

Thomas Mann (Hg.)

Grundstrukturen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in
Deutschland und der Ukraine

Основные черты административного
судопроизводства в Германии и Украине



Universitätsdrucke Göttingen

Thomas Mann (Hg.)
Grundstrukturen der Verwaltungsgerichtsbarkeit
in Deutschland und der Ukraine

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2011

Thomas Mann (Hg.)

Grundstrukturen der
Verwaltungsgerichtsbarkeit
in Deutschland
und der Ukraine

Основные черты
административного
судопроизводства в Германии
и Украине



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Anschrift des Herausgebers

Prof. Dr. Thomas Mann

Juristische Fakultät

Professur für Öffentliches Recht, insbes. Verwaltungsrecht

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

www: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/tmann/>

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Simon Breuker

Umschlaggestaltung: Franziska Lorenz

© 2011 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-007-1

Vorwort

Einem rechtsstaatlichen und demokratischen Staatsverständnis ist inhärent, dass die Bürger gegenüber Maßnahmen der Exekutive nicht schutzlos gestellt sind, sondern diese durch eine unabhängige Justiz im Sinne der Gewaltenteilungslehre überprüfen lassen können. Wie alle postsozialistischen Transformationsstaaten Osteuropas hat daher auch die Ukraine nach der Wiedererlangung ihrer Unabhängigkeit 1991 an alte Traditionen angeknüpft und mit dem Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit begonnen. Gleichwohl sind trotz aller Fortschritte in den letzten zwei Jahrzehnten noch eine Reihe von Defiziten festzustellen, die nicht zuletzt ein Problem der personellen Ausstattung, daneben aber auch eine Folge des nicht stark ausgeprägten Selbstverständnisses der ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit sind, der es immer noch an einer klaren Verfahrenstruktur, allgemein gültigen Verfahrensmaximen und einer darauf aufbauenden Verfahrenspraxis mangelt.

Anknüpfend an diesen Ausgangsbefund hat im September 2010 am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Verwaltungsrecht, der Universität Göttingen ein Kolloquium stattgefunden, das den wissenschaftlichen und praktischen Dialog zwischen Deutschland und der Ukraine in Angelegenheiten der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Gewalt befördern sollte. Auf ausdrücklichen Wunsch der ukrainischen Seite werden die Referate dieses Kolloquiums nun in diesem Bändchen in russischer und deutscher Sprache veröffentlicht. Möglich geworden ist dies durch eine großzügige finanzielle Unterstützung seitens des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD), der nicht nur das Kolloquium selbst gefördert, sondern es zudem möglich gemacht hat, dass die ukrainischen Wissenschaftler, von denen einige bereits zuvor gemeinsam mit dem Herausgeber zur Entstehung, Entwicklung und Struktur der ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gearbeitet hatten (vgl. *Komzjuk/Mehnyk/Bevsenko/Mann*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine, *Osteuropa-Recht* 56 [2010], S. 249 - 271), mündlichen

Verhandlungen vor dem Niedersächsischen Obergerverwaltungsgericht beiwohnen konnten, um so einen unmittelbaren Einblick in die Praxis deutscher Verwaltungsgerichtsbarkeit zu bekommen.

Der Dank des Herausgebers gilt den im deutschen und russischen Recht ausgebildeten Studentinnen Tatyana Karpenko, Ekaterina Sokur und Elena Iakovleva für die Übersetzung sowie Herrn Wiss. Mitarbeiter Sebastian Krull für die redaktionelle Bearbeitung der Vorträge. Deren Layout und den Satz der Broschüre hat zuverlässig Herr cand. iur. Simon Breuker besorgt.

Göttingen, im April 2011

Prof. Dr. Thomas Mann

Предисловие

Неотъемлемой чертой как доктрины правового государства, так и демократического подхода к управлению государством является понимание того, что граждане не могут быть беззащитны перед действиями исполнительной ветви власти. Они должны иметь возможность проверки законности принимаемых исполнительной властью мер с помощью независимой — в соответствии с теорией разделения властей — судебной системы. Поэтому и в Украине, как и в других восточноевропейских странах, находящихся в процессе постсоциалистической трансформации, после провозглашения независимости в 1991 г. начался, в продолжение давних традиций, процесс становления института административной юстиции. Но, несмотря на достигнутые на этом пути в течение последних двух десятилетий успехи, налицо и ряд недостатков. Не в последнюю очередь связаны они с проблемой замещения должностей; в тоже время, эти недостатки являются и следствием не вполне еще сформировавшегося понимания сути, места и границ административного судопроизводства в Украине. Административному процессу до сих пор еще не хватает как четкой структуры и обладающих универсальным действием общих принципов судопроизводства, так и продолжающей их судебной практики.

Именно эти вопросы стали основой для коллоквиума, состоявшегося в сентябре 2010 г. в Институте публичного права Геттингенского Университета (Отделение административного права) и имевшего своей целью поддержку научного и практического диалога между Германией и Украиной по поводу контроля публичной власти административными судами. В соответствии с пожеланиями украинской стороны, представленные в рамках коллоквиума рефераты публикуются в настоящем сборнике на русском и украинском языках. Это стало возможным благодаря щедрой финансовой поддержке Германской Службы Академических обменов (DAAD), спонсировавшей не

только сам коллоквиум, но и предоставившей украинским ученым, некоторые из которых уже ранее работали вместе с издателем над вопросами становления, развития и структуры административного судопроизводства в Украине (Komzuk/Melnyk/Bevsenko/Mann, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine*, *Osteuropa-Recht* 56 [2010], S. 249 — 271), возможность присутствовать на судебном разбирательстве в Высшем административном суде Нижней Саксонии и, таким образом, непосредственно ознакомиться с работой немецкого административного судопроизводства на практике.

Издатель выражает благодарность студентке Татьяне Карпенко, студенткам-магистрам Екатерине Сокур и Елене Яковлевой за перевод докладов, а также ассистенту кафедры г-ну Себастиану Круллю — за их редактирование. Макет сборника был подготовлен г-ном Симоном Бройкером (sand. iur.).

Геттинген, апрель 2011

Профессор доктор Томас Манн

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Предисловие	7

1. Teil: Zur Positionsbestimmung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine

Часть I: О месте административного судопроизводства в Украине

Die Konkretisierung der Aufgaben der ukrainischen Verwaltungsjustiz – Position des Gesetzgebers und heutiger Reformbedarf

Universitäts-Professor Dr. Anatolij Komzuk

Prorektor der Nationaluniversität Charkov, Ukraine

15

**Задачи административного судопроизводства в
Украине: позиция законодателя и требования
современности**

*Доктор юридических наук, профессор Колзюк А.Т.
проректор Харьковского национального университета, Украина* 23

**Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und in der
Ukraine: eine vergleichende Analyse**

*Dr. Roman Melnyk
Nationaluniversität Charkov, Ukraine* 33

**Практика административного судопроизводства в
Германии и Украине: сравнительный анализ**

*Кандидат юридических наук, доцент Мельник Р.С.
Харьковский национальный университет, Украина* 41

**Kriterien für die Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten in
der Ukraine**

*Dr. Elena Iushkevich
Nationaluniversität Charkov, Ukraine* 51

Критерии разграничения судебных юрисдикций

*Кандидат юридических наук Юшкевич Е.Т.
Харьковский национальный университет, Украина* 57

**Die öffentliche Verwaltung als Partei des Ver-
waltungsgerichtsverfahrens in der Ukraine**

*Dr. Vladimir Bevzenko
stellvertretender Leiter der Chersoner juristischen Hochschule, Ukraine* 63

**Публичная администрация как сторона в
административном судопроизводстве Украины**

*Доктор юридических наук, доцент Бевзенко В.М.; Заместитель
начальника Херсонского юридического института, Украина* 67

2. Teil: Grundstrukturen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland

Часть II: Основные черты административного судопроизводства в Германии

Die Verzahnung der europäischen mit der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Akad. Rat Dr. Alexander Thiele

Georg-August-Universität Göttingen

75

Неразрывная связь между европейской и национальной юрисдикцией административных судов

Доктор Александр Тиле

Георг-Аугуст-Университет г. Геттинген

89

Das System der verwaltungsgerichtlichen Klagearten

Universitäts-Professor Dr. Thorsten Ingo Schmidt

Universität Potsdam

105

Система административных исков

Профессор доктор Торстен Инго Шмидт

Университет г. Потсдам

117

Vorläufiger Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit

Universitäts-Professor Dr. Christoph Brüning

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

133

Временная правовая защита в административной юрисдикции

Профессор доктор Кристоф Брюнинг

Кристиан-Альбрехт-Университет г. Киль

147

**Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von
Planungsentscheidungen**

*Vorsitzender Richter am Oberverwaltungsgericht Wolfgang Kalz
Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht Lüneburg*

163

**Судебный контроль административных решений о
планировании**

*Председательствующий судья Высшего административного суда
Вольфганг Кальц
Высший административный суд Нижней Саксонии, Люнебург*

169

**Befugnisse der Verwaltungsgerichte in Deutschland
hinsichtlich der Kontrolle der Ausfüllung unbestimmter
Rechtsbegriffe und der Ausübung des Ermessens der
Verwaltung**

*Richter am Verwaltungsgericht Christian Reitemeier
Verwaltungsgericht Gelsenkirchen*

177

**Полномочия административных судов Германии в
вопросах контроля за содержательным исполнением
неопределенных правовых понятие условий и
использованием усмотрения администрации**

*Судья административного суда Кристиан Райтемайер
Административный суд г. Гельзенкирхен*

187

**Erster Teil: Zur Positionsbestimmung der
Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine**

**Часть I: О месте административного
судопроизводства в Украине**

Die Konkretisierung der Aufgaben der ukrainischen Verwaltungsjustiz – Position des Gesetzgebers und heutiger Reformbedarf

Professor Dr. Anatolij Komzjuk

Bei der Besprechung der Aufgaben der ukrainischen Verwaltungsjustiz muss stets beachtet werden, dass ihre Existenz als solche eine Folge der demokratischen Entwicklung des Landes ist. In der Sowjetunion, wo in erster Linie die Interessen des Staates zu schützen waren, waren die Verwaltungsgerichte schlichtweg unnötig.

Leider sind von der Entstehung der Ukraine als unabhängigem Staat bis zur Verabschiedung der Ukrainischen Verwaltungsprozessordnung (im Folgenden: VwPO) erst rund fünfzehn Jahre vergangen. Daher kann behauptet werden, dass die ukrainische Verwaltungsjustiz in ihrem heutigen Zustand noch recht jung ist. Dies erklärt viele ihrer Probleme.

Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine kennzeichnet allerdings die Verwirklichung einer Verfassungsnorm, die vorsieht, dass jedem ein Recht auf die gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen der staatlichen Organe gewährleistet wird (Art. 55 Ukrainischer Verfassung). Dadurch, dass der Inhalt und das Verfahren der Verwaltungsjustiz jetzt gesetzlich geregelt sind, hat auch die in Art. 3 der Ukrainischen Verfassung verankerte These, dass der Staat dem Einzelnen gegenüber für sein Handeln verantwortlich ist, eine praktische Bedeutung erhalten.

Die Verwaltungsjustiz ist ein Mittel zur gerichtlichen (zwangsweisen) Wiederherstellung der subjektiven öffentlichen Rechte natürlicher und juristischer Personen. Das ist das Wichtigste; daraus ergibt sich die Hauptaufgabe der Verwaltungs-

justiz. Diese Aufgabe kann wie folgt definiert werden: Ihre Aufgabe ist eine den Anforderungen der verwaltungsprozessualen Normen entsprechende und in einer bestimmten prozessualen Form erfolgende gerichtliche Verhandlung und Entscheidung öffentlich-rechtlicher Rechtsstreitigkeiten, die zu der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gehören.

Noch vor der Verabschiedung der VwPO, jedoch nachdem die Unabhängigkeit der Ukraine proklamiert wurde, erscheinen zahlreiche Aufsätze, die die Fragen der Verwaltungsjustiz behandeln. Deren Autoren betonten einstimmig die Notwendigkeit einer schnellst möglichen Reformierung des Gerichtssystems – und, unter anderem, auch die Notwendigkeit der Gründung von Verwaltungsgerichten. Die ersten Wissenschaftler, die sich mit der Theorie des Verwaltungsprozessrechts beschäftigt haben, befürworteten die Gründung der spezialisierten, selbständigen Verwaltungsgerichte: als Gericht erster Instanz – Gebietsverwaltungsgerichte, als ein Berufungsgerichts – das Höchste Verwaltungsgericht und als ein Kassationsgericht – den Verwaltungssenat des Obersten Gerichtshofes der Ukraine.

Bezüglich der Kompetenz der Verwaltungsgerichte waren die Wissenschaftler der Meinung, dass vor diesen Gerichten nicht nur Klagen gegen die konkret-individuellen Verwaltungsentscheidungen zu erheben seien, sondern auch gegen die abstrakt-generellen Akte (zum Beispiel, die von den staatlichen Organen und Selbstverwaltungsorganen erlassenen, Rechtsnormen enthaltenden Akte). Des Weiteren sind vor den Verwaltungsgerichten auch die Schadensersatzansprüche, die aus einem beeinträchtigenden Handeln der staatlichen Verwaltungsorgane und Selbstverwaltungsorgane resultieren, und Amtshaftungsansprüche zu erheben. Mit anderen Worten, es bestand die Notwendigkeit der gerichtlichen Kontrolle eines weiten Kreises rechtswidriger Entscheidungen, Handlungen und Unterlassungen staatlicher Organe.

Diese Ansicht teilten die meisten Rechtswissenschaftler. Sie waren sich darin einig, dass die wichtigste Aufgabe der Verwaltungsjustiz ein Schutz der durch Verwaltungshandeln beeinträchtigten Rechte, Freiheiten und Interessen des Einzelnen ist. Nach der Ansicht mancher Wissenschaftler sollte zu den Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch Folgendes gehören: Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Kompetenzausübung durch die staatlichen Organe, Selbstverwaltungsorgane und durch ihre Amtswalter sowie die Verwirklichung der Normen bezüglich der Haftung staatlicher Organe, Selbstverwaltungsorgane und ihrer Amtswalter für die Nichteinhaltung ihrer Pflichten zum Zwecke der Gewährleistung des Rechtsstatus des Einzelnen.

Heutzutage besteht die Hauptaufgabe der Verwaltungsjustiz gemäß Art. 2 Abs. 1 VwPO im Schutz der Rechte, Freiheiten und Interessen der natürlichen und juristischen Personen in öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen gegen Verletzungen dieser Rechte durch staatliche Organe, Selbstverwaltungsorgane, ihre Amtswalter und durch andere Stellen bei der Ausübung ihrer Verwaltungsbefugnisse (unter anderem auch der delegierten Verwaltungsbefugnisse) aufgrund eines

Gesetzes. Dieser Schutz muss im Wege einer gerechten, unvoreingenommenen und rechtzeitigen Verhandlung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten erfolgen.

Mit Rücksicht auf diese Aufgabe, müssen die Verwaltungsgerichte im Falle der Erhebung einer Klage gegen Entscheidungen, Handlungen oder das Unterlassen eines Trägers der öffentlichen Gewalt prüfen, ob ein solches Handeln:

1) aufgrund der Ukrainischen Verfassung und Gesetze, in deren Rahmen und mit den von denen vorgesehenen Mittel; 2) durch die Ausübung der diesen Trägern zustehenden Befugnisse gerade mit dem Ziel, für welches ihnen diese Befugnisse gewährt wurden; 3) begründet, d.h., unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände; 4) unvoreingenommen; 5) gewissenhaft; 6) besonnen; 7) unter Einhaltung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz; der rechtswidrigen Diskriminierung vorbeugend; 8) verhältnismäßig, unter anderem das Gleichgewicht zwischen jedweden Nachteilen für die Rechte, Freiheiten und Interessen des Einzelnen auf der einen Seite und dem verfolgten Zweck auf der anderen Seite wärend; 9) das Recht des Einzelnen auf die Beteiligung am Verwaltungsverfahren, das auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet ist, berücksichtigend; 10) rechtzeitig, d.h., innerhalb einer angemessenen Frist, ausgeführt wurde (Art. 2 Abs. 3 VwPO).

Die Entwicklung der ukrainischen verwaltungsrechtlichen Lehre und die Neubewertung ihres Wesens bewirkten eine Erweiterung des Inhalts der Rechtsverhältnisse, die durch das Verwaltungsrecht überprüft werden, und die Entstehung neuer, bisher unbekannter Rechtsinstitute und Rechtsgebiete. Die Formation und die Untersuchung des Wesens und Inhalts eines neuen Rechtsgebiets – des Verwaltungsprozessrechts – hat begonnen. Bereits existierende Kategorien des Verwaltungsrechts werden jetzt neu definiert. Selbstverständlich haben sich auch die öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse und ihre Komponenten entsprechend geändert. Beispielsweise wird von einigen Wissenschaftlern heutzutage die Ansicht vertreten, dass sich an solchen Rechtsverhältnissen auch – ausschließlich – Privatpersonen beteiligen können, unter anderem auch natürliche Personen. Bislang wurde die Möglichkeit der Existenz verwaltungsrechtlicher Rechtsverhältnisse zwischen zwei natürlichen Personen kategorisch abgelehnt.

Die Akzeptanz dieser Ansicht, die die Möglichkeit der Beteiligung privater (natürlichen) Personen an öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen bejaht, hat zur Folge, dass die Aufgabe der ukrainischen Verwaltungsjustiz (Art. 2 Abs. 1 VwPO) neu gefasst werden muss. Heutzutage ist diese Aufgabe lediglich darauf beschränkt, die Rechte, Freiheiten und Interessen natürlicher Personen, Rechte und Interessen der juristischen Personen in öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen gegen eine Verletzung dieser Rechte und Interessen durch staatliche Organe, Selbstverwaltungsorgane, ihre Angestellten und andere Bediensteten und durch andere Rechtssubjekte bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Verwaltungsbefugnisse, unter anderem auch der delegierten Verwaltungsbefugnisse, zu schützen.

Auch die einem Hoheitsträger eröffnete Möglichkeit, vor dem Verwaltungsgericht zu klagen, widerspricht der Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Darüber hinaus ist, obwohl die potentiellen Kläger – auch Hoheitsträger – durch das gel-

tende Recht bestimmt sind, ihre Aufzählung nicht abschließend (und kann, darüber hinaus, stets ergänzt werden), da der Gesetzgeber in Art. 50 Abs. 4 Teil 5 VwPO auch den anderen Hoheitsträgern eine relativ bequeme Möglichkeit eröffnet hat, die Klageerhebung vor einem Verwaltungsgericht zu legitimieren.

Die soeben genannte Praxis des Gesetzgebers – eine unbegründete Erweiterung der gerichtlichen Kompetenz – wird von vielen Wissenschaftlern missbilligt, weil eine solche „verzerrte“ Aufgabe der Verwaltungsjustiz unterstellen würde, dass die Verwaltungsgerichte auch die Interessen des Staates und seiner Organe schützen sollen.

Dem Hoheitsträger eine Klägerposition zuzugestehen widerspricht erstens der Hauptaufgabe der Verwaltungsjustiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, und zweitens den anderen Normen der VwPO. So tritt beispielsweise nach der hier vertretenen Ansicht eine Konkurrenz zwischen Art. 2 Abs. 1, 2 VwPO und Art. 50 Abs. 4, Art. 182 VwPO auf. Art. 2 VwPO besagt, dass die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Schutz der Rechte und Interessen natürlicher Personen, sowie der Rechte und Interessen der juristischen Personen besteht. In anderen Normen der VwPO (Art. 50 Abs. 4, Art. 182) wird diese Aufgabe allerdings verzerrt, da schon den Organen der Exekutive, ihren Angestellten und anderen Bediensteten und auch anderen Hoheitsträgern eine Möglichkeit gegeben wird, die Entscheidungen, die Handlungen und das Unterlassen der natürlichen und juristischen Personen gerichtlich überprüfen zu lassen. Im Falle der Erhebung einer Klage durch einen Hoheitsträger gegen eine natürliche Person verwandelt sich die Verwaltungsjustiz beinahe in ein Bestrafungsinstrument.

Um diesen Widerspruch zwischen den verwaltungsrechtlichen Normen zu beheben und die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit in ordnungsgemäßer Weise zu definieren, sollten die verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, die aufgrund der Klageerhebung durch Angestellte und andere Bedienstete der Organe der vollziehenden Gewalt und andere Hoheitsträger vor Gericht gebracht werden, in die Zuständigkeit der allgemeinen Gerichte fallen. Diese Gerichte sollten solche Streitigkeiten aufgrund spezieller Gesetze entscheiden. Ausnahmen können nur die Streitigkeiten über die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verträge darstellen. In diesen Fällen sollten die Hoheitsträger nicht nur als Beklagte, sondern auch als Kläger auftreten können.

Die Analyse der gesetzlichen Definition der Aufgabe der Verwaltungsjustiz (Art. 2 Abs. 1 VwPO) zeigt, dass ihre Autoren versucht haben, die Aufgabe der ukrainischen Verwaltungsjustiz vor allem dem europäischen Standard näher zu bringen. Die Definition hebt hervor, dass ukrainische Verwaltungsgerichte die Streitigkeiten zu entscheiden haben, die aus öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen entstehen. Dieser Ansatz des Gesetzgebers ruft keine Einwände hervor. Bedenken entstehen jedoch hinsichtlich des letzten Teils des Art. 2 Abs. 1 VwPO, wo es darum geht, dass nicht alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallen, sondern nur diejenigen, die aufgrund der Ausübung von hoheitlichen Verwaltungsbefugnissen durch Hoheitsträger ent-

stehen. Diese hoheitliche Tätigkeit wird, wie auch in der sowjetischen Zeit, Verwaltungstätigkeit genannt.

Viele Wissenschaftler sind mit der Formulierung des Art. 2 Abs. 1 VwPO nicht einverstanden, da sie mit einem Fehler behaftet ist: sie impliziert, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis nur dann entsteht, wenn an einem Rechtsverhältnis ein Organ des Staates, ein Selbstverwaltungsorgan, ihre Angestellten oder Bediensteten oder andere Stellen teilnehmen, indem sie ihre *hoheitlichen Verwaltungsbefugnisse* ausüben. Bemerkenswert ist dabei, dass auf diesem Standpunkt nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Verwaltungsgerichte stehen. Letztere weisen die verwaltungsrechtlichen Klagen ab, wenn sie beispielsweise gegen ein über keine Hoheitsbefugnisse verfügendes Subjekt des öffentlichen Rechts als Beklagten gerichtet sind, oder wenn eine Klage gegen eine Handlung (oder ein Unterlassen) eines Subjektes mit Hoheitsbefugnissen gerichtet ist, dieses Handeln aber nicht als hoheitlich-administrativ charakterisiert werden kann (zum Beispiel im Falle des Erlasses eines begünstigenden Verwaltungsaktes).

Eine Frage drängt sich hier jedoch auf: sind solche Entscheidungen der Verwaltungsgerichte mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar, nach welchem bekanntermaßen seine Rechte und Freiheiten die höchsten Werte darstellen und das den Inhalt und die Richtung der staatlichen Tätigkeiten bestimmt? Nach der hier vertretenen Meinung sind sie damit nicht vereinbar, da dadurch den Privatpersonen ein Schutz ihrer – dies ist zu betonen – öffentlichen, und nicht privaten Rechte, Freiheiten und Interessen verweigert wird. Der Gesetzgeber hat nicht zufällig vorgesehen, dass die Gerichte, indem sie die Rechtsprechung entsprechend dem Rechtsstaatsprinzip gewähren, jedermann das Recht auf ein faires Verfahren und die Wahrung anderer Rechte und Freiheiten, die durch die Verfassung, die Gesetze der Ukraine und ihre internationalen Abkommen garantiert sind, gewährleisten.

Aus folgenden Gründen kann ein Fazit zugunsten des weiten Begriffs der öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse, an denen Subjekte mit Hoheitsbefugnissen beteiligt sind, gezogen werden:

Erstens kommt in der modernen ukrainischen Gesellschaft im Staatsleben nicht nur die staatliche Verwaltung als eine Form der Einflussnahme auf die gesellschaftlichen Verhältnisse in Frage, sondern auch die staatliche Regulierung.

Zweitens sind bedeutende Teile der Rechtsverhältnisse, die zwischen dem Staat, den von ihm ermächtigten Subjekten und natürlichen und juristischen Personen entstehen, ihrem Wesen nach Rechtsverhältnisse über die Bereitstellung von Leistungen.

Drittens können der Staat, die von ihm ermächtigten Stellen sowie natürliche und juristische Personen miteinander in solche Rechtsverhältnisse eintreten, in denen es inhaltlich weder um die Verwaltung oder die Regulierung, noch um die Bereitstellung von Leistungen geht. Zu solchen Rechtsverhältnissen zählen die Rechtsverhältnisse mit sogenanntem allgemein-organisatorischen Charakter – dies sind solche, die Aufklärung und informationsverbreitende Tätigkeiten zum Inhalt haben (zum Beispiel, die soziale Werbung, die Verbreitung von Informationen

über die Formen und den Inhalt der staatlichen Tätigkeit, Organisation der Besuchszeiten für die Bürger bei Staatsorganen und Organen der Selbstverwaltung).

Viertens soll berücksichtigt werden, dass den Hoheitsträgern auch das Recht verliehen wird, nicht nur hoheitliche **Verwaltungsfunktionen** auszuüben, sondern auch die hoheitlichen oder öffentlichen Funktionen, die mit der Verwaltung als solcher und ihrem Inhalt überhaupt nicht verbunden sind. So haben zum Beispiel die meisten Hoheitsträger die Befugnis administrative Zwangsmaßnahmen zu treffen. In der Regel werden diese Maßnahmen durch die Organe der vollziehenden Gewalt und ihrer Amtsträger getroffen. Das bedeutendste unter diesen Organen ist die Miliz.

Wenn man die Arten und den Inhalt solcher Rechtsverhältnisse berücksichtigt, sollte man im Rahmen der Definition des Hoheitsträgers in der VwPO auf den Begriff „hoheitliche Verwaltungsbefugnisse“ verzichten. Stattdessen sollte für die Auslegung die Tatsache entscheidend sein, dass ein Organ des Staates, ein Selbstverwaltungsorgan, ihre Angestellten oder andere Bedienstete, bzw. andere ermächtigte Subjekte folgende Funktionen ausüben: 1) Verwaltungsfunktionen; 2) Regulierungsfunktionen; 3) Funktionen, die die Bereitstellung von Leistungen zum Inhalt haben; 4) Funktionen von allgemein-organisatorischen Charakter; 5) administrative Zwangsmaßnahmen.

Daher muss auf ein Verständnis der Tätigkeit der Stellen mit hoheitlichen Befugnissen als eine rein administrative Tätigkeit verzichtet werden. Diese Tätigkeit ist ihrer Natur nach auch eine öffentlich-rechtliche. Dementsprechend ist ihr Inhalt, der in einigen Artikeln der VwPO grundlos als lediglich administrativer bezeichnet ist, neu zu bewerten. In der VwPO sollte generell von der Verwendung solcher Begriffe, wie „hoheitliche Verwaltungsfunktionen“, „Sphäre der Verwaltung“ oder „Verwaltung“ (Art. 2, 3, 17 VwPO) abgesehen werden. Stattdessen sollten in der VwPO die Rechtsverhältnisse zwischen den Hoheitsträgern und natürlichen sowie juristischen Personen als öffentlich-rechtlich definiert werden.

Daher kann zusammengefasst werden, dass die in Art. 2 Abs. 1 VwPO zu findende Definition der Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit inkorrekt ist, und zwar sowohl nach der wissenschaftlichen, als auch nach der allgemein-rechtlichen Ansicht. Diese Definition begrenzt in bedeutender Weise die den Privatpersonen gegebene Möglichkeit, ihre öffentlichen Rechte, Freiheiten und gesetzlich geschützten Interessen vor Gericht zu verteidigen und verengt ohne Grund die Kompetenz der Verwaltungsgerichte. Die Definition muss also erheblich verbessert werden.

Eine Veränderung des Art. 2 Abs. 1 VwPO ist daher notwendig, um ihn an die Anforderungen der heutigen Zeit anzupassen, die eine Folge des Strebens der Ukraine danach sind, ein Rechtsstaat zu werden. Ein unabdingbares Element eines solchen Rechtsstaates ist ein effektiv funktionierendes Institut der Verwaltungsjustiz. Nach der hier vertretenen Ansicht muss die Aufgabe der Verwaltungsjustiz auf folgende Weise formuliert werden: ihre Aufgabe ist der Schutz der öffentlichen Rechte, Freiheiten und gesetzlich geschützten Interessen der an den öffentlich-

rechtlichen Rechtsverhältnissen Beteiligten, außer denen, die im Rahmen der Verfassungs- oder Strafgerichtsbarkeit geschützt werden müssen.

Zum Abschluss der Analyse der Aufgaben der heutigen ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit können einige Schlussfolgerungen gezogen werden:

- Die wichtigste Aufgabe der Verwaltungsjustiz in der Ukraine ist von den Hoheitsträgern noch nicht völlig verstanden worden. Dementsprechend führt ihr Tätigwerden heutzutage nicht immer zu den erwarteten Ergebnissen. Die Hoffnungen auf ein Ende der bürokratischen Vorherrschaft, auf die Verhinderung von Verletzungen subjektiver Rechte, Freiheiten, sowie rechtlich geschützter Interessen durch die Einrichtung eines Systems der Verwaltungsgerichte in der Ukraine sind enttäuscht worden.

- Aufgrund einiger objektiver (z.B.: die Mangelhaftigkeit des Verwaltungsprozessrechts, die Überlastung der Richter der Verwaltungsgerichte, das Fehlen einer stabilisierten Rechtsprechung in einigen Kategorien der verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten) und subjektiver Ursachen (z.B.: das Fehlen von Kenntnissen oder mangelhafte Kenntnisse im Verwaltungsprozessrecht, mangelhafte Durchführung des Verfahrens bei verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten) können natürliche Personen ihre öffentlichen Rechte, Freiheiten und rechtlich geschützten Interessen vor Verwaltungsgerichten nur mit beträchtlichen Schwierigkeiten schützen und durchsetzen. Die in Art. 2 Abs. 1 VwPO vorgesehene Aufgabe der Verwaltungsjustiz wird nicht in ordnungsgemäßer Weise erfüllt.

- Das in der Ukraine existierende Institut der Verwaltungsjustiz schützt die Rechte, Freiheiten und rechtlich geschützten Interessen der natürlichen Personen nicht effektiv und nicht rechtzeitig. Ohne professionelle Hilfe kann ein Durchschnittsbürger, der sich mit den Gesetzen nicht auskennt, seine Rechte, Freiheiten und rechtlich geschützten Interessen gerichtlich nicht durchsetzen. Als noch geringer einzuschätzen sind die Möglichkeiten, einen Hoheitsträger, gegen dessen Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassen gerichtlich vorgegangen wird, zur Verantwortung zu ziehen.

- Nachdem eine natürliche Person als ein Beteiligter in einen Prozess über eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit gegen einen konkreten Hoheitsträger eintritt, bleibt sie in diesem Prozess alleine und ohne Unterstützung. Die vom Verwaltungsprozessrecht vorgesehenen Garantien des Schutzes von Rechten, Freiheiten und rechtlichen Interessen kommen meistens nicht zur Anwendung und bleiben ohne Wirkung. Daher sind die Möglichkeiten der natürlichen Personen, ihre subjektive Rechte, Freiheiten und legitimen Interessen gerichtlich zu schützen, mit denen der Hoheitsträger von vornherein nicht vergleichbar.

So können beispielsweise die natürlichen Personen bei der Durchsetzung ihrer Rechte, Freiheiten und legitimen Interessen nur auf ihre eigenen Geldmittel zurückgreifen. Dem gegenüber verfügen die Hoheitsträger über beträchtliche Ressourcen für die Wahrung ihrer rechtlichen Interessen. In der Struktur jedes staatlichen Organs oder Selbstverwaltungsorgans ist normalerweise eine Abteilung eingerichtet, die die juristischen Funktionen professionell erfüllt und diese Organe vor

den Gerichten, in staatlichen Betrieben, Anstalten oder Organisationen vertritt und schützt. Außerdem verfügen die Hoheitssubjekte über beträchtliche Finanz-, Material- und Personalreserven, die alle Bedingungen für einen effektiven gerichtlichen Schutz ihrer Rechte und Interessen schaffen. Natürliche Personen haben ein Recht auf Rechtshilfe im Verwaltungsprozess (Art. 16 Abs. 1 VwPO), die Art und Weise ihrer Realisierung ist aber im Gesetz nicht festgelegt. Die Garantie dieser Rechtsgewährung fehlt ebenfalls.

Was sollen die Richter der Verwaltungsgerichte machen, bis Art. 2 Abs. 1 VwPO geändert wird? Man kann ihnen raten, in ihrer Tätigkeit das Rechtsstaatsprinzip aktiver und mutiger anzuwenden. Dieses Prinzip erlaubt den Richtern, diejenigen Regelungen der Rechtsnormen nicht anzuwenden, die die Rechte, Freiheiten und rechtlichen Interessen der Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens begrenzen.

Die Hoffnung bleibt bestehen, dass die jetzt existierenden Probleme im Zuge der weiteren Entwicklung der Staatlichkeit in der Ukraine gelöst werden, und wir dereinst eine vollkommene und effektive Verwaltungsjustiz haben werden.

