

bb. Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage mit EU-Recht

a.) Anwendungsvorrang des unmittelbar anwendbaren EU-Rechts

Kommt die Überprüfung einer Vorschrift eines Parlamentsgesetzes in Betracht, haben das streitentscheidende Gericht (und somit der Klausurbearbeiter) neben der Vereinbarkeit der Vorschrift mit höherrangigem nationalen (Verfassungs-)Recht auch deren Vereinbarkeit mit EU-Recht zu untersuchen. Das ergibt sich aus dem grundsätzlichen **Anwendungsvorrang des EU-Rechts** vor dem nationalen Recht¹: Kollidiert eine nationale Vorschrift mit unmittelbar anwendbarem EU-Recht, verliert sie ihre Anwendbarkeit. Handelt es sich bei der dann nicht anwendbaren nationalen Norm um eine Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts, fehlt es diesem somit dementsprechend an einer dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gerecht werdenden Rechtsgrundlage. Der Verwaltungsakt ist schon deshalb rechtswidrig.

659

Beispiel (fiktiv): Fügt der Bundesgesetzgeber in das LMBG eine Vorschrift ein, wonach die Einfuhr bestimmter genetisch veränderter Gemüsesorten untersagt wird, verstößt diese innerstaatliche Vorschrift gegen das Verbot von Einfuhrbeschränkungen (Art. 28 EG), wenn ein Gemüsebauer aus Italien nach italienischem Recht rechtmäßig produziertes Gemüse nicht nach Deutschland einführen darf.

Zu beachten ist aber, dass nur *unmittelbar* anwendbares Recht der Gemeinschaft Anwendungsvorrang genießt. Das hat den Hintergrund, dass nur *dieses* im innerstaatlichen Rechtsraum beachtlich ist und zu einer Kollision führen kann. Unmittelbar anwendbar ist jedenfalls das europäische **Primärrecht** (wie z.B. Art. 28 EG). Umsetzungsbedürftiges Sekundärrecht (Richtlinien) genießt hingegen nur dann Anwendungsvorrang, wenn es infolge unzureichender Umsetzung zur unmittelbaren Anwendung gelangt.

660

So gelangen Richtlinien dann zur unmittelbaren Anwendung, wenn der Staat sie überhaupt nicht, nicht fristgerecht oder fehlerhaft umgesetzt hat (sog. **Direkt- oder Durchgriffswirkung** nicht oder nicht rechtzeitig umgesetzter Richtlinien). Voraussetzung ist aber, dass sie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind.²

661

Liegen die Voraussetzungen für eine Direktwirkung nicht vor, kann es zu keiner Kollision im dargelegten Sinn kommen, da hier unterschiedliche Regelungsgebiete bestehen. Man spricht insoweit von *indirekter Kollision*.

b.) Primäres Gemeinschaftsrecht als Prüfungsmaßstab

Stellt das Gericht eine Kollision der nationalen Rechtsgrundlage mit **primärem Gemeinschaftsrecht** fest (*direkte Kollision*), liegt nach der Rechtsprechung des EuGH³ ein **klarer Fall des Anwendungsvorrangs** vor: Die nationale Rechtsgrundlage wird durch entgegenstehendes Gemeinschaftsrecht in ihrer Anwendung gesperrt.

662

Der EuGH (a.a.O.) verlangt hierbei nicht nur, dass die nationalen Gerichte, sondern auch, dass die nationalen Behörden ein Gesetz, das trotz europarechtskonformer Auslegung nicht mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, schlicht nicht anwenden. Für ein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG besteht demnach kein Bedürfnis. Ein solches kommt lediglich bei *Zweifeln* an der Vereinbarkeit der nationalen Rechtsgrundlage mit EG-Recht in Betracht.

663

¹ Zum Anwendungsvorrang vgl. ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 151 ff.

² Zur näheren Erläuterung vgl. *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 181 ff.

³ Vgl. EuGH NJW **1999**, 2355 (Begrenzung von Bootsanlegeplätzen für EU-Ausländer). Vgl. auch *Beljijn*, JuS **2002**, 987 ff.; *Haus/Cole*, JuS **2002**, 1181 ff.

Daher war auch im obigen **Beispiel** von Rn 644 die in das LMBG eingeführte Norm (Rechtsgrundlage für den Erlass des Einfuhrverbots) am Maßstab des Art. 28 EG zu prüfen. Art. 28 EG ist unmittelbar anwendbar und somit von jedem Gericht (und dem Klausurbearbeiter) zu beachten. Kommen das Gericht (und somit der Klausurbearbeiter) zu dem Ergebnis, dass eine Kollision mit Art. 28 EG vorliege, darf die fragliche Norm des LMBG nicht angewendet werden. Dem Einfuhrverbot fehlt es in diesem Fall an einer anwendbaren Rechtsgrundlage. Eine Klage wäre begründet.

664 Denkbar ist es auch, dass die als Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts in Betracht kommende gesetzliche Bestimmung sowohl gegen nationales Verfassungsrecht als auch gegen EU-Recht verstößt (**kumulativer Rechtsverstoß**).

Beispiel: Der Bundesgesetzgeber ordnet in § 9 des Vorläufigen Biergesetzes an, dass zur Herstellung von untergäurigem Bier grds. nur Gerstenmalz, Hopfen, Hefe und Wasser verwendet werden dürfen (sog. Reinheitsgebot). Verwendet die Brauerei andere Zutaten, darf sie das Getränk nicht mit der Bezeichnung „Bier“ in den Verkehr bringen. Dieser Regelung steht freilich das europarechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) entgegen. In Bezug auf das Verbot von Einfuhrbeschränkungen (Art. 28 EG) hatte seinerzeit der EuGH entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland das Inverkehrbringen von in anderen Mitgliedstaaten der EU rechtmäßig hergestelltem Bier auch dann zulassen müsse, wenn es nicht dem deutschen Reinheitsgebot entspreche.⁴ Daraufhin fügte der Bundesgesetzgeber entsprechende Ausnahmestimmungen für importiertes Bier ein. Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist aber, ob auch eine deutsche Brauerei Bier in den (deutschen) Verkehr bringen darf, das nicht dem deutschen Reinheitsgebot entspricht, etwa weil es sich um Schwarzbier handelt, das zusätzlich Invertzuckersirup zur Schwarzfärbung zugesetzt bekommen hat. Die oben genannten Ausnahmestimmungen greifen nicht, da es sich nicht um Importbier handelt. Somit wäre es allenfalls möglich, das Bier nicht als Bier, sondern als „bierähnliches“ oder „sonstiges alkoholisches“ Erfrischungsgetränk zu vertreiben. Möchte aber die deutsche Brauerei die Zulassung des Getränks als Bier und versagt ihr die Behörde die entsprechende Erlaubnis, bleibt ihr nur der Klageweg, mit dem Ziel, die gewünschte Genehmigung zu erhalten. Statthaft ist die Verpflichtungsklage, gerichtet auf den Erlass der gewünschten Genehmigung. Das Gericht prüft dann im Rahmen der Begründetheit, ob die Ablehnung der Behörde rechtswidrig war. Das ist der Fall, wenn sie gegen eine von ihr zu beachtende Vorschrift des Biergesetzes verstoßen hat oder wenn die streitentscheidende Norm ihrerseits gegen höherrangiges Recht verstößt. Vorliegend hat sich die Behörde in ihrer Ablehnungsentscheidung auf § 9 VorlBierG gestützt. Diese Vorschrift sieht enge Ausnahmen vom Reinheitsgebot vor, bspw. wenn es sich um „Bierspezialitäten“ handelt. Bei der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung, die im Übrigen im Ermessen der Behörde steht, hat die Behörde wiederum sowohl die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als auch die Grundrechte des GG zu beachten, die insofern ermessensreduzierend wirken können. Vorliegend könnte die Behörde Art. 12 EG, Art. 12 I S. 1 GG und Art. 3 I GG missachtet haben. Zu Recht nimmt das BVerwG einen solchen Verstoß an. Es sprächen keine übergeordneten Gründe für die Erteilung der Zulassung nur für den Fall, dass das Reinheitsgebot eingehalten werde. Damit werde die Klägerin in ihrer Berufsausübung unverhältnismäßig eingeschränkt. Schließlich verstoße die Ablehnungsentscheidung gegen Art. 12 EG, Art. 3 I GG, weil es Brauereien aus anderen Mitgliedstaaten der EU aufgrund der Regelung des Art. 28 EG erlaubt sei, Bier, das nicht dem deutschen Reinheitsgebot entspreche, als Bier zu kennzeichnen und in Deutschland zu vertreiben.⁵

⁴ EuGH NJW **1987**, 1133 ff.

