, so z.B. bei bundesrechtlichen Verordnungen⁴⁷, auch wenn sie der Zustimmung einer gesetzgebenden Körperschaft bedürfen⁴⁸. Wird eine Rechtsverordnung durch Bundesgesetz geändert und in dieser Änderung die Regelung sogleich wieder zur Disposition des Ordnungsgebers gestellt, bleibt der Ordnungsrang und damit die Befugnis der Gerichte zur inzidenten Normenkontrolle erhalten⁴⁹. Bei landesrechtlichen Verordnungen prüfen die Gerichte in gleichem Umfang, soweit die Landesverfassungen nicht bei Verstoß gegen Landesverfassungsrecht die Entscheidung der Verfassungsgerichtshöfe vorgesehen haben⁵⁰ oder auch bei Satzungen⁵¹.

Zur **abstrakten Kontrolle** von landesrechtlichen Normen, die im Rang unter dem formellen Gesetz stehen, vgl. § 47. Durch die Eröffnung der abstrakten Normenkontrolle nach § 47 wird die inzidente Normenkontrolle im konkreten Fall nicht ausgeschlossen⁵². Zur Bindungswirkung der klageabweisenden Normenkontroll-Entscheidung vgl. § 47 Rn. 48.

Das Gericht hat auch zu prüfen, ob **völkerrechtliche Regeln** innerstaatliche Geltung haben. Es kann über die Anwendung von Völkerrecht selbständig ent-

43 BVerfG NVwZ 1995, 158.

44 BVerfGE 2, 136; JZ 1960, 602.

45 Z.B. Art. 88 Verf. BW; zur Zulässigkeit vgl. BVerfGE 4, 178.

46 BVerfG NJW 1998, 1699.

47 BVerfGE 10, 58; BVerwGE 58, 189 für AußenwirtschaftsV; E 58, 162 zur SpielgeräteV; E 89, 121 zur Zulässigkeit des Umlaufverfahrens; E 110, 193.

48 BVerfGE 8, 322.

49 Vgl. Schleswig NordÖR 2000, 25.

50 Bremen: Art. 142; Hamburg: Art. 64; Hessen: Art. 133; vgl. HessStGH NJW 1970, 569; Bayern: Art. 92, vgl. BayVerfGHE 4, 63.

51 Vgl. BVerwG NVwZ 1987, 50; BauR 1993, 648; Münster NVwZ 1990, 794.

52 BVerwGE 56, 172; E 58, 299.

scheiden⁵³. Ist es jedoch zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbare Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Art. 25 GG), hat das Gericht nach Art. 100 Abs. 2 GG die Entscheidung des BVerfG einzuholen. Auch hier ist für die Vorlage erforderlich, dass die **Zweifelsfrage entscheidungserheblich** ist⁵⁴. Vgl. im Übrigen Rn. 7 ff.

- 13** Prüfungsmaßstab für das Gericht ist schließlich auch das **Recht der Europäischen Gemeinschaften**. Bei dem Gemeinschaftsrecht, das weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, handelt es sich um eine eigenständige Rechtsordnung, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt⁵⁵. Dabei gelten die Vertragswerke als **primäres Gemeinschaftsrecht**, während die von den Organen der Gemeinschaft erlassenen Verordnungen und Richtlinien als **sekundäres Gemeinschaftsrecht** bezeichnet werden. Nach Art. 249 Abs. 2 EGV⁵⁶ haben die Verordnungen, ohne dass es einer Transformation durch den nationalen Gesetzgeber bedarf, unmittelbare Geltung im Bereich der Mitgliedstaaten⁵⁷. Die nach Art. 249 Abs. 3 EGV⁵⁸ erlassenen **Richtlinien** entfalten diese Wirkung gegenüber dem zuständigen Organ des Mitgliedstaates nur hinsichtlich der Zielsetzung, während den innerstaatlichen Stellen bei der Umsetzung der Richtlinie in nationale Regelungen die Wahl der Form und der Mittel überlassen bleibt⁵⁹. Der EuGH verlangt für die Umsetzung einer Richtlinie eine Rechtsnorm und sieht eine Verwaltungsvorschrift grundsätzlich nicht als ausreichend an⁶⁰.