Задачи административного судопроизводства в Украине: позиция законодателя и требования современности

Доктор юридических наук, профессор Камзюк А.Т.

Говоря о задаче административного судопроизводства Украины, следует иметь в виду, что само его существование является следствием демократического развития страны. Ведь в Советском Союзе, в котором в первую очередь защищались интересы государства, административные суды были попросту не нужны.

К сожалению, с момента возникновения государства Украина до принятия КАСС и создания административных судов прошло почти 15 лет. Поэтому можно утверждать, что украинская административная юстиция в ее теперешнем виде является достаточно молодой. Этим во многом объясняются существующие в ней проблемы.

Все же введение в Украине института административного судопроизводства ознаменовало практическую реализацию конституционного положения о том, что каждому обеспечивается право на обжалование в суде решений, действий или бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных и служебных лиц (ст. 55 Конституции Украины). С правовым урегулированием содержания и порядка административного судопроизводства практический смысл приобрел также тезис об ответственности государства перед

человеком за свою деятельность, закрепленный в ст. 3 Конституции Украины.

Административное судопроизводство – это средство судебного (принудительного) восстановления субъективных публичных прав физических и юридических лиц. Это – определяющее, из этого вытекает главная задача административного судопроизводства, которое можно определить как осуществляемые в соответствии с административно-процессуальными нормами и в определенной процессуальной форме рассмотрение и решение административным судом публично-правовых споров, отнесенных к его компетенции.

До принятия КАС, с тех пор как была провозглашена независимость Украины, в отечественной правовой науке стали появляться научные статьи, посвященные вопросам административной юстиции. Их авторы единогласно отмечали необходимость быстрее реформирования органов судебной власти, в частности, и создания административных судов. Так, первые разработчики теории административной юстиции писали о необходимости учреждения специализированных административных судов: на уровне первой инстанции – областных специализированных судов; на уровне апелляционных судов – Высшего специализированного суда; на уровне кассационной инстанции – Коллегии по административным делам Верховного Суда Украины. Что же касается компетенции административных судов, то, по мнению ученых, административный суд должен был бы рассматривать жалобы не только на управленческие решения индивидуального характера, но и на акты общего характера (например, нормативные акты, выданные государственными и местными органами власти), вопросы компенсации вреда, причиненного органами исполнительной власти и органами местного самоуправления, а также административными злоупотреблениями со стороны государственных служащих. Иначе говоря, речь шла о необходимости подведения под судебный контроль широкого круга неправомерных решений, действий или бездействия властных субъектов.

Такая точка зрения разделялась большинством ученых-правоведов, которые были едины в том, что главной задачей административной юстиции является защита прав, свобод и законных интересов частных лиц, нарушенных субъектами управленческой деятельности. Некоторые ученые к кругу задач административного судопроизводства относили также и другие: проверку законности осуществления государственными и коммунальными органами, а также их должностными лицами установленной компетенции (полномочий); осуществление норм об ответственности государственных органов, их должностных лиц за невыполнение или некачественное выполнение своих обязанностей с целью обеспечения правового статуса лица.

В настоящее же время, в соответствии с ч. 1 ст. 2 КАС Украины основной задачей административного судопроизводства является защита прав, свобод и интересов физических лиц, прав и интересов юридических лиц в сфере публично-правовых отношений от нарушений со стороны органов государственной власти, органов местного самоуправления, их должностных и служебных лиц, других субъектов при осуществлении ими властных управленческих функций на основе законодательства, в том числе при осуществлении делегированных полномочий, путем справедливого, беспристрастного и своевременного рассмотрения административных дел.

Учитывая такую задачу административного судопроизводства, по делам об обжаловании решений, действий или бездействия субъектов властных полномочий судам предписывается проверять, приняты (совершены) ли они (ч. 3 ст. 2 КАС Украины): 1) на основаниях, в пределах полномочий и способом, предусмотренных Конституцией и законами Украины; 2) с использованием полномочий с целью, с которой эти полномочия предоставлены; 3) обоснованно, то есть с учетом всех обстоятельств, которые имеют значение для принятия решения (совершение действия); 4) беспристрастно; 5) добросовестно; 6) рассудительно; 7) с соблюдением принципа равенства перед законом, предупреждая несправедливую дискриминацию; 8) пропорционально, в частности с соблюдением необходимого баланса между любыми неблагоприятными последствиями для прав, свобод и интересов лица, и целями, на достижение которых направлено это решение (действие); 9) с учетом права личности на участие в процессе принятия решения; 10) своевременно, то есть в течение разумного срока.

Развитие отечественной административно-правовой науки и переоценка ее сущности обусловили расширение содержания правоотношений, регулируемых административным правом, появление до недавнего времени неизвестных правовых институтов, отраслей права, началось формирование и обоснование сущности и содержания новой отрасли права – административного процессуального, по-новому определяются существующие категории административного права. Понятно, что такие превращения коснулись и публично-правовых отношений и их составляющих. Так, в настоящее время некоторыми учеными обосновывается идея, что участниками этих отношений могут быть и исключительно частные лица, в том числе физические. Ранее возможность административно-правовых отношений между двумя физическими лицами отрицалась категорически.

Принятие вывода о возможности участия в публичных правоотношениях исключительно физических (частных) лиц позволило сделать следующий вывод – о необходимости пересмотра задачи национального административного судопроизводства (ч. 1 ст. 2 КАС Украины), которая сводится лишь к защите прав, свобод и интересов физических лиц, прав и

интересов юридических лиц в сфере публично-правовых отношений от нарушений со стороны органов государственной власти, органов местного самоуправления, их должностных и служебных лиц, других субъектов, при осуществлении ими властных управленческих функций на основе законодательства, в частности на выполнение делегированных полномочий.

Противоречит основной задаче административного судопроизводства и возможность участия в качестве истца субъекта властных полномочий. Тем более, что хотя перечень потенциальных истцов – субъектов властных полномочий – и определяется действующим законодательством, он остается открытым (более того, он постоянно может дополняться), поскольку в п. 5 ч. 4 ст. 50 КАС Украины законодатель закрепил достаточно удобный способ узаконивания обращения к административному суду с иском и других субъектов властных полномочий.

В связи с этим многие ученые обоснованно осуждают названную практику законотворчества, когда компетенция судов неоправданно расширяется за счет подобных дел, поскольку такая “искаженная” задача административного судопроизводства подразумевала бы, что административная юстиция призвана стоять и на страже интересов государства и его органов.

Наделение субъектов властных полномочий административной процессуальной правосубъектностью истца противоречит, во-первых, основной задаче административной юстиции и административного судопроизводства, во-вторых, другим нормам КАС Украины. Так, на наш взгляд, возникает конкуренция между ч.ч. 1 и 2 ст. 2 КАС Украины и ч. 4 ст. 50, ст. 182 КАС Украины, поскольку в ст. 2 КАС Украины определено, что задачей административного судопроизводства является защита прав, свобод и интересов физических лиц, прав и интересов юридических лиц. Вместе с тем в следующих нормах КАС Украины (ч. 4 ст. 50, ст. 182 КАС Украины) эта задача искажается, поскольку уже органам исполнительной власти, их должностным и служебным лицам, другим субъектам властных полномочий предоставлена возможность оспаривать решения, действия или бездействие физических и юридических лиц. В случае подачи в административный суд искового заявления субъектом властных полномочий, направленного против физического лица, институт административной юстиции превращается, по сути, в карательный инструмент.

С целью устранения такого несоответствия норм административного процессуального законодательства друг другу, обеспечения надлежащего выполнения основной задачи административной юстиции и административного судопроизводства целесообразно было бы административные дела, которые могут возбуждаться по административным искам должностных или служебных лиц органов исполнительной власти, других субъектов властных полномочий, отнести к подведомственности общих судов, которые должны рассматривать и решать эти дела на

основании специальных законов. Исключением могут быть лишь дела по спорам об исполнении административных договоров, по которым целесообразно позволить субъектам властных полномочий выступать в качестве не только ответчика, но и истца.

Анализируя законодательно закрепленное определение задачи административного судопроизводства (ч. 1 ст. 2 КАС Украины), можно сделать вывод, что его авторы пытались приблизить задачу украинского института административной юстиции, прежде всего, к европейским стандартам, отметив в нем, что украинские административные суды рассматривают споры, возникшие в сфере публично-правовых отношений. Подобный подход законодателя не вызывает возражений, однако они есть относительно заключительных элементов ч. 1 ст. 2 КАС Украины, где идет речь о том, что далеко не все споры, возникшие в сфере публично-правовых отношений, относятся к компетенции административного суда, а лишь те из них, которые возникли в результате осуществления субъектами властных полномочий властных управленческих функций, т.е. как и в советские времена, эта деятельность именуется управленческой.

С подобной формулировкой ч. 1 ст. 2 КАС Украины многие ученые не соглашаются, поскольку в нем содержится определенная ошибка, а именно: сделан вывод, что публично-правовые отношения возникают исключительно в случаях, когда в них принимает участие орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностное или служебное лицо, другой субъект, при осуществлении им *властных управленческих функций*. Отметим, что именно на такой позиции стоит не только законодатель, но и судьи административных судов, которые выносят решения о прекращении производства по делам административной юрисдикции в тех случаях, когда ответчиком является, например, субъект публичного права, не наделенный властными полномочиями, или когда обжалуется действие (бездействие) субъекта властных полномочий, которое не может быть охарактеризовано как властно-управленческое (издание разрешительного акта). Однако, возникает вопрос: отвечают ли такие решения принципу верховенства права, в соответствии с которым, как известно, человек, его права и свободы, признаются наивысшими ценностями и определяют содержание и направленность деятельности государства? На наш взгляд, не отвечают, поскольку частным лицам отказывается в защите, подчеркнем, их публичных, а не частных прав, свобод и законных интересов. Не случайно законодатель предусмотрел, что суд, осуществляя правосудие на принципах верховенства права, обеспечивает каждому право на справедливый суд и уважение к другим правам и свободам, гарантированным Конституцией и законами Украины, а также международными договорами Украины.

Вывод о широком понимании публично-правовых отношений с участием субъектов властных полномочий можно сделать по таким основаниям.

Во-первых, в современном украинском обществе, в государственной жизни, кроме государственного управления как одной из форм влияния на общественные отношения, применяется и государственное регулирование.

Во-вторых, значительная часть правоотношений, которые возникают между государством, ее уполномоченными субъектами и физическими и юридическими лицами, по своей сути есть сервисно-обслуживающие.

В-третьих, государство, его уполномоченные субъекты и физические и юридические лица также могут вступать между собой в правоотношения, которые по своему содержанию не являются ни управленческими, ни регуляторными, ни сервисно обслуживающими. К таким правоотношениям относятся отношения, так сказать, общеорганизационного содержания – проведение разъяснительной и информационной работы (например, осуществление социальной рекламы, распространение сведений о формах и содержании деятельности органов государственной власти, организация и проведение личного приема граждан в органах государственной власти, местного самоуправления).

В-четвертых, следует иметь в виду, что субъекты властных полномочий наделены также правом осуществлять не только властные *управленческие* функции, но и властные или публичные функции, которые вообще не связаны с управлением и его содержанием. Так, например, подавляющее большинство субъектов властно-публичных полномочий наделено полномочиями применять меры административного принуждения. Как правило, эти меры применяются органами исполнительной власти и их должностными лицами. Главное место среди таких органов занимает милиция .

Исходя из видов и содержания таких правоотношений, при определении категории “субъект властных полномочий” следует отказаться от использования в КАС Украины понятия “властные управленческие функции”. Вместо этого в основу толкования указанной категории следует положить факт совершения органом государственной власти, органом местного самоуправления, их должностным или служебным лицом, другим уполномоченным субъектом одной из таких функций (действий): 1) функций управленческого содержания; 2) функций регуляторного содержания; 3) функций сервисно-обслуживающего содержания; 4) функций общеорганизационного содержания; 5) мер административно-принудительного содержания.

Поэтому необходимо отказаться от толкования деятельности субъектов властных полномочий исключительно как управленческой, поскольку по своей природе она также является публично-правовой. Соответственно поновому следует оценить содержание деятельности субъектов властных

полномочий, которая в некоторых статьях КАС Украины безосновательно определена лишь как управленческая. В этом Кодексе вообще стоит отказаться от таких категорий и понятий как “властные управленческие функции”, “сфера управления”, “управление” (ст.ст. 2, 3, 17), определив вместо этого в КАС Украины правоотношения между субъектами властных полномочий, физическими и юридическими лицами как публичные.

Следовательно, можно сделать вывод, что определение в ч. 1 в. 2 КАС Украины задачи административного судопроизводства является некорректным как с научной, так и общеправовой позиции, оно существенно ограничивает возможности частных лиц защищать в судебном порядке свои публичные права, свободы и законные интересы, необоснованно сужает пределы компетенции административного суда, в связи с чем нуждается в существенной доработке.

Таким образом, крайне необходимым является внесение изменений в ч. 1 ст. 2 КАС Украины с целью адаптации ее к требованиям настоящего, продекларированному желанием Украины быть правовым государством, одним из обязательных элементов которого является эффективно функционирующий институт административной юстиции. На наш взгляд, задача административного судопроизводства должна быть сформулирована таким образом: задачей административного судопроизводства является защита публичных прав, свобод и законных интересов участников публично-правовых отношений, за исключением тех, которые должны защищаться в порядке конституционного и уголовного судопроизводства.

В завершение анализа задачи современного административного судопроизводства Украины можно сделать некоторые теоретико-прикладные выводы:

- основное назначение административной юстиции в Украине субъектами властных полномочий воспринято не окончательно, соответственно и ее функционирование в настоящее время не всегда приносит ожидаемые результаты. Надежды на искоренение чиновничьего засилья, недопущение нарушения субъективных прав, свобод, законных интересов в связи с созданием в Украине системы административных судов оказались неоправданными;

- по ряду объективных (несовершенство административного процессуального законодательства, избыточная нагрузка судей административных судов, отсутствие устоявшейся судебной практики по отдельным категориям административных дел) и субъективных причин (неосведомленность или недостаточная осведомленность с административным процессуальным законодательством, некачественное процессуальное оформление правонарушения или осуществление производства об административном правонарушении с нарушениями) физические лица в административном суде защищают и восстанавливают свои публичные права, свободы, законные интересы со значительными

сложностями, а предусмотренная ч. 1 ст. 2 Кодекса административного судопроизводства Украины основная задача административного судопроизводства осуществляется ненадлежащим образом;

- существующий в Украине институт административной юстиции недостаточно действенно и быстро защищает публичные права, свободы и законные интересы физических лиц, и без посторонней профессиональной помощи рядовой гражданин, плохо разбирающийся в действующем законодательстве, в административном суде объективно не способен отстаивать свои права, свободы, законные интересы, а тем более – привлечь к ответственности субъекта властных полномочий, решения, действия или бездействия которого обжалуются в административном суде;

- вступив в административное дело против конкретного субъекта властных полномочий, в этом своеобразном противостоянии физическое лицо фактически остается один на один с представителем власти и административным судом, который решает это дело. Предусмотренные административным процессуальным законодательством гарантии защиты субъективных прав, свобод и законных интересов преимущественно не применяются и не действуют. Поэтому приходится констатировать об априори неодинаковых возможностях судебной защиты субъективных прав, свобод, законных интересов физическими лицами и субъектами властных полномочий. Так, свои права, свободы, законные интересы физические лица вынуждены отстаивать, имея в своем распоряжении лишь собственные финансовые ресурсы, тогда как субъекты властных полномочий наделены значительными возможностями обеспечения своих законных интересов. В структуре каждого органа государственной власти, органа местного самоуправления, как правило, создан подраздел, который профессионально осуществляет юридические функции, представляет и защищает эти органы в других органах государственной власти, судебных органах, государственных предприятиях, учреждениях, организациях. Кроме того, субъекты властных полномочий наделены значительными финансовыми, материальными и кадровыми резервами, которые создают условия качественной судебной защиты их законных прав и интересов. Физические лица, с одной стороны, наделены правом пользоваться правовой помощью при решении дел в административном суде (ч. 1 ст. 16 КАС Украины); тем не менее, механизм осуществления этого права в законодательстве не определен. Гарантии предоставления такой помощи вообще отсутствуют.

Что же касается того, что делать судьям административных судов до внесения изменений в ч. 1 ст. 2 КАС Украины, то можно посоветовать более активно и смело применять в своей деятельности такой принцип административного судопроизводства, как принцип верховенства права, который позволяет судьям не применять те положения нормативных актов, которые ограничивают права, свободы и законные интересы участников судебного процесса.

Хочется верить, что с дальнейшим развитием государственности в Украине существующие проблемы будут решены, и мы будем иметь совершенную и эффективную административную юстицию.

Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und in der Ukraine: eine vergleichende Analyse

Dr. Roman Melnyk

Das gegenwärtige ukrainische Verwaltungsprozessrecht und die verwaltungsrechtliche Lehre haben sich hauptsächlich unter dem Einfluss der deutschen verwaltungsrechtlichen Lehre, der Traditionen und der Praxis deutscher Verwaltungsgerichte entwickelt. Die Tatsache, dass in der Ukraine eine Rezeption der Grundlagen des deutschen Verwaltungsrechts stattgefunden hat, ist allgemein anerkannt¹. Daher ist eine Analyse der Theorie und der Praxis des Verwaltungsprozesses in Deutschland und in der Ukraine außerordentlich wichtig und nützlich, sowohl für die Lehre, als auch für die Praxis. Diese Analyse erlaubt es, die nationalen Besonderheiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit aufzuzeigen, die Mängel der rechtlichen Regulierung zu entdecken und einige Schlussfolgerungen zum Zustand und den Perspektiven der Entwicklung der Verwaltungsjustiz anzustellen.

In Anbetracht des oben Gesagten ist das Ziel dieses Aufsatzes eine Untersuchung der Funktionalität der deutschen und ukrainischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Als empirische Grundlage dieses Aufsatzes dienen die Ergebnisse einer soziologischen Umfrage unter Verwaltungsrichtern in Deutschland und der Ukraine. An der Umfrage haben 100 Richter der deutschen und 97 Richter der ukrainischen Verwaltungsgerichte teilgenommen.

¹ V.B. Averjanov, Verwaltungsrecht der Ukraine. Ein theoretischer Kurs: Lehrbuch in zwei Teile: Teil 1. Allgemeiner Teil, 2004, S. 27.

1 Qualifikation der Richterschaft

Die durchschnittliche Dienstdauer der deutschen Richter beträgt 16 Jahre, was nach der hier vertretenen Ansicht ein Zeichen für ein hohes Niveau der Stabilität der Fachkräfte und – indirekt – auch für ein hohes Niveau der Professionalität der Richter ist. Es ist auch festzuhalten, dass 27 % der Befragten bereits mehr als 20 Jahre als Richter beschäftigt waren.

Demgegenüber beträgt die durchschnittliche Dienstdauer der ukrainischen Befragten 6 Jahre; die maximale Dauer der Arbeit als Verwaltungsrichter liegt bei 21 Jahren, die geringste Dienstzeit betrug weniger als ein Jahr. Nach der hier vertretenen Meinung sind diese Zahlen ein Indiz sowohl für einen gewissen Mangel an Professionalität der ukrainischen Richter, als auch für die mangelnde Qualität und Stabilität im ukrainischen Gerichtssystem als Ganzem.

Die Bestimmung des mindestens notwendigen Niveaus der theoretischen und praktischen Vorbereitung eines Kandidaten stellt bekanntermaßen eine umstrittene Frage dar. Die deutsche Gesetzgebung unterscheidet sich hier von der ukrainischen und besetzt Richterstellen mit deutschen Staatsbürgern, auch wenn sie über keine einschlägige Berufserfahrung im juristischen Bereich verfügen. Die Hauptvoraussetzung für die Einstellung ist nur ein erfolgreich abgelegtes zweites juristisches Staatsexamen. Daher werden die Richterstellen relativ oft (in 29 % der Fälle) von Kandidaten ohne vorherige juristische Berufserfahrung besetzt, d.h. von Kandidaten, die gerade das Referendariat abgeschlossen haben. In das Referendariat eintreten kann, wer nach einem mindestens dreijährigen Studium an einer Hochschule das Studium mit dem ersten Staatsexamen abgeschlossen hat. Was die übrigen Verwaltungsrichter betrifft, besetzten 25 % vor der Einstellung als Richter eine Beamtenstelle, 23 % waren als Rechtsanwälte tätig, 13 % waren Rechtsassessoren, 6 % arbeiteten an den Universitäten, 2 % waren mit einer Doktorarbeit beschäftigt, und weitere 2 % besetzten überhaupt keine Stelle.

Im Vergleich zu Deutschland wird die Richterschaft in der Ukraine völlig anders gebildet. Die Ergebnisse der durchgeführten Umfrage lassen feststellen, dass die Verwaltungsrichter vor ihrer Einstellung Positionen, in denen Verantwortung zu tragen ist und Führungspositionen besetzten (stellvertretender Direktor der regionalen Justizverwaltung – 5 %, Rechtsanwalt – 18 %, Staatsanwaltsassistent – 5 %, Leiter einer Ermittlungsbehörde – 5 %, Assistent eines Richters – 25 %, Staatsanwalt – 9 %, stellvertretender Militärstaatsanwalt einer Garnison – 5 %, Leiter und stellvertretender Leiter einer Gerichtsabteilung – 14 %, Assistent des Vorsitzenden eines regionalen Wirtschaftsgerichts - 9 %, Vorsitzender eines Kreisgerichts – 5 %).

In der Umfrage wurden die Verwaltungsrichter u.a. auch gefragt, welche dieser Kandidaten am besten für das Amt des Richters geeignet seien. Die Ergebnisse haben gezeigt, dass nach der Meinung von 52 % der deutschen Richter die Besten von allen Kandidaten diejenigen Juristen sind, die vorher eine Beamtenstelle besetzten. Für 34 % sind das diejenigen, die das Referendarexamen vor kurzem abgelegt haben. Und nur

14 % der Befragten waren der Ansicht, dass der beste Kandidat für eine Richterstelle ein ehemaliger Rechtsanwalt sei.

Diese Ergebnisse zeigen, dass die überwiegende Mehrheit der deutschen Verwaltungsrichter vor der Einstellung über keine praktische Erfahrung verfügte. Dabei findet ein Drittel der Richter nichts Schlechtes daran. Sie äußern sich dahingehend, dass die Hochschulabsolventen auf einem guten Niveau den Pflichten eines Verwaltungsrichters nachkommen können. Diese Einstellung erklärt sich allerdings dadurch, dass die jungen Juristen an den Universitäten die Möglichkeit haben, eine theoretische und praktische Vorbereitung auf einem außerordentlich hohen Niveau zu bekommen. Mit anderen Worten, das Funktionieren der deutschen Verwaltungsgerichte zeigt sehr klar, dass ein Hochschulabsolvent, der das Studium erfolgreich absolviert und zwei Staatsexamina abgelegt hat, dazu fähig ist, ein Verwaltungsrichter zu werden. Für ein recht hohes Ausbildungsniveau der deutschen Jurastudenten sprechen nach der hier vertretenen Ansicht auch die Antworten der Verwaltungsrichter auf die Frage zur Notwendigkeit einer zusätzlichen Vorbereitung der Kandidaten auf die Richterstellen (die der ukrainischen Richterakademie ähneln würde). 68 % der Befragten haben geantwortet, dass sie eine zusätzliche Vorbereitung der Kandidaten vor der Einstellung nicht für nötig halten. Nach ihrer Meinung ist dies damit verbunden, dass die Zeit, während der sich die zukünftigen Kandidaten im Referendariat befinden, optimal und ausreichend ist, um alle notwendigen theoretischen und praktischen Kenntnisse zu erwerben. Eine beträchtliche Anzahl der befragten Richter (32 %) hält dagegen die Einführung eines Institutes für die richterliche Fortbildung für zweckmäßig. Nach der Ansicht einiger Richter, wäre die Einführung eines ungefähr zweimonatigen „Vorbereitungsprogramms“ unmittelbar vor der Einstellung und eine jährliche einwöchige Fortbildung während der ersten drei Jahre zweckmäßig.

Die ukrainischen Richter waren ungefähr der gleichen Meinung in Bezug auf die besten Kandidaten für die Stelle eines Verwaltungsrichters. 58 % der Richter haben Juristen unterschiedlicher Kategorien als geeignetste Kandidaten für eine Richterstelle genannt (ein Richterassistent oder ein Protokollführer in der Gerichtssitzung, ein Jurist mit der Erfahrung im Bereich der öffentlichen Verwaltung); 25 % haben die Rechtsanwälte, 9 % - Absolventen der juristischen Hochschulen, 8 % - Hochschuldozenten genannt. Interessant dabei ist, dass die überwiegende Mehrheit der ukrainischen Richter als die der Besetzung einer Richterposition vorangehende Stelle, die am besten auf den Richterberuf vorbereitet, die Kategorie der juristischen Berufe genannt hat, aus der sie selber vor der Einstellung stammten. Vielsagend ist auch das Niveau des Misstrauens gegenüber der Eignung von Hochschulabsolventen.

Die Notwendigkeit der Einführung einer zusätzlichen Ausbildung für den Schwerpunkt „Gerichtsverfahren“ in der Ukraine analysierend, hat sich die überwiegende Mehrheit der befragten ukrainischen Richter (77 %) für die Zweckmäßigkeit der genannten Ausbildung als Voraussetzung für die Besetzung einer Richterstelle ausgesprochen. Nur 23 % aller Befragten hingegen haben sich nicht zu-

stimmend geäußert. Wiederum aussagekräftig ist auch die Tatsache, dass die meisten (80 %) Befragten, die das Konzept einer zusätzlichen Ausbildung nicht unterstützen haben, selber nur kurz –1 bis 6 Jahre – als Richter gearbeitet haben.

Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Tatsache, dass die Mehrheit der Stimmen für die Zweckmäßigkeit einer zusätzlichen Ausbildung abgegeben wurden, zweierlei Bedeutung. Sie zeigt erstens, dass das Niveau der Kenntnisse und der Vorbereitung der Hochschulabsolventen nicht immer befriedigend ist, und zweitens, dass das geltende Recht instabil ist und zu oft geändert wird.

2 Selbstständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine war mit der Entscheidung der Frage nach der Notwendigkeit eines selbstständigen Zweigs der Judikative – der Verwaltungsgerichte – verbunden. Darüber wird immer noch gestritten. Unter anderem wird die Ansicht vertreten, dass die Verwaltungsgerichte als institutionell selbstständige Struktur nicht notwendig seien. Daher war es interessant, auch die Meinung der deutschen Richter bezüglich der Zweckmäßigkeit der Existenz unterschiedlicher gerichtlicher Strukturen für die verschiedenen Kategorien der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten (Verwaltungsgerichte, Finanzgerichte, Sozialgerichte, etc.) zu erfahren. 68 % der befragten deutschen Richter waren der Ansicht, dass die Existenz spezialisierter Verwaltungsgerichtsbarkeiten neben den allgemeinen Verwaltungsgerichten zweckmäßig ist. Das Hauptargument dafür war, dass die Spezialisierung des Gerichts zur Erhöhung der Professionalität einzelner Richter beitragen kann. „Die Komplexität der Gesellschaft und ihrer Organisationen, so einer der Befragten, führt auch zu der Komplexität des öffentlichen Rechts. Die Hauptaufgabe der Richter ist es, das Recht zu kennen. Sie sind zur Kompetenz verpflichtet. Nur mit Hilfe spezieller Kenntnisse ist es möglich, die fachliche Autorität, die für das Funktionieren der Gerichte dermaßen wichtig ist, zu gewinnen und zu schützen.“ Andererseits, wie andere Richter angemerkt haben, ist die Notwendigkeit der gerichtlichen Spezialisierung dadurch zu erklären, dass sich die Rechtsgebiete erheblich voneinander unterscheiden, sodass die Justizgewährung „unter einem gemeinsamen Dach“ nicht effektiv wäre. Allerdings sind andererseits auch 32 % der Verwaltungsrichter der Meinung, dass die Existenz spezialisierter Verwaltungsgerichte nicht gerechtfertigt sei. Dies haben sie damit begründet, dass eine solche Organisation der Verwaltungsjustiz dazu führe, dass mehrere parallele prozessuale Strukturen vorhanden seien, der Bevölkerung das Verstehen des Gerichtssystems erschwert werde und unnötige Kompetenzstreitigkeiten ausgelöst würden. Zusätzlich entstehe eine finanzielle Belastung für den Staat. Die Erweiterung des „Horizontes“ eines Richters und die Erhöhung seiner Fachkompetenz werden nicht gefördert. Abschließend wurde genannt, dies führe zu einer „Privatisierung“ der Judikative und zur Behinderung der Kollegialkontrolle sowie zu mangelnder Unabhängigkeit der Richter.

Die ukrainischen Richter waren von der Zweckmäßigkeit der Einführung des Systems der Verwaltungsgerichte in größerem Maße überzeugt: für die Einführung haben sich 95 % aller Befragten ausgesprochen. Nur 5 % waren dagegen. Daraus folgt, dass die ukrainischen Richter zur Einführung europäischer gesellschaftlich-staatlicher Institutionen und zur Rezeption der Traditionen des Weltrechts in der Ukraine generell bereit sind.

Dagegen haben sich die ukrainischen Richter zur Errichtung spezialisierter Verwaltungsgerichtsbarkeiten ablehnender geäußert. Rund 55 % der Befragten waren sich sicher, dass die Einführung der spezialisierten Verwaltungsgerichtsbarkeiten nicht zweckmäßig sei; 23 % waren der Meinung, dass es gerechtfertigt sei und 22 % haben die Einführung einer Spezialisierung gebilligt, jedoch nicht im System der Verwaltungsgerichte als ganzem, sondern im Geschäftsverteilungsplan einzelner Gerichte.

3 Effektivität der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Wissenschaftliche Arbeiten, die eine Analyse der Arbeit deutscher Verwaltungsgerichte zum Gegenstand haben, erwecken bei den Lesern in den meisten Fällen den Eindruck, dass die deutsche Verwaltungsjustiz fast tadellos funktioniere. Die deutschen Verwaltungsrichter selbst haben eine etwas andere Meinung. Bei der Beantwortung der Frage nach dem Funktionieren deutscher Verwaltungsgerichte haben beispielsweise nur 31 % der Befragten angegeben, dass diese optimal funktionieren würden. 61 % haben hervorgehoben, dass sie zwar gut genug funktionierten, ihre Arbeit jedoch noch verbessert werden solle. Nach der Ansicht von 8 % der befragten Richter ist die Arbeit der deutschen Verwaltungsgerichte mit wesentlichen Mängeln behaftet.

Es wird also deutlich, dass die Verwaltungsgerichte Deutschlands nach der Meinung der Vertreter der deutschen Judikative nicht tadellos funktionieren. Ihre Arbeit ist mit bestimmten organisatorischen und rechtlichen Schwierigkeiten behaftet, die, nach der Ansicht der Richter, die Effektivität dieser Arbeit beeinträchtigen.

Generell positiv (jedoch mit bestimmten Vorbehalten) bewerten die ukrainischen Richter das Funktionieren der Verwaltungsgerichte und die Verwaltungsgewährung in der Ukraine. 74 % der Befragten waren der Meinung, dass die Verwaltungsgerichte in der Ukraine gut genug funktionieren würden; 16 % waren sich dessen nicht sicher und nur 10 % denken, dass das System der Verwaltungsgerichte an erheblichen Mängeln leidet. Dabei hat die Mehrheit der ukrainischen Richter – 77% – angegeben, dass es in der Ukraine Probleme gebe, die die Gewährung der Verwaltungsjustiz beeinträchtigen; nur 23 % sind der Meinung, dass es keine solchen Probleme gebe. Die Mehrheit solcher Probleme ist nach der Ansicht der befragten Richter mit der unzureichenden Finanzierung der Verwaltungsgerichte verbunden (63 % der Richter). 45 % sind der Meinung, dass die Justizgewährung durch die Mängel der

Gesetze über die Gerichtsverfassung erschwert werde. 36 % sehen das Problem in einem Mangel an kompetenten Richtern.

Die Effektivität der Verwaltungsjustiz kann inzwischen auch anhand des Vertrauens der Bevölkerung in die Arbeit der Gerichte, der Nähe der Gerichte zu der Bevölkerung, sowie der Nachvollziehbarkeit und Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Tätigkeit bewertet werden. Daher ist es nicht erstaunlich, dass in Deutschland viele Maßnahmen getroffen werden, die darauf abzielen, die genannten Aspekte des Judikative-Bevölkerungs-Verhältnisses zu verbessern. Dies ist durch die Ergebnisse der durchgeführten Umfrage bestätigt worden: 97 % der Befragten waren der Meinung, dass die Anzahl der Verwaltungsgerichte und ihre territoriale Verteilung das Bedürfnis der Bevölkerung nach Zugang zu den Gerichten vollständig befriedigen. Relativ hoch haben die Richter auch das Transparenzniveau der Justizgewährung bewertet: 78 % sind der Meinung, dass die Verwaltungsjustiz für die Bürger transparent und verständlich sei. 22 % der Richter halten dagegen die Verwaltungsjustiz für die Gesellschaft nicht für transparent genug, was unter anderem damit zusammenhängt, dass die Bürger mit den Verwaltungsgerichten normalerweise nicht in Kontakt kommen – was wiederum dazu führt, dass sie auch keine klare Vorstellung davon haben, welche Streitigkeiten von einem Verwaltungsgericht entschieden werden.