⁵ Vgl. BVerwG NJW **2005**, 1736 ff.

c.) Sekundäres Gemeinschaftsrecht als Prüfungsmaßstab

Steht der nationalen Rechtsgrundlage unmittelbar anwendbares **sekundäres** Gemeinschaftsrecht (Verordnung, nicht oder unzureichend umgesetzte Richtlinie, Entscheidung gem. Art. 249 EG) entgegen, muss zunächst dessen Vereinbarkeit mit **primärem Gemeinschaftsrecht** geprüft werden. Als Prüfungsmaßstab kommen dabei insbesondere die Grundfreiheiten und die auf Gemeinschaftsebene gewährleisteten Grundrechte in Betracht. Zu beachten ist aber, dass wenn das prüfende Gericht (und somit der Klausurbearbeiter) zu dem Ergebnis kommt, dass das streitentscheidende Sekundärrecht mit dem Primärrecht kollidiert, es dieses Sekundärrecht nicht verwerfen darf, sondern es dem EuGH gem. Art. 234 EG zur Entscheidung vorlegen muss.⁶ Die Entscheidung des EuGH ist bindend für das vorlegende Gericht und alle anderen Gerichte, die mit der betreffenden Norm zu tun haben werden.

665

Kommt das prüfende Gericht zu dem Ergebnis, dass die unmittelbar anwendbare streitentscheidende Norm des Sekundärrechts mit dem **nationalen einfachen Recht** kollidiert, steht ihm hierfür nicht der Weg zum EuGH offen, da der dem EuGH zur Verfügung stehende Prüfungsmaßstab nur das EU-Recht sein kann. In diesem Fall genießt das Sekundärrecht **Anwendungsvorrang** gegenüber dem entgegenstehenden nationalen Recht (s.o.).

666

d.) Kollision des Gemeinschaftsrechts mit nationalem Verfassungsrecht

Gewährt das EU-Recht dem Bürger mehr als das nationale (Verfassungs-)Recht, wird die Frage relevant, ob der Anwendungsvorrang des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts auch gegenüber nationalem **Verfassungsrecht** gilt.

667

Der EuGH geht seit der *Costa/Enel*-Entscheidung⁷ von dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor jeglichem nationalem Recht (also auch vor nationalem Verfassungsrecht) aus und beansprucht gleichzeitig für sich eine ausschließliche Prüfungskompetenz.⁸ Auch das BVerfG erkennt den diesbezüglichen Anwendungsvorrang des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Grundsatz an, begründet ihn aber nicht mit den Gründungsverträgen, sondern zum einen mit dem Anwendungsbefehl, der aus den Zustimmungsgesetzen zu den Gemeinschaftsverträgen folgt (vgl. Art. 59 II GG), und zum anderen mit der Integrationsermächtigung des Art. 24 I GG bzw. des Art. 23 I GG i.d.F. von 1992.⁹

668

Bei der Frage, welches **Gericht** für die Überwachung von auf Rechtsakten der EG ergangenen nationalen Akten **zuständig** ist, differenziert das BVerfG. In der Kammerentscheidung betreffend die Vorlagepflicht eines nationalen Gerichts zum EuGH (Art. 234 EG), bei der das Gericht im Wesentlichen auf die Bananenmarkt-Entscheidung¹⁰, die Maastricht-Entscheidung¹¹ und die Solange-II-Entscheidung¹²

669

⁶ Entgegen dem Wortlaut des Art. 234 EG besteht für *alle* Gerichte, somit auch für das Verwaltungsgericht, eine Vorlagepflicht. Nur so kann der effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts und der Rechtssicherheit Rechnung getragen werden, vgl. EuGH Slg. **1987**, 4199, 4230 f. (*Foto-Frost*). Eine Vorlagepflicht besteht nur dann nicht, wenn die betreffende Norm bereits vom EuGH ausgelegt wurde.

⁷ EuGH Slg. **1964**, 1251; Slg. **1970**, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft).

⁸ Vgl. zu dieser Rechtsprechung *Odendahl*, JA **2000**, 219, 220 und *Zuleeg*, NJW **2000**, 2846, 2847 f.

⁹ BVerfGE **89**, 155 ff. (Maastricht) bestätigt in BVerfGE **102**, 147, 161 ff. (Verfassungskonformität der Bananenmarktordnung); vgl. dazu auch Vgl. auch *Beljin*, JuS **2002**, 987 ff.; *Haus/Cole*, JuS **2002**, 1181 ff.; *Lecheler*, JuS **2001**, 120 ff.; *Odendahl*, JA **2001**, 283, 284; sowie BVerfG NJW **2001**, 1267; NJW **2001**, 2323; *Kirchhof*, NJW **2001**, 1332 ff.; *Kube*, JuS **2001**, 858 ff.

¹⁰ BVerfGE **102**, 147 ff.

¹¹ BVerfGE **89**, 155 ff.

¹² BVerfGE **73**, 339 ff.

Bezug nimmt, betont es noch einmal, dass es das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes prüfe, solange die Grundrechte auf Gemeinschaftsebene gewahrt seien.¹³ In prozessualer Hinsicht spricht das BVerfG von einem „**Kooperationsverhältnis**“ zwischen dem BVerfG und dem EuGH. Es erklärt grundsätzlich den EuGH für befugt, auch über die Rechtmäßigkeit von Akten der deutschen öffentlichen Gewalt zu entscheiden, die aufgrund von sekundärem Gemeinschaftsrecht ergehen. Lediglich wenn Organe der EU die ihnen eingeräumten Handlungsbefugnisse überschritten (**Kompetenzüberschreitung**)¹⁴, seien daraus hervorgegangene Rechtsakte (insbesondere EG-Richtlinien) für deutsche Stellen nicht verbindlich. Für solche Rechtsakte könne dann kein Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber nationalem (Verfassungs-)Recht bestehen, sodass Prüfungsmaßstab der fraglichen nationalen Norm, die aufgrund von sekundärem Gemeinschaftsrecht ergehe, wieder das Grundgesetz sei. In diesem Fall entscheide dann wieder das BVerfG. Gleiches gelte, wenn **fundamentale Grundrechtsprinzipien** (evidente und generelle Missachtung der Grundrechte des Grundgesetzes durch die Gemeinschaft) betroffen seien.¹⁵

670 Eine gegensätzliche Auffassung vertritt *Arndt*¹⁶, der offensichtlich davon ausgeht, dass Gemeinschaftsrecht deutschem Verfassungsrecht grundsätzlich nicht vorgehen könne. Normen des Verfassungsrechts stünden generell nicht zur Disposition einer durch einen völkerrechtlichen Vertrag ins Leben gerufenen und mit Befugnissen ausgestatteten Organisationen bzw. ihrer Organe. Ohne eine spezifische Entscheidung des verfassungsändernden deutschen Gesetzgebers komme ein Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor einer Verfassungsnorm jedenfalls nicht in Betracht. Diese Auffassung ist nicht haltbar. Unabhängig davon, dass das Zustimmungsgesetz zum Amsterdamer Vertrag mit verfassungsändernder Mehrheit verabschiedet wurde, berücksichtigt die Auffassung von *Arndt* nicht in ausreichendem Maße die Integrationsoffenheit des Grundgesetzes.¹⁷ Art. 23 und 24 GG ermöglichen die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale und supranationale Organisationen. Dies bedeutet zwangsläufig, dass Einwirkungen auf das deutsche Verfassungsrecht in Kauf genommen werden müssen.¹⁸ Eine Grenze besteht lediglich in der Verfassungsbestimmung des Art. 79 III GG („Ewigkeitsgarantie“).