- 13a** **Richtlinien stellen keinen unmittelbar anwendbaren Rechtsakt** eines Gemeinschaftsorgans dar⁶¹. Ist eine Richtlinie der EG von dem Mitgliedstaat noch nicht in nationales Recht umgesetzt, kann die Anwendung einer mit der Richtlinie in Widerspruch stehenden nationalen Vorschrift jedoch mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar sein⁶². Insbesondere darf der Mitgliedstaat die noch nicht umgesetzte Richtlinie nicht durch konträre Maßnahmen unterlaufen⁶³. Der EuGH⁶⁴ geht in seiner Rechtsprechung weiter, indem er der noch nicht umgesetzten Richtlinie im Rahmen der Umsetzungsverpflichtung Bindungswirkung für Verwaltung und Gerichte beimisst⁶⁵ und abweichende Urteile oder VA für unbeachtlich erklärt⁶⁶; zur Ableitung subjektiver Rechte aus einer nicht umgesetzten Richtlinie § 42 Rn. 56 f.⁶⁷.

53 Münch JZ 1964, 163.

54 BVerfGE 75, 1; Sachs/Sturm Art. 100 Rn. 27.

55 BVerfGE 22, 293, zum Rechtsschutzsystem der EG vgl. Schwarze NJW 1992, 1065; Rengeling DVBl. 1995, 945; Schoch/Schmidt-Aßmann Einl. Rn. 101 ff.

56 Alt: Art. 189 Abs. 2; durch Art. 12 des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union etc. v. 2.10.1997 (BGBl. II S. 387) ist eine Umnummerierung der Art. des EGV erfolgt, die am 1.5.1999 in Kraft getreten ist (Bek. v. 6.4.1999 [BGBl. II S. 296]).

57 EuGH NJW 1972, 1639; Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969, S. 30, 56.

58 Alt: Art. 189 Abs. 3.

59 Vgl. Erichsen VerwA 64, 101; v. Dannwitz DVBl. 1998, 421.

60 EuGH Slg. I 1991, 2607 zur TA-Luft; Slg. I 1991, 2567; dazu Callies NVwZ 1998, 8; Everling RIW 1992, 379; Zuleeg NJW 1993, 31.

61 BVerwGE 77, 214, vgl. auch BVerwG NVwZ 1992, 1093; dazu auch Beckmann DVBl. 1991, 358, Papier DVBl. 1993, 809.

62 BVerwGE 74, 241 für freien Warenverkehr auf dem Gebiet der Landwirtschaft, vgl. auch E 70, 41 für Einfuhruntersuchungskosten.

63 BVerwGE 107, 1, dazu Zeichner NVwZ 1999, 32; EuGH NVwZ 1998, 385, dazu Gassner NVwZ 1998, 1148; vgl. auch Weiß DVBl. 1998, 568; Erbguth/Stollmann DVBl. 1997, 453.

64 Vgl. NJW 1982, 499 zur Verbindlichkeit von Richtlinien.

65 EuGH DVBl. 1990, 689; NVwZ 1996, 369 zur UVP-Richtlinie, dazu Callies NVwZ 1996, 339; Epiney DVBl. 1996, 409; EuGH NJW 1997, 3365 zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge.

66 EuGH Slg. 1991 I, 4269; Kritisch zu der Rechtsprechung des EuGH über die Wirkung noch nicht umgesetzter Richtlinien Stadie NVwZ 1994, 435; Royla/Lackhoff DVBl. 1998, 1116.

67 Vgl. weiter zu den Folgen der Unwirksamkeit einer Umsetzungsverpflichtung EuGH NJW 1994, 1094 zu § 22 UVPG m. Anm. Schink NVwZ 1995, 953. Zum Schadensersatz bei Nichtumsetzung einer Richtlinie vgl. EuGH NJW 1992, 165.

Für das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem (deutschen) Recht gibt es keine dem Art. 31 GG entsprechende Vorschrift. Der EuGH hat jedoch, da anders die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt würde, in ständiger Rechtsprechung den **Vorrang des Gemeinschaftsrechts** vor nationalem Recht bejaht, und zwar nicht nur für das Vertragsrecht, sondern über Art. 249 EGV (alt: Art. 189) auch für sekundäres Gemeinschaftsrecht⁶⁸. Der EuGH hat dem sekundären Gemeinschaftsrecht auch gegenüber dem parlamentarischen Haushaltsrecht, das im GG verfassungsrechtlich geregelt ist, Vorrang eingeräumt⁶⁹. Durch den Vorrang ist auch ausgeschlossen, dass sekundäres Gemeinschaftsrecht durch ein später erlassenes nationales Gesetz derogiert werden kann⁷⁰. Aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und dem Auslegungsmonopol des EuGH (vgl. Rn. 17) folgt, dass eine Entscheidung über die Auslegung einer EG-Norm durch den EuGH auch Vorrang vor der Auslegung dieser Norm durch das BVerwG hat⁷¹. An die Entscheidung des EuGH über die Vorlagefrage ist das Gericht gebunden; dies gilt auch dann, wenn die entscheidungserhebliche Frage vom EuGH in einem anderen Verfahren entschieden worden ist⁷².