Ungefähr genauso wie ihre deutschen Kollegen haben die ukrainischen Richter die Nachvollziehbarkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit für Privatpersonen bewertet. 46 % der Befragten gaben an (allerdings nicht ganz ohne Zweifel), dass die Verwaltungsjustiz für die Bürger mehr oder weniger verständlich sei; 9 % haben die Verständlichkeit der Justiz positiv bewertet; 27 % sind der Meinung, dass Privatpersonen die Abläufe in der Verwaltungsgerichtsbarkeit fast gar nicht nachvollziehen können; 18 % haben keine eindeutige Antwort gegeben.

Interessant sind die Antworten auf die Frage, wer für die Beseitigung der oben genannten Missstände verantwortlich sein soll. Nach der Ansicht von 37 % der deutschen Befragten müssen Maßnahmen von Verwaltungsgerichten (von den Richtern) getroffen werden. 19 % der Befragten halten die Regierung für zuständig, 18 % das Justizministerium, 8 % gesellschaftliche Einrichtungen; 4 % den Gesetzgeber; 5 % - die Medien; 4 % - die Schulen; und 5 % sind der Meinung, dass alle genannten Subjekte diese Maßnahmen gemeinsam treffen sollten. Die Mehrheit der Richter geht also davon aus, dass sie selbst die Hauptverantwortung für die Verständlichkeit und Transparenz der Verwaltungsjustiz tragen, da ein Gerichtsverfahren nicht transparent und verständlich sein kann, ohne dass die Richter und andere Mitarbeiter der Gerichte für die Kommunikation mit dem Bürger offen sind.

Im Unterschied zu ihren deutschen Kollegen sieht die Mehrheit der ukrainischen Richter für sich keine Möglichkeit, eine Verpflichtung zur Gewährleistung der Verständlichkeit der Verwaltungsjustiz zu übernehmen. Von 36 % der Befragten wurde das Justizministerium als Verantwortlicher genannt; 27 % halten das Ministerkabinett für zuständig; 7 % die gesellschaftlichen Einrichtungen; 3 % haben andere Subjekte als Verantwortliche genannt (z.B. die staatliche Gerichtsver-

waltung der Ukraine, die Werchowna Rada [=den Obersten Rat], die Rechtsanwälte, die Staatsorgane, die Selbstverwaltungsorgane, die Medien, den Präsidenten der Ukraine, den Obersten Gerichtshof der Ukraine, das obere Verwaltungsgericht der Ukraine). Daraus folgt, dass die Verantwortung für die Gewährleistung der günstigen Zugangsbedingungen zu den Verwaltungsgerichten ausnahmslos allen staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen auferlegt werden soll. Dem ist zuzustimmen. Allerdings soll die Hauptrolle bei der Gewährleistung der Zugänglichkeit und der Transparenz der Verwaltungsjustiz vom Staat (vor allem in Gestalt der Verwaltungsgerichte) übernommen werden.

4 Unabhängigkeit der Richter

Wichtig für das ordnungsgemäße Funktionieren der Verwaltungsgerichte ist zweifellos auch die Frage der Unabhängigkeit der Richter. Aus der Analyse der Antworten der deutschen Richter folgt, dass sie sich ihrer Unabhängigkeit sicher sind. Die richterliche Unabhängigkeit in Deutschland wird, nach ihrer Meinung, durch folgende Faktoren gewährleistet: die im Grundgesetz verankerte Garantie der richterlichen Unabhängigkeit; die richterliche Selbstverwaltung; die Entwicklung zur professionellen Tätigkeit; angemessene Finanzierung (sowohl der Richter, als auch der Gerichte im Allgemeinen); Unabhängigkeit von politischem Einfluss; eine Freiheit im Privatleben; Unmöglichkeit der Entlassung eines Richters und seiner Versetzung auf einen anderen Posten; schwerwiegende Sanktionen für diejenigen, die auf einen Richter Einfluss genommen haben oder dies beabsichtigen; organisatorische Unabhängigkeit der Gerichte von der Organen der vollziehender Gewalt; persönliche Unabhängigkeit usw..

Mit Blick auf das Thema der richterlichen Unabhängigkeit wurden die deutschen Richter auch dazu befragt, was sie von dem in 2007-2008 in der Ukraine diskutierten Vorschlag zur Wählbarkeit der Richter durch die Bevölkerung² halten. Die Analyse der Fragebogen hat gezeigt, dass 95 % der Befragten sich ausdrücklich dagegen ausgesprochen und bemerkt haben, dass gerade dies zu einer Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit führen würde. Die restlichen 5 % der Befragten, die das Konzept der Wählbarkeit der Richter unterstützt haben, hatten auch bestimmte Bedenken bezüglich der Effektivität einer solchen Besetzung der Richterstellen. Nach ihrer Meinung müsste man solche Wahlen sehr vorsichtig und ausgewogen gestalten; die Wahlen könnten dadurch verbessert werden, dass die Richter nicht direkt, sondern indirekt durch Parlamentsausschüsse oder das Parlament gewählt werden.

Ausnahmslos auch alle ukrainischen Richter haben sich gegen die Wählbarkeit der Richter ausgesprochen. Folgende Argumente wurden genannt: die Wähler kennen die Kandidaten für die Richterstelle nicht; mögliche Mängel an Kenntnis-

² V. Dolezan, Für die saubere Richterroben. Die Wählbarkeit der Richter: ein Wundermittel gegen das Böse oder ein Element der Wahltechnologien?, in: ders., Gesetz und Business, Nr. 37, 2007.

sen, sowohl bei den Wählern, als auch bei den Gewählten; fehlende Kenntnis der Besonderheiten des Richterberufs; Amtsschummel und Täuschungen bei der Vorbereitung der Wahlen.

5 Bewertung und Ausblick

In der Gesamtschau der Ergebnisse der Befragung offenbaren sich deutliche Unterschiede in den Funktionsbedingungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und der Ukraine. Dennoch muss bei dem Vergleich der ukrainischen Verwaltungsjustiz mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit der bedeutendsten europäischen Länder ein blindes Kopieren der prozessualen Traditionen anderer Staaten, die bereits durch die Zeit und Erfahrung geprüft wurden (und die in Ländern wie Deutschland, Frankreich, England oder Österreich über fast 200 Jahre entwickelt wurden), abgesehen werden. Außerdem kann es keine Zweifel daran geben, dass bei einer wissenschaftlichen Betrachtung des einen oder anderen Rechtsinstituts unbedingt auch die historischen Aspekte seiner Entwicklung beachtet werden müssen. Diese Ansicht wird von vielen Autoren unterstützt; es wird dabei hervorgehoben, dass die Geschichte des Rechts unschätzbar wertvolles Material zur Feststellung der wissenschaftlichen Kriterien für die Bewertung der gesellschaftlichen Phänomene und ihrer rechtlichen Verwirklichung darstellt. Sie eröffnet auch die Möglichkeit, die theoretischen Schlussfolgerungen auf ein solides Faktenfundament zu stützen.³

Nach der hier vertretenen Meinung sollen aber die progressiven Erfahrungen, die von den europäischen Ländern in der verwaltungsprozessrechtlichen Lehre und der Praxis der Verwaltungsjustiz gesammelt worden sind, und das Beste, was im Laufe der vorhergehenden Entwicklung der ukrainischen und ausländischen Rechtslehre erworben worden ist, sozusagen *in vitro* erprobt werden: die Einzelheiten des Verwaltungsgerichtsverfahrens sollten in konkreten Modellen (in Modellen) erarbeitet werden.

³ R.O. Halfina, Die Bedeutung der rechtlich-historischer Studien für die Theorie des Rechts, in: ders., Methodologie der rechtlich-historischer Studien, 1980, S. 29.

Практика административного судопроизводства в Германии и Украине: сравнительный анализ

Кандидат юридических наук, доцент Мельник Р.С.

Современное украинское административное процессуальное законодательство и наука сформированы, главным образом, под влиянием административно-правовой науки Германии, ее традиций и практики осуществления административного судопроизводства. Общеизвестным является факт рецепции в Украине основных положений немецкого административного права.¹ Таким образом, анализ теории и практики осуществления административного судопроизводства в Германии и Украине является чрезвычайно важным и полезным как для правовой науки, так и для практики. Он, на наш взгляд, позволит показать национальные особенности института административной юстиции, обнаружить недостатки законодательного регулирования функционирования национальной системы административных судов, сделать выводы о состоянии и перспективах развития административного судопроизводства.

Учитывая изложенное, целью данной статьи является исследование функционирования немецкого и украинского институтов административной юстиции, эмпирическую основу которого составили результаты

¹ Административное право Украины. Академический курс : Учебник : В двух томах: Том 1. Общая часть / Ред. коллегия: В.Б.Аверьянов (председатель). – К. : Издательство “Юридическая мысль”, 2004. – 584 с, с. 27.

социологического опроса судей административных судов Германии¹ и Украины. Участниками социологического исследования стали 100 судей административных судов Германии и 97 судей украинских административных судов разных уровней.

Средний стаж практической деятельности на должности судьи немецкого административного суда среди опрошенных судей составил 16 лет, что, на наш взгляд, свидетельствует о довольно высоком уровне стабильности кадров, а также - опосредствованно - и о высоком профессиональном уровне представителей немецкого правосудия. Вместе с этим, отметим, что 27 % опрошенных судей работают на этой должности больше 20 лет.

Вместе с тем средняя продолжительность работы украинских респондентов на должности судьи составляет 6 лет; наибольшая продолжительность — 21 год, наименьшая — до одного года. Мы убеждены, что приведенные цифры являются свидетельством как определенной непрофессиональности отечественных судей, так и недостаточного качества и устойчивости функционирования национальной системы судов в целом.

Как известно, довольно дискуссионным вопросом является определение минимально необходимого уровня теоретической и практической подготовки кандидата на должность судьи. Немецкое законодательство в этом вопросе несколько отличается от украинского, предоставляя, как следствие, гражданам Германии право занимать должность судьи и при отсутствии опыта практической работы в сфере права. Главным требованием является лишь успешно сданный второй государственный экзамен. Учитывая это, довольно часто (в 29 % случаях) должности судей административных судов в Германии занимают лица без практического опыта работы в области права, то есть те, которые до момента назначения на должность судьи находились в статусе правового референдара. Референдаром может быть назначено лицо, которое прошло по меньшей мере трехлетнее обучение в университете и сдало первый государственный экзамен. Касательно остальных судей административных судов, то 25 % из них перед назначением на должность судьи административного суда работали на должностях государственного служащего; 23 % — были адвокатами; 13 % — имели статус асессора; 6 % — работали в университете; 2 % — учились в аспирантуре; 2 % — не занимали никакой должности.

В отличие от Германии, практика формирования судейского корпуса в Украине принципиально иная. Так, по результатам проведенного анкетирования установлено, что назначению на должность судьи административного суда предшествовала работа на ответственных и руководящих должностях

¹ Социологическое исследование функционирования немецкого института административной юстиции проведено в 2007-2008 годах при финансовой поддержке Немецкой службы академических обменов. Особенную благодарность при проведении анкетирования высказываем профессору Томасу Ману, заведующему кафедрой административного права университета им. Георга Августа (г. Гьотинген).

(заместитель начальника областного управления юстиции – 5 %, адвокат – 18 %, помощник прокурора – 5 %, начальник следственного отдела – 5 %, помощник судьи – 25 %, следователь – 9 %, заместитель военного прокурора гарнизона – 5 %, начальник и заместитель отдела суда – 14 %, помощник председателя хозяйственного суда области – 9 %, председатель районного суда – 5 %).

В процессе анкетирования судьям был задан вопрос относительно определения категории наилучшего претендента на названную должность. Результаты опрашивания показали, что 52 % судей Германии считают, что лучшим претендентом на должность судьи является юрист, который находился на государственной службе. Вместе с этим, 34 % судей высказались в пользу того, что наилучшей кандидатурой на должность судьи является лицо, которое в недавнем прошлом сдало референдар-экзамен. И только 14 % опрошенных поддержали мысль, что лучшим претендентом на должность судьи административного суда является бывший адвокат.

Подобные результаты, по нашему мнению, свидетельствуют о том, что в Германии подавляющее большинство судей административных судов на момент их назначения на эту должность не имело практического опыта работы в сфере права. К тому же, как показывают цифры, треть действующих судей не находят в этом ничего плохого, высказываясь за то, что выпускники юридических вузов и факультетов могут на достойном уровне исполнять обязанности судьи административного суда. Тем не менее, как мы понимаем, такое отношение к молодым специалистам связано исключительно с высоким уровнем их теоретической и практической подготовки, которые они имеют возможность получить во время обучения в университете. Другими словами, практика деятельности немецких административных судов четко показывает, что судьей административного суда может быть выпускник университета, который успешно овладел учебной программой и сдал два государственных экзамена. О довольно высоком уровне подготовки студентов-юристов в Германии, на наш взгляд, свидетельствуют и ответы судей административных судов на вопрос относительно необходимости существования дополнительного обучения претендентов на должность судьи (наподобие отечественной Академии судей). Так, 68 % респондентов ответило, что не считают необходимым проводить дополнительное обучение лиц перед их зачислением на судейскую должность. По их мнению, это связано с тем, что время, на протяжении которого лица проходят референдар-службу, является оптимальным и достаточным для получения ними необходимых теоретических и практических знаний. Вместе с этим, значительное количество опрошенных судей (32 %) считает целесообразным внедрение института повышения квалификации судей. По мнению некоторых из них, целесообразной выглядит “подготовительная программа” (непосредственно перед назначением на должность) продолжительностью около двух месяцев,

а потом, раз в год на протяжении трех лет, — регулярное повышение квалификации продолжительностью около одной недели.

Примерно подобными относительно наилучшего кандидата на должность судьи административного суда являются соображения украинских судей, 58 % которых наилучшим кандидатом назвали разные категории юристов (помощник судьи или секретарь судебного заседания, юрист с опытом работы в области публичного управления); 25 % — адвоката, 9 % — выпускника высшего учебного заведения юридического профиля, преподавателя высшего учебного заведения юридического профиля — 8 %. Интересный факт — подавляющее большинство украинских судей наилучшей должностью, которая может предшествовать назначению на должность судьи, назвали именно ту, которую они сами занимали до собственного назначения. В то же время, показательным является и уровень недоверия действующих судей к кандидатам, которые имеют статус выпускника высшего учебного заведения юридического профиля.

В свою очередь, анализируя потребность внедрения в Украине дополнительного образования по направлению подготовки “судопроизводство”, подавляющее большинство опрошенных судей (77 %) заявило о целесообразности получения претендентом на занятие должности судьи указанного образования. И лишь 23 % респондентов не заявило о необходимости получения дополнительного образования. Показательно, что большинство представителей последней группы опрошенных судей (80 %), которые не поддержали идею о дополнительном образовании, на должности судьи проработали непродолжительное время — от 1 до 6 лет.

Считаем, что большинство ответов о целесообразности получения претендентом на занятие должности судьи дополнительного образования указывает на две вещи: во-первых, на не всегда удовлетворительный уровень знаний и подготовки выпускников высших юридических учебных заведений и, во-вторых, на непостоянство и слишком часто меняющееся действующее законодательство.

Внедрения административного судопроизводства в Украине было связано с решением вопроса о необходимости существования самостоятельной ветви судебной власти — административных судов. По сей день ведутся разговоры по этому поводу, где, в частности, высказываются мысли о ненужности административных судов как самостоятельной институциональной структуры. В связи с этим, интересно было услышать мнение немецких судей по поводу целесообразности существования судебных инстанций по рассмотрению отдельных публично-правовых споров — административных судов, финансовых судов, социальных судов и т.п. В частности, 68 % опрошенных судей ответили, что существование отдельной административной юрисдикции рядом с общей административной юрисдикцией является целесообразным. Главным аргументом в пользу такой позиции была мысль о том, что специализация суда разрешает повысить профессиональную

компетентность судьи. “Комплексность общества и его организаций, – указал один из респондентов, – влечет за собою и комплексность публичного права. Основной задачей судей является знание права, в котором они обязаны быть компетентными. Только посредством специальных знаний возможно завоевать и защищать профессиональный авторитет, который так важен для работы судов”. С другой же стороны, как отмечали судьи, необходимость специализации объясняется и наличием существенных отличий между отраслями права, а раз так, то работа под “общей крышей”, по их мнению, не была бы эффективной.

Вместе с тем 32 % судей административных судов отметили, что, по их мнению, существование специализированных административных судов не оправдывает себя. В качестве обоснования этой позиции они отмечали, что подобное построение административной юрисдикции: приводит к существованию параллельных процессуальных структур; усложняет понимание населением судебной системы; вызывает лишние споры между судами по поводу подсудности дел; вызывает дополнительную финансовую нагрузку на государство; не способствует расширению “кругозора” судьи и повышению его профессиональной компетенции; приводит к “приватизации” судебной власти и сужению коллегиального контроля и судебской независимости и т.п.

Большую уверенность относительно оправданности внедрения в Украине системы административных судов высказали украинские судьи, о чем заявило 95 % опрошенных и лишь 5 % – поставило под вопрос необходимость такого внедрения. Из изложенного вытекает, что украинские судьи в целом готовы к восприятию и внедрению европейских общественно-государственных институций, распространению в украинском государстве традиций мирового права.

Вместе с тем украинские судьи достаточно негативно отозвались о создании специализированных административных судов. Около 55 % опрошенных уверенно заявило о нецелесообразности внедрения в Украине деления административных судов на виды; 23 % все-таки уверены в рациональности такого деления и около 22 % – высказали одобрительную мысль о внедрении специализации, но не в системе административных судов, а внутри отдельно взятого суда.

Изучение работ, посвященных анализу функционирования немецкого института административной юстиции в подавляющем большинстве случаев вызывает у читателей впечатление, что немецкое административное судопроизводство функционирует почти идеально. Однако судьи немецких административных судов на самом деле думают несколько иначе. Так, отвечая на вопрос о функционировании системы административных судов, лишь 31 % респондентов ответили, что административные суды Германии функционируют оптимально. В то же время 61 % – подчеркнули, что суды функционируют достаточно оптимально, но их работу надо

совершенствовать. По мнению 8 % опрошенных судей в работе немецких административных судов встречаются значительные недостатки.

Итак, как видим, по мнению представителей немецкого правосудия функционирование административных судов Германии также является далеко не идеальным, их деятельность сопровождается определенными организационными и правовыми трудностями, которые, по убеждению немецких судей, снижают эффективность их работы.

В целом одобрительно — хотя и с некоторыми оговорками — отзываются украинские судьи о качестве функционирования в Украине административных судов и осуществления ими административного судопроизводства. Так, о достаточной оптимальности функционирования административных судов Украины высказалось около 74 % опрошенных, 16 % — уверенно заявили о такой оптимальности и лишь 10 % уверены в том, что система административных судов имеет значительные недостатки. Также подавляющее большинство украинских судей — 77 % — заявило о наличии в Украине проблем, которые препятствуют осуществлению административного судопроизводства; лишь 23 % признали, что таких проблем не существует. Львиная часть таких проблем, по мнению опрошенных судей, связана с недостаточным финансированием административных судов (об этом заявили приблизительно 63 % судей), усложняет осуществление административного судопроизводства несовершенство законодательства о судостроительстве — считают 45 % опрошенных, причиной препятствования административному судопроизводству 36 % судей назвали недостаток профессиональных судей.

Эффективность административного судопроизводства, между тем, измеряется и доверием населения к деятельности суда, приближенностью судебных инстанций к гражданам, понятностью и предсказуемостью деятельности суда. Поэтому не удивительно, что в Германии осуществляется немало мероприятий, направленных именно на названные аспекты взаимоотношений населения и судебной власти. Это, собственно, подтвердили и результаты социологического опроса. Так, в частности, 97 % респондентов высказали уверенность в том, что количество административных судов, а также их территориальное размещение полностью удовлетворяют потребности населения в доступе к правосудию. Довольно высоко оценили судьи административных судов также и уровень прозрачности административного судопроизводства, указав (78 %), что административная юрисдикция прозрачна (понятна) для граждан. Вместе с этим, 22 % судей считают, что административная юрисдикция не является достаточно прозрачной для общественности, отмечая, в частности, что обычно граждане не имеют дел с административной юрисдикцией и, в связи с этим, у них складывается недостаточное представление о вопросах, которые там рассматриваются и решаются.

Примерно так же, как и их немецкие коллеги, оценили понятность административного судопроизводства для частных лиц и украинские судьи. Итак, с некоторой неуверенностью, но довольно понятным оценили отечественное административное судопроизводство 46 % опрошенных, 9 % – утвердительно высказались о понятности указанного судопроизводства, 27 % заявили о том, что административное судопроизводство для частных лиц почти непонятное и приблизительно 18 % респондентов неоднозначно отозвались о такой понятности, дифференцированно оценив указанное качество административного судопроизводства.

Интересен ответ на вопрос, связанный с выяснением круга субъектов, ответственных за реализацию названных выше мероприятий. По мнению 37 % немецких респондентов, этой работой должны заниматься административные суды (судьи); 19 % опрошенных считают, что правительство; 18 % – министерство юстиции; 8 % – общественные организации; 4 % – законодатель; 5 % – средства массовой информации; 4 % – школы; 5 % – все названные выше субъекты вместе. Итак, как видим, большинство судей убеждены в том, что наибольшая ответственность за развитие понятного и прозрачного для населения административного судопроизводства лежит именно на них, поскольку не может быть понятного и прозрачного процесса без открытых для общения с гражданами судьи и работников аппарата суда.

В отличие от немецких коллег, большинство украинских судей не усматривает потребности возложения обязанности обеспечения понятности административного судопроизводства именно на судей. Так, основным субъектом обеспечения такой понятности было названо Министерство юстиции Украины (36 %), 27 % опрошенных заявили, что указанной работой должны заниматься Кабинет Министров Украины и суды, 7 % высказали пожелание возложить обязанность относительно обеспечения понятности административного судопроизводства на общественные организации и 3 % – назвали других субъектов (Государственная судебная администрация Украины, Верховная Рада Украины, адвокатура, орган государственного управления, органы местного самоуправления, средства массовой информации, Президент Украины, Верховный Суд Украины, Высший административный суд Украины). Из изложенного вытекает, что ответственность за создание благоприятных условий доступа к отечественному административному судопроизводству может возлагаться на все без исключения общественно-государственные образования и с этим следует согласиться. Впрочем, решающая роль относительно организации и обеспечения доступности и понятности административного судопроизводства все-таки должна оставаться за государством, в лице, прежде всего, административных судов.

Безусловно, важным для надлежащего функционирования административного судопроизводства является и вопрос о независимости

судей. Анализируя ответ на него со стороны представителей немецкого правосудия, можно прийти к выводу, что последние довольно уверены в плане своей независимости. Судейская независимость, по их мнению, обеспечивается в Германии посредством: закрепленных на конституционном уровне гарантий судейской независимости; судейского участия в принятии решений (судейское самоуправление); воспитания и развития профессионального самосознания; надлежащего финансирования как судей, так и судов в целом; свободы от политического влияния и свободы в личной жизни; невозможности увольнения судьи и его перевода на другую должность; применения строгих мер ответственности к лицам, которые влияют или намерены повлиять на судью; организационного обособления судов от административных органов власти; личной внутренней независимости и т.п.

В плоскости разговора о судейской независимости судьям немецких административных судов был поставлен вопрос об их отношении к обсуждавшемуся в Украине в 2007-2008 г.г. предложению перейти к выборности судей населением.² Анализ анкет показал, что 95 % респондентов высказалось категорически против, отмечая, прежде всего, что такой шаг приведет именно к снижению уровня судейской независимости. Что же касается тех респондентов (5 %), которые поддержали идею выборности судей, отметим, что и они высказывали также определенные опасения относительно эффективности такого способа замещения должностей судей административных судов, предлагая, как следствие, очень взвешенно подходить к процедуре выборов, которая, по их мнению, только выиграла бы, если бы такие выборы были не прямыми, а осуществлялись через парламентские комитеты либо парламент.

Относительно выборности судей негативно высказались и все без исключения украинские судьи, в качестве аргументов такого ответа назывались: неосведомленность избирателей с кандидатом на должность судьи; возможная непрофессиональность как самих избирателей, так и их избранников; неосведомленность с особенностями судейской профессии; предвыборная волокита и обман.

Вместе из тем, сравнивая украинское административное судопроизводство с опытом его осуществления в ведущих европейских странах, мы должны избегать слепого копирования зарубежных процессуально-правовых традиций (которые в странах-родоначальниках административной юстиции – Германии, Франции, Англии, Австрии — формировались без малого на протяжении двухсот лет), которые уже прошли испытание временами и опытом. Кроме того, никаких сомнений не может вызвать и тот факт, что при изучении того ли иного правового

² Долежан В. За чистые мантии. Выборность судий: панацея от зла или элемент предвыборных технологий? / В. Долежан // Закон и Бизнес. – 2007. – № 37.

института обязательно должны приниматься во внимание исторические аспекты его развития. Подобная точка зрения поддерживается многими авторами, которые подчеркивают, что история права дает неоценимый материал для установления научных критериев оценки общественных явлений и их правового опосредствования, дает возможность строить теоретические заключения на крепком фундаменте фактов.³

Однако, мы уверены, что передовой европейский опыт административной процессуальной науки и практики административного судопроизводства, достояния предыдущих этапов отечественной правовой и зарубежной науки следует прежде всего подвергнуть испытанию в так называемых лабораторных условиях, отработав отдельные особенности осуществления административного судопроизводства на конкретной модели (в модельных судах).

³ Халфина Р.О. Значение историко-правовых исследований для теории права / Р.О. Халфина // Методология историко-правовых исследований : Сборник научных трудов. – Г., 1980, с. 29.

Kriterien für die Abgrenzung der Gerichtsbarkeiten in der Ukraine

Dr. Elena Iushkevich

Eine klare Abgrenzung von Gerichtsbarkeiten ist nahezu die wichtigste Garantie für die Wahrung des Rechtsstaatsprinzips und die Umsetzung der Rechtsweggarantie. Mit der Einführung des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine hat sich das Problem der Abgrenzung von Gerichtsbarkeiten verschärft; es ist mithin zu einem der größten Stolpersteine auf dem Wege zur Eröffnung von Gerichtsverfahren geworden.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur und in der Presse sind viele Publikationen, sowohl von Wissenschaftlern, als auch von Richtern aller Instanzen – der örtlichen Gerichte, der Berufungsgerichte, der Obersten Verwaltungs- und Wirtschaftsgerichte und des Obersten Gerichtshofs der Ukraine –, zu Problemen der Abgrenzung von Gerichtsbarkeiten erschienen. In den Massenmedien wurde von einem Autoritätskampf der Gerichte berichtet.

Die Rechtswissenschaft schlägt eine Verwendung von folgenden Kriterien für die Abgrenzung von Gerichtsbarkeiten vor: 1) Subjektzugehörigkeit der Prozessparteien; 2) Streitgegenstand; 3) Inhalt der strittigen Rechtsverhältnisse; 4) Charakter der strittigen Rechtsverhältnisse.

Nach dem ersten Kriterium ist der Rechtsweg zu bestimmten Gerichten nur bei solchen Streitigkeiten eröffnet, an denen ein bestimmtes Rechtssubjekt beteiligt ist, beispielsweise Streitigkeiten zwischen natürlichen Personen (Zivilgerichtsbar-

keit), Streitigkeiten zwischen Wirtschaftssubjekten (Wirtschaftsgerichtsbarkeit) oder Streitigkeiten zwischen den Staatsorganen (Verfassungsgerichtsbarkeit).

Dennoch besteht bei Anwendung dieses Kriteriums die Gefahr, dass – im Hinblick auf ihre Rechtsnatur – ähnliche Rechtsverhältnisse unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten zugeordnet werden. Dies war beispielsweise in Steuerstreitigkeiten der Fall, die früher der Wirtschaftsgerichtsbarkeit unterworfen waren und nunmehr mit der Einführung des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeordnet sind.

Daher ist es mehr als verständlich, dass eine internationale Tendenz zur Verwerfung des Subjektkriteriums erkennbar ist.

Nach dem zweiten Kriterium – dem Streitgegenstand – ist das Objekt der materiellen Rechtsverhältnisse ausschlaggebend, im Hinblick auf welches der Streit entstanden ist. Solche Objekte können bekanntermaßen Handlungen, Sachen, immaterielle Güter usw. sein. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist somit für die Verhandlung von Streitigkeiten über Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen der Verwaltung zuständig. Man muss anmerken, dass der Streitgegenstand als Zuordnungskriterium nur dann effektiv ist, wenn die Prozessgesetze die Gegenstandseigenschaften klar und eindeutig darstellen.

Die ukrainischen Gesetze kommen dieser Anforderung jedoch nicht nach. So wird in Art. 1 des Wirtschaftsprozessgesetzbuches der Ukraine festgelegt, dass der Wirtschaftsgerichtsbarkeit die Wirtschaftsstreitigkeiten unterliegen. Dennoch enthält das Gesetz keine Definition einer Wirtschaftsstreitigkeit. Zu einem gewissen Grad wird das Fehlen dieser Definition durch das Vorhandensein eines Kategorienkatalogs der Streitigkeiten, die der Wirtschaftsgerichtsbarkeit unterworfen sind, ausgeglichen. Dennoch ist dieser Katalog nicht abschließend. Daher kann der Wirtschaftsgerichtsbarkeit nahezu jede Streitigkeit, an der eine juristische Person beteiligt ist, zugeordnet werden. Somit ist der Kreis von Streitigkeiten, die vor Wirtschaftsgerichten verhandelt werden, wesentlich weiter als das Spezialisierungsgebiet dieser Gerichte – der Wirtschaftsbereich. Unter solchen Bedingungen sind Kollisionen mit anderen Gerichtsbarkeiten nicht zu vermeiden.

Um Kollisionen zu vermeiden, wäre nach der hier vertretenen Ansicht das dritte Kriterium für die Abgrenzung von Gerichtsbarkeiten - der Inhalt von strittigen Rechtsverhältnissen - anzuwenden.

Dieses Kriterium kann mühelos angewendet werden, da jede Entscheidung, Handlung oder Unterlassung eines Organs der öffentlichen Verwaltung als administrativ und exekutiv bezeichnet werden kann. Ein solches Organ hat den ausschließlich öffentlich-rechtlichen Status, der keinen qualitativen Veränderungen im Zusammenhang mit dem zweigspezifischem Inhalt der Rechtsverhältnisse unterliegt, in denen dieses Organ die Interessen des Staates oder der Gemeinde vertritt. Dennoch hat die Praxis erwiesen, dass eine ausschließliche Anwendung des Inhaltskriteriums juristische Kollisionen zur Folge hat. Art. 2 Ziff. 1 des Verwal-

tungsprozessgesetzbuches der Ukraine sieht vor, dass die Verwaltungsgerichte ausschließlich Streitigkeiten behandeln, welche sich aus öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen ergeben. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist somit nicht für Streitigkeiten im Zusammenhang mit exekutiven und administrativen Entscheidungen, Handlungen und Unterlassungen zuständig, die sich im Rahmen von privaten Rechtsverhältnissen ereignet haben. Bei der Behandlung solcher Streitigkeiten durch die Verwaltungsgerichte greifen diese unzulässigerweise in die Reservatbereiche der Zivil- bzw. Wirtschaftsgerichtsbarkeit ein.

Das vierte Kriterium zur Abgrenzung von Gerichtsbarkeiten ist der Rechtscharakter der strittigen Rechtsverhältnisse. Unter Rechtscharakter wird der zweispezifische Inhalt der Rechtsverhältnisse verstanden. So sind der Zivilgerichtsbarkeit die Streitigkeiten zugeordnet, die sich unter anderem aus Zivil-, Wohnungs-, Grundstücks-, Familien- und Arbeitsrechtsverhältnissen ergeben (Art. 15 des Wirtschaftsprozessgesetzbuches der Ukraine). Der Verwaltungsrechtsweg ist bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen eröffnet (Art. 2 Ziff. 1 des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine). Hierbei gelten Rechtsgebiete und nicht Rechtsbereiche als Grundlage für die Zuordnung von Rechtsverhältnissen. Gerade die Rechtsgebiete haben einen homogenen Regelungsgegenstand und können daher als zuverlässige Orientierungspunkte für die Gerichtsbarkeitsabgrenzung dienen. Demgegenüber verbinden die Rechtsbereiche, beispielsweise die der Wirtschaftsgesetzgebung, in der Regel die Rechtsnormen aus unterschiedlichen Rechtsgebieten. Daher orientiert sich das Wirtschaftsprozessgesetzbuch der Ukraine bei der Feststellung der Zuständigkeit dieser Gerichte nicht an dem Rechtsbereich „Wirtschaftsrecht“.