671 Da das BVerfG also nur dann tätig wird und (sekundäres) Gemeinschaftsrecht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes prüft, wenn es eine Kompetenzüberschreitung des handelnden Gemeinschaftsorgans feststellt bzw. nach seiner Auffassung Gemeinschaftsrechtsakte einschließlich der Rechtsprechung des EuGH unter den erforderlichen Grundrechtsstandard gesunken sind, werden Verfassungsbeschwerden bzw. Richtervorlagen kaum zulässig sein. Das wird in den beiden Entscheidungen betreffend die **Bananenmarktordnung** und die **Vorlagepflicht** gem. Art. 234 EG besonders deutlich. Vgl. dazu *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 165 ff.

¹³ BVerfG NJW **2001**, 1267, 1267 f.

¹⁴ Zum Prinzip der begrenzten Handlungsermächtigung vgl. *Köster/Schröder*, NJW **2001**, 273, *Ost*, NVwZ **2001**, 399, 400 sowie *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 165 ff. Vgl. auch *Beljin*, JuS **2002**, 987 ff.; *Haus/Cole*, JuS **2002**, 1181 ff.; *Nickel*, JZ **2001**, 625 ff.

¹⁵ BVerfGE **89**, 155, 188, bestätigt in BVerfGE **102**, 147, 161 ff. (Vereinbarkeit der Bananenmarktordnung mit dem Grundgesetz) mit Bespr. von *Lecheler*, JuS **2001**, 120 ff. und *Odendahl*, JA **2001**, 283, 284. Vgl. auch BVerfG NJW **2001**, 1267 und NJW **2001**, 2323; *Heselhaus/Schmidt-De Caluwe*, NJW **2001**, 263, 267; *Köster/Schröder*, NJW **2001**, 273, 274; *Ost*, NVwZ **2001**, 399, 400 f.; *Nickel*, JZ **2001**, 625 ff.; *Kube*, JuS **2001**, 858 ff.; *Derpa*, JA **2002**, 571 ff.

¹⁶ *C. Arndt*, NJW **2000**, 1461.

¹⁷ Vgl. *Tomuchat*, HdbStR, VII, **1992**, S. 483 ff.; *Sieberichs*, NJW **2000**, 2565.

¹⁸ *Köster/Schröder*, NJW **2001**, 273, 274. Im Ergebnis auch *Odendahl*, JA **2001**, 283, 284.

Zusammenfassung: Das **gesamte Europäische Gemeinschaftsrecht** genießt im Kollisionsfall grundsätzlich **Anwendungsvorrang vor dem Grundgesetz**, auch vor den Grundrechten. Das folgt aus europäischer Sicht aus den Gründungsverträgen, aus nationaler Sicht zum einen aus dem Anwendungsbefehl, der aus den Zustimmungsgesetzen zu den Gemeinschaftsverträgen folgt (vgl. Art. 59 II GG), und zum anderen aus der Integrationsermächtigung des Art. 24 I GG bzw. des Art. 23 I GG i.d.F. von 1992.

Prozessual hat das BVerfG ein **Kooperationsmodell** entwickelt. Es wird nur dann tätig und prüft (sekundäres) Gemeinschaftsrecht am Maßstab des Grundgesetzes (insb. der Grundrechte), wenn es eine Kompetenzüberschreitung seitens des handelnden Gemeinschaftsorgans bzw. eine evidente und generelle Missachtung des deutschen Grundrechtsstandards feststellt. Verfassungsbeschwerden bzw. Richtervorlagen werden von daher kaum zulässig sein. Damit will es vermeiden, zu materiellen Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts Stellung beziehen zu müssen, um nicht u.U. die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 GG im Ganzen in Frage zu stellen. Die Grenze bildet lediglich die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG.

Etwas anderes gilt im Hinblick auf die Überprüfung der fachgerichtlichen Vorlagepflicht nach Art. 234 EG. Hier ist das BVerfG gewillt, die fachgerichtliche Verpflichtung zur Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH streng zu überwachen.

Für die Fallbearbeitung ergeben sich daher folgende Konstellationen:

- (1) Greift ein Bürger einen von einer deutschen Behörde erlassenen Verwaltungsakt an und kollidiert dessen **nationale Rechtsgrundlage** (trotz europarechtskonformer Auslegung) mit unmittelbar anwendbarem Europäischem Gemeinschaftsrecht, führt das nicht zur Rechtswidrigkeit der Rechtsgrundlage, sondern zu deren Unanwendbarkeit. Aber auch die Unanwendbarkeit hat zur Folge, dass keine Rechtsgrundlage im Sinne des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes besteht, sodass die Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt schon deshalb begründet ist (§ 113 I S. 1 VwGO).
- (2) Verstößt der nationale **Verwaltungsakt** selbst gegen unmittelbar anwendbares EU-Recht, treten die gleichen Folgen ein wie bei einem Verstoß gegen nationales höherrangiges Recht: Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig und wird bei Erhebung einer Anfechtungsklage seitens des Betroffenen vom angerufenen Verwaltungsgericht aufgehoben (§ 113 I S. 1 VwGO).
- (3) Fühlt sich ein Bundesbürger durch einen **Akt eines Gemeinschaftsorgans** in seinen Grundrechten verletzt, muss man zunächst klarstellen, dass Prüfungsmaßstab allein die Gemeinschaftsgrundrechte sind, denn die Gemeinschaftsorgane sind beim Erlass von Rechtsakten nicht an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden. In einem zweiten Schritt ist dann die Vereinbarkeit des fraglichen Rechtsakts mit den Gemeinschaftsgrundrechten zu prüfen. Hier kann man sich des bekannten Schemas (Schutzbereich, Eingriff in den Schutzbereich, verfassungsrechtliche/gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung) bedienen. In prozessualer Hinsicht ist die Nichtigkeitsklage vor dem EuG/EuGH statthaft, vgl. Art. 225 und 234 IV EG.¹⁹ Das BVerfG würde sich in diesem Fall nur dann für zuständig erklären (freilich mit dem Grundgesetz als Prüfungsmaßstab), wenn es eine Kompetenzüberschreitung durch das betreffende Gemeinschaftsorgan bzw. eine evidente und generelle Missachtung des erforderlichen Grundrechtsstandards feststellte.
- (4) Sieht sich der Kläger durch einen Rechtsakt deutscher Behörden **in Anwendung von Gemeinschaftsrecht** in seinen Grundrechten des Grundgesetzes

¹⁹ Zur neuen Struktur der Gerichtsbarkeit der Union nach Ratifizierung des Vertrags von Nizza vgl. *Wiedmann*, JuS **2001**, 846, 849 f.; *Riedel*, JA **2001**, 821, 822; *Trautwein*, JA **2004**, 25 ff.; *Tramon/Tüllmann*, NVwZ **2004**, 43 ff. Speziell zur Nichtigkeitsklage vgl. *Hamer*, JA **2004**, 728 ff.

(etwa durch die bereits genannte Einfuhrbeschränkung von Dollarbananen oder durch die Versagung der Zulassung zur Praktischen Ärztin) verletzt, muss er vor dem zuständigen deutschen Verwaltungsgericht klagen. Da das deutsche Verwaltungsgericht zwar deutsches untergesetzliches Regelwerk (bestimmte Rechtsverordnungen und Satzungen), nicht aber Europäisches Gemeinschaftsrecht für nicht anwendbar erklären kann (hierzu ist nur der EuGH befugt), kann bzw. muss es das Verfahren aussetzen und die fragliche Europarechtsnorm dem EuGH bzw. EuG vorlegen, sog. **Vorabentscheidung** (vgl. Art. 225 III, 234 EG).²⁰ Stellen der EuGH bzw. EuG die Unanwendbarkeit der fraglichen Europarechtsnorm fest, ist der Sache damit abgeholfen. Verneinen der EuGH bzw. EuG hingegen ein Überschreiten der Kompetenzen der Gemeinschaftsorgane bzw. ein Unterschreiten des gebotenen Grundrechtsschutzes und ist das vorlegende Fachgericht weiterhin von der Unvereinbarkeit der Europarechtsnorm mit dem Grundgesetz überzeugt, kann nach der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG eine Vorlage gem. Art. 100 I GG (analog)²¹ zulässig sein. Sofern das BVerfG die Vorlage für zulässig erachtet, würde es dann über die Vereinbarkeit der in Frage stehenden Europarechtsnorm mit dem Grundgesetz entscheiden, wenn es prüfte, ob die Gemeinschaftsorgane den unverzichtbaren Grundrechtsstandard unter- bzw. ihre ihnen zugewiesenen Aufgaben überschritten haben. Es müsste dann über die Unanwendbarkeit der fraglichen Europarechtsnorm – ohne erneute Vorlage zum EuGH – im Geltungsbereich des Grundgesetzes entscheiden. Allerdings ist zu beachten, dass das BVerfG eine Vorlage (gem. Art. 100 I oder 93 I Nr. 4a GG) von sekundärem Gemeinschaftsrecht nur dann für zulässig erachtet, wenn ihre Begründung im Einzelnen darlegt, dass eine Kompetenzüberschreitung oder eine evidente und generelle Missachtung der Grundrechte durch die Gemeinschaft vorliege. Der Begründung des Vorlagebeschlusses hinsichtlich der Bananenmarktordnung war dies nach Auffassung des BVerfG nicht zu entnehmen.