Innerstaatlich beruht der **Vorrang des Gemeinschaftsrechts** auf Art. 24 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Ratifizierungsgesetzen und den Verträgen⁷³. Nachdem zunächst streitig war, ob sich dieser Vorrang, also auch des sekundären Gemeinschaftsrechts, auch auf das Verfassungsrecht beziehen kann⁷⁴, hat das BVerfG diese Frage bejaht⁷⁵.

Bei einer **Kollision** zwischen Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht **führt** der Vorrang des Gemeinschaftsrechts **nicht zur Nichtigkeit** der deutschen Rechtsnorm; vielmehr überlagert das Gemeinschaftsrecht die nationale Norm nur und schließt, solange es besteht, die Anwendung dieser Norm aus⁷⁶. Die nationale Norm kann wieder angewendet werden, wenn das überlagernde Gemeinschaftsrecht aufgehoben wird⁷⁷. Zu den Voraussetzungen, unter denen ein nationales Gericht in dem vor ihm anhängigen Verfahren bei Vorlage an den EuGH **einstweilige Anordnungen** treffen darf vgl. EuGH NJW 1996, 1333; NJW 1991, 2271. Vor Erlass von Härtefallregelungen hat der EuGH⁷⁸ vorläufigen Rechtsschutz durch nationale Gerichte für unzulässig gehalten⁷⁹, vgl. auch § 80 Rn. 3c.

Das **Gericht stellt selbständig fest, ob eine deutsche Gesetzesnorm** wegen einer Kollision mit Gemeinschaftsrecht **nicht angewendet oder ausgeführt werden darf**⁸⁰. Das Gericht, gegen dessen Entscheidung ein Rechtsmittel zugelassen ist,⁸¹ **kann**⁸², das Gericht, das letztinstanzlich entscheidet, **muss**⁸³ dem EuGH

68 RsprGH X, 1251; vgl. auch Ehlers DVBl. 1991, 605; Schoch/Schmidt-Aßmann Einl. Rn. 110; grundlegend Jarass/Beljin NVwZ 2004, 1.

69 NJW 1972, 1639; Schlachtprämien in Italien, dazu Erichsen VerwA 64, 101.

70 BVerfGE 22, 293; Zuleeg EuR 1969, 265.

71 BVerwGE 49, 60 zu § 12 Aufenthaltsg; E 85, 24 zum Ausschluss eines Anspruchs nach nationalem Recht durch Gemeinschaftsrecht.

72 BVerfG NJW 1988, 2173.

73 BVerfGE 31, 145 für Art. 95 EGV a.F.; vgl. auch E 37, 271.

74 Vgl. insgesamt Benda/Klein DVBl. 1974, 389; Erichsen VerwA 64, 101; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 255, 277 m.w.N.

75 NJW 1987, 577 für Grundrechte, vgl. Rn. 21.

76 Vgl. BVerwGE 87, 154.

77 BVerwGE 45, 72; Ipsen, Scheuner-Festschrift, 1973, S. 211.

78 NJW 1997, 1225 zur gemeinsamen Marktorganisation für Bananen; krit. dazu Sandner DVBl. 1998, 262.

79 Vgl. auch Ohler/Weiß NJW 1997, 2221.

80 BVerfGE 31, 145 m. Anm. Meier NJW 1971, 2122; Ipsen EuR 1972, 57.

81 Beschwerde gegen Nichtzulassung der Revision reicht aus, BVerwG NJW 1987, 601; BVerfG NJW 1987, 601.

82 Vgl. BVerwG NJW 1986, 1448.

83 Vgl. EuGH NJW 1983, 1257; BVerfG DVBl. 1990, 984: Bei Nichtvorlage Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt.