Zunächst zur Wirtschaftsgerichtsbarkeit um die Überschneidung dieser Gerichtsbarkeit mit der Zivilgerichtsbarkeit im Hinblick auf den Charakter der strittigen Rechtsverhältnisse zu vermeiden, müsste im Wirtschaftsprozessgesetzbuch der Ukraine der allgemeine Streitgegenstand definiert werden. Gerade dieser allgemeine Streitgegenstand würde es den Wirtschaftsgerichten ermöglichen, sowohl die in Art. 12 des Wirtschaftsprozessgesetzbuches der Ukraine angegebenen als auch sonstige, sich aus Zivilrechtsverhältnissen ergebenden Streitigkeiten anzunehmen. Als ein solcher allgemeiner Streitgegenstand könnte z.B. die kommerzielle wirtschaftliche (unternehmerische) Tätigkeit definiert werden.

Was die Rechtswegsüberschneidungen zwischen der Wirtschafts- und Verwaltungsgerichtsbarkeit angeht, könnten diese durch die Zuordnung aller öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zur Verwaltungsgerichtsbarkeit beseitigt werden.

Hierbei lässt sich jedoch einwenden, dass wenn man alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuordnet, man auch gleichzeitig das Problem der Präjudizwirkung der im Rahmen des Verwaltungsgerichtsverfahrens festgestellten Umstände lösen muss.

Dieses Problem geht auf die in der öffentlichen Verwaltung verbreiteten Fälle zurück, in denen Verwaltungsakte die unmittelbare Grundlage für die Entstehung (Änderung, Beendigung) von privaten Rechtsverhältnissen bilden. Beispielsweise ist ein Hoheitsakt, das Eigentum an einem Grundstück betreffend, die einzige Urkunde, die das Eigentumsrecht ordnungsgemäß belegt. Der Erhalt einer solchen Urkunde ist eine Rechtstatsache, die zur Entstehung dieses Rechts führt (Art. 125, 126 des Bodengesetzbuches der Ukraine). Genauso ergeben sich die Eigentumsrechte an einer Erfindung bzw. einem Gebrauchsmuster aus dem entsprechenden Patent mit Wirkung ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung von Informationen über dessen Erteilung (Art. 28 des Gesetzes der Ukraine „Über den Schutz von Rechten an Erfindungen und Gebrauchsmustern“). Bei Entscheidung der Frage über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtskraft eines Verwaltungsaktes entscheidet das Verwaltungsgericht automatisch über das Vorhandensein oder Fehlen eines entsprechenden privaten Rechts, d.h. es bewertet mithin die privaten Rechtsverhältnisse, obwohl dies im Regelfall dem Wirtschaftsgericht vorbehalten ist. Um die Begründetheit des Verwaltungsaktes zu prüfen, muss das Verwaltungsgericht die Tatsachen feststellen, welche Präjudizwirkung bei einem privatrechtlichen Streit haben würden, der dann auf Klage einer der Parteien hin vor Wirtschaftsgerichten verhandelt wird. In einzelnen Fällen kann eine solche Tatsache eventuell dennoch durch andere Tatsachen widerlegt werden, die dem tatsächlichen Inhalt des strittigen privaten Rechtsverhältnisses angehören und durch das Wirtschaftsgericht festgestellt werden. Dennoch muss sie nichtsdestotrotz aufgrund ihrer Präjudizwirkung berücksichtigt werden.

Um solche Tatsachenkollisionen zu vermeiden, wird vorgeschlagen das Wirtschaftsprozessgesetzbuch der Ukraine um folgende Regel zu erweitern: „Eine rechtskräftige Entscheidung des Verwaltungsgerichts in einer Sache über die Anfechtung einer Entscheidung oder Handlung eines mit Machtbefugnissen ausgestatteten Subjektes bildet die unmittelbare Grundlage für die Entstehung, Änderung und Beendigung von bürgerlichen (wirtschaftlichen) Rechten und Pflichten und bindet das Gericht, welches über diese Rechte und Pflichten entscheidet, im Hinblick auf die Frage der Rechtmäßigkeit einer solchen Entscheidung oder Handlung des mit Machtbefugnissen ausgestatteten Subjektes.“

Dies würde dem Wirtschaftsgericht bei Bestehen ausreichender Gründe die Möglichkeit eröffnen, die dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden und bereits durch das Verwaltungsgericht bewerteten Tatsachen zu widerlegen. Die Widerlegung der Tatsachen würde wiederum als neue Tatsache gelten, welche hinreichende Grundlage für die Revision der entsprechenden Verwaltungsgerichtsentscheidung bilden würde (Art. 245 Ziff. 2 Pkt. 1 des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine).

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Abgrenzung der Verfassungs-, Zivil- und Strafgerichtsbarkeit unproblematisch. Im Hinblick auf die Abgrenzung der Verwaltungs- und Wirtschaftsgerichtsbarkeit möchte ich Folgendes anmerken:

Zum einen werden vor Wirtschaftsgerichten Streitigkeiten zwischen Wirtschaftssubjekten im Hinblick auf vermögensrechtliche und sonstige Verhältnisse verhandelt, die zwischen diesen Subjekten unmittelbar im Rahmen ihrer Wirtschaftstätigkeit entstehen, sowie Verhältnisse, die zwischen den Wirtschaftssubjekten und den Trägern der organisationswirtschaftlichen Befugnisse im Rahmen der Regelung der Wirtschaftstätigkeit entstehen (Tätigkeit der Wirtschaftssubjekte auf dem Gebiet der öffentlichen Produktion, die der Herstellung und dem Vertrieb der Waren dient; Ausführung von Arbeiten und Erbringung von Dienstleistungen, deren Wert sich im Preis auswirkt, usw.).

Zum anderen gilt die Tätigkeit der Staatsorgane als hoheitlich, und zwar unabhängig davon, welche Rechte – private oder öffentliche – hierbei durchgesetzt werden. Gemäß Art. 2 Ziff. 1 des Verwaltungsprozessgesetzbuches werden der Verwaltungsgerichtsbarkeit nur diejenigen Tätigkeiten zugeordnet (Entscheidungen, Handlungen, Unterlassungen), welche der Durchsetzung von hoheitlichen Rechten und Pflichten des Staates (der Gemeinde) dienen. Einige Gerichte nehmen auf diese Vorschrift keine Rücksicht und greifen somit auf unzulässige Weise in die Bereiche der Zivil- und Wirtschaftsgerichtsbarkeit ein.

So muss beispielsweise zwischen der Regionalverwaltung des Sicherheitsdienstes der Ukraine oder dem Ministerium für innere Angelegenheiten als operatives Untersuchungsorgan – und mithin Träger der öffentlichen Gewalt – und diesen Organen als Wirtschaftssubjekten bei einem Wirtschaftsgerichtsverfahren unterschieden werden.

Daher kann die richtige Anwendung der Kriterien für die Abgrenzung von Gerichtsbarkeiten die Frage beantworten, welcher Gerichtsbarkeit die in meinem Vortrag erwähnten Streitigkeiten zugeordnet werden müssen.

Критерии разграничения судебных юрисдикций

Кандидат юридических наук Юшкевич Е.Т.

Четкое разграничение судебных юрисдикций является едва ли не важнейшей гарантией обеспечения соблюдения принципов законности и реализации принципа доступности судопроизводства. С принятием Кодекса административного судопроизводства Украины проблема разграничения судебных юрисдикций крайне обострилась и стала одним из основных камней преткновения на пути осуществления судопроизводства.

В юридической литературе и прессе появилось большое количество публикаций по проблемам разграничения судебных юрисдикций как ученых, так и судей всех уровней - местных судов, апелляционных судов, Высших административных и хозяйственных судов и Верховного Суда Украины. В средствах массовой информации отмечалось, что эта проблема является борьбой судов за авторитет.

Правовая наука предлагает называть следующие критерии разграничения судебных юрисдикций: 1) субъектный состав сторон спора; 2) предмет спорных правоотношений; 3) содержание спорных правоотношений; 4) характер спорных правоотношений.

Первый из названных критериев означает, что к юрисдикции суда относятся лишь те споры, участником которых является определенный субъект права, например, споры между физическими лицами (гражданское судопроизводство), споры между хозяйствующими субъектами (хозяйственное судопроизводство), споры между органами государственной власти (административное судопроизводство).

Правда, при применении этого критерия есть опасность, что однородные по своей природе правоотношения окажутся в разных судебных юрисдикциях. Так собственно и случилось с налоговыми спорами, которые подлежали рассмотрению в порядке хозяйственного судопроизводства, а с принятием Кодекса административного судопроизводства Украины эти споры отнесены к административной юрисдикции.

Так что вполне понятно, что отказ от субъектного критерия является общемировой тенденцией.

Вторым из названных критериев - предметом спора - выступает объект материальных правоотношений, по поводу которого, собственно, и возник юридический конфликт. Как известно, такими объектами могут быть действия, вещи, нематериальные объекты т.д. Учитывая это, к хозяйственной юрисдикции относятся, в частности, споры по поводу хозяйственных действий или бездействия. В свою очередь, административное судопроизводство предназначено для рассмотрения споров по поводу властных управленческих решений, действий или бездействия. Следует заметить, что предмет спора как критерий отнесения дела до того или иного вида юрисдикции является эффективным только в том случае, когда в процессуальных законах четко и ясно изложены его свойства.

Зато отечественное законодательство отклоняется от этого требования. Так, в статье 1 Хозяйственного процессуального кодекса Украины указывается, что к юрисдикции хозяйственных судов относятся хозяйственные дела. Однако Кодекс не содержит определения хозяйственного спора. В некоторой степени отсутствие такого определения компенсируется наличием перечня отдельных категорий дел, относящихся к хозяйственной юрисдикции. Однако этот перечень не является исчерпывающим. Получается, что к юрисдикции хозяйственного суда отнесено любой спор с участием юридического лица. Таким образом круг споров, которые имеют право рассматривать хозяйственные суды, гораздо шире сферы специализации этих судов - хозяйственную сферу. При таких условиях коллизии с другими судебными юрисдикциями неизбежны.

Для их решения, по моему мнению, необходимо применять третий критерий разграничения юрисдикций - содержание спорных правоотношений.

Он является удобным в применении, поскольку любые решения, действия или бездействие органа публичной администрации всегда есть властными управленческими. Статус такого органа является исключительно публично-правовым и не меняет свое качество в зависимости от отраслевого содержания правоотношений, в которых орган представляет интересы государства или территориальной громады. Однако и практика административного судопроизводства также показала, что применение только предметного критерия приводит к юрисдикционным коллизиям. Часть 1 статьи 2 Кодекса административного судопроизводства Украины

предусматривает, что административные суды решают исключительно те споры, которые возникают из публичных правоотношений. К административной юрисдикции не относятся споры по поводу властных управленческих решений, действий или бездействия, совершенные в пределах частных правоотношений. Рассматривая такие споры, административные суды вмешиваются в гражданскую (хозяйственную) юрисдикцию.

Четвертым критерием разграничения видов судебной юрисдикции является характер спорных правоотношений. Под ним понимают отраслевой содержание правоотношений. Так, в гражданской юрисдикции относятся споры, возникающие, в частности, из гражданских, жилищных, земельных, семейных, трудовых отношений (статья 15 Хозяйственного процессуального кодекса Украины). Административная юрисдикция определена через публичные правоотношения (часть 1 статьи 2 Кодекса административного судопроизводства Украины). При этом основанием для классификации правоотношений являются отрасли права, а не отрасли законодательства. Именно области права являются однородными по предмету своего регулирования и поэтому могут быть надежными ориентирами при разграничении судебных юрисдикций. Зато области законодательства, например хозяйственное законодательство, как правило, сочетают в себе нормы различной отраслевой принадлежности. Поэтому Хозяйственный процессуальный кодекс Украины не использует эту отрасль законодательства при установлении хозяйственной юрисдикции.

Сначала о хозяйственной юрисдикции. Чтобы предупредить пересечение этой юрисдикции по характеру спорного правоотношения с гражданской юрисдикцией в Хозяйственном процессуальном кодексе Украины необходимо определить общий предмет спора. Именно такой общий предмет спора позволит хозяйственным судам принимать к своему производству как те споры, которые уже перечислены в статье 12 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, так и любые другие, возникающие из гражданских правоотношений. Таким общим предметом может быть коммерческая хозяйственная (предпринимательская) деятельность.

Относительно юрисдикционных конфликтов между хозяйственной и административной юрисдикции, то их можно устранить путем отнесения всех публично-правовых споров к компетенции административных судов.

Вместе с тем нужно признать - закрепив все публично-правовые споры по административным юрисдикцией, мы должны решить проблему преемственности для хозяйственной юрисдикции обстоятельств, установленных в порядке административного судопроизводства.

Эта проблема порождена существованием в практике государственного управления случаев, когда некоторые административные акты являются непосредственным основанием для возникновения (изменения,

прекращения) частных правоотношений. Например, государственный акт о праве собственности на земельный участок является единственным документом, надлежащим удостоверяет это право, а получение такого акта является юридическим фактом, который порождает это право (статьи 125, 126 Земельного кодекса Украины). Так же права собственности на изобретение (полезную модель) вытекают из соответствующего патента и начинают действовать с момента публикации сведений о его выдаче (статья 28 Закона Украины «Об охране прав на изобретения и полезные модели»). Итак, решая вопрос о правомерности (силу) соответствующего акта, административный суд автоматически решает вопрос о наличии или отсутствии соответствующего частного права, то есть дает правовую оценку частным правоотношениям, хотя такая функция является прерогативой хозяйственного суда. С целью проверки обоснованности административного акта административный суд должен установить обстоятельства, имевших преюдициальное значение в частнопроводных споре, который хозяйственный суд рассматривать по иску частного лица, которая является одной из сторон этого спора. В отдельных случаях это обстоятельство хотя и может быть опровергнута другими обстоятельствами, которые входят к фактическому содержанию спорного частного правоотношения и установлены хозяйственным судом, однако все равно должна быть принята во внимание за ее преюдициальный характер.

Чтобы избежать подобных коллизий между обстоятельствами, предлагается ввести в Хозяйственном процессуальном кодексе Украины правило: решение административного суда, которое вступило в законную силу по делу об обжаловании решения или действия субъекта властных полномочий, является непосредственным основанием для возникновения, изменения, прекращения гражданских (хозяйственных) прав и обязанностей, обязательное для суда, рассматривающего дело об этих правах и обязанностях, по вопросу является ли такое решение или действие субъекта властных полномочий правомерными. Такой шаг позволит хозяйственному суду, в случае достаточных оснований, опровергать обстоятельства, ставшие основанием для принятия властного решения (совершения действия) и уже прошли оценку в административном суде при проверке таких решений и действий на предмет правомерности. Опровержение обстоятельств, в свою очередь, станет вновь открывшимся обстоятельствам, которая будет достаточным основанием для пересмотра соответствующего решения административного суда (пункт 1 части 2 статьи 245 КАСУ).

По моему мнению, с разграничением конституционной, гражданской и уголовной юрисдикции осложнений не возникает. А относительно разграничения административной и хозяйственной юрисдикции я бы хотела отметить следующее.

Во-первых, в хозяйственных судах рассматриваются и решаются споры между субъектами хозяйствования по поводу имущественных и иных

отношений, возникающих между субъектами хозяйствования при непосредственном осуществлении хозяйственной деятельности; отношений, складывающихся между субъектами хозяйствования и субъектами организационно -хозяйственных полномочий в процессе управления хозяйственной деятельностью (деятельность субъектов хозяйствования в сфере общественного производства, направленных на изготовление и реализацию продукции, выполнение работ или предоставление услуг стоимостного характера, имеющих ценовую определенность и др.)

Во-вторых, деятельность органов власти является публичной независимо от того, в какие права - частные или публичные - они реализуют. Согласно части 1 статьи 2 КАСУ к административной юрисдикции отнесены лишь ту деятельность (решения, действия, бездействие), которая направлена на реализацию публичных прав и обязанностей государства (территориальной общины). Отдельные суды не принимают это положение во внимание и поэтому вмешиваются в гражданскую и хозяйственную юрисдикции.

Например, следует различать областное управление Службы Безопасности Украины или Министерство внутренних дел как оперативно-следственный орган - субъект властных полномочий - и то же управление как субъект хозяйствования в отношениях, где оно выступает или как имущественный истец, или имущественный ответчик.

Таким образом, правильное применение критериев границ юрисдикции позволяет ответить на вопрос, в компетенцию которых судов принадлежат споры, были упомянуты в моем выступлении.

Die öffentliche Verwaltung als Partei des Verwaltungsgerichtsverfahrens in der Ukraine

Dr. Vladimir Bevezko

Einer der ersten Rechtsakte in der Ukraine, welcher die Teilnahme der öffentlichen Verwaltung am Verwaltungsgerichtsverfahren regelte, war das noch im Jahre 1963 verabschiedete Zivilprozessgesetzbuch. Diesem hafteten jedoch folgende Nachteile an:

1) Es sah keine Möglichkeit vor, zu Verfahren Parteien wie das Staatsoberhaupt (Präsident), die Legislative, die meisten Organe der Exekutive oder Gemeindeorgane hinzuziehen;

2) Es regelte hauptsächlich die Verhandlungen von zivil-, familien- und sonstigen bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten und konnte aus diesem Grund die einem Verwaltungsverfahren anhaftenden Schwierigkeiten im Hinblick auf die Verfahrensvorbereitung, Verhandlung und Beschlussfassung nicht berücksichtigen.

Erst im Jahre 2005 wurde in der Ukraine ein spezielles Gesetz – das im gleichen Jahr in Kraft getretene Verwaltungsprozessgesetzbuch – verabschiedet, welches die Einlegung eines Rechtsmittels bei einem Verwaltungsgericht, die Verhandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten und die Befugnisse der Prozessbeteiligten, u.a. regelt.

Gemäß Art. 50 Ziff. 1 Pkt. 7 des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine gelten als Parteien eines Verwaltungsverfahrens der Kläger und der Klagegegner. Wichtig ist, dass als Prozessparteien sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen und Vertreter der öffentlichen Verwaltung auftreten können. Was die öffentliche Verwaltung angeht, muss man anmerken, dass der entsprechende

Begriff in Art. 3 Ziff. 1 Pkt. 7 des ukrainischen Verwaltungsprozessgesetzbuches definiert wird, wonach als öffentliche Verwaltung die Staats- und Gemeindeorgane, deren Beamte und Bedienstete und sonstige zur Erfüllung der sogenannten Verwaltungsfunktionen Ermächtigten gelten. Im Grunde hat gerade diese Auslegung eine Menge Schwierigkeiten -sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht- hervorgerufen. Insbesondere leiten die Verwaltungsgerichte nicht immer eindeutig und unstreitig ein Verwaltungsverfahren ein, da sie oft an der Prozessführungsbefugnis einer der Parteien als Vertreterin der öffentlichen Verwaltung zweifeln.

Zudem hat der Gesetzgeber den falschen Weg beschritten, indem er die öffentliche Verwaltung als Trägerin von ausschließlich Verwaltungsfunktionen definiert hat. Als Haupttätigkeiten der öffentlichen Verwaltung kann man nennen: 1) Organisationstätigkeit; 2) Erbringung von administrativen Dienstleistungen; 3) Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen; 4) Durchführung der staatlichen Regulierung; 5) Ergreifung von Maßnahmen des Verwaltungszwangs.

Darüber hinaus gibt es noch einen Umstand, der sich negativ auf die Feststellung der Tatsachen im Verfahren auswirkt. Die in Art. 3 Ziff. 1 Pkt. 7 des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine vorgeschlagene Auflistung der Verwaltungsorgane ist sehr begrenzt, da sie sonstige Subjekte nicht einschließt. (Beispielsweise zu nennen sind die politische Parteien, gesellschaftliche Organisationen oder Massenmedien. In Art. 171-1 des ukrainischen Verwaltungsprozessgesetzbuches wird als Partei des Verwaltungsverfahrens auch der Präsident der Ukraine bestimmt).

Zur Erfüllung der formellen und materiellen Voraussetzungen wird die öffentliche Verwaltung als Prozesspartei mit weitgehenden Befugnissen ausgestattet (Art. 49 des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine). So ist sie berechtigt, Prozessanträge zu stellen, Einsprüche einzulegen, Erklärungen abzugeben, Einsicht in die Prozessakte zu nehmen, Erläuterungen zur Verfahrenssache abzugeben, sowie Beweise zu sammeln und einzubringen. Mit anderen Worten sind der öffentlichen Verwaltung als Prozesspartei alle Mittel zur Beweisführung und zur Begründung eigener Rechts- und Tatsachenposition in der Sache gewährleistet.

Auf den ersten Blick stellt ein ähnlicher Umfang von Prozessbefugnissen beide Parteien im Hinblick auf deren Erfolgsaussichten im Verfahren gleich. Dennoch muss man in diesem Fall von den tatsächlichen Umständen ausgehen, die der jeweiligen Partei anhaften. In der Regel hat eine natürliche Person als Prozesspartei weniger Erfahrung mit der Teilnahme an Gerichtsverhandlungen und nur unzureichende Kenntnisse der geltenden Gesetzgebung. Eine solche Person ist nicht immer mit (für die Teilnahme an einem Verwaltungsverfahren) hinreichenden finanziellen, zeitlichen und organisatorischen Ressourcen ausgestattet. Sie tritt gegen die öffentliche Verwaltung an – eine Partei, die in der Regel über einen eigenen Etat und einen gut vorbereiteten und ausreichend qualifizierten Prozessvertreter verfügt, der hinreichend Zeit und sonstige Mittel (bspw. Transportmittel) hat.

Zweifellos ist bei einer solchen Streitigkeit die öffentliche Verwaltung tatsächlich besser gestellt und hat daher auch bessere Erfolgsaussichten. Es muss angemerkt werden, dass gemäß Art. 15 des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine die Prozessparteien einen Anspruch auf Rechtshilfe haben. Dennoch kann man von einer solchen Rechtshilfe kaum Gebrauch machen, da keine gesetzlichen Regeln für deren Gewährleistung vorgesehen sind.

Um „Waffengleichheit“ der Parteien in einem Verwaltungsgerichtsverfahren herzustellen, wird in Art. 71 Ziff. 2 des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine mittelbar der Grundsatz der Rechtswidrigkeitsvermutung zu Lasten der öffentlichen Verwaltung als Klagegegner festgelegt: die öffentliche Verwaltung muss als Klagegegner die Rechtmäßigkeit und Begründetheit der angefochtenen Entscheidung, Handlung oder Unterlassens beweisen; sonst gelten diese als rechtswidrig. Dennoch wird sowohl von Gerichten als auch von der öffentlichen Verwaltung dieser Grundsatz allzu oft ignoriert. In der Tat wird die Beweislast vielfach ausschließlich der klagenden natürlichen Person aufgebürdet.

Wie bereits erläutert, kann die öffentliche Verwaltung auch als Klägerin im Verwaltungsgerichtsverfahren auftreten (Art. 50 Ziff. 4 des Verfahrensprozessgesetzbuches der Ukraine), beispielsweise bei: 1) Klagen auf Verbot der Durchführung von friedlichen Versammlungen an öffentlichen Orten; oder 2) Ausweisungen von Ausländern und Staatenlosen aus der Ukraine.

Dennoch widerspricht nach der hier vertretenen Ansicht die Ausübung der Klagebefugnisse durch die öffentliche Verwaltung den Aufgaben des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zudem hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Einreichung einer Klage durch die öffentliche Verwaltung auch für sonstige gesetzlich festgelegte Fälle vorgesehen, was nahezu uneingeschränkte Möglichkeiten der Einflussnahme auf natürliche und juristische Personen seitens der öffentlichen Verwaltung eröffnet. Dies wird durch die Vorschrift des Art. 183-1 des Verwaltungsprozessgesetzbuches bestätigt, die am 7. Juli 2010 unter dem Titel „Besonderheiten des Verfahrens bei Verwaltungsklagen auf die Zwangsveräußerung eines Grundstücks, sonstiger darauf befindlichen unbeweglicher Sachen aus Gründen des öffentlichen Bedürfnisses“ eingeführt wurde.

Daraus folgt, dass die Stellung der öffentlichen Verwaltung nach der Änderung des Verwaltungsprozessgesetzbuches der Ukraine infolge der Verabschiedung des ukrainischen Gesetzes „Über das Gerichtswesen und den Status der Richter“ vom 7. Juli 2010 gefestigt wurde. Insbesondere sind die Klagen, die das Staatsoberhaupt und die obersten Staatsorgane betreffen, ausschließlich vor der Gerichtskammer des Obersten Verwaltungsgerichts der Ukraine – und vor keinem anderen Verwaltungsgericht – zu verhandeln (Art. 171-1 des Verwaltungsprozessgesetzbuchs der Ukraine „Besonderheiten des Verfahrens bei Anfechtung von Akten, Handlungen oder Unterlassungen des Obersten Rats der Ukraine, des Präsidenten der Ukraine, des Obersten Justizrats, der Obersten Richterqualifizierungskommission der Ukraine“). Der Verfasser befürchtet, dass diese Kammer ausschließlich im Interesse

der öffentlichen Verwaltung handeln wird, deren Verwaltungsakt vor Gericht angefochten wird.

Der Gerichtsvorsitzende und seine Stellvertreter werden durch den Obersten Justizrat ernannt, welcher durch das Staatsoberhaupt und die Exekutivorgane besetzt wird. Es bestehen somit gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Verwaltungsgerichte seitens anderer Gewalten.

Wie die ukrainische Rechtspraxis zeigt, ist die Teilnahme der öffentlichen Verwaltung an Verwaltungsgerichtsverfahren mit erheblichen qualitativen und planerischen Mängeln behaftet. Der Verfasser verfügt über Erfahrungen bei der Vertretung von natürlichen Personen vor Verwaltungsgerichten (10 Gerichtssitzungen im Rahmen von 5 Verfahren im Jahre 2009), welche gezeigt haben, dass der Vertreter der öffentlichen Verwaltung manchmal nicht zur Gerichtssitzung erschien, sich verspäten konnte oder dermaßen schlecht vorbereitet war, dass er seinen Vertretungsverpflichtungen kaum nachkommen konnte, den Streitinhalt nur mäßig verstand und nicht über ausreichende Kenntnisse der entsprechenden Gesetze verfügte. Daher war der Verfahrenserfolg hauptsächlich von der Mühe, Vorbereitung und Überzeugungskraft der klagenden natürlichen Person abhängig. Bemerkenswert ist, dass bei Verwaltungssachen mit ähnlichem Sachverhalt das Gericht vollkommen unterschiedliche Entscheidungen getroffen hat.

Daher kann das bestehende Verwaltungsgerichtswesen in der Ukraine nicht als ein effektives System zum Schutz der subjektiven Rechte und Freiheiten bezeichnet werden. Nach der hier vertretenen Ansicht folgen die genannten Probleme zum einen aus der Weltanschauung der Vertreter der Staatsgewalt und teilweise auch der der Bürger, zum anderen aus den Bemühungen der Vertreter der öffentlichen Verwaltung die Verwaltungsprozessgesetzgebung auf eigene Bedürfnisse zuzuschneiden, ohne hierbei auf die Interessen der rechtsuchenden natürlichen und juristischen Personen besondere Rücksicht zu nehmen.

Публичная администрация как сторона в административном судопроизводстве Украины

Доктор юридических наук, доцент Бевзенко В.М.

Одним из первых нормативно-правовых актов в Украине, который регулировал участие в административном судопроизводстве публичной администрации следует признать Гражданский процессуальный кодекс, принятый еще в 1963 году. Недостатками этого кодекса были:

1) в нем не предусматривалась возможность привлечения в процесс таких субъектов как глава (президент) государства; орган законодательной власти; преимущественное большинство органов исполнительной власти; органы местного самоуправления;

2) в основном он регламентировал деятельность общих судов по рассмотрению гражданских, семейных и иных частно-правовых споров, что, соответственно, не могло исчерпывающе закрепить сложности подготовки и рассмотрения административно-правовых споров, принятие по ним окончательного решения.

И лишь в 2005 году в Украине подписан и действует специализированный нормативно-правовой акт – Кодекс административного судопроизводства, в котором определены порядок обращения в административный суд; рассмотрение публично-правовых споров; полномочия участников административного процесса, в частности, сторон.

Согласно части 1 статьи 50 Кодекс административного судопроизводства Украины сторонами в административном судопроизводстве есть истец и

ответчик. Существенно, что стороной в судопроизводстве могут быть и физические, и юридические лица, и представители публичной администрации. Рассматривая вопрос публичной администрации, следует подчеркнуть, что его толкование содержится в пункте 7 части 1 статьи 3 Кодекса административного судопроизводства Украины, согласно которому – это органы государственной власти, местного самоуправления, их должностные, служебные лица, иные уполномоченные субъекты, при осуществлении ими, так называемых, управленческих функций. Собственно такое толкование и породило значительное количество сложностей, как теоретического, так и практического содержания. В частности не всегда однозначно и бесспорно административные суды открывают производство в административном деле, поскольку сомневаются в возможности признания одной из сторон представителем публичной администрации.

Кроме того, законодатель пошел ложным путем определив публичную администрацию, как исполнителя исключительно управленческих функций. Среди основных направлений деятельности публичной администрации можно назвать: 1) организационную деятельность; 2) предоставление административных услуг; 3) заключение административных договоров; 4) осуществление государственного регулирования; 5) применение мер административного принуждения.

И наконец-то, еще одно обстоятельство, которое негативно влияет на установление истины по делу. Предложенный в пункте 7 части 1 статьи Кодекса административного судопроизводства Украины перечень субъектов публичной администрации очень ограничен, поскольку не учитывает иных субъектов (например, политические партии, общественные организации, средства массовой информации. В статье 171-1 Кодекса административного судопроизводства Украины в качестве стороны административного судопроизводства определен президент Украины).

Для достижения материального и юридического интереса публичная администрация – сторона наделена значительными полномочиями (статья 49 Кодекса административного судопроизводства Украины): право заявлять ходатайства и отводы, делать заявления, знакомиться с материалами дела, давать объяснения по сути дела, собирать и подавать доказательства. Иначе говоря, публичной администрации – стороне гарантированы процессуальные инструменты доказывания и обоснования своей правовой и фактической позиции по делу.

Казалось бы, что приблизительно одинаковый объем процессуальных полномочий сторон уравнивает их возможности на победу по делу. Однако, в этом случае необходимо выходить из фактических обстоятельств, присущих каждой из сторон. Как правило, физическое лицо – сторона в

административном деле, недостаточно имеет навыков участия в суде, недостаточно хорошо знает и ориентируется в действующем законодательстве. Такое лицо не всегда обеспечено достаточным для участия и ведения административного дела запасом денежных средств, времени, общеорганизационных ресурсов. В противовес ему выступает публичная администрация – сторона, имеющая, как правило, собственный бюджет, подготовленного и достаточно квалифицированного процессуального представителя, свободно распоряжающегося временем и иными выделенными средствами (например, транспорт).

Безусловно, что в таком противостоянии более выгодно выглядит публичная администрация – сторона, имеющая таким образом более веские предпосылки одержать победу по делу. Отметим, что согласно статьи 15 Кодекса административного судопроизводства Украины, стороны имеют право на правовую помощь. Однако, по сути, такой помощью воспользоваться невозможно, поскольку механизм и порядок ее получения законодательно не предусмотрены.

Опосредованно, также для уравнения возможностей сторон в административном судопроизводстве Украины, в части 2 статьи 71 Кодекса административного судопроизводства Украины закреплен принцип презумпции виновности публичной администрации – ответчика: публичной администрации необходимо доказать законность и обоснованность решения, действия или бездействия, которые обжалуются, иначе – они считаются совершенными с нарушением закона. Однако, в судах во время рассмотрения административных дел, этот принцип игнорируется как судом так и публичной администрацией – ответчиком. По существу, бремя доказывания возлагается исключительно на физическое лицо – истца.

Как уже говорилось, публичная администрация может выступать истцом по административным делам (часть 4 статья 50 Кодекса административного судопроизводства Украины), это, например: 1) иски о запрещении проведения мирных собраний в общественных местах; 2) выдворение иностранцев, лиц без гражданства за пределы Украины.

Меж тем считаем, что осуществление полномочий истца публичной администрацией противоречит задачам административного судопроизводства и административной юстиции. Кроме того, законодатель допустил возможность подачи иска публичной администрацией и в иных случаях, специально предусмотренных законом, что демонстрирует неограниченную возможность влиять на физических и юридических лиц со стороны публичной администрации. Подтверждением сказанному есть статья 183-1 Кодекса административного судопроизводства, внесенная 7 июля 2010 года – “Особенности производства по делам за

административными исками о принудительном отчуждении земельного участка, иных объектов недвижимого имущества, которые на ней размещены, по мотивам общественной необходимости”.

Итак, правовая позиция публичной администрации укрепились после внесения дополнений в Кодекс административного судопроизводства Украины и принятия Закона Украины “О судоустройстве и статусе судей” 7 июля 2010 года. В частности, согласно этих нормативно-правовых актов иски относительно главы государства, высших органов власти будут рассматриваться исключительно судебной палатой Высшего административного суда Украины и никаким иным административным судом (статья 171-1 Кодекса административного судопроизводства Украины “Особенности производства по делам об обжаловании актов, действий или бездействия Верховного Совета Украины, Президента Украины, Высшего совета юстиции, Высшей квалификационной комиссии судей Украины”). У автора есть опасения, что такая палата исключительно будет действовать в интересах и за указанием публичной администрации, административный акт, которой обжалуется в административном суде.

На должности председателя суда и его заместителей лица назначаются Высшим советом юстиции, формируемым главой государства и органами исполнительной власти. Таким образом, существует законодательно предусмотренные механизмы влияния на административные суды со стороны иных ветвей власти.