- (5) Unterlassen das Fachgericht (i.d.R. das VG) oder das BVerfG die gebotene Vorlage zum EuGH, kann der Kläger **Verfassungsbeschwerde** vor dem BVerfG gegen den Beschluss des betreffenden Gerichts erheben mit der Rüge, ihm sei der **gesetzliche Richter entzogen** worden (vgl. Art. 101 I S. 2 GG). Der EuGH ist gesetzlicher Richter i.S. dieser Vorschrift.²² Das BVerfG müsste dann seinerseits die fragliche Europarechtsnorm gem. Art. 234 EG dem EuGH vorlegen. Gelangte der EuGH zu dem Ergebnis, dass die fragliche Europarechtsnorm gültig sei, müsste das BVerfG selbst in der Sache über die Anwendbarkeit der Europarechtsnorm entscheiden, wenn es der Auffassung wäre, dass der fragliche EG-Akt einschließlich der Rspr. des EuGH unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei. Eine Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrechtsakte ist nach Auffassung des BVerfG allerdings nur dann zulässig, wenn das Niveau des allgemeinen, nicht nach Einzelgrundrechten differenziierten Grundrechtsstandards unterschritten wird.²³ Versagt ist bundesverfassungsgerichtlicher Schutz demnach nicht nur bei „Ausrutschern“ innerhalb eines Grundrechtsbereichs, sondern auch dann, wenn (nur) einzelne Grundrechte strukturell in Gefahr geraten.
- (6) Ist Klausurgegenstand die Frage nach der Anwendbarkeit bzw. Gültigkeit eines **unmittelbar anwendbaren** Akts des Gemeinschaftsrechts (i.d.R. eine Verordnung oder eine Entscheidung), kommt für den Unionsbürger die **Direktklage** vor dem EuG bzw. dem EuGH in Betracht. Gelangt das angerufene Ge-

²⁰ Vgl. dazu EuGH NJW **2003**, 1379 (Alexander Dory); BVerfG NJW **2001**, 1267 f.; VG Stuttgart NVwZ **2002**, 1274 ff. Zum Vorabentscheidungsverfahren vgl. auch *Pache/Knauff*, NVwZ **2004**, 16 ff.

²¹ Zum Streit, ob Art. 100 I GG direkt oder analog in Betracht kommt, vgl. *Lecheler*, JuS **2001**, 120, 122.

²² Vgl. dazu BVerfG NJW **2001**, 1267, 1268; *Kube*, JuS **2001**, 858, 860.

²³ BVerfG NJW **2001**, 1267, 1268; *Kube*, JuS **2001**, 858, 859 f.

richt zu der Entscheidung, dass die fragliche Norm des Gemeinschaftsrechts gültig ist und verletzt die Entscheidung das gebotene Mindestmaß an Grundrechtsschutz, kommt gegen die Entscheidung eine (Urteils-)Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG in Betracht, das dann über die Frage der Anwendbarkeit der fraglichen Norm des Gemeinschaftsrechts entscheiden müsste.²⁴

Ein Akt eines Organs der Europäischen Gemeinschaft(en) kann aber auch nichtig sein. In einem solchen Fall entfaltet er selbstverständlich keinen Vorrang vor kollidierendem Verfassungsrecht der EG-Mitgliedstaaten. So hat der EuGH vor einiger Zeit die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 98/32/EG zum **Verbot der Tabakwerbung** wegen Unzuständigkeit der Gemeinschaft für nichtig erklärt.²⁵

674

Die besagte Richtlinie verbot jedwede Werbung für Tabakerzeugnisse. Die Bundesrepublik Deutschland erhob dagegen Nichtigkeitsklage vor dem EuGH (vgl. Art. 230 II EG). Sie war der Auffassung, bei der Richtlinie gehe es in Wahrheit nicht um eine Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten, sondern um Gesundheitsschutz und damit um eine Materie, in der die Gemeinschaft nicht verbindlich handeln könne. Der EuGH gab der Klage statt.

675

Hinweis für die Fallbearbeitung: Es ist nicht unüblich, dass in einer Klausur nach den Erfolgsaussichten einer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH gefragt wird. Hierzu bedient man sich des allgemein üblichen Aufbaus eines Rechtsbehelfs: Zunächst sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen und dann die Begründetheit des Rechtsbehelfs zu prüfen.

676

I. Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage

1. Zuständigkeit des EuG/EuGH nach Art. 225, 230 EG (vgl. auch Rn 673)
2. Bestimmung des Streitgegenstands (Verordnung, Richtlinie oder Entscheidung nach Art. 249 EG)
3. Partei- und Prozessfähigkeit des Klägers
4. Klagebefugnis: Klagen das Europäische Parlament, der Rat, die Kommission oder ein Mitgliedstaat (Art. 230 II EG), müssen diese keine Verletzung eigener Rechte oder Befugnisse geltend machen. Klagt hingegen eine natürliche/juristische Person (Art. 230 IV EG), ist die Zulässigkeit von der Geltendmachung eines subjektiven Rechts abhängig.²⁶
5. Einhaltung der Frist des Art. 230 V EG: 2 Monate

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn der angegriffene Akt rechtswidrig ist.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Verbandskompetenz (die **Zuständigkeit** der Gemeinschaft) ergibt sich gem. den völkerrechtlichen Verträgen (dem Primärrecht) aus der begrenzten Einzelermächtigung: Die Gemeinschaft ist nur dann für den Erlass eines Rechtsakts zuständig, wenn sie dazu enumerativ ermächtigt ist (vgl. Art. 5 I EG). Darüber hinaus muss die Organkompetenz gewahrt sein: Der Akt ist nur dann rechtmäßig, wenn das erlassene Organ (Parlament, Rat oder Kommission) nach den Bestimmungen der Art. 189 ff. EG zuständig war. Darüber hinaus müssen organinterne und organexterne **Form- und Verfahrensvorschriften** eingehalten worden sein (vgl. etwa Art. 205 EG und Art. 250-252 EG).

2. Materielle Rechtmäßigkeit

²⁴ Hamer, JA **2003**, 666 ff.

²⁵ EuGH NJW **2000**, 3701 f. mit Anm. von Stein, EWS **2001**, 12 ff.

²⁶ Vgl. zur Nichtigkeitsklage nach der Änderung des EGV durch den Vertrag von Nizza Hamer, JA **2003**, 666 ff.; **2004**, 728 ff.

Der angegriffene Akt ist rechtswidrig, wenn er im Widerspruch zum vorrangigen primären Gemeinschaftsrecht steht, insbesondere zu den

- ⇒ im EG geregelten Grundfreiheiten,
- ⇒ Grundrechten der Gemeinschaften
- ⇒ und den rechtsstaatlichen Mindestgrundsätzen, die auch in den Mitgliedstaaten verbindlich gelten.

Gelangt der EuGH zu dem Ergebnis, dass der angegriffene Gemeinschaftsakt rechtswidrig sei, erklärt er diesen für nichtig. Bei Teilnichtigkeit kommt eine Teilnichtigkeitserklärung in Betracht.