nach Art. 234 EGV (alt: Art. 177) zur Vorabentscheidung **vorlegen**, wenn es für seine Entscheidung auf eine Auslegung des Vertrages, auf die Gültigkeit oder Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft oder auf die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen ankommt⁸⁴. Will ein Gericht einen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakt wegen seiner vom Gericht angenommenen Ungültigkeit nicht anwenden, muss es wegen des Verwerfungsmonopols des EuGH **vorlegen**⁸⁵. Um eine „Mussvorlage“ handelt es sich auch, wenn das OVG den Antrag auf Zulassung der Berufung ablehnen will und das Urteil damit nach § 124a Abs. 2 Satz 3 rechtskräftig würde⁸⁶. Das Unterlassen der Vorlage kann Revisionsgrund nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 sein.⁸⁷ Die **Vorlage** an den EuGH kann nicht nur im Verfahren über die Hauptsache, einschließlich des Normenkontrollverfahrens (vgl. § 47 Rn. 9) erfolgen, sondern auch, **wenn vorläufiger Rechtsschutz** nach § 80 oder § 123 **begehrt wird**. Der EuGH⁸⁸ hat hier die Zulässigkeit einer Vorlage auf jeden Fall bejaht, jedoch eine Verpflichtung zur Vorlage nach Art. 234 Abs. 3 EGV (alt: Art. 177 Abs. 3), auch wenn kein Rechtsbehelf mehr gegen die Entscheidung zulässig war, dann verneint, wenn ein Verfahren in der Hauptsache von dem Beteiligten selbst eingeleitet oder sonst verlangt werden kann; das BVerfG⁸⁹ hat eine Verpflichtung zur Vorlage im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verneint. Vgl. im Übrigen Rn. 7b sowie § 80 Rn. 50a und § 123 Rn. 17.

- 18** Eine **Vorlage** an den EuGH ist **nur erforderlich**, wenn die **Frage entscheidungserheblich** ist⁹⁰. Zu Recht hat sich das BVerwG im Übrigen der französischen Lehre vom „acte clair“ angeschlossen, wonach eine Vorlage **nicht erforderlich** ist, wenn die **Vorschrift nicht auslegungsbedürftig** und damit die Frage von vornherein klar ist⁹¹. Bei unterschiedlichen Auslegungen einer EG-Norm durch das BVerwG und durch den EuGH auf Vorlage eines anderen Gerichts geht die Entscheidung des EuGH vor (vgl. Rn. 14). Auch eine bereits getroffene Entscheidung des EuGH kann dazu führen, dass eine Vorschrift nicht mehr auslegungsbedürftig ist⁹². Die den Normen des primären Gemeinschaftsrechts vom EuGH auf Vorlage gegebene Interpretation kann vom BVerfG auf Grund einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht überprüft werden⁹³.
- 19** Die **Bindungswirkung eines zurückverweisenden Urteils** steht der **Vorlage** an den EuGH durch das Gericht, an das zurückverwiesen wurde, **nicht entgegen**⁹⁴. An die zur Notwendigkeit einer Vorlage geäußerte Auffassung des zurückverweisenden Gerichts ist das Gericht nicht gebunden, da Art. 234 EGV (alt: Art. 177) ein eigenes Prüfungsrecht für dieses Gericht enthält und als Gemeinschaftsrecht den §§ 130 Abs. 2, 144 Abs. 6 vorgeht (vgl. Rn. 13, 14). Die Vorlage ist jedoch ausgeschlossen, wenn das zurückverweisende Gericht die Sache bereits dem EuGH vorgelegt und dieser in derselben Frage entschieden hat⁹⁵.

84 Art. 177 EGV; entsprechend Art. 150 EAGV; nach Art. 41 EGKS besteht die Pflicht für alle Gerichte, jedoch beschränkt auf die Frage der Gültigkeit der Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane; vgl. dazu BVerfGE 22, 134; NJW 1988, 1456; E 31, 279 m. Anm. Schott NJW 1969, 1547; BFH NJW 1969, 388 m. Anm. Meier; insgesamt Everling, Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 1986; Clausnitzer NJW 1989, 641; Rabe, Redeker-Festschrift S. 201; Ress Die Verwaltung 1987, 177.

85 Lenz/Borchardt EU- u. EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 234 Rn. 43; Sellmann/Augsberg DÖV 2006, 533 (535).