Как свидетельствует судебная практика в Украине, недостаточно качественным и своевременным есть участие публичной администрации в административных судах. Автору приходилось представлять интересы физических лиц в административных судах, в течении 2009 года таких дел было 5 и, соответственно – 10 судебных заседаний, представитель публичной администрации – ответчика мог просто не явиться в зал судебного заседания, опоздать или был подготовлен так слабо, что обязанности по доказыванию осуществлять не мог, слабо представлял содержание спора, не владел соответствующим законодательством. Таким образом, исход дела зависел от старательности, подготовленности и убедительности истца – физического лица. Примечательно, что по административным делам одной и той же категории, содержания суд мог принять противоречивые решения.

Таким образом, существующее административное судопроизводство Украины нельзя признать действенным механизмом защиты субъективных прав, свобод. По нашему мнению озвученные проблемы, во-первых, являются, преимущественно, следствием мировоззренческой позиции представителей власти и, отчасти, граждан; во-вторых, – следствием усилий

представителей публичной администрации переиначить и подготовить административное процессуальное законодательство для себя и своих потребностей, особенно не считаясь с правовыми интересами физических, юридических лиц.

**Zweiter Teil: Grundstrukturen der
Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland**

**Часть II: Основные черты административного
судопроизводства в Германии**

Die Verzahnung der europäischen mit der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Dr. Alexander Thiele

1 Einführung

Die Bundesrepublik Deutschland ist Mitglied zahlreicher internationaler Organisationen und Vertragspartner vielfältiger internationaler Abkommen. Gleiches gilt für die Ukraine¹ und praktisch alle Staaten der Vereinten Nationen. Zwangsläufig wirken solche völkerrechtlichen Verträge auch auf die nationalen Rechtsordnungen zurück und zwar ganz unabhängig davon, welche Stellung diesen in der nationalen Rechtsordnung formal zugewiesen wird. Das Ausmaß dieser Auswirkungen hängt freilich von der Art des jeweiligen Zusammenschlusses ab – bisweilen scheint der Einfluss auch mit der Zeit zu variieren.² So kommt bei einigen Verträgen eine maßgebliche Beeinflussung schon wegen des betroffenen Rechtsgebietes kaum in Betracht (dies wird man wohl etwa beim Weltraumrecht annehmen dürfen), in anderen Fällen ist die Bindungswirkung des Zusammenschlusses so schwach, dass

¹ Neben den UN ist die Ukraine etwa Mitglied des Europarats (und der EMRK), der WHO, der OSZE, der UNESCO, der GUAM, des IWF und vieler anderer Organisationen. Auch mit der EU bestehen bereits zahlreiche Kooperationsprogramme. NATO-Mitglied ist die Ukraine freilich (noch) nicht.

² So erlebt etwa die EMRK im deutschen Rechtsraum aufgrund einiger bedeutender Urteile gegenwärtig eine Art Renaissance, obwohl sich deren Rechtscharakter formal nicht geändert hat. Zur Wirkung der EMRK und der Urteile des EGMR im deutschen Recht siehe *J. Schwarzg,* Zukunftsaussichten für das Europäische Öffentliche Recht, S. 36 ff. sowie *A. Thiele,* Entscheidungen des EGMR im deutschen Recht: Bindungswirkung oder Diskussionsgrundlage, www.springerrecht.at/category/expertenforum.

sich selbst ein mittelbarer Einfluss praktisch nicht nachweisen lässt. In manchen Fällen kommt gar beides zusammen. Ganz anders verhält es sich hingegen mit der Europäischen Union, deren Primär- und Sekundärrecht mittlerweile praktisch jedes nationale Rechtsgebiet berührt und deren supranationaler Charakter mit gewöhnlichem intergouvernementalem Völkerrecht nur noch bedingt vergleichbar ist.³ Das nationale Recht wird hier in seiner ganzen Breite erfasst und europäischen Einflüssen ausgesetzt. Von der dadurch bewirkten Verzahnung der Rechtsebenen bleibt somit auch das Verwaltungs(prozess)recht nicht verschont. Die Auswirkungen der Mitgliedschaft in der Europäischen Union spürt der Verwaltungsrichter vielmehr – gänzlich anders als sonstige völkerrechtliche Abkommen – in seiner täglichen Arbeit. Sie sollen in einem ersten Teil am Beispiel des Gerichtszugangs und des einstweiligen Rechtsschutzes skizziert werden (II). Die Einhaltung europäischer Vorgaben wird für das Verwaltungsrecht vor allem durch das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEU sichergestellt. Dieses vertrauensgeprägte institutionalisierte Kooperationsverfahren der beiden Rechtsschutzebenen wird im zweiten Teil behandelt (III). Ein letzter Teil zieht ein knappes Fazit (IV).

2 Die Wirkungen des Unionsrechts und die Folgen für das Verwaltungsprozessrecht

2.1 Die allgemeinen Wirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung

Nach ganz überwiegender Auffassung handelt es sich bei der Europäischen Union um eine supranationale Organisation.⁴ Unabhängig von den vielfältigen Elementen, die diesen supranationalen Charakter prägen, wird mit diesem jedenfalls der Vorrang des europäischen vor dem nationalen Recht verknüpft. Das gesamte europäische Recht (also sowohl das Primär- als auch das Sekundärrecht) nimmt in der Rangordnung der Rechtsnormen damit die höchste Stufe ein, entgegenstehendes nationales Recht darf im konkreten Fall nicht angewendet werden (es handelt sich also um einen Anwendungs- und nicht um einen Geltungsvorrang).⁵ Der Europäische Gerichtshof hat diesen Anwendungsvorrang frühzeitig herausgearbeitet⁶ und aufgrund seiner in dieser Hinsicht entschlossenen Haltung⁷ ist er mittlerweile auch grundsätzlich in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt.⁸ Zwar

³ Siehe zum „Wesen“ der Europäischen Union nur T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, § 5.

⁴ Zur Besonderheit der Supranationalität nur R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 126 ff.

⁵ R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 256.

⁶ Dazu vor allem EuGH Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (*Van Gend & Loos*); Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (*Costa/ENEL*).

⁷ T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, § 11, Rn. 1.

⁸ Siehe dazu auch C. Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, S. 38 ff.

hat das Bundesverfassungsgericht – wie auch einzelne andere mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte – gewisse Vorbehalte im Hinblick auf das nationale Verfassungsrecht und akzeptiert den unbedingten Vorrang nur für das einfache Gesetzesrecht.⁹ In der täglichen Praxis des Verwaltungsrichters spielen diese Einschränkungen des Vorrangs jedoch so gut wie keine Rolle.¹⁰ Dies wird sich im Grundsatz auch nach dem etwas nebulösen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon¹¹ nicht ändern, wenngleich die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte durch dieses Urteil wohl zumindest marginal erhöht und erweitert worden ist.¹²

2.2 Der Einfluss auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Besonderen

Für den an das Europarecht gebundenen Verwaltungsrichter äußert sich dieser Vorrang des Europarechts in vielfältiger Weise. Entscheidend ist zunächst, dass er das materielle europäische Recht als geltendes Recht zur Kenntnis nehmen¹³ und die daraus folgenden Besonderheiten für die Rechtsanwendung erfassen muss. Dies betrifft vornehmlich die Auslegung der europäischen Bestimmungen, die nunmehr nicht mehr anhand nationaler, als vielmehr anhand europäischer Methodik zu erfolgen hat, für die der EuGH zahlreiche Vorgaben entwickelt hat.¹⁴ Bei unmittelbar geltenden europäischen Verordnungen als den europäischen Gesetzen liegt dies nahe, dieser Grundsatz gilt jedoch für das gesamte Primär- und Sekundärrecht und damit auch für nationales Recht, welches der Umsetzung europäischer Richtlinien dient. Denn auch dieses nationale Recht bleibt – jedenfalls soweit die Umsetzungsverpflichtung reicht¹⁵ – aus materieller Perspektive europäisches Unionsrecht und muss dementsprechend unionsrechtskonform ausgelegt werden. Aufgrund der Multilingualität der unionalen Rechtsordnung umfasst die europäische Auslegung in diesem Zusammenhang bisweilen auch den Vergleich unter-

⁹ Siehe dazu auch U. Hufeld, Europas Verfassungsgemeinschaft – Staatsrechtliche Perspektive, in: ders./A. Epiney (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage 2010, S. 33 (35 ff.) sowie T. Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 41 ff.

¹⁰ So auch M. Febling, Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht, in: W. Erbguth/J. Masing (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 79 (84).

¹¹ BVerfGE 123, 267. Dieses Urteil ist in der Literatur sehr kontrovers aufgenommen worden.

¹² Siehe jetzt freilich den Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 (Mangold), wo das Gericht die scharfen Formulierungen des Lissabon-Urteils wieder etwas relativiert.

¹³ Das Unionsrecht ist weiterhin durch eine gewisse Unübersichtlichkeit geprägt, die diese Aufgabe nicht unwesentlich erschwert. Vgl. M. Febling, Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht, in: W. Erbguth/J. Masing (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 79 (94).

¹⁴ M. Febling, Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht, in: W. Erbguth/J. Masing (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 79 (84 ff.). Ausführlich zur unionsrechtskonformen Auslegung auch A. Hatje, Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts – unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 2. Auflage 2003, § 33.

¹⁵ Im Falle sog. überschießender Richtlinienumsetzung handelt es sich hingegen weiterhin um nationales Recht. Auch ein Vorabentscheidungsverfahren kann in diesem Bereich daher nicht eingeleitet werden. Dies ist freilich umstritten. Siehe dazu A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, § 9, Rn. 26 f.

schiedlicher Sprachfassungen – eine Tätigkeit, die nationalen Verwaltungsrichtern ansonsten eher fremd anmutet. Sofern die geschilderte Auslegungstätigkeit tatsächlich zu einem Widerspruch zwischen europäischem und nationalem Recht führen sollte, folgt zudem unmittelbar aus dem Europarecht die Kompetenz des Richters, das nationale Recht im konkreten Fall unangewendet zu lassen.¹⁶ Die Einleitung eines Zwischenverfahrens – zu denken wäre in Deutschland etwa an die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG – ist hingegen aus Effektivitätsgründen nicht statthaft. Denkbar ist freilich die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEU.¹⁷

Daneben bleibt auch nationales Recht von den aus dem Vorrang folgenden Einflüssen des Europarechts nicht verschont. So ist etwa die Ausgestaltung des nationalen Verwaltungsverfahrens- und -prozessrechts zwar generell¹⁸ Sache der Mitgliedstaaten. Der EuGH hat jedoch frühzeitig festgestellt¹⁹ (und unlängst bestätigt²⁰), dass dabei mit dem Äquivalenz- und dem Effektivitätsgrundsatz europarechtliche Grundsätze zu berücksichtigen sind, die den nationalen Ausgestaltungsspielraum beschränken.²¹ Während der Äquivalenzgrundsatz lediglich eine ungünstigere Ausgestaltung und Anwendung des nationalen Rechts untersagt, ist es vor allem der Effektivitätsgrundsatz, der in Fällen mit Unionsbezug durchaus zu einer anderen Auslegung nationaler Bestimmungen führen kann, indem er eine Anwendung nationalen Verfahrensrechts untersagt, welche die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Befugnisse praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert. Speziell für das nationale Verwaltungsprozessrecht ist ein vom EuGH herausgearbeitetes Element des Effektivitätsgrundsatzes im Vertrag von Lissabon sogar ausdrücklich kodifiziert worden. Nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EU sind die Mitgliedstaaten danach verpflichtet, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, um einen wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Gebieten zu gewährleisten. Der nationale Verwaltungsrichter ist durch diese Grundsätze gezwungen, bisweilen auch eine gefestigte nationale Auslegung des Verfahrensrechts auf ihre Vereinbarkeit mit europäischen Vorgaben zu überprüfen. Das Europarecht kann so zu einem Aufbrechen verkrusteter nationaler Strukturen beitragen, indem zwangsläufig die Frage aufgeworfen wird, ob an das Unionsrecht angepasstes nationales Recht nicht auch in anderen Fällen modifiziert werden sollte.

Die Beachtung dieser Grundsätze hat vor allem in der Anfangszeit der Europäischen Union gewisse Schwierigkeiten bereitet und setzt zwingend eine umfas-

¹⁶ Kritisch jetzt aber J. Schwarze, Zukunftsaussichten für das Europäische Öffentliche Recht, S. 49 f.

¹⁷ Zu diesem Verfahren sogleich unter III.

¹⁸ Sofern unionsrechtliche Regelungen ausnahmsweise bestehen, sind diese vorrangig zu beachten.

¹⁹ Insbesondere EuGH verb. Rs. 205-215/82, Rn. 19, 22, 30, 33 (*Deutsche Milchkontor*). Dazu auch J. Schwarze, Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 123 (155 ff.).

²⁰ EuGH Urteil vom 15.4.2010, Rs. C-542/08, Rn. 17, 19, 28 (*Barth*).

²¹ J. Ziekow, Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte, NVwZ 2010, 793 (793).

sende „Europäisierung“ nationaler Ausbildungsordnungen voraus. Die Probleme sollen an zwei praktischen Beispielen exemplifiziert werden.

a) *Der Einfluss auf den Gerichtszugang des Einzelnen*²²

In allen Staaten der EU bestehen Regelungen für den Gerichtszugang des Einzelnen, die primär den Ausschluss einer allgemeinen Popularklagemöglichkeit bezwecken.²³ Die Modelle im Einzelnen unterscheiden sich freilich ganz erheblich.²⁴ Während also etwa das französische Recht ein „*intérêt pour agir*“ und damit eine Interessentenklage zulässt,²⁵ ist das deutsche Recht sehr viel strenger und erfordert im Grundsatz nach § 42 Abs. 2 VwGO die Geltendmachung „eigener Rechte“, mithin subjektiver Rechte des Klägers.²⁶ Lediglich mittelbare Beeinträchtigungen oder sogenannte Rechtsreflexe vermögen hingegen keine Klageberechtigung zu vermitteln. Für die Bestimmung eines subjektiven Rechts wird in der Praxis die „modifizierte Schutznormlehre“ herangezogen, die voraussetzt, dass der betreffende Rechtssatz zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.²⁷ Angesichts dieser hier nur grob skizzierten Pluralität der Konzepte ist es wenig überraschend, dass sich das von allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen beeinflusste europäische Zugangssystem, keinem bestimmten nationalen Konzept vollständig zuordnen lässt. Zwangsläufig kann die Umsetzung europäischer Klageberechtigungen in der nationalen Rechtsordnung daher Probleme aufwerfen. Auch für die vergleichsweise strenge deutsche Konzeption ist es dabei unproblematisch, sofern das Unionsrecht (oder das dieses umsetzende nationale Recht) seinerseits Rechte im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO gewährt. Dies ist etwa im Bereich der europäischen Grundfreiheiten der Fall, die alle als solche subjektiven Rechte im Sinne der Schutznormtheorie angesehen werden. Der Verwaltungsrichter muss in einem solchen Fall seine gewohnten Bahnen also nicht verlassen und kann das Klagerecht anhand der Schutznormtheorie (also einer Prüfung der Möglichkeit einer Verletzung der Grundfreiheiten im konkreten Fall) ermitteln. Komplexer wird es jedoch dann, wenn das europäische Recht keine solchen sub-

²² Überblick bei T. *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 71 f.

²³ Vgl. A. *Thiele*, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, S. 204; T. *Groß*, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, Die Verwaltung 33 (2000), S. 415 (426).

²⁴ Siehe den verschiedenen Modellen nur T. *Dünchheim*, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 122 ff.

²⁵ Dazu J. *Koeb*, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, S. 163 ff.; T. *Finger*, Der Zugang zur deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit unter gemeinschaftsrechtlichem Einfluss, JA 2005, 228 (229 f.); J. *Schwarze*, Grundlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland, NVwZ 1996, 22 (23 f.) sowie C. D. *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 57 ff.

²⁶ Überblick zur deutschen Konzeption bei T. *Dünchheim*, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 108 ff. sowie bei C. D. *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 39 ff.

²⁷ Siehe zu dieser G. *Kirchhof*, Der rechtliche Schutz vor Feinstaub, AöR 135 (2010), S. 29 (52 ff.).

jektiven Rechte im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO gewährt. Soll der Vorrang des Europarechts nicht leerlaufen, kann es mit der bloßen Anwendung der Schutznormtheorie in dieser Situation nicht sein Bewenden haben. Vielmehr muss nunmehr durch Auslegung nach europäischen Grundsätzen ermittelt werden, ob und inwieweit das europäische Recht gleichwohl eine Klagemöglichkeit des Einzelnen verlangt. Diese Aufgabe wird freilich für den nationalen Richter dadurch erschwert, dass sich eine einheitliche europäische Dogmatik noch nicht entwickelt hat und sich hier Vieles im Fluss befindet.²⁸ In Zweifelsfällen ist der Richter dazu aufgerufen, den EuGH mit der Frage zu beschäftigen, indem ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEU eingeleitet wird. Sofern die Auslegung ergeben sollte, dass das Europarecht eine grds. Klagemöglichkeit verlangt, so muss diese anschließend auch vom nationalen Richter gewährt werden. Etwas anderes wäre mit dem Vorrang und der notwendigen einheitlichen Geltung des Europarechts nicht vereinbar. Für den nationalen Richter stellt sich in einem solchen Fall zwangsläufig die Frage der dogmatischen Umsetzung dieser Klagemöglichkeit im nationalen Recht, die mit der „klassischen“ Schutznormtheorie nicht zu erreichen ist.²⁹ Häufig wird sich dies durch eine unionsrechtlich modifizierte Auslegung des § 42 Abs. 2 VwGO lösen lassen, indem der Begriff des subjektiven Rechts entsprechend angepasst wird.³⁰ Vor allem dort, wo das Europarecht die Klagebefugnis jedoch weniger in den Interessen des Einzelnen, als vielmehr in allgemeinen Effektivitätsgesichtspunkten begründet sieht, erscheint dieser Weg zunächst einmal versperrt.³¹ Bisweilen wird in diesen Fällen auf § 42 Abs. 2 1. Halbs. VwGO zurückgegriffen³² oder die notwendige Klageberechtigung unmittelbar auf Europarecht gestützt.

Diese Modifikationen des § 42 Abs. 2 VwGO gelten zunächst einmal allein für Fälle mit Unionsbezug. Nur in diesen Bereichen greift der Vorrang des Unionsrechts, während das nationale Recht im Übrigen von diesem nicht erfasst wird. Zwangsläufig führen die neuartigen dogmatischen Konstruktionen jedoch dazu, dass immer mehr auch die Schutznormtheorie selbst auf den Prüfstand gehoben

²⁸ Siehe auch J. Ziekow, Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte, NVwZ 2010, 793 (794) sowie G. Kirchhof, Der rechtliche Schutz vor Feinstaub, AöR 135 (2010), S. 29 (49 ff.).

²⁹ Dazu T. Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 130 ff.

³⁰ So insbesondere T. Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 166 f., der davon ausgeht, dass der EuGH konzeptionell eine eigenständige Schutznormtheorie verfolgt, deren Kriterien sich nahtlos in diejenigen des deutschen Rechts einfügen lassen. Siehe auch T. Groß, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, Die Verwaltung 33 (2000), S. 415 (426 f.).

³¹ Vgl. nur J. Ziekow, Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte, NVwZ 2010, 793 (795) mit einem Hinweis auf die Klagemöglichkeiten von Dritten bei einer Verletzung des beihilferechtlichen Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 AEU, welches der EuGH mit Effektivitätsgesichtspunkten begründet.

³² M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, S. 54. Eine solche unionsrechtliche Klagemöglichkeit wird also nicht als subjektives Recht im Sinne des § 42 Abs. 2 2. Halbs. VwGO angesehen. Kritisch zu diesem Ansatz (wohl zu Recht) T. Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 164 ff.

wird. Ist diese schon für das Europarecht nicht zu halten,³³ warum sollte sie dann im Übrigen aufrechterhalten bleiben?³⁴ Wäre es nicht angemessen, die „Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts“³⁵ auch darüber hinaus voranzutreiben, etwa in Bereichen wie dem Umwelt- oder Verbraucherschutz?³⁶

b) Der einstweilige Rechtsschutz³⁷

Gerichtliche Verfahren dauern nicht selten mehrere Jahre, bis sie zu einer rechtskräftigen Entscheidung führen – insbesondere dann, wenn der Rechtsstreit mehrere Instanzen durchläuft.³⁸ Dies kann in Fällen mit Unionsrechtsbezug zu erheblichen Beeinträchtigungen des Vorrangs des Europarechts führen, wenn es für die Dauer des Rechtsstreits suspendiert wird. Es ist daher wenig verwunderlich, dass der Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes den zweiten Bereich darstellt, in dem sich die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts am deutlichsten niederschlägt.³⁹ Dabei lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden:

Zum einen ist es nämlich denkbar, dass das Europarecht die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes verlangt. Dies ist dann der Fall, wenn es zweifelhaft erscheint, ob eine nationale Regelung mit europäischen Vorgaben vereinbar ist. Dann muss es nach der Rechtsprechung des EuGH möglich sein, diese nationale Regelung bis zur endgültigen Klärung der Vereinbarkeitsfrage zu suspendieren, um dem Europarecht jedenfalls während der Dauer des Prozesses zur Geltung zu verhelfen. Die wohl tiefgreifendsten Änderungen hat in diesem Zusammenhang freilich nicht das deutsche, sondern das englische Recht erfahren müssen. *J. Jowell* und *P. Birkinshaw* bezeichnen dieses Gebiet daher als „one of the areas most heavily influenced by European Public law“.⁴⁰ Tatsächlich hängt diese Einschätzung damit zusammen, dass jede Form einstweiligen Rechtsschutzes gegen einen Parlamentsakt nach dem englischen Verständnis der „Supremacy of Parliament“ bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Factortame*⁴¹ undenkbar erschien.⁴²

³³ So *F. Schoch*, Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, 1 (8). Ähnlich auch *C. D. Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 77, der ebenfalls auf die großzügigeren Kriterien des EuGH hinweist.

³⁴ Vgl. etwa den Beitrag von *M. Zuleeg*, Hat das subjektive Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl. 1976, 509 ff.

³⁵ So der Titel der Dissertation von *J. Masing* aus dem Jahre 1996.

³⁶ Vgl. auch *J. Schwarze*, Zukunftsaussichten des Europäischen Öffentlichen Rechts, S. 53.

³⁷ Überblick bei *T. Württenberger*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 73 f.

³⁸ Vgl. auch *T. Groß*, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, Die Verwaltung 33 (2000), S. 415 (430).

³⁹ *F. Schoch*, Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, 1 (10) spricht von der „durchgreifende[n] Europäisierung“ auf dem Gebiet des einstweiligen Rechtsschutzes.

⁴⁰ *J. Jowell/P. Birkinshaw*, English Report, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 273 (302).

⁴¹ EuGH Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433 (*Factortame*).

Dieser völlige Ausschluss einstweiligen Rechtsschutzes war mit europäischen Vorgaben zwangsläufig nicht vereinbar. Das Unionsrecht initiierte dadurch die Einführung eines völlig neuartigen Rechtsmittels im Vereinigten Königreich. Auch hier führte die Entscheidung des EuGH zudem im Anschluss dazu, dass die Reichweite des nationalen Dogmas der „Supremacy of Parliament“ auch in Fällen ohne Unionsrechtsbezug in Frage gestellt wurde. Mittlerweile sind entsprechende Richtersprüche tatsächlich auch in rein nationalen Streitigkeiten ergangen. Der Einfluss des EuGH wird daher auch als „an essential contribution to the maintenance of the rule of law in Britain“ bezeichnet.⁴³

Die zweite Konstellation betrifft hingegen die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine vorläufige Suspendierung europäischen Rechts von nationalen Behörden und Gerichten gewährt werden darf. Diese Frage stellte sich vor allem im deutschen Recht, in dem Rechtsbehelfen im Grundsatz eine solche Suspensivwirkung zukommt. Da diese automatische Suspensivwirkung die einheitliche Geltung des Europarechts ganz erheblich beeinträchtigen kann, stellt der Gerichtshof überaus strenge Anforderungen an einen solchen Suspensiveffekt. Diese Anforderungen müssen deutsche Behörden und Gerichte daher bei der Auslegung der relevanten nationalen Bestimmungen berücksichtigen.⁴⁴ Sie können dann verpflichtet sein, diesen nach deutschem Recht eintretenden Suspensiveffekt zu beseitigen (eine Möglichkeit, die das deutsche Recht durchaus vorsieht).⁴⁵ Gerichte müssen zudem ganz generell jede Suspensiventscheidung bzgl. europäischen Rechts mit der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens verbinden, so dass der EuGH die Möglichkeit hat, die Geltungsfrage verbindlich für die gesamte Europäische Union zu entscheiden. Vor allem diese Vorlageverpflichtung ist von deutschen Gerichten in einigen jüngeren Entscheidungen zum Glücksspielmonopol⁴⁶ freilich nicht ausreichend beachtet worden,⁴⁷ was durchaus berechtigte (zum Teil äußerst harsche) Kritik nach sich gezogen hat.⁴⁸ Eine darüber hinausgehende generelle Änderung der Dogmatik des einstweiligen Rechtsschutzes auch in nationalen Fällen ist hier allerdings (bisher) nicht festzustellen.

⁴² Dazu *P. Birkinshaw*, English Public Law under European Influence, in: J. Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 97 (103 ff.).

⁴³ *J. Jowell/P. Birkinshaw*, English Report, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 273 (304).

⁴⁴ Dazu *J. Schwarze*, Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 123 (186 ff.).

⁴⁵ Umfassend auch *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 217 ff.

⁴⁶ Siehe vor allem OVG Münster, EuZW 2006, 603 (604 f.) sowie *C. D. Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 111 ff.

⁴⁷ *M. Febling*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht, in: W. Erbguth/J. Masing, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 79 (95 f.).

⁴⁸ Siehe dazu etwa *J.-P. Terbechte*, Temporäre Durchbrechung des Vorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts beim Vorliegen „inakzeptabler Regelungslücken“, EuR 2006, 828 (840).

3 Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEU als vertrauensbasiertes Kooperationsverfahren

Die Verzahnung der materiellen Rechtsebenen setzt sich im Bereich der Rechtsschutzebenen fort.⁴⁹ Die mit der Supranationalität notwendig verbundene Rechtseinheit im gesamten Unionsgebiet wäre erheblich beeinträchtigt, wenn die europäische und die nationale Rechtsschutzebene institutionell vollständig getrennt voneinander agieren würden; es bestünde die latente Gefahr der Rechtszersplitterung durch uneinheitliche Anwendung bis hin zur Nichtanwendung des Unionsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten. Das Ineinandergreifen der beiden Rechtsebenen bildet insoweit ein wesentliches Element der europäischen Rechtsgemeinschaft auch im Bereich des Rechtsschutzes.⁵⁰

Diese notwendige Verklammerung wird auf Unionsebene durch das in Art. 267 AEU kodifizierte Vorabentscheidungsverfahren institutionalisiert, welches den erforderlichen Dialog zwischen der europäischen und der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit ermöglicht.⁵¹ Nationale Gerichte haben hier die Möglichkeit (und unter bestimmten Voraussetzungen auch die Pflicht) dem Europäischen Gerichtshof entscheidungserhebliche Fragen des Europarechts – niemals solche des nationalen Rechts⁵² – vorzulegen, auf die der EuGH in einer grds. abstrakten Form antwortet. Dieses Verfahren ist dabei nicht auf Hierarchie und Zwang, sondern vielmehr auf Kooperation und Vertrauen zwischen den beiden Rechtsschutzebenen gebaut,⁵³ wenngleich sich gewisse hierarchische Elemente (insbesondere die Verbindlichkeit der Antwort für das nationale Gericht) zur Herstellung der Rechtseinheit offensichtlich nicht vermeiden lassen.⁵⁴ Das Kooperationsverhältnis der Rechtsebenen zeigt sich vor allem darin, dass der Europäische Gerichtshof keine wirkliche letzte Instanz darstellt und insbesondere nationale Urteile nicht selbstständig aufheben oder modifizieren kann. Zudem besteht auch kein sonstiges formales europäisches Sanktionsverfahren, sofern nationale Gerichte gegen ihre europarechtlichen Verpflichtungen verstoßen sollten. Zu denken wäre allenfalls an ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEU⁵⁵ – eine Option, von der die Kommission allerdings wegen der Unabhängigkeit der Gerichte prinzipiell keinen

⁴⁹ T. *Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 135.

⁵⁰ Vgl. auch T. *Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 103.

⁵¹ Dazu R. *Wernsmann*, Vorabentscheidungsverfahren, in: D. Ehlers/F. Schoch, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, § 11; M. *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 776 ff.; A. *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, § 9; K. *Lasok*/T. *Millett*, Judicial Control in the European Union, Rn. 308 ff.

⁵² Siehe nur A. *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, § 9, Rn. 25.

⁵³ Vgl. auch J.-P. *Schneider*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäischer Gerichtshof, in: W. Erbguth/J. Masing, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 11 (18). Siehe auch T. *Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 104, der vom europäischen Gerichtssystem spricht, das auf vernetzte Verantwortlichkeit, auf Kooperation ausgelegt und angewiesen ist und ebenda, S. 138.

⁵⁴ Siehe auch M. *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 782.

⁵⁵ Vgl. W. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, Rn. 3326 ff.

Gebrauch macht. Zum Teil bestehen nationale Sanktionsmechanismen, sofern nationale Gerichte ihre Vorlagepflicht verletzen sollten.⁵⁶ Auch diese haben jedoch nur einen sehr begrenzten Einfluss auf die Tätigkeit der unabhängigen Gerichte. Die Effektivität des gesamten Systems hängt folglich in besonderer Weise davon ab, dass die nationalen Gerichte zu einer Kooperation mit dem EuGH bereit sind.

3.1 Gerichtseigenschaft der Verwaltungsgerichte

Als gerichtliches Kooperationsverfahren setzt die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens die Gerichtseigenschaft des vorlegenden Spruchkörpers voraus. Aus europäischer Perspektive – und allein diese ist an dieser Stelle maßgeblich⁵⁷ – setzt dies vor allem die Unabhängigkeit des verbindlich entscheidenden Spruchkörpers bei gleichzeitiger Zurechnung zur staatlichen (und nicht der gesellschaftlichen) Ebene voraus.⁵⁸ Damit steht das Europarecht einem behördeninternen Rechtsbehelfsverfahren (wie dem deutschen Widerspruchsverfahren) keineswegs entgegen. Vor allem im Bereich des Verwaltungsverfahrens kann ein solchermaßen internes Kontrollverfahren (auch aus der Perspektive des effektiven Rechtsschutzes) durchaus zweckmäßig sein, wenngleich im deutschen Recht gegenwärtig Tendenzen zur jedenfalls partiellen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens erkennbar sind. Aus der bereits genannten Forderung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EU ergibt sich allerdings, dass es mit einer solchen Kontrolle in Fällen mit Unionsrechtsbezug nicht sein Bewenden haben darf. Eine effektive Durchsetzung europäischer Rechtspositionen setzt vielmehr voraus, dass anschließend auch Gerichte im Sinne des Art. 267 AEU mit der Sache befasst werden können, um eine allgemeine Vorlagefähigkeit sicherzustellen. Eine Gewährleistung einheitlicher Grundsätze im gesamten Unionsgebiet wäre sonst nicht möglich. Ein alleiniger behördeninterner Rechtsschutz wäre mit europäischen Vorgaben folglich nicht vereinbar, gleiches gilt für zu strenge Voraussetzungen für den anschließenden Wechsel zu den unabhängigen Gerichten.

3.2 Das freie Vorlagerecht und die notwendigen Ausnahmen

Das besondere Vertrauen, welches den nationalen Gerichten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens entgegengebracht wird, wird vor allem im grds. freien Vorlagerecht deutlich. Nationale Gerichte sind danach keineswegs gezwungen, jede

⁵⁶ So etwa in Deutschland, wo die Verletzung der Vorlagepflicht an den EuGH einen Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters darstellen kann. Siehe dazu R. *Wernsmann*, Vorabentscheidungsverfahren, in: D. Ehlers/F. Schoch, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, § 11, Rn. 58 ff. Ähnliches gilt auch in Österreich.

⁵⁷ J. *Boudant*, La Cour de Justice des Communautés Européennes, S. 134 f.