- 677 Im vorliegenden Fall nahm der EuGH an, dass die Richtlinie zum Verbot der Tabakwerbung nicht nur die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes (wofür der Gemeinschaft die Zuständigkeit etwa nach Art. 23 ff., 47 II und 55 EG zusteht) sicherstellen wollte, sondern zugleich auch dem **Gesundheitsschutz** diene. Aber auch dazu bestehen Kompetenzen der Gemeinschaft (Art. 152 EG), allerdings insoweit eingeschränkt, als die danach zulässigen Handlungen unter „Ausschluss jeglicher Harmonisierung“ der Vorschriften der Mitgliedstaaten ergehen müssen (Art. 152 IV 1c EG). Es fehlt also eine (begrenzte) Einzelermächtigung, den Gesundheitsschutz **verbindlich** zu regeln. Die Richtlinie ist nichtig. Vgl. dazu ausführlich den Abschlussfall bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 195.

e.) EU-Recht als Maßstab bei der Auslegung von nationalem Recht

- 678 Das Gemeinschaftsrecht ist auch maßgeblich bei der Auslegung einer solchen nationalen Norm heranzuziehen, die im Zuge einer **umzusetzenden Richtlinie** erlassen wurde (sog. richtlinienkonforme Auslegung).

Beispiel: K ist Hersteller von Wurstwaren, unter anderem auch einer „Diätwurst“, bei der eine Fettreduzierung und ein Austausch tierischer Fette gegen pflanzliche Fette vorgenommen wird. Die zuständige Behörde ist der Ansicht, dieses Produkt sei nur als Diäterzeugnis verkehrsfähig, nicht aber als Wurst, da ansonsten eine Irreführung der Verbraucher i.S.d. § 17 I Nr. 5 S. 1 und S. 2 lit. b LMBG vorläge. Sie untersagt daraufhin den weiteren Vertrieb. Fraglich ist die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung. Dem § 17 LMBG liegt die (nach der Rechtsprechung des EuGH rechtmäßige) Etikettierungsrichtlinie 79/112/EWG zugrunde, die gem. Art. 249 III EG in nationales Recht umzusetzen war und mit § 17 LMBG umgesetzt wurde. Nach dieser Richtlinie dürfen Produkte der o.g. Art als Diätwurst deklariert werden. Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Irreführung“ ist daher das Gemeinschaftsrecht heranzuziehen. Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 17 LMBG ist eine Irreführung der Verbraucher durch die Bezeichnung „Wurst“ daher zu verneinen. Die Untersagungsverfügung ist mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar und somit rechtswidrig. Eine Klage des K wäre begründet.

cc. Vereinbarkeit des Gesetzes mit nationalem Verfassungsrecht

a.) Vereinbarkeit des Gesetzes mit der Verfassung, insbesondere mit den Grundrechten

- 679 Die Rechtsgrundlage muss mit der Verfassung, insbesondere mit denjenigen Grundrechten vereinbar sein, die dem Rechtsschutzsuchenden zur Seite stehen (Grundrechtsschranke). An dieser Stelle der Klausur hat also unter Umständen eine umfassende Grundrechtsprüfung zu erfolgen. Zu beachten ist aber, dass in einer verwaltungsrechtlichen Klausur die Verfassungsmäßigkeit eines Parlamentsgesetzes i.d.R. zu unterstellen ist. Nur in begründeten Ausnahmefällen ist eine entsprechende Prüfung angezeigt.

So kann die Verfassungsmäßigkeit des **§ 15 I VersG**²⁷ nicht ohne weiteres unterstellt werden: Bei einem Versammlungsverbot wird wegen des Eingriffs in Art. 8 I GG die Versammlungsfreiheit beeinträchtigt. Art. 8 II GG stellt die Versammlungsfreiheit unter einen (einfachen) Gesetzesvorbehalt. § 15 I VersG könnte zwar Ausdruck dieser Grundrechtsschranke sein, dies jedoch nur, wenn er seinerseits mit der Verfassung in Einklang steht. Zu prüfen ist daher die formelle und materielle Rechtmäßigkeit dieser Vorschrift (Grundrechtsschranke). An der formellen Rechtmäßigkeit des VersG bestehen keine Zweifel. Insbesondere ist von der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers (vgl. Art. 72 i.V.m. 74 I Nr. 3 GG) und dem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren (vgl. Art. 76 ff. GG) auszugehen. Fraglich ist aber die materielle Rechtmäßigkeit. § 15 I VersG müsste einen legitimen Zweck aufweisen, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Ziel und Zweck dieser Vorschrift ist das Verbot von Versammlungen, um die öffentliche Sicherheit zu schützen. I.d.R. ist ein Versammlungsverbot auch geeignet und erforderlich. Allerdings ist die Angemessenheit fraglich, da Auflösungen oder Verbote von Versammlungen nicht generell bei jeder Gefährdung von Rechtsnormen oder Schutzgütern der öffentlichen Ordnung zulässig sein können. Im Wege der verfassungskonformen Auslegung, z.B. dahingehend, dass als Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nur solche Werte in Betracht kommen, die im Einzelfall gegenüber dem Freiheitsrecht aus Art. 8 I GG Vorrang genießen, ist die Angemessenheit ohne weiteres zu bejahen. Derartige überragende Schutzgüter sind etwa Leib und Leben.²⁸ Allerdings sieht sich die Rechtsprechung teilweise auch bei (bloßen) Verstößen gegen die rechtsstaatliche Friedensordnung nicht gehalten, die Verfassungsmäßigkeit des § 15 VersG in Frage zu stellen.²⁹

Sollte die Prüfung eines als Rechtsgrundlage für den Erlass des fraglichen Verwaltungsakts fungierenden Parlamentsgesetzes ausnahmsweise einmal erforderlich sein, empfiehlt sich folgender Aufbau:

Prüfung eines formell-materiellen Gesetzes am Maßstab des Grundgesetzes

I. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit des Gesetzgebers

Die Gesetzgebungszuständigkeit ergibt sich aus den Art. 30, 70 ff., 105 ff. GG (ausführlich *R. Schmidt*; Staatsorganisationsrecht, Rn 791 ff.).

2. Ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetzgebungsverfahren richtet sich bei Bundesgesetzen nach den Art. 76 ff. GG (ausführlich *R. Schmidt*; Staatsorganisationsrecht, Rn 852 ff.).

3. Zitiergebot, Art. 19 I S. 2 GG

Das Zitiergebot soll den Gesetzgeber darauf aufmerksam machen, dass er die Möglichkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung geschaffen hat (Warn- und Besinnungsfunktion). Darüber hinaus hat es eine Klarstellungsfunktion, die den Gesetzesanwender wissen lassen soll, in welche Grundrechte das Gesetz eingreifen ermächtigt. Das Zitiergebot gilt allerdings nur für Gesetze, die aufgrund eines grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts ergehen sollen. Bei Grundrechten mit Ausgestaltungsvorbehalten (z.B. Art. 6 I, 14 I GG) und Regelungsvorbehalten (Art. 4 III S. 1 GG) sowie für vorkonstitutionelle Gesetze gilt es nicht (ausführlich *R. Schmidt*; Staatsorganisationsrecht, Rn 186).

II. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Besondere (grundrechtsspezifische) Anforderungen

Insbesondere sind die Anforderungen bei sog. *qualifizierten* Gesetzesvorbehalten zu be-

²⁷ Zur **Föderalismusreform** 2006 vgl. Fußnoten 20 und 29.

²⁸ Vgl. BVerfG NJW **2000**, 3051, 3053; OVG Greifswald LKV **1999**, 232, 233.

²⁹ Vgl. BVerfG NJW **2000**, 3051, NJW **2001**, 2069; NJW **2001**, 2072; NJW **2001**, 2075; NJW **2001**, 2076; NJW **2001**, 2078; VGH Mannheim NVwZ **2000**, 1201; OVG Münster NJW **2001**, 2111 u. 2114.

achten. (Beispiele: Art. 2 II S. 3 i.V.m. 104 II GG ⇒ Richtervorbehalt; Art. 10 II S. 2; 11 II GG ⇒ Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung; Art. 14 III GG ⇒ Wohl der Allgemeinheit; Art. 5 II GG ⇒ allgemeine Gesetze; Art. 16 II S. 2 GG ⇒ Auslieferung nur an einen EG-Staat oder an einen internationalen Gerichtshof, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind). Beispiele für den *einfachen* Gesetzesvorbehalt sind: Art. 2 I GG ⇒ verfassungsmäßige Ordnung; Art. 8 II GG ⇒ nur für Versammlungen unter freiem Himmel; Art. 12 I S. 2, 14 I GG ⇒ durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes. Enthält das betroffene Grundrecht einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, muss das einschränkende Gesetz an bestimmte Situationen anknüpfen, bestimmten Zwecken dienen oder bestimmte Mittel benutzen. Beispiel: So genügt § 45 I BundesPolG nach seinem Wortlaut den qualifizierten Anforderungen des Art. 13 VII, 2. HS. GG.

2. Allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen

a. Verbot des Einzelfallgesetzes, Art. 19 I S. 1 GG

Mit der Regelung soll dem Gewaltenteilungsprinzip Rechnung getragen werden: Dem Gesetzgeber soll untersagt werden, mit konkret und individuell bezogenen Rechtsakten in den Funktionsbereich der Verwaltung einzugreifen. Nach der Auffassung des BVerfG ist ein Einzelfallgesetz allerdings nicht von vornherein unzulässig. Nicht grundrechtseinschränkende Gesetze (= Gesetze unter Ausgestaltungs- bzw. Regelungsvorbehalt wie Art. 6 I, 7 IV, 12 I, 14 I bzw. Art. 4 III S. 2, 12 a II S. 2, 38 GG) sowie Gesetze, die lediglich grundrechtsimmanente Schranken aufweisen, sind daher *nicht* am Maßstab des Art. 19 I S. 1 GG zu messen. Ebenso stehen Maßnahmegesetze, d.h. Regelungen, die an konkrete, situationsgebundene Sachverhalte anknüpfen, z.B. ein Wahlgesetz für eine bestimmte Bundestagswahl, in keinem Zusammenhang mit dem Einzelfallverbot (ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 195 ff.).

b. Verhältnismäßigkeit

Kernstück der Grundrechtsprüfung ist die **Verhältnismäßigkeit**. Das Gesetz muss einen legitimen Zweck verfolgen, *allgemein* geeignet, erforderlich und angemessen sein (ausführlich Rn 713 ff.).

c. Kein Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 II GG) und den Bestimmtheitsgrundsatz (ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 203/191).

b.) Beachtung des Art. 80 I S. 2 GG beim Erlass von Rechtsverordnungen

682

Rechtsverordnungen sind (nur-materielle) Rechtsnormen, die von der Exekutive, d.h. von einer Regierung, von Ministern oder von Verwaltungsbehörden erlassen wurden. Wie bereits erläutert, unterscheiden sie sich von den formell-materiellen Normen nur in Bezug auf den Normgeber. Da aber der Erlass von Rechtsnormen originäre Aufgabe der Legislative ist, bedeutet die Befugnis der Exekutive zum Normenerlass eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips. Dennoch bestehen verfassungsrechtlich keine Bedenken, weil die Exekutive nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur aufgrund einer Ermächtigung der Legislative und unter Beachtung des dreifachen Delegationsfilters (gem. Art. 80 I S. 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung in der Ermächtigungsnorm bestimmt sein) tätig werden darf.³⁰ Darüber hinaus sind in der Rechtsverordnung die Rechtsgrundlage, d.h. die Ermächtigungsnorm sowie der Verordnungsadressat (Bundesregierung, Bundesminister oder Landesregierung), anzugeben (Art. 80 I S. 1 u. S. 3 GG). Der dreifache Delegationsfilter und das Zitiergebot gewährleisten, dass das Parlament alle wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Darüber hinaus ist die **Wesentlichkeitstheorie** des BVerfG zu beachten: Der parlamentarische Gesetzgeber ist verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Regelungen selbst zu treffen und nicht über mehr oder minder globale Ermächtigungen an die Exekutive zu delegieren. Es muss **vorhersehbar** sein,

³⁰ Vgl. VG Düsseldorf NVwZ 2002, 1269, 1271; OVG Berlin NVwZ-RR 2002, 720.

„in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden und welchen Inhalt die zu erlassende Rechtsverordnung haben kann“.³¹ Durch diese Vorgaben wird sichergestellt, dass das Parlament seine Aufgabe, zu der es berufen ist, nicht veräußert.

Beispiele:

- (1) Durch das Gesetz zur Änderung des **Straßenverkehrsgesetzes** und anderer straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 19.03.2001 wurde durch Anfügung eines Buchstaben i in die Nr. 3 des § 6 I StVG der Bundesminister für Verkehr zum Erlass eines Verbots ermächtigt, das die Verwendung technischer Einrichtungen am oder im Fahrzeug untersagt, die dazu bestimmt sind, die Verkehrsüberwachung zu beeinträchtigen. Gedacht ist hierbei vor allem an die sog. Radarwarngeräte, deren Benutzung bislang nicht strafbar war. Da in § 6 I StVG die Voraussetzungen der Ermächtigung, d.h. Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend genannt werden, wird der Vorgabe in Art. 80 I S. 2 GG Rechnung getragen. Sowohl das Demokratieprinzip als auch das Gewaltenteilungsprinzip sind gewahrt. Die Aufnahme einer die Benutzung von Radarwarngeräten und ähnlichen Einrichtungen verbietenden Vorschrift in die StVO ist am 14.12.2001 erfolgt (vgl. § 23 I b StVO).
- (2) Nach § 32 **Infektionsschutzgesetz** werden die Landesregierungen ermächtigt, unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach den §§ 28 bis 31 Infektionsschutzgesetz maßgebend sind, durch Rechtsverordnungen entsprechende Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu erlassen. Durch die Maßgeblichkeit der §§ 28 bis 31 Infektionsschutzgesetz wird der Vorgabe in Art. 80 I S. 2 GG Rechnung getragen. Im Beispiel **Kampfhundeverordnung** ist dagegen fraglich, ob sowohl der parlamentarische Gesetzgeber als auch der Rechtsverordnungsgeber das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip beachtet haben (dazu sogleich).

Die Rechtsverordnung ist in einer modernen Demokratie unentbehrlich. Der Gesetzgeber wäre überfordert, wenn er sämtliche Detailfragen selbst behandeln müsste. Dazu ist die Exekutive durch ihre Fachministerien und die Ministerialinstanzen besser imstande. Dennoch darf der dadurch entstandene Machtzuwachs der Exekutive nicht übersehen werden, denn allzu oft wird das Grundsätzliche erst im Detail virulent.³² **Daher darf in der Fallbearbeitung die Vereinbarkeit einer Rechtsverordnung mit Art. 80 I S. 2 GG i.d.R. nicht unterstellt werden.** Es ist stets danach zu fragen, ob die Ermächtigungsgrundlage mit den Vorgaben des Art. 80 I GG vereinbar ist und ob sich die Rechtsverordnung an die Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage hält.

Beispiel: Nach den Vorschriften der landesrechtlichen Gefahrtierverordnung (= Rechtsverordnung des Landes) ist u.a. das nichtgewerbliche Halten, Züchten und Vermehren von sog. **Kampfhunden** verboten. Ob die betreffenden Vorschriften wirksam sind, richtet sich danach, ob sie sich auf eine (rechtmäßige) Ermächtigungsgrundlage stützen lassen. In Betracht kommt die im Landespolizeigesetz verankerte Ermächtigung zum Erlass von Polizeiverordnungen (= Rechtsverordnungen), wonach die Polizei (bzw. der Innenminister) **zum Zweck der Gefahrenabwehr** entsprechende Verordnungen erlassen kann. Fraglich ist, ob diese Voraussetzung bestimmt genug ist, ob also der formelle Landesgesetzgeber die Anforderungen des Art. 80 I S. 2 GG beachtet hat. Wenn man den Zweck des Art. 80 GG verdeutlicht, nämlich dass das Parlament sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern darf,

³¹ Vgl. nur BVerfGE 1, 13, 60; 47, 46, 79; 49, 89, 126; 58, 257, 268; 88, 103, 116; BVerwG DVBl 2002, 479, 480; BVerwG NVwZ 2002, 858; BVerwGE 112, 194, 200; VG Düsseldorf NVwZ 2002, 1269, 1271; OVG Berlin NVwZ-RR 2002, 720 (st. Rspr.) und *Böckenförde*, NJW 1999, 1235.