86 EuGH Slg. 2002, I-4839 Rn. 25.

87 BVerwG NJW 1988, 664.

88 NJW 1977, 1585 zur einstweiligen Verfügung.

89 NVwZ 1992, 360.

90 BVerwG DVBl. 1970, 630 – insoweit nicht abgedr. in BVerwGE 35, 277; E 36, 33.

91 BVerwGE 31, 279; E 36, 33 ebenso BSGE 21, 271.

92 RsprGH X, 26.

93 BVerfG NJW 1980, 122.

94 EuGH NJW 1974, 440.

95 EuGH NJW 1974, 440.

Die **Aussetzung** des Verfahrens und **Vorlage an den EuGH** erfolgt durch **Beschluss**. Entsprechend der Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 GG (vgl. Rn. 8) ist dieser Beschluss von dem Gericht in voller Besetzung zu fassen. Erzwungen werden kann die Vorlage von den Beteiligten nicht. Ob der Vorlagebeschluss des VG mit der **Beschwerde** angefochten werden kann, ist nicht ausdrücklich geregelt. Art. 234 Abs. 2 EGV (alt: Art. 177 Abs. 2) steht einer Beschwerde unmittelbar nicht entgegen, vielmehr richtet sich die Beschwerdemöglichkeit nach nationalem Recht⁹⁶, allerdings sieht sich der EuGH, solange der Vorlagebeschluss nicht aufgehoben ist, an diesen gebunden. Der BFH⁹⁷ hatte zunächst die Beschwerde gegen den Vorlagebeschluss des FG zugelassen, dies jedoch dann in BFHE 132, 217 verneint⁹⁸. Der Ausgestaltung des Vorlagerechts in Art. 177 EGV⁹⁹ entspricht es jedoch mehr, die im nationalen Bereich für die Vorlage an das BVerfG in Art. 100 GG entwickelten Grundsätze auch auf die Vorlage an den EuGH zu übertragen und die Beschwerde für unzulässig zu halten¹⁰⁰. Die Aussetzung wegen der Vorlage der Rechtsfrage durch ein anderes Gericht hält Bremen¹⁰¹ für unzulässig¹⁰². Für die Änderung des Beschlusses nach Erlass dürfte damit auch das Gleiche gelten wie für den Vorlagebeschluss nach Art. 100 GG (vgl. Rn. 8). Entscheidet das Gericht in der Sache, ohne die Vorabentscheidung des EuGH einzuholen, kann mit dem zulässigen Rechtsmittel (Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung) gerügt werden, dass die Vorlage unterblieben ist¹⁰³. Die Möglichkeit einer direkten Klage gem. Art. 173 Abs. 2 EGV gegen eine Entscheidung eines Gemeinschaftsorgans schließt die Klage gegen VA, die nationale Behörden zur Durchführung dieser Entscheidung treffen, nicht aus und damit auch nicht eine Vorlage an den EuGH durch das nationale Gericht einen solchen Rechtsstreit¹⁰⁴.

Eine **Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG** an das BVerfG wegen einer Kollision zwischen sekundärem Gemeinschaftsrecht und den Grundrechtsgarantien des GG ist **unzulässig**¹⁰⁵. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung festgestellt, dass der EuGH gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Auf Grund der Entwicklung innerhalb der Gemeinschaft und insbesondere der Rechtsprechung des EuGH sieht das BVerfG die im GG garantierten Grundrechte, im Gegensatz zu seinem Beschluss von 1974¹⁰⁶, auch im Gemeinschaftsrecht als gewährleistet an. Es hält deshalb die Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG für unzulässig, mit der Einschränkung, dass dies nur gilt, **solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH, einen wirksamen Schutz der Grundrechte** gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften **generell gewährleisten**, der dem vom GG als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist. Diese Rechtsprechung hat das BVerfG in seiner Maastricht-Entscheidung fortgeführt¹⁰⁷.

Eine wichtige Frage im jüngeren Schrifttum ist, inwiefern das Europarecht bereits unmittelbar die deutsche VwGO gestaltet¹⁰⁸. Unter Europarecht wird dabei

96 EuGH RsprGH 1974, 139.

97 BStBl. 1973 II S. 761.

98 Ebenso Mannheim DÖV 1986, 707.

99 Vgl. EuGH NJW 1974, 440; auch Rn. 19.

100 Schoch/Ehlers Anh. § 40 Art. 177 EGV Rn. 59; Ress Die Verwaltung 1987, 194.

101 NVwZ-RR 2008, 851.

102 Sehr str.; a.A. Sellmann/Aufgsberg DÖV 2006, 533 (536) m.zahlr. N.

103 Vgl. BVerwG NJW 1987, 601; § 132 Rn. 10.

104 EuGH DVBl. 1987, 1062.

105 BVerfGE 73, 339; vgl. dazu Ress Die Verwaltung 1987, 177; Vedder NJW 1987, 526.

106 BVerfGE 37, 271; vgl. auch E 52, 187 offen lassend.

107 BVerfGE 89, 155; dazu Horn DVBl. 1995, 89; Ipsen EuR 1994, 1; Schnayr/Prowald DVBl. 1999, 269; generell für Letztverantwortung des EuGH Hirsch NJW 1996, 2457; NVwZ 1998, 907.