⁵⁸ Ausführlich zur Gerichtseigenschaft M. *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 811 ff.

europarechtliche Fragestellung sogleich dem EuGH vorzulegen.⁵⁹ Ein solch paternalistisches Konzept ist dem Europarecht fremd. Die mitgliedstaatlichen Gerichte genießen in dieser Hinsicht vielmehr ein weites Ermessen – die Entscheidung zur Vorlage wird aus europäischer Perspektive also nicht einmal als Regel und die Nichtvorlage als Ausnahme angesehen. Die Gerichte – auch und gerade die Verwaltungsgerichte – sind folglich angehalten, die europäische Frage selbst zu entscheiden, wenn und soweit sie dies für zweckmäßig erachten.⁶⁰ Sie werden durch diese Entscheidungsbefugnis ihrerseits zu funktionalen Unionsgerichten, nationale Richter wandeln sich zu europäischen Richtern,⁶¹ die in die europäische Rechtsschutzebene integriert sind, welche insgesamt für die Einhaltung und Durchsetzung aber auch die Fortentwicklung des Europarechts verantwortlich zeichnet. Mit diesem freien Vorlagerecht geht zwangsläufig eine hohe Verantwortung des nationalen Richters einher. Er muss sorgsam auswählen, ob es im konkreten Fall zweckmäßig erscheint, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten oder ob er die Frage besser selbst entscheiden sollte. Sind seine Vorlagekriterien zu weich, wird der Gerichtshof mit einer Fülle von vergleichsweise banalen Einzelproblemen konfrontiert, die dessen Funktionsfähigkeit ernsthaft in Frage stellen können – ein Phänomen, welches in der Praxis (vor allem im Bereich des Verwaltungsrechts) bisweilen durchaus nachweisbar ist und vielleicht an einem zu geringen europarechtlichen Selbstbewusstsein nationaler Richter liegen mag. Sind die Kriterien hingegen zu streng, verbleiben also für die Rechtseinheit relevante Fragen beim nationalen Gericht, kann dies zu einer Gefährdung der einheitlichen Geltung des Unionsrechts führen.⁶²

Vor allem um letzterer Gefahr vorzubeugen kennt das europäische Recht gewisse Ausnahmen vom freien Vorlagerecht, welches sich in der Konsequenz in eine Vorlagepflicht wandelt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dies zunächst der Fall, wenn die unionsrechtliche relevante Frage nicht die Auslegung, sondern die Gültigkeit einer unionsrechtlichen Rechtsnorm betrifft (insbesondere Verordnungen und Richtlinien). Eine Vorlageverpflichtung besteht hier dann, wenn das nationale Gericht den unionsrechtlichen Rechtsakt für nichtig hält und ihn daher nicht anwenden will. Aufgrund des generell-abstrakten Charakters des betroffenen Rechtsakts und dessen Geltung im gesamten Unionsgebiet, wäre es für die Rechtseinheit tatsächlich kaum zweckmäßig, jedem nationalen Gericht eine Verwerfungsbefugnis zuzuweisen. Der EuGH besteht in diesen Fällen also zu Recht auf seinem Verwerfungsmonopol, das sich folglich nicht in einem allgemei-

⁵⁹ A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, S. 114 ff.; K. Lasok/T. Millett, *Judicial Control in the European Union*, Rn. 337.

⁶⁰ Deutlich K. Lasok/T. Millett, *Judicial Control in the European Union*, Rn. 337: “It is then for the national court to decide as a matter of discretion whether or not to refer. This is entirely a matter to that court.”

⁶¹ T. Tobidipur, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU*, S. 135; T. Dünchbeim, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss*, S. 251.

⁶² Zu den Problemen des nationalen Gerichts im Rahmen dieses Entscheidungsprozesses K. Lasok/T. Millett, *Judicial Control in the European Union*, Rn. 338.

nen Misstrauen in die nationale Richterschaft als vielmehr in der Notwendigkeit einer für das gesamte Unionsgebiet einheitlichen Entscheidung gründet.⁶³ Es folgt damit der Logik des Systems einer supranationalen Rechtsgemeinschaft⁶⁴ und begrenzt das hierarchische Element mit dem fortbestehenden Prüfungsrecht nationaler Gerichte auf das unbedingt Notwendige.⁶⁵ Mit dem Argument der Rechtseinheit begründet der Gerichtshof im Übrigen auch die bereits angesprochene (und bisweilen etwas vernachlässigte) Vorlagepflicht im Falle der vorläufigen Suspendierung eines unionalen Rechtsakts.

Im Art. 267 Abs. 3 AEU ist darüber hinaus eine Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte vorgesehen. Der Sinn dieser Regelung liegt darin sicherzustellen, dass in jedem Instanzenzug zumindest ein vorlagepflichtiges Gericht existiert, da nur dann eine optimale Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtseinheit gesichert wird. Sowohl der Gerichtshof⁶⁶ als auch die herrschende Auffassung in der Literatur⁶⁷ legen daher eine konkrete Betrachtungsweise zu Grunde, nach der es für die Frage der Letztinstanzlichkeit auf die konkrete Fallgestaltung ankommt. Entscheidend ist also, ob in der konkreten Situation ein weiteres Rechtsmittel besteht. Sofern dies (etwa aufgrund eines zu geringen Streitwerts) nicht der Fall sein sollte, kann damit auch ein abstrakt gesehen unterinstanzliches Gericht – je nach nationalem Prozessrecht also auch ein erstinstanzliches Verwaltungsgericht – ein letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEU sein. Diese Ansicht bewirkt damit eine nicht unwesentliche Beschränkung des ansonsten freien Vorlagerechts und strapaziert damit zu einem gewissen Grad das Vertrauenskonzept des Vorabentscheidungsverfahrens.⁶⁸ Sie kann zudem zur oben angesprochenen Überlastung des Gerichtshofs führen, indem auch banalste unionsrechtliche Fragen nicht nur vorgelegt werden dürfen, sondern vorgelegt werden müssen.⁶⁹ Vor allem dieses letzte Problem dürfte den EuGH auch dazu bewogen haben, Konstellationen anzuerkennen, in denen die Vorlagepflicht nationaler Gerichte jedenfalls in Auslegungsfragen (und nicht in Gültigkeitsfragen)⁷⁰ doch wieder entfällt und das

⁶³ A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, S. 125; K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, Rn. 10-010.

⁶⁴ Vgl. T. Tobidipur, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU*, S. 136 f.

⁶⁵ Nationale Gerichte haben das Recht, europäische Rechtsakte auf Ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen. Lediglich die Durchführung der Nichtanwendung und Verwerfung setzt die Befassung des EuGH voraus. In dem Vorlagebeschluss hat das nationale Gericht aber die Möglichkeit, die Argumente, die für eine Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsakts sprechen ausführlich darzulegen. Es tritt damit auch insoweit in einen institutionellen Dialog mit dem EuGH.

⁶⁶ EuGH Rs. C-99/00, Slg. 2002, I-4839, Rn. 14 f. (*Ljyokeskog*).

⁶⁷ Siehe R. Wernsmann, *Vorabentscheidungsverfahren*, in: D. Ehlers/F. Schoch, *Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, § 11, Rn. 47; M. Pechstein, *EU-/EG-Prozessrecht*, Rn. 830; A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, S. 119; J. Boudant, *La Cour de Justice des Communautés Européennes*, S. 140; W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. 5, Rn. 3304; C. Zantis, *Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht*, S. 136.

⁶⁸ Vgl. auch A. Thiele, *Europäisches Prozessrecht*, § 9, Rn. 62.

⁶⁹ W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. 5, Rn. 3304. Für eine abstrakte Betrachtungsweise daher A. Dausen, *Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag*, S. 111.

⁷⁰ M. Pechstein, *EU-/EG-Prozessrecht*, Rn. 839.

freie Vorlagerecht (und damit das Entscheidungsrecht des nationalen Richters) wieder auflebt. Dies ist zum einen der Fall, wenn eine bereits gefestigte Rechtsprechung des EuGH zu der relevanten Frage vorliegt und das nationale Gericht dieser folgen möchte.⁷¹ Zum anderen kann die Vorlagepflicht auch dann entfallen, wenn zwar noch keine solche Rechtsprechung vorliegt, die richtige Anwendung des Unionsrechts jedoch derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage verbleibt (sog. *Acte-Clair-Doktrin/CILFIT-Rechtsprechung*).⁷² Diese letzte Ausnahme bietet freilich eine vergleichsweise einfache Möglichkeit für nationale Gerichte, die Vorlagepflicht zu umgehen. Tatsächlich greifen nationale Gerichte erstaunlich häufig auf diese Rechtsprechung zurück, die eigentlich als eng auszulegende Ausnahme konzipiert ist. Auch aufgrund dieser Missbrauchsmöglichkeit, die in den relativ offenen Voraussetzungen der CILFIT-Rechtsprechung ihre Ursache findet, erscheint es fraglich, ob es nicht insgesamt zweckmäßiger wäre, auf eine abstrakte Betrachtungsweise zu wechseln, die die Vorlagepflicht der dann letztinstanzlichen Gerichte aber ausnahmslos auszugestalten (also die CILFIT-Rechtsprechung aufzugeben). Jedenfalls für die Praxis hat sich diese Frage freilich wohl erledigt. In der Konsequenz ist es mithin erforderlich, dass jeder nationale Verwaltungsrichter in jedem Verfahren aufs Neue überprüft, ob er als letztinstanzlicher Richter im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEU agiert, will er keinen Verstoß gegen das Unionsrecht riskieren. Ein Rechtsmittel liegt dabei auch dann vor, wenn dieses zunächst von der Zulassung der nächsten Instanz abhängig sein sollte. Die Kriterien, die an ein Rechtsmittel im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEU zu stellen sind, sind dabei der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen.⁷³

3.3 Die Antwort des EuGH auf die Vorlagefrage

In der Antwort des EuGH auf die gestellte Frage zeigt sich erneut das Vertrauenskonzept, welches dem Vorabentscheidungsverfahren zu Grunde liegt. Der EuGH entscheidet nämlich keineswegs den konkreten Rechtsstreit, sondern beantwortet allein die ihm gestellte abstrakte unionsrechtliche Frage. Seine Antwort ist dabei „zumindest ebenso abstrakt“⁷⁴ formuliert wie die Frage des nationalen Gerichts. Die Anwendung dieser Antwort auf den konkreten nationalen Rechtsstreit obliegt

⁷¹ EuGH RS. 283/81, Slg. 1983, 3415, Rn. 13 f. (*CILFIT*).

⁷² EuGH Rs. 283/81, Slg. 1983, 3415, Rn. 16 (*CILFIT*). Dazu J. Boudant, *La Cour de Justice des Communautés Européennes*, S. 140 f. sowie W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Bd. 5, Rn. 3310 ff.

⁷³ So ist es etwa ausreichend, wenn das Rechtsmittel der Zulassung durch ein anderes Gericht bedarf. Dann ist also nicht das zunächst entscheidende Gericht, sondern das über die Zulassung des Rechtsmittels entscheidende Gericht als letztinstanzlich anzusehen, vgl. M. Pechstein, *EU-/EG-Prozessrecht*, Rn. 831.

⁷⁴ J.-P. Schneider, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäischer Gerichtshof*, in: W. Erbguth/J. Masing, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*, S. 11 (18).

damit wiederum dem nationalen Gericht.⁷⁵ Auch hier zeigt sich, dass das europäische Gericht die erforderliche Rechtseinheit durch einen Dialog und nicht durch Zwang erzielen will, der nationale Richter bleibt stets „Herr“ seines Verfahrens.⁷⁶ Er wird als Teil des gesamten europäischen Rechtssystems wahrgenommen, sorgt für die notwendige Anwendung und Durchsetzung des Europarechts im Einzelfall, die der EuGH selbst nicht zu leisten in der Lage ist. Dieses funktionsteilige Rechtsschutzsystem führt so zu einer ausgeprägten Dezentralisierung der richterlichen Funktion in der EU.⁷⁷ Der Gerichtshof ist freilich in der Lage, den Spielraum des nationalen Gerichts im Hinblick auf die Bedeutung der Frage zu variieren und nutzt diese Möglichkeit auch in der Praxis.⁷⁸ Der EuGH tut indes gut daran, die Vertrauensbasis des Verfahrens nicht durch zu strikte Vorgaben an das nationale Gericht anzugreifen und nach Möglichkeit Raum für die eigene Subsumtion und Anwendung des Europarechts zu belassen. Vor allem im Zusammenhang mit der Auslegung der Grundfreiheiten – insbesondere im Bereich der Verhältnismäßigkeit – lässt sich das Bemühen des Gerichtshofs, nationalen Gerichten diesen Freiraum zu belassen, entgegen einigen Stimmen in der Literatur⁷⁹ auch tatsächlich nachweisen.⁸⁰

4 Fazit

Europäische und nationale Verwaltungsgerichtsbarkeit sind in vielfältiger Weise miteinander verzahnt. Sie arbeiten gemeinsam an der Fortentwicklung des gesamten europäischen Rechts. Auch der nationale Verwaltungsrichter ist in diesem Prozess daher keineswegs auf eine rein passive Rolle beschränkt, das Europarecht sieht ihn vielmehr als notwendiges aktives Element zur Erreichung des Ziels der Wahrung des Rechts an. Der Einfluss des Europarechts ist für ihn auch aufgrund dieser Konzeption in seiner täglichen Arbeit stark spürbar. Dies sollte ihm jedoch nicht als Belastung, sondern vielmehr als Chance erscheinen, die Entwicklung des europäischen, aber auch des nationalen Rechts voranzutreiben.

⁷⁵ EuGH Rs. 222/79, Slg. 1979, 1163, Rn. 10 ff. (ICAP); M. Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 854.

⁷⁶ T. Tobidipur, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 136.

⁷⁷ V. Skouris, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften: Rechtsschutzinstanz und/oder Integrationsfaktor?, in: Festschrift D. Tsatsos, S. 638 (642).

⁷⁸ J.-P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäischer Gerichtshof, in: W. Erbguth/J. Masing, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 11 (18).

⁷⁹ Siehe vor allem L. Gerken/R. Herzog, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ vom 8.9.2008, S. 8.

⁸⁰ Zum Selbstverständnis des EuGH jetzt auch R. Streinz, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration. Anmerkungen zu gegenläufigen Tendenzen in der neueren Rechtsprechung, AöR 135 (2010), 1 ff.

Нерезрывная связь между европейской и национальной юрисдикцией административных судов

Доктор Александр Тиле

1 Введение

Федеративная Республика Германия является членом многих международных организаций и участником разнообразных международных соглашений. То же самое относится к Украине¹ и фактически ко всем государствам Организации Объединенных Наций. Подобные международные договоры неизбежно оказывают влияние и на национальные правовые порядки, причем независимо от того, какое место им формально отводится в национальной системе права. Степень данного влияния зависит, однако, от вида межгосударственного объединения; кроме того, иногда степень влияния варьируется с течением времени.² В частности, ряд договоров не может

¹ Наряду с членством в ООН Украина также является членом Совета Европы (и ЕКПЧ), ВОЗ, ОБСЕ, ЮНЕСКО, ГУАМ, МВФ и многих других организаций. Также существуют многочисленные программы сотрудничества с ЕС. Однако Украина пока еще не является членом НАТО.

² Например, в настоящее время ЕКПЧ переживает своего рода «ренессанс» в немецкой системе права ввиду принятия ряда значимых судебных решений, хотя формально ее правовой статус не изменился. О влиянии ЕКПЧ и решений ЕСПЧ на немецкое право см. *J. Schwarze, Zukunftsaussichten für das Europäische Öffentliche Recht*, S. 36 ff., а также *A. Thiele, Entscheidungen des EGMR im deutschen Recht: Bindungswirkung oder Diskussionsgrundlage*, www.springerrecht.at/category/expertenforum.

оказывать существенного влияния ввиду затрагиваемой сферы права (например, с этим пожалуй можно согласиться в отношении космического права), в других случаях связывающий характер объединения оказывается настолько слабым, что нельзя вести речь даже об опосредованном влиянии. В некоторых случаях имеет место и то, и другое. Совсем другая ситуация сложилась в отношении Европейского союза, первичное и вторичное право которого касается практически любой сферы национального права, и чей наднациональный характер лишь условно подходит под сравнение с обычным межгосударственным международным правом.³ В данном случае национальное право охватывается и подвергается европейскому влиянию всеобъемлющим образом. Неразрывная связь между правовыми уровнями, результирующая из данного процесса, не обошла своим вниманием и административно-процессуальное право. Более того, членство в Европейском союзе, в отличие от иных международных соглашений, оказывает влияние на повседневную работу административных судов. Указанное влияние демонстрируется в первой части на примере доступа к судебной защите и временной охраны прав (II). Соблюдение европейских предписаний гарантируется в отношении административного права в первую очередь путем процедуры принятия предварительного решения в соответствии со ст. 267 Договора о функционировании ЕС. Данная процедура, действующая и институционализированная на основах взаимного доверия и кооперации обоих правовых уровней, рассматривается во второй части (III). Последняя часть содержит краткий вывод (IV).

2 Влияние права ЕС и последствия для административно-процессуального права

2.1 Общее влияние права ЕС на национальный правовой порядок

Согласно распространенному мнению Европейский союз является наднациональной организацией.⁴ Независимо от разнообразных элементов, присущих наднациональному характеру, с ним в любом случае связывается преимущество европейского права над национальным. Все европейское право (как первичное, так и вторичное) занимает таким образом в иерархии правовых норм самую высшую ступень, а противоречащее ему национальное право не может быть применено в конкретном случае (речь идет, таким образом, о преимуществе применения, но не о преимуществе действия).⁵ Суд

³ К вопросу «сущности» Европейского союза см. *T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim*, *Europarecht*, § 5.

⁴ По поводу особенностей наднациональности см. *R. Streinz*, *Europarecht*, Rn. 126 ff.

⁵ *R. Streinz*, *Europarecht*, Rn. 256.

ЕС выработал доктрину о преимуществе применения в первое время существования организации,⁶ и в результате его решительной позиции по данному вопросу⁷ указанная доктрина признается в настоящее время всеми национальными правовыми порядками государств-членов ЕС.⁸ Необходимо отметить, что Федеральный Конституционный суд Германии – как и некоторые другие конституционные суды государств-членов – установил некоторые оговорки в отношении конституционного права и признает безоговорочное преимущество применения только в отношении обычных законов.⁹ В повседневной работе административных судей эти ограничения применения почти не играют никакой роли.¹⁰ В целом это не изменится и после несколько размытого решения Федерального Конституционного суда ФРГ по Лиссабонскому договору¹¹, пусть и объем норм, подлежащих контролю Конституционного суда, в результате указанного решения как минимум несколько увеличился и расширился.¹²

2.2 Влияние на юрисдикцию административных судов в частности

Для административного судьи, связанного административным правом, вышеописанное преимущество права ЕС выражается различным образом. В первую очередь является решающим тот факт, что он должен принимать во внимание материальное европейское право в качестве действующего права¹³ и учитывать вытекающие отсюда особенности для правоприменения. Это касается в первую очередь толкования европейских норм права, которое больше не осуществляется на основе национальной методике, а должно производиться на основе европейской, в отношении которой Суд ЕС разработал многочисленные предписания.¹⁴ В случае напрямую

⁶ См. решения Суда ЕС по делу 26/62, Slg. 1963, 1 (*Van Gend & Loos*); Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (*Costa/ENEL*).

⁷ См. Т. *Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim*, *Europarecht*, § 11, Rn. 1.

⁸ По этому вопросу см. также С. *Franzjusz*, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, S. 38 ff.

⁹ По этому вопросу см. также U. *Hufeld*, *Europas Verfassungsgemeinschaft – Staatsrechtliche Perspektive*, in: ders./A. *Epiney* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage 2010, S. 33 (35 ff.), а также Т. *Dünchheim*, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss*, S. 41 ff.

¹⁰ К аналогичному выводу также приходит М. *Febeling*, *Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht*, in: W. *Erbguth/J. Masing* (Hrsg.), *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*, S. 79 (84).

¹¹ BVerfGE 123, 267. Это решение вызвало весьма противоречивые отзывы в литературе.

¹² См. однако решение от 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 (Mangold), в котором суд снова несколько смягчает строгие формулировки решения по Лиссабонскому договору.

¹³ Право ЕС характеризуется к тому же определенной запутанностью, которая существенно осложняет эту задачу. См. М. *Febeling*, *Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht*, in: W. *Erbguth/J. Masing* (Hrsg.), *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*, S. 79 (94).

¹⁴ М. *Febeling*, *Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht*, in: W. *Erbguth/J. Masing* (Hrsg.), *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*, S. 79 (84 ff.). Подробно о

действующих европейских регламентов, имеющих статус европейских законов, это является объяснимым; однако данный принцип действует также в отношении всего первичного и вторичного права и тем самым также в отношении национального права, служащего имплементации европейских директив. Это объясняется тем, что данное национальное право остается – как минимум в рамках тех положений, на которые распространяется обязанность по имплементации директивы¹⁵ – правом Евросоюза с материальной точки зрения и соответственно должно толковаться в соответствии с требованиями к праву ЕС. Ввиду большого количества официальных языков в правопорядке ЕС европейское толкование охватывает в данной связи подчас и сравнение различных языковых версий – деятельность, осуществление которой, как правило, довольно чуждо административным судьям. Если проведение описанного толкования в действительности выявляет противоречие между европейским и национальным правом, из европейского права напрямую вытекает компетенция судьи воздержаться от применения национального права в данном конкретном случае.¹⁶ Введение промежуточного рассмотрения дела – в Германии приходит на ум в частности конкретный контроль норм согласно ст. 100 абз. 1 Основного закона ФРГ – является, наоборот, недопустимым из соображений эффективности. Тем не менее, существует возможность запуска процедуры принятия предварительного решения согласно ст. 267 Договора о функционировании ЕС.¹⁷

Наряду с этим национальное право не является свободным также и от влияния права ЕС, вытекающих из преимущества применения. Так, например, формирование национального административного процедурного и процессуального права относится в целом¹⁸ к компетенции государств-членов. Однако Суд ЕС в своей ранней практике постановил¹⁹ (и недавно подтвердил²⁰), что при этом должны быть соблюдены европейские

толковании в соответствии с предписаниями ЕС см. также *A. Hatje*, *Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts – unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts*, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Bd. I, 2. Auflage 2003, § 33.

¹⁵ В случае так называемой избыточной имплементации директивы речь ведется наоборот о национальном праве. Поэтому в данной сфере также не может запускаться процедура принятия предварительного решения. Тем не менее, это является спорным. См. по этому вопросу *A. Thiele*, *Europäisches Prozessrecht*, § 9, Rn. 26 f.

¹⁶ Критика подобной практики: *J. Schwarze*, *Zukunftsaussichten für das Europäische Öffentliche Recht*, S. 49 f.

¹⁷ Об этой процедуре см. ниже в части III.

¹⁸ Если в порядке исключения существуют нормативные акты ЕС, они обладают преимуществом.

¹⁹ В частности см. связанные дела Суда ЕС 205-215/82, Rn. 19, 22, 30, 33 (*Deutsche Milchkontor*). По этой теме см. также: *J. Schwarze*, *Deutscher Landesbericht*, in: ders. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, S. 123 (155 ff.).

²⁰ Решение Суда ЕС от 15.4.2010, дело C-542/08, Rn. 17, 19, 28 (*Barth*).

принципы эквивалентности и эффективности, которые определенным образом ограничивают свободу формирования национального права.²¹ В то время как принцип эквивалентности только запрещает формирование и применение национального права ниже определенных стандартов, принцип эффективности может привести к совершенно иному толкованию положений национального права в делах с привязкой к праву ЕС, т.к. он запрещает применение национального процессуального права, которое делает фактически невозможным или чересчур осложняет осуществление полномочий, гарантированных правом ЕС. Специально для национального административно-процессуального права существует разработанный Судом ЕС элемент принципа эффективности, который был прямо кодифицирован в Лиссабонском договоре. Согласно статье 19 абз. 1 подабз. 2 Договора о ЕС государства-члены обязаны создать необходимые средства правовой защиты, чтобы обеспечить эффективную защиту прав в сферах, охваченных правом ЕС. Национальный административный судья вынужден в связи этими принципами порою проверять даже устоявшееся национальное толкование процессуального права на его соответствие европейским предписаниям. Право ЕС может таким образом внести вклад в разрушение заскорузлых национальных структур, так как обязательным является ответ на вопрос, не должно ли национальное право, приведенное в соответствие с правом ЕС, быть модифицировано и в других необходимых случаях.

Соблюдение данных принципов представляло определенные трудности прежде всего в первое время существования ЕС и потребовало всеобъемлющей «европеизации» национальных образовательных программ. Проблемы продемонстрируются на примере двух практических случаев.

а) Влияние на доступ каждого к судебной защите²²

Во всех государствах ЕС существуют правовые нормы в отношении доступа граждан к судебной защите, которые в первую очередь нацелены на исключение возможности общедоступной жалобы.²³ Однако используемые для этого модели имеют существенные отличия.²⁴ В то время как французское право допускает „*intérêt pour agir*“ и тем самым жалобу заинтересованного лица,²⁵ немецкое право является более строгим и в целом

²¹ См. J. Ziekow, Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte, NVwZ 2010, 793 (793).

²² Для обзора см. T. Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 71 f.

²³ См. A. Thiele, Individualrechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof durch die Nichtigkeitsklage, S. 204; T. Groß, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, Die Verwaltung 33 (2000), S. 415 (426).

²⁴ По различным моделям см. T. Dünchheim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 122 ff.

²⁵ См. J. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, S. 163 ff.; T. Finger, Der Zugang zur deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit unter gemeinschaftsrechtlichem Einfluss, JA 2005, 228 (229 f.); J. Schwar-

требует согласно параграфу 42 абз. 2 Положения об административных судах ФРГ (VwGO) обращения за защитой «собственных прав», т.е. субъективных прав заявителя.²⁶ Сутобо опосредованные воздействия или так называемые правовые рефлексы являются недостаточными для обоснования права на обращение с жалобой. Для определения субъективного права на практике применяется «модифицированная теория защитной нормы», которая предполагает, что затрагиваемая правовая норма как минимум должна служить защите индивидуальных интересов.²⁷ Ввиду указанного и в примерном приближении изложенного выше плюрализма концепций является неудивительным, что европейская система доступа к судам, подверженная влиянию всех правопорядков государств-членов, не может быть отнесена полностью к какой-либо конкретной национальной концепции. Поэтому имплементация европейских оснований для подачи жалоб неминуемо может повлечь за собой проблемы. Даже для сравнительно строгой немецкой концепции это не является проблематичным, если право ЕС (или имплементирующее его национальное право) со своей стороны гарантирует права по смыслу параграфа 42 абз. 2 Положения об административных судах ФРГ. Это имеет место, например, в случае с европейскими основными свободами, все из которых рассматриваются в качестве подобных субъективных прав по смыслу теории защитной нормы. Административный судья в таком случае не должен отклоняться от обычного толкования и может установить наличие или отсутствия права на обращение с жалобой на основе теории защитной нормы (то есть проверки возможности нарушения основных свобод в конкретном случае). Более сложная ситуация имеет место в том случае, если европейское право не гарантирует подобных субъективных прав по смыслу параграфа 42 абз. 2 Положения об административных судах ФРГ. Чтобы преимущество европейского права не было нивелировано, в данной ситуации нельзя ограничиться применением теории защитной нормы. Путем толкования европейских принципов здесь необходимо выявить, требует ли европейское право равным образом возможности подачи жалобы гражданина, и если да, то в какой степени. Выполнение этой задачи осложняется для национального судьи тем, что единая европейская догматика еще не сформировалась.²⁸ В

²⁶ Grundlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland, NVwZ 1996, 22 (23 f.), а также C. D. Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 57 ff.

²⁶ Для обзора немецкой концепции см. T. Dünchbeim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 108 ff., а также C. D. Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 39 ff.

²⁷ По указанной теории см. G. Kirchhof, Der rechtliche Schutz vor Feinstaub, AöR 135 (2010), S. 29 (52 ff.).

²⁸ См. также J. Ziekow, Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte, NVwZ 2010, 793 (794), а также G. Kirchhof, Der rechtliche Schutz vor Feinstaub, AöR 135 (2010), S. 29 (49 ff.).

спорных вопросах судья должен обратиться в Суд ЕС за разъяснением поставленного вопроса путем запуска процедуры принятия предварительного решения согласно ст. 267 Договора о функционировании ЕС. Если в результате толкования делается вывод, что право ЕС в целом требует наличия возможности обращения с жалобой, данная возможность должна быть обеспечена национальным судьей. Иначе создается угроза, что верховенство и необходимое единое применение права ЕС не будет обеспечено. У национального судьи в таком случае появляется проблема реализации данной возможности правовой защиты в рамках определенной догматики; данная реализация при этом зачастую не может быть достигнута путем применения «классической» теории защитной нормы.²⁹ Часто решение может быть достигнуто путем модификации толкования параграфа 42 абз. 2 Положения об административных судах ФРГ с учетом положений права ЕС таким образом, чтобы соответственно расширить понятие субъективного права.³⁰ Однако в тех случаях, когда право ЕС гарантирует право на судебную защиту в меньшей степени для реализации индивидуальных интересов, и в большей степени исходя из соображений эффективности, указанный путь является закрытым.³¹ Иногда в данных случаях принято обращаться к параграфу 42 абз. 2 альтерн. 1 Положения об административных судах ФРГ³² или основывать необходимую возможность защиты непосредственно на праве ЕС.

Указанные модификации параграфа 42 абз. 2 Положения об административных судах ФРГ пока что действуют только в отношении случаев с привязкой к праву ЕС. Только в указанных сферах верховенство права ЕС находит свое выражение, в то время как остальные положения национального права им не затрагиваются. Однако новые догматические конструкции неизбежно ведут к тому, что теория защитной нормы все более подвергается критической оценке. Если она не может быть соблюдена в

²⁹ См. *T. Dünchheim*, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss*, S. 130 ff.

³⁰ Этому мнению придерживается *T. Dünchheim*, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss*, S. 166 f., который исходит из того, что Суд ЕС в рамках концепций преследует собственную теорию защитной нормы, критерии которой без особой переработки могут быть добавлены к критериям немецкого права. См. также *T. Groß*, *Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union*, *Die Verwaltung* 33 (2000), S. 415 (426 f.).

³¹ См. *J. Ziekow*, *Europa und der deutsche Verwaltungsprozess – Schlaglichter auf eine unendliche Geschichte*, *NVwZ* 2010, 793 (795) с указанием на возможность судебной защиты третьих лиц при нарушении урегулированного в ст. 108 абз. 3 Договора о функционировании ЕС запрета на осуществление субсидий, которая обосновывается Судом ЕС, исходя из соображений эффективности.

³² *M. Burgi*, *Verwaltungsprozess und Europarecht*, S. 54. Подобная европейско-правовая возможность защиты таким образом не рассматривается как субъективное право по смыслу парагр. 42 абз. 2 альтерн. 2 Положения об административных судах ФРГ. Критика (обоснованная) в отношении данного похода: *T. Dünchheim*, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss*, S. 164 ff.

отношении права ЕС,³³ зачем оставлять ее для остальных сфер?³⁴ Не имеет ли смысл распространить «мобилизацию граждан для реализации права»³⁵ и на прочие сферы: например, на право о защите окружающей среды и защите потребителей?³⁶

б) Временная охрана прав³⁷

Судебное производство нередко длится несколько лет, прежде чем будет принято имеющее окончательную законную силу решение – в особенности в тех случаях, когда спор проходит несколько судебных инстанций.³⁸ В делах с привязкой к праву ЕС это может иметь серьезные последствия для преимущества права ЕС, если его действие будет приостановлено на время судебного разбирательства. Поэтому не является сюрпризом, что сфера временной охраны прав представляет собой вторую область, в которой европеизация административного права выражена особенно сильно.³⁹ При этом различаются две ситуации:

Во-первых, возможной является ситуация, в которой право ЕС требует наличие возможности временной охраны прав. Это имеет место в случае, если возникают сомнения относительно того, является ли национальное право совместимым с европейскими предписаниями. В соответствии с судебной практикой Суда ЕС, в этом случае должна присутствовать возможность приостановить действие национального закона до выяснения вопроса соответствия, чтобы обеспечить действие права ЕС в течение судебного разбирательства. Наиболее существенные изменения в этой связи пришлось перенести однако не немецкому, а английскому праву. По этой причине Дж. Джовелл (*J. Jowell*) и П. Биркиншоу (*P. Birkinshaw*) говорят об этой области права как о „one of the areas most heavily influenced by European Public law”.⁴⁰ В действительности такая оценка связана с тем, что вплоть до

³³ См. например *F. Schoch*, Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, 1 (8). Подобный вывод также у *C. D. Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 77, который также указывает на более обширные критерии Суда ЕС.

³⁴ См. например статью *M. Zuleeg*, Hat das subjektive Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl. 1976, 509 ff.

³⁵ Так звучит название диссертации Й. Масинга (*J. Masing*) 1996 года.

³⁶ См. также *J. Schwarze*, Zukunftsaussichten des Europäischen Öffentlichen Rechts, S. 53.

³⁷ Для обзора см. *T. Württenberger*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 73 f.

³⁸ См. также *T. Groß*, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, Die Verwaltung 33 (2000), S. 415 (430).

³⁹ См. *F. Schoch*, Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, 1 (10) spricht von der einer „durchgreifende[n] Europäisierung“ auf dem Gebiet des einstweiligen Rechtsschutzes.

⁴⁰ См. *J. Jowell/P. Birkinshaw*, English Report, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 273 (302).