³² *Maurer*, AllgVerwR, § 4 Rn 12.

dass es einen Teil seiner originären Gesetzgebungsbefugnis auf die Exekutive überträgt, ohne dem Bürger dabei genau zu erkennen zu geben, was ihm gegenüber zulässig sein soll, wird deutlich, dass eine Generalermächtigung vor der Verfassung keinen Bestand haben kann. Welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstands sowie der Intensität der Maßnahme, namentlich der Grundrechtsrelevanz der Regelung ab. Ermächtigt also der Landesgesetzgeber die Exekutive allein bei Vorliegen einer Gefahr zum Erlass von Rechtsverordnungen, ist fraglich, ob er damit nicht gegen die Vorgaben des Art. 80 I S. 2 GG verstoßen hat. Im Zweifel neigen die Gerichte jedoch dazu, die Ermächtigungsgrundlage verfassungskonform, also eng auszulegen und die *Rechtsverordnung* für nichtig zu erklären. So hat auch das BVerwG hinsichtlich der niedersächsischen Kampfhundeverordnung entschieden, dass der Verordnungsgeber nach gegenwärtigem fachwissenschaftlichen Erkenntnisstand nicht allein an die Zugehörigkeit eines Hundes zu einer bestimmten Rasse oder einem bestimmten Typ anknüpfen könne, wenn er auf der Grundlage des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts den Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Hunden verbessern wolle. Auf eine Prüfung der Ermächtigungsgrundlage (hier: § 55 NdsSOG) am Maßstab des Art. 80 I S. 2 GG hat es verzichtet.³³ Die Landesgesetzgeber haben darauf reagiert und nunmehr sog. Kampfhundeetze erlassen.

684 Auf der (rechtmäßigen) Rechtsverordnung aufbauend wird dann in der Regel eine **Einzelmaßnahme** (Verwaltungsakt) erlassen.

Beispiel: Gegen den in verkehrsgefährdender Weise überholenden Autofahrer wird aufgrund der §§ 24 StVG, § 49 I Nr. 5 i.V.m. § 5 StVO ein Bußgeldbescheid erlassen.

685

Hinweis für die Fallbearbeitung: Es ist also eine Stufenfolge feststellbar: Aufgrund eines Parlamentsgesetzes ergeht eine Rechtsverordnung. Diese ist wiederum Grundlage für den Erlass einer grundrechtseinschränkenden Einzelmaßnahme. Gegenstand der Untersuchung ist daher regelmäßig die dem Bürger gegenüber erlassene Einzelmaßnahme. Daraus ergibt sich folgende Überlegung bezüglich der Prüfungsreihenfolge: Die Einzelmaßnahme kann nur dann rechtmäßig sein, wenn ihre Rechtsgrundlage (hier die Rechtsverordnung) ihrerseits rechtmäßig ist. Die Rechtsverordnung selbst ist nur dann rechtmäßig, wenn ihre Ermächtigungsgrundlage, das Parlamentsgesetz, rechtmäßig ist. Daraus folgt, dass in der Fallbearbeitung in einem dreistufigen Verfahren zunächst das Parlamentsgesetz, dann die Rechtsverordnung und schließlich die Einzelmaßnahme zu prüfen sind. Die Grundrechtsschranke bildet dabei die Rechtsverordnung, da nur sie, nicht das Parlamentsgesetz, sich im Einzelfall anwenden lässt. Es empfiehlt sich folgendes Prüfungsschema:

686

Prüfung einer Rechtsverordnung am Maßstab der Ermächtigungsgrundlage

I. Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

1. Formelle Rechtmäßigkeit

⇒ Gesetzgebungskompetenz, Gesetzgebungsverfahren, Ausfertigung und Verkündung

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a. Anforderungen des Art. 80 I GG (bzw. der entspr. Vorschriften der Länder)

aa. Richtiger Ermächtigungsadressat (Art. 80 I 1 GG)

Ermächtigt werden können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen. Einzelne Landesminister können dagegen nicht ermächtigt werden. Dadurch kommt jenes kennzeichnende Prinzip der bundesstaatlichen Ordnung des Grund-

³³ BVerwG NVwZ **2003**, 95, 96. Vgl. auch BVerfG NVwZ **2003**, 1227.

gesetzes zum Ausdruck, das den Bund am unmittelbaren Eingriff in die Verwaltungsorganisation der Länder hindert. Die Landesregierung kann jedoch zur Subdelegation der Verordnungsbefugnis ermächtigt (nicht jedoch verpflichtet) werden. Daraufhin erlassene Rechtsverordnungen stellen Rechtsvorschriften des Landesrechts dar. Dies ist von prozeduraler Bedeutung: Es sind die gegen untergesetzliches Regelwerk zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe statthaft (etwa die prinzipale Normenkontrolle nach § 47 VwGO oder die inzidente Normenkontrolle eines beliebigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens).

bb. Bestimmtheit der Ermächtigung bzgl. Inhalt, Zweck und Ausmaß (Art. 80 I 2 GG)

Bestimmtheit bedeutet, dass sich die Grenzen der Ermächtigung auch aus dem Grundgesetz selbst, insbesondere aus den Freiheitsgrundrechten, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) ergeben können. Verlangt wird insoweit lediglich eine **hinreichende**, nicht größtmögliche Bestimmtheit. Auf jeden Fall muss die Vorhersehbarkeit des konkreten Inhalts vorliegen.

b. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht

Insb. muss geprüft werden, ob ein Verstoß gegen höherrangiges EG-Recht oder gegen nationale Grundrechte vorliegt oder allgemeine Verfassungsprinzipien missachtet wurden.

II. Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Rechtsverordnung ist *formell* rechtswidrig, wenn die in der Ermächtigungsgrundlage enthaltenen Zuständigkeitsvorschriften (so darf nur die Bundesregierung als Kollegialorgan, ein einzelner Bundesminister oder eine Landesregierung als Kollegialorgan, nicht aber ein einzelner Landesminister tätig werden) nicht eingehalten wurden. Des Weiteren sind Verfahrensvorschriften (z.B. Zustimmung des Bundesrats, Art. 80 II GG oder Zustimmung des Bundestags laut Ermächtigungsgrundlage) sowie die in Art. 80 I GG, 19 I S. 2 GG normierten Formvorschriften (z.B. das Zitiergebot, Art. 80 I 3 GG bei bundesgesetzlicher Ermächtigung, bei landesgesetzlicher Ermächtigung bestehen unterschiedliche Bestimmungen) einzuhalten. Schließlich muss die Rechtsverordnung ausgefertigt und verkündet werden, Art. 82 I 2 GG.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Rechtsverordnung ist *materiell* rechtswidrig, wenn sie nicht mit ihrer Ermächtigungsgrundlage vereinbar ist. Im Übrigen muss sich die Rechtsverordnung an die an ein Parlamentsgesetz zu stellenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen halten. Insbesondere sind das unmittelbar anwendbare EG-Recht, die Grundrechte des GG, die Verhältnismäßigkeit und die allgemeinen Verfassungsprinzipien zu beachten. Im Gegensatz zum formellen Gesetz darf die Rechtmäßigkeit einer Rechtsverordnung niemals unterstellt werden!

III. Rechtsfolge bei Rechtswidrigkeit

Ist die Rechtsverordnung rechtswidrig, ist sie nichtig. Die Nichtigkeit kann prinzipal durch eine Normenkontrolle gem. § 47 VwGO oder inzident bspw. durch eine Anfechtungsklage oder eine Feststellungsklage festgestellt werden. Auch ist ein Verfahren vor dem (Bundes- oder Landes-) Verfassungsgericht möglich.