108 Sommermann DÖV 2002, 133; Götz DVBl. 2001, 1; Wahl DVBl. 2003, 1285; M. Redeker AnwBl. 2004, 71.

nicht nur das der EU, sondern auch das Recht, das auf Grund internationaler Verträge gebildet worden ist, verstanden, insbesondere auf Grund der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Der Einfluss von Art. 6 EMRK (und Art. 13 EMRK), Gewährleistung von Justizverfahrensrechten bei Eigentums- und Berufsfreiheitsfragen, wirkt sich nicht unmittelbar auf die VwGO aus, da die EMRK im Range nur einfaches Recht darstellt. Allerdings sollte konventionsfreundliches Verhalten zu einer effektiven Umsetzung des Rechtsschutzes führen.

23 Unzweifelhaft gibt es für die EU keinen Kompetenztitel für nationale Prozessverfahrensrechte. Dennoch haben sich einzelne Besonderheiten im Verwaltungsprozess herausgebildet, die sich aus den vom EuGH zum Gemeinschaftsrecht herausgebildeten Grundsätzen zum materiellen Recht ergeben, insbesondere beim vorläufigen Rechtsschutz. Die Einzelheiten sind bei den jeweils betroffenen Vorschriften der VwGO erläutert¹⁰⁹.

Obwohl der EuGH in seiner Rechtsprechung eher dem französischen Modell folgt, bleibt die gerichtlich umfassende Kontrolldichte nach deutschem Recht überwiegend unberührt. Grenzen sind da, wo die erhöhte Kontrolldichte den nach EU-Recht zulässigen Beurteilungsspielraum der Behörde einschränkt¹¹⁰. Dabei belässt der EuGH einer Gemeinschaftsbehörde einen weiten Beurteilungsspielraum¹¹¹. Die Richtigkeit der Tatsachen wird nur auf einen offensichtlichen Irrtum hin überprüft, sofern es sich um komplexe Bewertungen handelt. Wann solch ein Fall einer komplexen Bewertung vorliegt, ist zwar noch nicht abschließend – abstrakt-generell – entschieden, doch ist zu erwarten, dass bei Anwendung von Gemeinschaftsrecht der EuGH diese Rechtsprechung auch auf das Handeln deutscher Behörden anwenden könnte. Das gilt auch für Ermessensentscheidungen, die der EuGH nur insoweit für überprüfbar erachtet, als geklärt wird, ob die Entscheidung auf Grund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien zu anderen als den angegebenen Zwecken getroffen wurde¹¹².

§ 2 [Gerichte]

Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind in den Ländern die Verwaltungsgerichte und je ein Obergericht, im Bund das Bundesverwaltungsgericht mit Sitz in Leipzig.

Übersicht	Rn.
I. Allgemein	1
II. Verbindung mit anderen Gerichten	2

I. Allgemein

1 Die VwGO spricht von der **Verwaltungsgerichtsbarkeit** und unterscheidet diese damit von der Finanz- und der Sozialgerichtsbarkeit als besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeiten. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist dreistufig gegliedert, und zwar mit den VG und OVG als Ländergerichten (vgl. Art. 30, 92 GG) und dem BVerwG mit dem Sitz in Leipzig¹ als Bundesgericht (vgl. Art. 95 Abs. 1 GG). Grundsätzlich sind VG und OVG 1. und 2. Tatsacheninstanz, das BVerwG Re-

109 Eine detaillierte Darstellung findet sich bei Dörr/Lenz, Europäischer Verwaltungsschutz, 2006, S. 116 ff.

110 EuGHE I 1999, 223.

111 EuGHE I 2001, 2823.

112 EuGHE 1987, 990.

1 Zum Zeitpunkt der Verlegung des Sitzes des BVerwG von Berlin u. München (Wehrdienstsenate) nach Leipzig s. VO v. 24.6.2002 (BGBl. I S. 2371).