решения Суда ЕС по делу *Factortame*⁴¹ любая форма временной охраны прав против актов парламента была невозможна ввиду английского понимания института „Supremacy of Parliament“⁴². Такое полное исключение временной охраны прав было неминуемым образом обречено на несовместимость с европейскими положениями. Право ЕС повлекло за собой, таким образом, создание абсолютно нового средства правовой защиты в Великобритании. И здесь решение Суда ЕС дополнительно привело к тому, что действие национальной доктрины „Supremacy of Parliament“ было поставлено под вопрос и в случаях без привязки к праву ЕС. Между делом, соответствующие судебные решения действительно уже были приняты и в исключительно внутренних национальных спорах. Влияние Суда ЕС обозначается в этой связи как „an essential contribution to the maintenance of the rule of law in Britain“.⁴³

Вторая ситуация касается вопроса, при каких условиях может происходить временное приостановление европейского права национальными органами и судами. Этот вопрос возник в первую очередь в немецком праве, в котором средства правовой защиты как правило имеют подобную приостанавливающую силу. Поскольку эта автоматическая приостанавливающая сила может существенным образом воздействовать на единое действие права ЕС, Суд ЕС установил довольно строгие требования в отношении подобной приостанавливающей силы. Данные требования должны быть учтены немецкими государственными органами и судами при толковании соответствующих положений национального права.⁴⁴ В этом случае они могут быть обязаны отменить приостанавливающую силу, наступающую по немецкому праву (данная возможность предусмотрена в немецком праве).⁴⁵ Суды должны, кроме того, в целом привязывать любое приостановление действия европейского права к запуску процедуры принятия предварительного решения, чтобы у Суда ЕС была возможность решить вопрос о действии права в отношении всего Европейского союза. Указанная обязанность по запуску процедуры в некоторых недавних решениях по лотерейной монополии⁴⁶ не была должным образом

⁴¹ Дело ЕС C-213/89, Slg. 1990, I-2433 (*Factortame*).

⁴² См. P. Birkinshaw, English Public Law under European Influence, in: J. Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 97 (103 ff.).

⁴³ J. Jowell/P. Birkinshaw, English Report, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 273 (304).

⁴⁴ См. J. Schwarze, Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 123 (186 ff.).

⁴⁵ Подробно по этому вопросу см. T. Dünchbeim, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, S. 217 ff.

⁴⁶ См. в первую очередь OVG Münster, EuZW 2006, 603 (604 f.), а также C. D. Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 111 ff.

соблюдена немецкими судами,⁴⁷ что повлекло за собой вполне оправданную (частично весьма жесткую) критику.⁴⁸ Однако выходящее за указанные пределы изменение догматики временной охраны прав в отношении внутренних национальных ситуаций пока что не было предпринято.

3 Процедура принятия предварительного решения по ст. 267 Договора о функционировании ЕС как процедура, построенная на доверии и сотрудничестве

Неразрывная связь между материальными правовыми порядками продолжается и в области защиты прав.⁴⁹ Единство европейского права на территории ЕС, вытекающее из его наднационального характера, было бы поставлено под угрозу, если бы европейский и национальный уровни права институционально были бы полностью отделены друг от друга. Это привело бы к скрытой угрозе раздробления права путем его неединого применения, или даже к неприменению права ЕС в отдельных государствах-членах. Переплетение обоих правовых уровней является таким образом важным элементом европейского правового порядка и в области охраны прав.⁵⁰

Данное необходимое переплетение институционализировано на европейском уровне процедурой принятия предварительного решения, кодифицированной в ст. 267 Договора о функционировании ЕС, делающей возможным диалог европейского и национального административных судебных уровней.⁵¹ Национальные суды наделены в данной связи возможностью (и в определенных случаях обязанностью⁵²) обратиться в Суд ЕС за разъяснением важных для принятия решения вопросов права ЕС (но не национального права), на которые Суд ЕС отвечает в преимущественно абстрактной форме. Данная процедура построена в большей степени не на иерархии и принуждении, а на доверии и сотрудничестве между правовыми уровнями,⁵³ хотя определенные иерархические элементы (в особенности

⁴⁷ См. *M. Febling*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und höherrangiges Recht, in: W. Erbguth/J. Masing, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 79 (95 f.).

⁴⁸ См. к примеру *J.-P. Terbechte*, Temporäre Durchbrechung des Vorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts beim Vorliegen „inakzeptabler Regelungslücken“, EuR 2006, 828 (840).

⁴⁹ См. *T. Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 135.

⁵⁰ См. также *T. Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 103.

⁵¹ По указанной теме см. *R. Wernsmann*, Vorabentscheidungsverfahren, in: D. Ehlers/F. Schoch, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, § 11; *M. Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 776 ff.; *A. Thiele*, Europäisches Prozessrecht, § 9; *K. Lasok/T. Millett*, Judicial Control in the European Union, Rn. 308 ff.

⁵² См. к примеру *A. Thiele*, Europäisches Prozessrecht, § 9, Rn. 25.

⁵³ См. также *J.-P. Schneider*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Europäischer Gerichtshof, in: W. Erbguth/J. Masing, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 11 (18). См. также *T. Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 104, который

обязательная сила полученного разъяснения для национального суда) являются очевидно неизбежными для обеспечения правового единства.⁵⁴ Взаимоотношения сотрудничества правовых уровней проявляется прежде всего в том, что Суд ЕС по сути не является последней инстанцией и в особенности не наделен полномочиями самостоятельно отменять или изменять решения национальных судов. Кроме того, отсутствуют формальные европейские процедуры наложения санкций на случай нарушения национальными судами своих европейско-правовых обязанностей. Возможным инструментом мог бы являться запуск процедуры по нарушению договора в соответствии со ст. 258 Договора о функционировании ЕС⁵⁵; однако ввиду независимости судов Европейская комиссия как правило не прибегает к этому варианту. В некоторых случаях имеются национальные механизмы санкционирования на случай нарушения судами их обязанности по обращению в Суд ЕС.⁵⁶ Но и они имеют, однако, только весьма ограниченное влияние на деятельность независимых судов. Эффективность целой системы зависит, таким образом, в особенной степени от готовности национальных судов к сотрудничеству с Судом ЕС.

3.1 Квалификация административных судов в качестве судов

Запуск процедуры принятия предварительного решения как судебной процедуры сотрудничества подразумевают квалификацию обращающегося органа в качестве суда. С европейской точки зрения – и в этом случае только она является определяющей⁵⁷ – это подразумевает прежде всего независимость органа, выносящего обязательные к исполнению решения, при условии одновременного отнесения его к государственному (но не общественному) уровню.⁵⁸ Тем самым право ЕС не препятствует внутриведомственной процедуре правовой защиты (например, немецкой процедуре подачи жалобы). В первую очередь в сфере административного процесса подобная процедура контроля может быть (с точки зрения эффективной охраны прав) более чем целесообразной, хотя в немецком праве в настоящее время наблюдаются тенденции к частичной отмене процедуры подачи жалобы. Ввиду вышеназванного требования ст. 19 абз. 1

говорит о европейской судебной системе, построенной и зависящей от ответственности и сотрудничества, также см. там же, S. 138.

⁵⁴ См. также *M. Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 782.

⁵⁵ См. *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, Rn. 3326 ff.

⁵⁶ Например в Германии, где нарушение обязанности представления вопроса на рассмотрение Суда ЕС может быть признано нарушением принципа обеспечения законодательно установленной судебной защиты. По этому вопросу см. *R. Wernsmann*, Vorabentscheidungsverfahren, in: *D. Ehlers/F. Schoch*, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, § 11, Rn. 58 ff. Подобная ситуация также в Австрии.

⁵⁷ См. *J. Boudant*, La Cour de Justice des Communautés Européennes, S. 134 f.

⁵⁸ Подробнее к квалификации в качестве суда см. *M. Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 811 ff.

подабз. 2 Договора о ЕС подобный контроль не может иметь место в случаях с привязкой к праву ЕС. Эффективная реализация положений европейского права предполагает, что дело должно быть дополнительно рассмотрено также и судами по смыслу ст. 267 Договора о функционировании ЕС, чтобы обеспечить возможность представления вопроса на разъяснение Суда ЕС. Иначе было бы невозможным обеспечение единых принципов на территории всего ЕС. Таким образом, исключительно внутриведомственная защита прав являлась бы несовместимой с европейскими положениями; то же самое касается чересчур строгих положений о последующем рассмотрении дела в независимых судах.

3.2 Свободное представление вопросов и необходимые исключения

Особое доверие, которое оказывается национальным судам в рамках процедуры принятия предварительного решения, проявляется прежде всего в свободе предоставления вопросов на рассмотрение Суда ЕС. Поэтому национальные суды не обязаны представлять любой европейский вопрос на разъяснение Суда ЕС.⁵⁹ Столь патерналистская концепция является как правило чуждой праву ЕС. Суды государств-членов обладают в этой связи довольно широким усмотрением – решение о представлении вопроса на рассмотрение даже не было установлено в качестве правила, а о непредставлении в качестве исключения. Суды, включая в особенности административные суды, свободны решить вопрос европейского права самостоятельно в той степени, в которой они считают это целесообразным.⁶⁰ Благодаря этому полномочию они становятся функциональными судами Евросоюза, а национальные судьи превращаются в европейских,⁶¹ интегрируемых в европейский уровень охраны прав, в целом ответственный за соблюдение, реализацию, а также развитие права ЕС. Свобода представления вопросов неизбежно подразумевает высокую ответственность национального судьи. Он должен внимательно выбрать, является ли в конкретном случае целесообразным запуск процедуры принятия предварительного решения, или же ему лучше решить вопрос самостоятельно. Если его критерии представления вопроса являются слишком мягкими, Суд ЕС будет загружен большим объемом банальных единичных проблем, которые могут серьезно поставить под вопрос его работоспособность – феномен, который на практике (прежде всего в сфере

⁵⁹ См. *A. Arnulf*, *The European Union and its Court of Justice*, S. 114 ff.; *K. Lasok/T. Millett*, *Judicial Control in the European Union*, Rn. 337.

⁶⁰ Четко об этом говорит *K. Lasok/T. Millett*, *Judicial Control in the European Union*, Rn. 337: “It is then for the national court to decide as a matter of discretion whether or not to refer. This is entirely a matter to that court.”

⁶¹ См. *T. Tobidipur*, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU*, S. 135; *T. Dünchheim*, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss*, S. 251.

административного права) вполне имеет место и возможно является следствием чересчур заниженного европейско-правового самосознания национальных судей. Если критерии, напротив, являются слишком строгими, и решение вопросов, релевантных для единства права ЕС, остается на усмотрение национального суда, это может создать опасность для единого действия права ЕС.⁶²

Прежде всего во избежание последней опасности европейскому праву известно несколько исключений из свободного права представления вопросов, которое превращается в данной связи в обязанность представления. Согласно судебной практике Суда ЕС это имеет место, если вопрос, относящийся к праву ЕС, затрагивает не толкование, а действительность правовой нормы источников права ЕС (в особенности регламентов и директив). Обязанность представления существует здесь в том случае, если национальный суд считает европейский правовой акт недействительным и не хочет его применять. В связи с обще-абстрактным характером затрагиваемого правового акта и его действием на территории всего Евросоюза для обеспечения правового единства было бы действительно едва ли целесообразным наделять подобными полномочиями отмены любой национальный суд. Суд ЕС правомерно настаивает в данных случаях на своей монополии по отмене актов, что является скорее не признаком недоверия национальному судебному корпусу, а в большей степени вытекает из необходимости единого решения в отношении всей территории Евросоюза.⁶³ Это следует тем самым логике системы наднационального права⁶⁴ и ограничивает элементы иерархии только самым необходимым, т.к. у национальных судов сохраняется право на последующую самостоятельную проверку.⁶⁵ Основываясь на аргументе о правовом единстве, Суд ЕС также обосновывает уже упомянутую (и пока что в недостаточной степени соблюдаемую) обязанность представления в случае временного приостановления действия европейского правового акта.

Кроме того, в ст. 267 абз. 3 Договора о функционировании ЕС предусмотрена обязанность представления вопросов судами последней инстанции. Смысл данного положения заключается в том, чтобы обеспечить, что в каждом судебном производстве существует как минимум один суд,

⁶² О проблемах национального суда в рамках процесса выбора правильного решения см. *K. Lasok/T. Millet*, *Judicial Control in the European Union*, Rn. 338.

⁶³ См. *A. Arnulf*, *The European Union and its Court of Justice*, S. 125; *K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis*, *Procedural Law of the European Union*, Rn. 10-010.

⁶⁴ См. *T. Tobidipur*, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU*, S. 136 f.

⁶⁵ Национальные суды имеют право проверить европейские правовые акты на их соответствие вышестоящему праву. Лишь само осуществление неприменения и отмены акта подразумевает привлечение Суда ЕС. В постановлении о представлении вопроса на разъяснение Суда ЕС национальный суд может детально изложить аргументы, говорящие в пользу недействительности правового акта. Таким образом, он также вступает в институциональный диалог с Судом ЕС.

обязанный осуществить представление, т.к. только в таком случае может быть гарантировано оптимальное обеспечение правового единства. Как Суд ЕС,⁶⁶ так и главенствующее мнение в литературе⁶⁷ руководствуются здесь конкретным подходом, в соответствии с которым вопрос об отнесении суда к последней инстанции зависит от конкретного рассматриваемого дела. Решающим является, таким образом, имеются ли в конкретной ситуации дальнейшие способы обжалования. Если это (например, ввиду слишком малой цены спора) представляется маловероятным, то в качестве суда последней инстанции по смыслу ст. 267 абз. 3 Договора о функционировании ЕС при абстрактном рассмотрении может выступать и суд низшей инстанции, и даже – в зависимости от национального процессуального права – суд первой инстанции. Данное мнение ведет, таким образом, к серьезному ограничению – изначально свободного – права представления и тем самым в определенной степени нивелирует доверительную концепцию процедуры принятия предварительного решения.⁶⁸ Следование данному мнению может привести, кроме того, к вышеназванному перегрузу Суда ЕС, когда довольно банальные вопросы права ЕС не просто могут, а должны быть представлены на рассмотрение Суда ЕС.⁶⁹ Прежде всего ввиду последней проблемы Суд ЕС признал существование случаев, в которых обязанность национальных судов к представлению вопросов на рассмотрение Суда ЕС – в том, что касается вопросов толкования (но не вопросов действия)⁷⁰ права – вновь отпадает и свободное право представления (и тем самым право национального суда на самостоятельное решение) вновь обретает действие. Это, во-первых, имеет место, когда уже существует устоявшаяся судебная практика Суда ЕС по затрагиваемому вопросу, и национальный суд хочет последовать ей.⁷¹ Во-вторых, обязанность представления отпадает в тех случаях, когда подобная судебная практика отсутствует, но правильное применение права ЕС является настолько очевидным, что отсутствуют основания для разумных сомнений относительно решения поставленного вопроса (т.н. доктрина *acte clair* /

⁶⁶ Решение Суда ЕС по делу C-99/00, Slg. 2002, I-4839, Rn. 14 f. (*Lykkesteog*).

⁶⁷ См. R. *Wernsmann*, Vorabentscheidungsverfahren, in: D. Ehlers/F. Schoch, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, § 11, Rn. 47; M. *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 830; A. *Arnulf*, The European Union and its Court of Justice, S. 119; J. *Boudant*, La Cour de Justice des Communautés Européennes, S. 140; W. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, Rn. 3304; C. *Zantis*, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, S. 136.

⁶⁸ См. также A. *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, § 9, Rn. 62.

⁶⁹ W. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, Rn. 3304. За абстрактный подход поэтому A. *Dausen*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, S. 111.

⁷⁰ M. *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, Rn. 839.

⁷¹ Решение Суда ЕС по делу 283/81, Slg. 1983, 3415, Rn. 13 f. (*CILFIT*).

решение по делу *CILFIT*.⁷² Последнее исключение, однако, дает национальным судам сравнительно легкую возможность обойти обязанность представления. В действительности, национальные суды на удивление часто прибегают к указанной судебной практике, которая вообще-то содержит исключение, требующее узкого толкования. Ввиду данной возможности для злоупотреблений, кроющейся в довольно открытой формулировке судебной практики по делу *CILFIT*, представляется спорным, не стоило ли бы прибегнуть к абстрактному подходу, при этом сформулировав обязанность судов последней инстанции к представлению без каких-либо исключений (тем самым отказаться от тезисов решения *CILFIT*). Однако для практики этот вопрос в настоящее время снят с повестки дня. Это влечет за собой обязанность каждого судьи последней инстанции заново проверить, является ли он судьей последней инстанции по смыслу ст. 267 абз. 3 Договора о функционировании ЕС, если он не хочет рисковать допущением нарушения права ЕС. Средство защиты имеет при этом место и тогда, когда это зависит от принятия жалобы судом следующей инстанции. Критерии, предъявляемые к средству защиты по смыслу ст. 267 абз. 3 Договора о функционировании ЕС, вытекают при этом из судебной практики Суда ЕС.⁷³

3.3 Ответ Суда ЕС на представленный к рассмотрению вопрос

В ответе Суда ЕС на поставленный вопрос вновь прослеживается доверительная концепция, лежащая в основе процедуры принятия предварительного решения. Суд ЕС решает, в частности, не конкретное судебное разбирательство, а лишь отвечает на поставленный ему абстрактный вопрос права ЕС. Его ответ при этом формулируется «как минимум столь же абстрактно»,⁷⁴ как и вопрос национального суда. Применение данного ответа к конкретному национальному судебному разбирательству предоставляется, таким образом, вновь национальному суду.⁷⁵ Это иной раз демонстрирует, что европейский суд стремится обеспечить необходимое правовое единство путем диалога, но не принуждения; национальный суд все время остается «Господином своего

⁷² Решение Суда ЕС по делу 283/81, Slg. 1983, 3415, Rn. 16 (*CILFIT*). Подробнее см. *J. Boudant*, *La Cour de Justice des Communautés Européennes*, S. 140 f., а также *W. Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Bd. 5, Rn. 3310 ff.

⁷³ Так является достаточным, если средство защиты требует принятия другим судом. Тогда в качестве суда последней инстанции признается не изначально рассматривающий суд, а суд, принимающий решение по вопросу принятия жалобы, см. *M. Pechstein*, *EU-/EG-Prozessrecht*, Rn. 831.

⁷⁴ *J.-P. Schneider*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäischer Gerichtshof*, in: *W. Erguth/J. Masing*, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*, S. 11 (18).

⁷⁵ *EuGH Rs. 222/79*, Slg. 1979, 1163, Rn. 10 ff. (*ICAP*); *M. Pechstein*, *EU-/EG-Prozessrecht*, Rn. 854.

процесса».⁷⁶ Он воспринимается как часть целой европейской правовой системы, обеспечивает необходимое применение и реализацию права ЕС в конкретном случае, которую Суд ЕС самостоятельно не может осуществить. Данная система защиты прав, построенная на разделении функций, ведет к четко выраженной децентрализации судебной функции в ЕС.⁷⁷ Суд ЕС, однако, может варьировать степень свободы решения национального суда, исходя из важности решаемого вопроса, и он также пользуется этой возможностью на практике.⁷⁸ Суд ЕС при этом хорошо справляется с тем, чтобы не поставить под угрозу доверительную основу процедуры путем излишне строгих предписаний национальным судам, и по возможности оставляет им место для самостоятельного юридического вывода и применения европейского права. В первую очередь в связи с толкованием основных свобод, в особенности в сфере пропорциональности, стремление Суда оставить национальным судам указанное свободное пространство вопреки отдельным литературным мнениям⁷⁹ в действительности подтверждается практикой.⁸⁰

4 Вывод

Европейская и национальная юрисдикции административных судов неразрывно связаны между собой различным образом. Они совместно работают над дальнейшим развитием европейского права. Национальный судья при этом ни в коем случае не ограничен исключительно пассивной ролью; напротив, право ЕС рассматривает его в качестве необходимого активного элемента для достижения цели соблюдения права. Ввиду данной концепции влияние права ЕС также является для него весьма ощутимым в его повседневной работе. Однако это стоит рассматривать скорее не как обременение, а как шанс претворить в жизнь дальнейшее развитие европейского, а также национального права.

⁷⁶ T. *Tobidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, S. 136.

⁷⁷ См. V. *Skouris*, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften: Rechtsschutzinstanz und/oder Integrationsfaktor?, in: Festschrift D. Tsatsos, S. 638 (642).

⁷⁸ См. J.-P. *Schneider*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäischer Gerichtshof, in: W. Erbguth/J. Masing, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, S. 11 (18).

⁷⁹ См. прежде всего L. *Gerken*/R. *Herzog*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ от 8.9.2008, S. 8.

⁸⁰ О самосознании Суда ЕС теперь говорит и R. *Streinζ*, Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration. Anmerkungen zu gegenläufigen Tendenzen in der neueren Rechtsprechung, AöR 135 (2010), 1 ff.

Das System der verwaltungsgerichtlichen Klagearten

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt

50 Jahre VwGO stellen eine Erfolgsgeschichte dar. Bei allem Fortschritt, den diese Prozessordnung für den Rechtsschutz des Bürgers gebracht hat, gerät aber vielfach aus dem Blick, dass ihr Klagesystem unnötig kompliziert und unübersichtlich ist. Indes lassen sich die anerkannten Klagearten nach dem Begehren des Klägers strukturieren, was auch Rückschlüsse auf nicht ausdrücklich geregelte Klagearten ermöglicht. Dies zeigt, dass eine grundlegende Vereinfachung des Klagesystems möglich wäre.

1 Einführung

Die VwGO kennt eine Vielzahl über das Gesetz verstreuter Klagearten, die den Rechtsschutz des Bürgers gewährleisten sollen. Dabei fehlt es indes an einer allgemeinen, umfassenden Regelung der Klageformen, was umso mehr erstaunt, da die VwGO für die vorgelagerte Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges in § 40 I 1 VwGO eine solche Generalklausel parat hält. Im Folgenden soll untersucht werden, ob die diversen Klagearten der VwGO sich in ein System bringen lassen. Zu diesem Zweck wird zunächst eine Übersicht über die wichtigsten Klagearten im Verwaltungsprozess gegeben (II), bevor mögliche Einordnungen dieser Klagen vorgestellt werden (III). Daran schließt sich ein Systematisierungsvorschlag an (IV), aus dem auch praktische Folgerungen für nicht ausdrücklich geregelte Klageformen gezogen werden (V). Nach einem Seitenblick zum einstweiligen

Rechtsschutz (VI) fasst die Schlussbetrachtung die gewonnenen Erkenntnisse zusammen und unterbreitet einen rechtspolitischen Gestaltungsvorschlag (VII).

2 Überblick über die Klagen nach der VwGO

In der VwGO finden sich gesonderte Regelungen über die Anfechtungs-¹, Verpflichtungs-², Feststellungs-³ und Fortsetzungsfeststellungsklage⁴. Außerdem wird die Leistungsklage⁵ vorausgesetzt und die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle⁶ vorgesehen. Schließlich finden sich an wenigstens drei Stellen Verweisungen in das Zivilprozessrecht, und zwar im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 153 VwGO auf die Nichtigkeits-⁷ und Restitutionsklage⁸, im Vollstreckungsrecht nach § 167 I VwGO auf die Erinnerung⁹, die Vollstreckungsgegen-¹⁰ und die Drittwiderspruchsklage¹¹ sowie schließlich gemäß der subsidiären Verweisung in § 173 S. 1 VwGO auf die Abänderungsklage¹². Auf den ersten Blick scheint diesen über das Gesetz verteilten Klagearten kein System zu Grunde zu liegen; die Regelungen wirken vielmehr wie die Antworten auf konkrete, historisch bedingte Problemlagen und somit gleichsam zufällig entstanden.¹³ Dies dürfte sich daraus erklären, dass ursprünglich Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland nur gegen belastende Verwaltungsakte gewährt wurde und erst sukzessive der Rechtsschutz auch *gegen* und *auf* andere behördliche Maßnahmen ausgedehnt wurde.¹⁴

¹ § 42 I Alt. 1 VwGO; siehe auch § 40 I Var. 1 FGO; § 54 I 1 Hs. 1 SGG.

² § 42 I Alt. 2 VwGO, siehe auch § 40 I Var. 2 FGO; § 54 I 1 Hs. 2 SGG.

³ § 43 VwGO; § 41 I FGO; § 55 I SGG.

⁴ § 113 I 4 VwGO; siehe auch § 100 I 4 FGO; § 131 I 3 SGG.

⁵ In § 43 II 1; § 111; § 113 IV VwGO. In § 40 I Var. 3 FGO ist die Leistungsklage hingegen ausdrücklich geregelt.

⁶ § 47 VwGO. In FGO und SGG fehlen entsprechende Regelungen.

⁷ § 579 ZPO. Siehe *Hartmann* in *Baumbach / Lauterbach / Albers / ders.*, 65. Auflage, 2007, § 579 ZPO, Rn. 23. In späteren Auflagen dieses Kommentars fehlen Hinweise zur Anwendbarkeit zivilprozessualer Vorschriften im Rahmen des Verwaltungsprozesses.

⁸ § 580 ZPO. Vgl. *Hartmann* (Fn. 7), § 580 ZPO, Rn. 28.

⁹ § 766 ZPO. Siehe *Hartmann* (Fn. 7), § 766 ZPO, Rn. 51.

¹⁰ § 767 ZPO. Dazu *Hartmann* (Fn. 7), § 767 ZPO, Rn. 59.

¹¹ § 771 ZPO. Vgl. *Hartmann* (Fn. 7), § 771 ZPO, Rn. 29.

¹² § 323 ZPO. Siehe *Hartmann* (Fn. 7), § 323 ZPO, Rn. 84.

¹³ Insofern drängt sich der Vergleich zu den römisch-rechtlichen *actiones* auf, die auch jeweils als Antwort auf konkrete historische Herausforderungen entstanden und erst sukzessive in eine Ordnung gebracht wurden – spätestens mit dem *edictum perpetuum* des Prätors 130 n. Chr., siehe dazu *Kunkel / Schermaier*, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Auflage, 2005, S. 120; *Waldstein / Rainer*, *Römische Rechtsgeschichte*, 12. Auflage, 2005, § 22, Rn. 44.

¹⁴ Siehe dazu *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Auflage, 2008, § 2, Rn. 12. Fraglich ist, ob man insoweit schon von einer Überwindung des Enumerationsprinzips ausgehen kann – siehe dazu V.

3 Mögliche Einteilungen der Klagearten nach der VwGO

Gleichwohl können auch die in der VwGO geregelten bzw. in Bezug genommenen Klagen nach bestimmten Kriterien eingeteilt werden.

3.1 Verwaltungsaktsorientierung

Die VwGO selbst verzichtet zwar auf eine ausdrückliche Anordnung der Klagen, sie behandelt aber Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen weitgehend gleichförmig. Dies zeigt sich in der im Zusammenhang erfolgenden Definition beider Klagearten in § 42 I VwGO, der gemeinsamen Regelung der Klagebefugnis in § 42 II VwGO, dem in beiden Fällen in den Grenzen der §§ 68 ff. VwGO erforderlichen Vorverfahren sowie in den ebenfalls in einem Paragraphen geregelten gerichtlichen Entscheidungsaussprüchen nach § 113 I, V VwGO. Führt man diese Orientierung an dem Verwaltungsakt als behördlicher Handlungsform als gemeinsamen Grund der Klagen weiter, so sind auch die Nichtigkeitsfeststellungs-¹⁵ und die Fortsetzungsfeststellungsklage¹⁶ in diesem Zusammenhang zu nennen.¹⁷ Diese verwaltungsaktsbezogenen Klagearten sind dann von denjenigen Klageformen zu trennen, die andere behördliche Handlungsformen zum Gegenstand haben wie die Leistungs- und die positive und negative Feststellungsklage.

3.2 Weitere denkbare Unterscheidungen

Im ersten Zugriff kann man die verwaltungsgerichtlichen Klagearten aber auch nach anderen Kriterien unterteilen:

a) Frist

So kann man fristgebundene von fristlos zu erhebenden Klagen unterscheiden. Fristgebunden sind Anfechtungs-¹⁸ und Verpflichtungsklage¹⁹ sowie die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle²⁰ – ohne Frist können Leistungs- und Feststellungsklage erhoben werden. Bei der Fortsetzungsfeststellungsklage hängt es davon ab, ob man ihre Parallele zur Anfechtungs- und Verpflichtungsklage herausstreicht und deshalb (bei Erledigung vor Klageerhebung) eine Klagefrist entsprechend § 74

¹⁵ § 43 I Var. 3 VwGO.

¹⁶ § 113 I 4 VwGO direkt und (doppelt) analog.

¹⁷ Vgl. *Obermayer*, BayVBl. 1960, 208 (210 ff.)

¹⁸ Ein Monat gemäß § 74 I VwGO.

¹⁹ Ebenfalls ein Monat gemäß § 74 II VwGO.

²⁰ Frist von einem Jahr gemäß § 47 II 1 VwGO.

VwGO fordert, oder ob man ihre Verwandtschaft zur Feststellungsklage betont und deshalb keine Klagefrist verlangt.²¹

b) *Widerspruchsverfahren*

Auch nach dem Erfordernis des Widerspruchsverfahrens lassen sich die Klagen in solche unterteilen, die ein Vorverfahren fordern, wie Anfechtungs- und Verpflichtungsklage²² (sowie in beamtenrechtlichen Streitigkeiten auch Leistungs- und Feststellungsklage²³), und alle übrigen Klagen, bei denen unmittelbar das Gericht angerufen werden kann.

3.3 Beliebige Zulässigkeitsvoraussetzungen als Unterscheidungsmerkmal

Letztlich zeigen diese Differenzierungen, dass grundsätzlich jeder beliebige Aspekt der Zulässigkeitsprüfung als Unterscheidungsmerkmal dienen könnte.²⁴ Der wissenschaftliche Erklärungsgehalt fällt jedoch unterschiedlich aus, je nachdem inwieweit die Klagearten sich in dem jeweiligen Prüfungspunkt unterscheiden. Solche Differenzierungen nach einem einzelnen Kriterium ermöglichen zwar eine vollständige Disjunktion, also eine komplette Aufteilung der Klagearten, sie genügen den Anforderungen an deren Systematisierung aber erst in Ansätzen.

4 Systematisierung der Klagen nach Begehren des Klägers

Ein solches System stellt ein Gefüge von Klagearten unter einem bestimmten kategorialen Auswahlgesichtspunkt dar. Dabei ist nicht einfach auf das äußere System der VwGO als Kodifikation abzustellen, das sich an ihrer Gliederung nach Teilen und Abschnitten orientiert, sondern es ist ein inneres System zu entwickeln, das von dem Leitgedanken des Prozessrechts seinen Ausgang nimmt.²⁵ Dieses Leitmotiv muss nicht erst aus der VwGO selbst als einfachem Bundesgesetz extrahiert werden, sondern es ist ihr gemäß Art. 1 III, 20 III GG von Verfassung wegen vorgegeben: Es handelt sich um das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.²⁶ Dieses Grundrecht legt es nahe,

²¹ Zu Recht differenzierend *Hufen* (Fn. 14), § 18, Rn. 36 f., der einerseits die Fortsetzungsfeststellungsklage unter die Feststellungsklagen einordnet, andererseits aber herausstellt, dass sie die Eingangsklage fortsetzt und daher deren Zulässigkeitsvoraussetzungen zunächst erfüllt gewesen sein müssen. Siehe auch *Wolff* in: *Sodan/Ziekow*, § 113 VwGO, Rn. 287.

²² §§ 68 ff. VwGO.

²³ § 54 II BeamtStG; § 126 II BBG.

²⁴ Man könnte ferner etwa differenzieren nach Klagen, die sich gegen den Rechtsträger, und solchen, die sich gegen die Behörde richten.

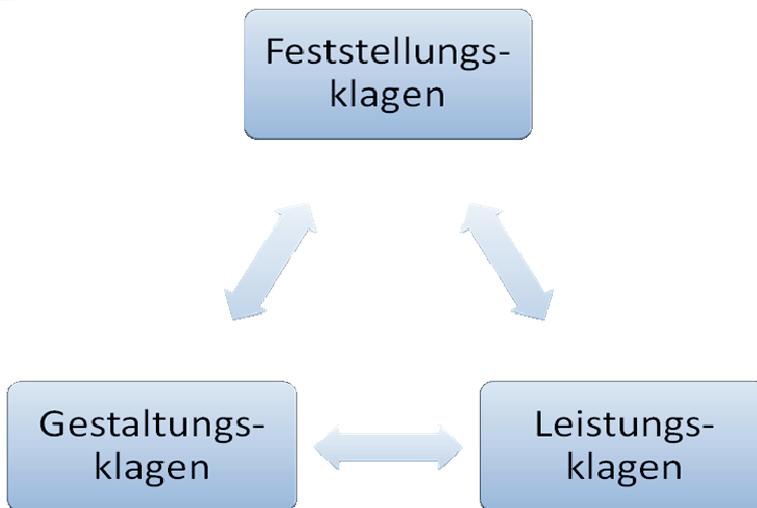
²⁵ Zur Unterscheidung zwischen innerem und äußerem System siehe *Engisch*, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, *Studium Generale* 1957, 173 ff. = *Studium Generale* 1984, 181 ff.

²⁶ Zum Verhältnis zwischen Art. 19 IV GG und dem Rechtsstaatsprinzip siehe *Peter Michael Huber*, in: *von Mangoldt / Klein / Starck*, Art. 19 IV GG, Rn. 364.

das Begehren des Klägers zum Ausgangspunkt der Systembildung zu nehmen. Sein Klageverlangen kann auf drei verschiedene Formen gerichtlicher Aussprüche²⁷ hin orientiert sein, die nach ihrer Reichweite gleich den aufstrebenden Sprossen einer Leiter wie folgt zu ordnen sind:

1. Eine gerichtliche Feststellung²⁸ der Art: „*Es ist X.*“ bzw. „*Es ist non-X.*“
2. Eine gerichtliche Verpflichtung des Beklagten zu einer Leistung der Form: „*Der Beklagte hat X zu tun.*“ bzw. „*Der Beklagte hat X zu unterlassen.*“²⁹
3. Die Umgestaltung der Rechtslage unmittelbar durch den gerichtlichen Ausspruch selbst dergestalt: „*Es wird X.*“ bzw. „*Es wird non-X.*“

Diese drei³⁰ möglichen Entscheidungsinhalte markieren wie die Eckpunkte eines Dreiecks den Spielraum, innerhalb dessen das klägerische Begehren sich bewegen kann.