IV. Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme

1. Formelle Rechtmäßigkeit (Zuständigkeit, Verfahren, Form)
2. Materielle Rechtmäßigkeit (Vereinbarkeit mit der Rechtsgrundlage, hier: die Rechtsverordnung) und Wahrung der Verhältnismäßigkeit.

c.) Vereinbarkeit einer Satzung mit höherrangigem Recht

Bestimmte gesellschaftliche Gruppen (im Bereich des öffentlichen Rechts Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts) können zur Regelung ihrer Angelegenheiten eigenes Recht setzen, sog. Satzungsrecht. Durch das Institut der

Satzung werden die Aufgaben des Autonomieträgers, seine Verwaltung und die Rechtsbeziehungen zu den Mitgliedern normiert. Das Recht zum Erlass von Satzungen ist Ausfluss des Selbstverwaltungsrechts (Autonomie; daher auch der überkommene Begriff der *autonomen* Satzung). Zu beachten ist aber, dass die Satzungsautonomie gesetzlich verliehen sein muss.³⁴ Für die **Gemeinden** beispielsweise ergibt sich die Satzungsautonomie nach umstrittener Auffassung nicht unmittelbar aus Art. 28 II S. 1 GG. Diese Vorschrift garantiert zwar die Satzungsautonomie, verleiht sie aber nicht selbst. Die Verleihung findet richtigerweise durch die Gemeindeordnungen der Länder statt.³⁵ Auch haben die Länder in den sog. Kammergesetzen den **Landesärztekammern** - Körperschaften des öffentlichen Rechts - das Recht verliehen, die Berufspflichten der Ärzte in einer Berufsordnung (Satzung) zu regeln. Entsprechendes gilt auf Bundesebene für den Erlass einer Berufsordnung für Rechtsanwälte durch die **Rechtsanwaltskammer**.

688 Was die **Grenzen der Satzungsautonomie** betrifft, ist zu beachten, dass Art. 80 I GG direkt nur für Rechtsverordnungen (des Bundes) gilt. Allerdings haben der **Parlamentarvorbehalt** und die **Wesentlichkeitstheorie** des BVerfG auch Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Satzungsautonomie.³⁶ Nach dem **Facharztbeschluss** des BVerfG³⁷, der insoweit eine Leitentscheidung darstellt, bleibt auch im Rahmen einer an sich zulässigen Autonomiegewährung der Grundsatz bestehen, dass sich der Gesetzgeber seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluss auf den Inhalt der von den körperschaftlichen Organen zu erlassenden Normen nicht gänzlich preisgeben darf. Er darf seine vornehmlichste Aufgabe nicht anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation überlassen, sondern hat sie in den Grundzügen durch ein **förmliches Gesetz** festzulegen.³⁸ Lediglich die dann noch erforderlichen ergänzenden Regelungen können nach Ermessen des Gesetzgebers dem Satzungsrecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften überlassen werden.³⁹

689 Sofern eine Satzung die Verwaltung **zum Erlass von Verwaltungsakten ermächtigt**, muss die betreffende Satzungsbestimmung ihrerseits mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Insoweit gilt dasselbe wie bei einem Parlamentsgesetz und einer Rechtsverordnung. Greift also ein Bürger einen ihn belastenden Verwaltungsakt an, der seine Rechtsgrundlage in einer Satzung findet, muss bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts inzident die Rechtmäßigkeit der betreffenden Satzungsbestimmung überprüft werden. Es empfiehlt sich folgendes Prüfungsschema:

690

Prüfung einer Satzung am Maßstab ihrer Ermächtigungsgrundlage

I. Rechtsgrundlage

Grundsätzlich ist die gesetzliche Verleihung der Satzungsautonomie, beispielsweise durch kommunalrechtliche Generalklauseln, ausreichend; Grenze: BVerfGE 33, 125 (Facharzt): Sofern mit der Satzung Grundrechte der Betroffenen berührt werden, ist eine förmliche Rechtsgrundlage (ein Parlamentsgesetz) erforderlich, die den Bestimmtheitsgrundsatz und die Wesentlichkeitstheorie beachtet. Diese Rechtsgrundlage muss ihrerseits mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Anderenfalls ist die Satzung schon deshalb rechtswidrig und

³⁴ Vgl. dazu BVerfGE 102, 370 ff. (Zeugen Jehovas); Schnapp/Kaltenborn, JuS 2000, 937 f.

³⁵ Wie hier *Schwerdtfeger*, ÖffR in der Fallbearbeitung, Rn 430; *a.A. Wehr*, JuS 1997, 419, 423, und *Becker/Sichert*, JuS 2000, 144, 147, die davon ausgehen, dass sich die Satzungsautonomie der Gemeinden unmittelbar aus Art. 28 II S. 1 GG ergibt. Danach hätten die Gemeindeordnungen, die den Gemeinden das Recht zur Satzungsautonomie einräumen, also lediglich deklaratorischen Charakter.

³⁶ Vgl. näher *Becker/Sichert*, JuS 2000, 144, 147; *Schnapp/Kaltenborn*, JuS 2000, 937, 939.

³⁷ BVerfGE 33, 125 ff.

³⁸ BVerfGE 33, 125, 158. Das förmliche Gesetz stellt also die Rechtsgrundlage für den Erlass der Satzung dar.

³⁹ BVerfGE 33, 125, 163.

nichtig, weil ihre Rechtsgrundlage rechtswidrig und nichtig ist. Das führt ggf. zu einer Inzident-Prüfung der Rechtsgrundlage. Zudem darf die förmliche Rechtsgrundlage nicht zulassen, dass die satzungsgebende Körperschaft durch Satzungsbeschluss die Partizipation der Verbandsmitglieder ausschließt.

II. Formelle Rechtmäßigkeit (Normsetzungsverfahren)

1. Erforderliche Mehrheit beim Satzungsbeschluss
2. Hinreichende Begründung (z.B. § 9 VIII BauGB)
3. Ferner Mitwirkung, Genehmigung der Aufsichtsbehörde, ordnungsgemäße Verkündung. Aber: Heilung möglich (z.B. nach § 214 BauGB).

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Satzung muss sich im Rahmen der verliehenen Autonomie bewegen bzw. es darf kein Verstoß gegen die Rechtsgrundlage vorliegen:

1. Sachliche Beschränkung: Es dürfen nur *eigene* Angelegenheiten des satzungsgebenden Verwaltungsträgers geregelt werden.
2. Persönliche Beschränkungen: Die Regelung muss sich auf Mitglieder (bei Körperschaften) bzw. Benutzer (bei Anstalten) beschränken.
3. Bei Plänen mit Abwägungserfordernissen (z.B. Bebauungsplan gem. § 1 VII BauGB: Fehlerfreie Abwägungsentscheidung: Die Behörde muss sich an dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage orientieren. Im Bauplanungsrecht muss die Gemeinde das Abwägungsgebot beachten: Für eine fehlerfreie Abwägung ist es zunächst erforderlich, dass eine sachgerechte Abwägung überhaupt stattfindet. Darüber hinaus ist es notwendig, dass in die Abwägung alle Aspekte einfließen, die nach Lage der Dinge berücksichtigt werden müssen. Schließlich ist Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, dass die Bedeutung der abwägungserheblichen Belange nicht verkannt und der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit nicht außer Verhältnis steht. Als **Abwägungsfehler** (Fehler im Abwägungsvorgang nach § 1 VII BauGB) kommen demnach in Betracht:

- ⇒ **Abwägungsausfall** (liegt vor, wenn überhaupt keine oder keine sachgerechte Abwägung stattfindet).
- ⇒ **Abwägungsdefizit** (liegt vor, wenn ein Belang nicht in die Abwägung eingeflossen ist, der nach Lage der Dinge zu berücksichtigen war = Unvollständigkeit der Erwägungen).
- ⇒ **Abwägungsfehleinschätzung** (liegt vor, wenn die Belange zwar ordnungsgemäß ermittelt und in die Abwägung eingeflossen sind, jedoch die *Bedeutung* eines öffentlichen oder privaten Belangs verkannt wird).
- ⇒ **Abwägungsdisproportionalität** (liegt vor bei Verkennen des relativen *Gewichts* von Belangen beim Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Belangen = sach-fremde Erwägungen).

Abwägungsfehler führen grundsätzlich zur Nichtigkeit der Satzung. Im Bereich des Bebauungsplans ist aber die **(Un-)Beachtlichkeitsregelung des § 214 BauGB** zu beachten. Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR I, Rn 18 ff.

4. Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen unmittelbar anwendbares EG-Recht, gegen Grundrechte des GG, den Bestimmtheitsgrundsatz und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.