4.1 Feststellungsbegehren

Im ersten Fall handelt es sich um Feststellungsbegehren als die Grundform³¹ aller Klagearten. Die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses ist mit der

²⁷ Vgl. Obermayer, BayVBl. 1960, 208 (209 f.). Paulus, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2010, Rn. 127, hält offenbar noch weitere Klageziele jenseits dieser drei Begehren für möglich, benennt diese aber nicht.

²⁸ Auch die Ablehnung einer Leistungs- oder Gestaltungsklage erfolgt durch ein Feststellungsurteil; die Urteile unterscheiden sich nur, wenn sie der Klage stattgeben. Siehe Paulus (Fn. 27), Rn. 121.

²⁹ Gleichbedeutend mit „Der Beklagte hat non-X zu tun.“

³⁰ Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914, S. 22, vertrat einst für den Zivilprozess als vierte Kategorie die sogenannten Anordnungsklagen, die darauf abzielten, dass das Gericht ein anderes Staatsorgan anwies, eine bestimmte Amtshandlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Diese Ansicht wird für den Zivilprozess seit langem abgelehnt, da sie nicht auf den Inhalt des Urteils, sondern auf seine Wirkungen abstellt. Dazu Lücke, JuS 1969, 301 (302).

positiven Feststellungsklage, die Feststellung des Nichtbestehens mit der negativen Feststellungsklage zu verfolgen.³²

4.2 Leistungsbegehren

Zur zweiten Gruppe zählen die allgemeine Leistungsklage und die Verpflichtungsklage. Auch diese Klagen können in gleicher Weise wie die Feststellungsklagen in positive und negative Klagen eingeteilt werden. Positive Klagen sind Klagen auf gerichtliche Verurteilung zu einem Tun. Dazu zählen die Leistungsklage als Vornahmeklage, z.B. auf Auszahlung eines bereits bewilligten Geldbetrages, sowie ihr Spezialfall die Verpflichtungsklage als Klage auf Erlass eines Verwaltungsaktes, z.B. eines Bewilligungsbescheides. Negative Klagen sind die Leistungsklage als Unterlassungsklage gegen behördliches Tun sowie die vorbeugende Unterlassungsklage auch gegen den Erlass eines Verwaltungsaktes.³³

4.3 Gestaltungsbegehren

Die Gestaltungsklagen stellen die dritte und letzte Gruppe möglicher Klagen dar. Auch diese Klagen lassen sich in positive und negative unterteilen, wobei im Unterschied zu Feststellungs- und Leistungsklagen indes in der Rechtspraxis die negativen Gestaltungsklagen im Vordergrund stehen. Dies sind Klagen, die auf die gerichtliche Aufhebung einer behördlichen (seltener gerichtlichen) Maßnahme abzielen. Wichtigster Fall ist die gegen Verwaltungsakte gerichtete Anfechtungsklage.³⁴ Aber auch die auf ein Wiederaufgreifen des Verfahrens abzielenden Nichtigkeits-³⁵ und Restitutionsklagen³⁶ sowie die Vollstreckungsgegen-³⁷ und die Drittwiderspruchsklage³⁸ sind hier aufzuführen. Sehr selten sind positive Gestaltungsklagen – also solche, die auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses bzw. den Erlass einer Maßnahme unter gerichtlicher Beteiligung abzielen. Vorrangig zu nennen ist hier die Bestätigungsklage nach § 16 II VereinsG, wonach eine Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung, die unter dem Schutz der Internationalen Arbeitsor-

³¹ Dazu *Lüke* (Fn. 30), 301. *Paulus* (Fn. 27), Rn. 108, sieht hingegen die Leistungsklage als Prototyp der Klage an, stellt dabei aber weniger auf die rechtstheoretische Struktur als vielmehr auf die praktische Bedeutung im Zivilprozess ab.

³² Zur Nichtigkeitsfeststellungsklage sowie zur Fortsetzungsfeststellungsklage siehe IV.4.b).

³³ Eine andere Frage ist, ob für eine solche Klage auch das qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis besteht; siehe dazu *Hufen* (Fn. 14), § 16, Rn. 17.

³⁴ Zutreffend *Schäfer*, DVBl. 1960, 837 (838). *Martens*, DÖV 1970, 476, hingegen sah sowohl die Anfechtungs- (478) als auch die Verpflichtungsklage (481) als reine Feststellungsklagen, dagegen zu Recht *Burí*, DÖV 1970, 689 ff.

³⁵ § 579 ZPO; § 153 VwGO.

³⁶ § 580 ZPO; § 153 VwGO.

³⁷ § 767 ZPO; § 167 I 1 VwGO; Beispiel BVerwG, NVwZ 2003, 214; dazu *Hufen* (Fn. 14), § 22, Rn. 4.

³⁸ § 771 ZPO; § 167 I 1 VwGO; dazu *Hufen* (Fn. 14), § 22, Rn. 5.

ganisation steht, nur durch gerichtlich bestätigtes behördliches Verbot aufgelöst werden kann.

Klageart	Positive Klage	Negative Klage
Feststellungsklage	Bestehen eines Rechtsverhältnisses § 43 I Var. 1 VwGO	Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses § 43 I Var. 2 VwGO
Leistungsklage	Tun z.B. § 42 I Alt. 2 VwGO oder Vornahme von Realakten	Unterlassen z.B. Abwehr von Realakten
Gestaltungsklage	Begründung eines Rechtsverhältnisses z.B. § 16 II VereinsG	Aufhebung eines Rechtsverhältnisses z.B. § 42 I Alt. 1 VwGO

4.4 Übergangsformen

Zwischen diesen drei Prototypen³⁹ verwaltungsgerichtlicher Klagen bestehen Übergangsformen. Das sind Klagen, die wenigstens zwei der drei möglichen Antragsarten auf Feststellung, Leistung oder Gestaltung durch das Gericht umfassen bzw. von der einen Klageart ihren Ausgang nehmen und Bezüge zu einer anderen Klageart aufweisen. Wenn die Grundformen die Eckpunkte eines Dreiecks der Klagebegehren darstellen, dann befinden diese Übergangsformen sich auf den Seiten des Dreiecks. Es sind vier Übergangsformen möglich, und zwar drei, die sich auf zwei Klagebegehren beziehen, und eine, die sogar alle drei möglichen Klageverlangen vereint.

a) Versagungsgegenklage

Das wichtigste Beispiel des Übergangs zwischen Leistungs- und Gestaltungsklage ist die Verpflichtungsklage als Versagungsgegenklage. Diese teilt mit reinen Leistungsklagen die gerichtliche Verpflichtung der Behörde, eine Handlung vorzunehmen, hier den Erlass eines Verwaltungsaktes, mit schieren Gestaltungsklagen die gerichtliche Aufhebung entgegenstehender behördlicher Maßnahmen, in diesem Fall ablehnender Ausgangs- und Widerspruchsbescheide.

b) Fortsetzungsfeststellungsklage

Auch zwischen den Grundformen der Feststellungs- und Gestaltungsklage finden sich Übergänge. So hat die Fortsetzungsfeststellungsklage in direkter Anwendung des § 113 I 4 VwGO von einer Gestaltungsklage in Form der Anfechtungsklage

³⁹ So *Lieke* (Fn. 30), S. 301, für den Zivilprozess.

ihren Ausgang genommen und ist mit Erledigung des Verwaltungsaktes zwischen Klageerhebung und Urteil zu einer Feststellungsklage geworden.

c) § 113 I 4 VwGO analog

Natürlich kann es auch zwischen Feststellungs- und Leistungsklagen zu Übergangerscheinungen kommen. Der in der verwaltungsgerichtlichen Praxis wichtigste Fall dürfte die einfach bzw. doppelt analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO auf Verpflichtungsbegehren darstellen, die sich zwischen Klageerhebung und Urteil bzw. bereits vor Klageerhebung erledigt haben. Diese beiden Fallgruppen der Fortsetzungsfeststellungsklage haben mit der Leistungsklage gemein, dass sie ihren Ursprung nehmen von der Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsaktes als behördlicher Leistung. Mit der Feststellungsklage teilen sie, dass nach Erledigung des ursprünglichen Begehrens nunmehr lediglich noch die gerichtliche Feststellung der früheren Verpflichtung der Behörde zum Erlass eines Verwaltungsaktes begehrt wird. Eine weitere Übergangsform kann die Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO darstellen, die gemäß § 173 S. 1 VwGO ebenfalls im Verwaltungsprozess erhoben werden kann. Diese Klage ist gerichtet auf die gerichtliche Feststellung eines Rechtsverhältnisses, das im Laufe des Prozesses streitig geworden ist und von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits abhängig ist, dem zumeist ein Leistungsbegehren zu Grunde liegen wird.⁴⁰

d) Formen mit Elementen aus Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen

Schließlich sind theoretisch auch solche Klagen denkbar – wenngleich praktisch selten – die Elemente von Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen miteinander vereinen. Um im Bild des Dreiecks der Klagebegehren zu bleiben, befinden sich solche Klagen in der von dem Dreieck umschlossenen Fläche. Praktisch relevant dürften solche Begehren am ehesten im Rahmen einer eventuellen Klagehäufung werden. Man denke etwa an eine negative Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung der Genehmigungsfreiheit eines bestimmten Bauvorhabens, kombiniert mit einer hilfsweise erhobenen Versagungsgegenklage auf Erteilung der Baugenehmigung unter Aufhebung entgegenstehender Verwaltungsakte.

5 Weitergehende Folgerungen für unregelte Klagearten

Dieser Überblick hat gezeigt, dass die herkömmlich anerkannten Klagearten sich widerspruchsfrei und vollständig in ein an dem klägerischen Begehren ausgerichtetes System verwaltungsgerichtlicher Klageformen einordnen lassen. Im Folgenden

⁴⁰ Selbstverständlich kann die Zwischenfeststellungsklage auch im Zusammenhang mit einer Gestaltungsklage erhoben werden, dann handelt es sich um die Fallgruppe IV.4.b).

soll untersucht werden, ob diese Systematisierung noch mehr zu leisten vermag, insbesondere ob sie Vakanzen im Gefüge der Klagearten aufzeigen kann, die durch neu entwickelte Klageformen geschlossen werden können⁴¹, so wie einst die Leerstellen im Periodensystem der Elemente⁴² durch die Entdeckung weiterer Urstoffe gefüllt wurden. Eine solche auf Vervollständigung angelegte Suche offenbart im Rechtsschutzsystem der VwGO im Wesentlichen zwei Lücken. Dies sind die Klage auf Erlass einer Rechtsnorm sowie die allgemeine Gestaltungsklage.

5.1 Normerlassklage

Während die VwGO mit der Verpflichtungsklage ausdrücklich die Klage auf Erlass eines Verwaltungsaktes regelt und mit der inzwischen generell anerkannten allgemeinen Leistungsklage die Vornahme einer sonstigen behördlichen Einzelfallmaßnahme, insbesondere eines Realaktes begehrt werden kann, fehlt es für die Klage auf Erlass einer abstrakt-generellen Regelung wie einer Rechtsverordnung oder Satzung an einer ausdrücklichen gesetzlichen Normierung.⁴³ Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist auf die Aufhebung von Rechtsvorschriften gerichtet, die allgemeine Leistungsklage wird in der VwGO regelmäßig nur im Zusammenhang mit Einzelfallmaßnahmen erwähnt.⁴⁴

Gleichwohl legt eine systematisch orientierte Betrachtung nahe, auch eine solche Normerlassklage zuzulassen.⁴⁵ Dafür sind drei Gründe anzuführen – ein verfassungsrechtlicher und zwei einfachgesetzliche. Verfassungsrechtlich spricht das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG dafür, eine Klage nicht nur *gegen*, sondern auch *auf* jede behördliche Maßnahme einzuräumen.⁴⁶ Einfachgesetzlich kann zum einen die in § 47 VwGO eingeräumte Möglichkeit, gegen untergesetzliche Rechtsvorschriften vorzugehen, gespiegelt werden als Klage auf Erlass von Rechtsnormen.⁴⁷ Zum anderen zeigt der systematische Vergleich mit der Verpflichtungsklage und der Leistungsklage als Vornahmeklage, dass auch im Übrigen eine Klage auf Erlass jeder behördlichen Handlung erhoben werden kann.⁴⁸

⁴¹ Vgl. Röhl / Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, § 54 IV, S. 442.

⁴² Um 1869 nahezu zeitgleich von *Dmitri Iwanowitsch Mendelejew* (1834–1907) und *Lothar Meyer* (1830–1895) entworfen.

⁴³ *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 1.

⁴⁴ Siehe § 43 II 1; § 111; § 113 IV VwGO.

⁴⁵ Ebenso BVerwGE 80, 355 (361) für eine Normerlassklage – allerdings in Form der Feststellungsklage; *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 3; a.A. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Auflage, 2005, Rn. 1083.

⁴⁶ BVerwGE 80, 355 (361); *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 1.

⁴⁷ Aus diesem denkbaren Wertungswiderspruch der Zuständigkeit des OVG für die Feststellung der Unwirksamkeit einer Norm und der möglichen Zuständigkeit des VG für die Klage auf Erlass einer Norm sollte nicht wie bei *Schenke* (Fn. 45), Rn. 1083, gefolgert werden, dass überhaupt keine Normerlassklage möglich ist, sondern dass das OVG dafür zuständig ist; dagegen wiederum *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 9; *Lorenz*, Verwaltungsprozessrecht, 2000, § 26, Rn. 30.

⁴⁸ Zu Details hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage siehe *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 4 ff.

5.2 Allgemeine Gestaltungsklage

Ogleich die gerichtliche Aufhebung von Verwaltungsakten mit der Anfechtungsklage begehrt werden kann, fehlt es für die Aufhebung sonstiger behördlicher Maßnahmen, die keine Verwaltungsakte darstellen, an einer entsprechenden, ausdrücklich geregelten Klageart. Vor allem bei Innenrechtsstreitigkeiten, gerichtet etwa auf die Aufhebung eines Beschlusses der kommunalen Vertretungskörperschaft oder einer Eilentscheidung des Hauptverwaltungsbeamten wird dies akut.⁴⁹ Diese Lücke ist durch die allgemeine Gestaltungsklage zu schließen.⁵⁰ Auch für ihre Anerkennung streiten verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Gesichtspunkte: Verfassungsrechtlich verlangt auch insoweit das Rechtsstaatsprinzip⁵¹, dass behördliche Maßnahmen, die nicht im Erlass eines Verwaltungsaktes bestehen, durch gerichtliche Entscheidung aufgehoben werden können. Einfachgesetzlich erscheint die gestaltende Anfechtungsklage unter systematischen Gesichtspunkten als Spezialfall der allgemeinen Gestaltungsklage. Aus der ausdrücklichen Normierung der Anfechtungsklage in § 42 I Alt. 1 VwGO kann nicht geschlossen werden, dass die gerichtliche Aufhebung sonstiger behördlicher Maßnahmen ausgeschlossen sein soll, sondern lediglich, dass für die Aufhebung von Verwaltungsakten Sonderregelungen zu gelten haben.

6 Exkurs: Einstweiliger Rechtsschutz

Die Systembildung nach dem Begehren des Rechtsbehelfsführers erweist sich auch für den einstweiligen Rechtsschutz als tragfähig. Hier stellt die VwGO mit den Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 VI VwGO und § 123 VwGO⁵² sowie mit den Anträgen auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 V, § 80a III VwGO⁵³ zwei Grundtypen des vorläufigen Rechtsschutzes zur Verfügung.

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sind Leistungsanträge. Denn sie sind darauf gerichtet, den Antragsgegner durch gerichtlichen Beschluss zu einem Tun oder Unterlassen zu verpflichten. Die Anträge nach § 80 V, § 80a III VwGO hingegen stellen Gestaltungsanträge dar, weil das Gericht im Erfolgsfall durch seinen Beschluss unmittelbar die Rechtslage umgestaltet. Ein Feststellungs-

⁴⁹ Siehe *Pietzner / Ronellenfitsch*, Assessorexamen im Öffentlichen Recht, § 9, Rn. 8 ff.

⁵⁰ Ebenso *Hufen* (Fn. 14), § 22, Rn. 1; a.A. *Schenke* (Fn. 45), Rn. 370 ff., der aus der fehlenden Verwaltungsaktsqualität solcher Maßnahmen den Schluss zieht, dann sei auch keine unmittelbare gerichtliche Kassation dieser Maßnahmen möglich. Folgte man *Schenkes* Auffassung, könnte (eingeschränkter) Rechtsschutz ggfs. noch über eine allgemeine Feststellungsklage erlangt werden, die aber nicht zur Aufhebung der Maßnahme, sondern nur zur Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit führte.

⁵¹ Soweit in einem Innenrechtsstreit Klage erhoben wird, dürfte das Grundrecht nach Art. 19 IV GG nicht greifen, siehe dazu *Schulze-Fielitz*, in *Dreier*, Art. 19 IV GG, Rn. 83.

⁵² Siehe auch § 114 FGO; § 86b II SGG.

⁵³ Vgl. auch § 69 III, V 3 FGO; § 86b I SGG.

antrag ist im vorläufigen Rechtsschutz nicht ausdrücklich vorgesehen. Jedoch ist sowohl in der gerichtlichen Praxis⁵⁴ als auch in der Literatur⁵⁵ inzwischen anerkannt, dass in Fällen des faktischen Vollzugs ein Antrag entsprechend § 80 V VwGO auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage gestellt werden kann.⁵⁶ Diese Antrags- bzw. Tenorierungsmöglichkeit zeigt, dass auch im einstweiligen Rechtsschutz vergleichbar den Hauptsacheverfahren ein System der Rechtsbehelfe besteht, das aus Art. 19 IV GG zu entwickeln ist, die vorgegebenen Rechtsbehelfe einordnet und neue Rechtsbehelfe zur Lückenschließung gebiert.

7 Schlussbetrachtung

Diese Ausführungen haben gezeigt, dass die zahlreichen Klagearten der VwGO nach verschiedenen Kriterien geordnet werden können, indes vor allem eine Orientierung an dem Begehren des Klägers eine Systematisierung nach Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen ermöglicht. Eine solche Systembildung erfasst nicht nur analytisch die bereits in der VwGO ausdrücklich benannten Klagearten, sondern ermöglicht auch synthetisch die Entwicklung neuer Klagen, um die in der VwGO verbliebenen Lücken zu schließen.

Rechtspolitisch wirft dies die Frage auf, ob in einem verwaltungsprozessualen Gesetz überhaupt eine namentliche Auflistung einzelner Klagearten erfolgen sollte. Stattdessen könnte der Gesetzgeber auch darauf abzielen, die generelle Zulässigkeit von Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungsklagen anzuordnen, wie dies noch im Entwurf der VwGO⁵⁷ und sodann erneut im Projekt der Verwaltungsprozessordnung⁵⁸ jeweils mit der Formulierung: „*Rechtsschutz kann mit Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklagen begehrt werden.*“ vorgesehen war.

Dies wird durch die Betrachtung des Systems des einstweiligen Rechtsschutzes unterstrichen, der in Form der einstweiligen Anordnung gemäß § 47 VI, § 123

⁵⁴ VGH Mannheim, DVBl. 1999, 1733; VGH München, NVwZ 1999, 1363.

⁵⁵ *Hufen* (Fn. 14), § 32, Rn. 44.

⁵⁶ Dabei handelt es sich um einen Erst-recht-Schluss in der Form des *argumentum a maiore ad minus* von der weitergehenden Rechtsfolge der gerichtlichen Gestaltung des Suspensiveffekts auf die geringere Folge der gerichtlichen Feststellung der aufschiebenden Wirkung. Teils wird auch von einer analogen Anwendung des § 80 V VwGO ausgegangen.

⁵⁷ Siehe § 40 der insoweit wortgleichen Regierungsentwürfe der VwGO, BT-Drs. 1/4278; 2/462 und 3/55. Die Bundesregierung wollte dadurch die Möglichkeit weiterer Klagen neben den ausdrücklich genannten Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklagen offen halten, a.a.O., Anlage 1, S. 31. Der Rechtsausschuss des Bundestages befürchtete indes, dass diese Vorschrift die Rechtsentwicklung hinsichtlich der Klagearten einengen könnte, und schlug mit Erfolg ihre Streichung vor, BT-Drs. 3/1094, S. 5. Dazu *Schäfer* (Fn. 34), S. 837.

⁵⁸ § 66 des Entwurfs des Koordinierungsausschusses, 1980, sah eine zu § 40 des Regierungsentwurfs der VwGO, BT-Drs. 3/55, wortgleiche Regelung vor. In der Begründung vom 10.8.1980, S. 172, wurde – wohl in Abgrenzung zu der früheren Auffassung des Rechtsausschusses – ausgeführt, dass diese Vorschrift weder die Rechtsentwicklung hinsichtlich der Klagearten einengen noch andere Rechtsschutzarten neben der Klage ausschließen werde.

VwGO und der Anträge nach § 80 V, § 80a III VwGO mit wesentlich weniger Antragsarten auskommt als das Hauptsacheverfahren mit seiner Vielzahl an Klageformen.

Система административных исков

Профессор доктор Торстен Инго Шмидт

Пятьдесят лет существования Положения об административном судопроизводстве (*Verwaltungsgerichtsordnung*, далее — Положение) — это история успеха. В то же время, хотя этот процессуальный закон и привнес прогрессивные изменения в дело защиты прав граждан, часто обращается недостаточно внимания на то, что закрепленная в нем система исков без надобности усложнена и лишь с трудом обозрима. Тем не менее, закрепленные в Положении иски могут быть разделены в группы в зависимости от результата, которого хочет достичь истец; это позволяет в том числе сделать вывод о необходимости существования исков, которые напрямую не признаются Положением.

1 Введение

В рассредоточенных по всему Положению статьям закреплены многочисленные виды исков, обеспечивающие защиту прав граждан. Между тем, отсутствует общая и всеохватывающая регламентация форм исков, что удивляет еще больше, учитывая, что в § 40 Положения содержится действующая для всех исков норма, регулирующая поведомственность дел административным судам. Ниже будет исследован вопрос о том, могут ли закрепленные в Положении различные иски быть объединены в единую систему. Для этой цели сначала будет дан обзор важнейших видов административных исков (раздел II), после чего будут представлены

возможные способы группирования этих видов исков (раздел III). В разделе IV следует предложение системы систематизации исков, из которой будут сделаны практические выводы о напрямую не закрепленных Положением форм исков (раздел V). После короткого освещения вопроса о предварительной судебной защите (раздел VI) будет сделан финальный обзор всех полученных выводов и сформулировано предложение о формировании системы исков (раздел VI).

2 Обзор закрепленных в Положении исков

Положение содержит специальные нормы, регулирующие следующие иски: об отмене административного акта (*Anfechtungsklage*)¹; о его принятии (*Verpflichtungsklage*)²; иск об установлении (*Feststellungsklage*)³; иск об установлении противоправности закончившего свое действие административного акта (*Fortsetzungsfeststellungsklage*)⁴. Кроме того, Положением предполагается наличие иска о совершении/несовершении определенных действий (*Leistungsklage*)⁵ и закреплен иск о проверке административным судом подзаконных актов на соответствие закону (*verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle*)⁶. Далее, по крайней мере в трех нормах содержатся отсылки на гражданское процессуальное право: в рамках возобновления административного процесса в соответствии с § 153 Положения — на иск о признании судебного решения недействительным (*Nichtigkeitklage*)⁷ и так называемый реституционный иск (*Restitutionsklage*)⁸; в нормах о приведении в исполнение решений и постановлений суда и других субъектов административного процесса (§ 167 абз. 1 Положения) — на т.н. «напоминание» (*Erinnerung*)⁹, на иск о противодействии исполнению (*Vollstreckungsgegenklage*)¹⁰ и иск о заявлении

¹ § 42 абз. 2 альт. 1 Положения; см. также § 40 абз. 1 вар. 1 Положения о финансовом судопроизводстве; § 54 абз. 1 предр. 1 полупред. 1 Закона о социальных судах.

² § 42 абз. 2 альт. 2 Положения; см. также § 40 абз. 1 вар. 2 Положения о финансовом судопроизводстве; § 54 абз. 1 предр. 1 полупред. 2 Закона о социальных судах.

³ § 43 Положения; § 41 абз. 1 Положения о финансовом судопроизводстве; § 55 абз. 1 Закона о социальных судах.

⁴ § 113 абз. 1 предр. 4 Положения; см. также § 100 абз. 1 предр. 4 Положения о финансовом судопроизводстве; § 131 абз. 1 предр. 3 Закона о социальных судах

⁵ В §§ 43 абз. 1; 111; 113 абз. 4 Положения; в § 40 абз. 1 вар. 3 Положения о финансовом судопроизводстве этот иск, напротив, урегулирован напрямую.

⁶ § 47 Положения. Положение о финансовом судопроизводстве и Закон о социальных судах соответствующих правил не предусматривают.

⁷ § 579 Гражданско-процессуального кодекса. См. *Hartmann* в *Baumbach / Lauterbach / Albers / ders.*, 65. Auflage, 2007, § 579 ZPO, Rn. 23. В последующих изданиях этого комментария указания на применимость гражданско-процессуальных норм в рамках административного процесса не содержатся.

⁸ § 580 Гражданско-процессуального кодекса. Ср. *Hartmann* (Fn. 7), § 580 ZPO, Rn. 28.

⁹ § 766 Гражданско-процессуального кодекса. См. *Hartmann* (Fn. 7), § 766 ZPO, Rn. 51.

¹⁰ § 767 Гражданско-процессуального кодекса. См. *Hartmann* (Fn. 7), § 767 ZPO, Rn. 59.

протеста третьим лицом (*Drittwiderrspruchsklage*)¹¹; кроме того, в рамках дополнительной ссылки на § 173 предл. 1 Положения — на иск об изменении судебного решения (*Abänderungsklage*)¹². На первый взгляд, в основе этих распределенных по всему закону видов исков не лежит никакой системы; эти нормы скорее производят впечатление ответов на конкретные, исторически обусловленные вопросы; таким образом, нормы могут показаться возникшими спонтанно и вне всякой системы.¹³ Это объясняется тем, что изначально правовая защита предоставлялась административными судами только против административных актов т.н. обременяющего действия, и лишь постепенно она была распространена и на требования об отмене и принятии других административных мер.¹⁴

3 Возможные способы систематизации исков, предусмотренных Положением

Тем не менее, напрямую предусмотренные или упомянутые Положением иски могут быть объединены в группы по различным критериям.

3.1 Ориентация на административный акт

Хотя Положение и отказывается от четкой систематизации исков, иск об отмене административного акта и иск, направленный на его принятие, урегулированы схожим образом. Это видно на примере взаимосвязанных друг с другом определений обоих исков в § 42 абз. 1 Положения, предусмотренного абз. 2 того же параграфа общего для этих исков правила касательно права на подачи иска, необходимости для подачи обоих исков попытки разрешения спора в досудебном порядке (в рамках § 68 и последующих параграфов Положения), а также на примере содержания решений по этим искам, опять-таки урегулированного в рамках одной и той же нормы — § 113 абз. 1 и 5 Положения. Если придерживаться и в дальнейшем ориентации на административный акт (одну из форм действия властных органов) как на общее основание исков, в этой связи¹⁵ должны быть названы и такие иски, как иск об установлении недействительности

¹¹ § 771 Гражданско-процессуального кодекса. Ср. *Hartmann* (Fn. 7), § 771 ZPO, Rn. 29.

¹² § 323 Гражданско-процессуального кодекса. См. *Hartmann* (Fn. 7), § 323 ZPO, Rn. 84.

¹³ В этой связи заметно сходство с исками в римском праве, которые тоже были разработаны в качестве ответа на конкретные исторические задачи и лишь постепенно были сведены в единую систему (самое позднее — с т.н. *edictum perpetuum* Претора в 130 г. до н.э.), по этому вопросу см. *Kunkel / Schermaier*, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Auflage, 2005, S. 120; *Waldstein / Rainer*, *Römische Rechtsgeschichte*, 12. Auflage, 2005, § 22, Rn. 44.

¹⁴ См. *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Auflage, 2008, § 2, Rn. 12. Интересен вопрос, можно ли на этом основании исходить из того, что принцип перечисления всех исков уже не применим.

¹⁵ Ср. *Obermayer*, *BayVBl.* 1960, 208 (210 ff.).

административного акта (*Nichtigkeitfeststellungsklage*)¹⁶ и иск об установлении неправомерности административного акта, прекратившего свое действие (*Fortsetzungsfeststellungsklage*)¹⁷. Эти иски, также относящиеся к административному акту, должны рассматриваться отдельно от таких исков — имеющих своим предметом другие формы действия властных органов — как иск о совершении/несовершении действий и позитивный и негативный иск об установлении.

3.2 Другие возможные классификации

Административные иски могут быть разделены на группы в том числе и на основании других критериев:

а) Так, возможно выделение исков, которые должны быть поданы до истечения определенного срока, и исков, возможность подачи которых не ограничена сроками. Соответствующим сроком ограничена возможность подачи исков об отмене¹⁸ и принятии¹⁹ административного акта, а также о судебной проверке на соответствие закону подзаконных актов²⁰. Вне зависимости от сроков могут быть поданы иск о совершении/несовершении определенного действия, а также иск об установлении. Что касается иска об установлении неправомерности административных актов, прекративших свое действие, решение вопроса о сроке зависит от того, проводится ли параллель между этим иском и исками об отмене/принятии административного акта — что влечет за собой либо выдвижение требования о соблюдении срока подачи иска в соответствии с § 74 Положения, - или подчеркивается связь этого вида иска с иском об установлении, вследствие чего соблюдение срока не требуется.²¹

б) В зависимости от необходимости предварительного заявления протеста в административные органы на принятое ими решение, иски могут быть разделены на те, для подачи которых требуется попытка разрешения спора в досудебном порядке (таких, как иски об отмене и принятии

¹⁶ § 43 абз. 1 вар. 3 Положения.

¹⁷ § 113 абз. 1 предл. 4 Положения, применяемый напрямую и в и т.н. двойной аналогии.

¹⁸ Один месяц в соответствии с § 74 абз. 1 Положения.

¹⁹ Также один месяц в соответствии с § 74 абз. 2 Положения.

²⁰ Срок составляет один год в соответствии с § 47 абз. 2 предл. 1 Положения.

²¹ Применительно к этому представляется правильным дифференцированный подход *Hufen* (Fn. 14), § 18, Rn. 36 f., который, с одной стороны, причисляет иск об установлении неправомерности административного акта, прекратившего свое действие, к искам об установлении, и, с другой стороны, подчеркивает, что этот иск продолжает иск об отмене административного акта, в связи с чем для его подачи должны наличествовать все предпосылки подачи и этого иска тоже. См. также *Wolff* in: *Sodan/Ziekow*, § 113 VwGO, Rn. 287.

административного акта²², а также — в случае подачи в рамках споров должностных лиц — и иски о совершении/несовершении действия и об установлении²³) и все остальные иски, подающиеся непосредственно в суд.

3.3 Другие предпосылки допустимости исков как основания для систематизации

Приведенные выше классификации показывают, что, в принципе, любой аспект проверки допустимости иска может служить основанием разделения исков на виды.²⁴ Научное значение таких классификаций тем не менее существенно различается в зависимости от того, насколько значительно отличие исков друг от друга в том или ином аспекте. Эти дифференциации по тому или иному критерию позволяют полностью разделить иски на группы, но лишь в малой степени отвечают требованиям их полноценной систематизации.

4 Систематизация исков на основании требования, заявленного истцом

Эта система представляет собой деление исков на группы на основании определенного категоризирующего признака. При этом необходима не просто ориентация на внешнюю систему построения Положения, разделенного на части и разделы. Должна быть выстроена внутренняя система, берущая свое начало в ведущем принципе процессуального права.²⁵ Этот принцип должен быть выделен не просто из самого Положения, являющегося простым законом; он предопределен ст. 1 абз. 3 и ст. 20 абз. 3 Основного закона Германии. Речь идет о закрепленном в ст. 19 абз. 4 Основного закона принципе эффективности судебной защиты как отражении принципа правового государства.²⁶ Конституционное право на эффективную судебную защиту предполагает принятие цели, которую ставит перед собой истец при подаче иска, в качестве основы для построения системы исков. Требование истца может быть направлено на принятие одной

²² §§ 68 и последующие Положения.

²³ § 54 абз. 2 Закона о регулировании статуса должностных лиц (BeamtStG); § 126 Федерального закона о должностных лицах (BBG).

²⁴ Можно, например, различать иски, направленные против правообладателя, и иски, направленные против органа исполнительной власти.

²⁵ К вопросу о различении внешней и внутренней системы см. *Engisch*, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, *Studium Generale* 1957, 173 ff. = *Studium Generale* 1984, 181 ff.

²⁶ К вопросу о соотношении ст. 19 абз. 4 Основного закона и принципа правового государства см. *Peter Michael Huber* в *von Mangoldt / Klein / Starck*, Art. 19 IV GG, Rn. 364.

из трех форм судебного решения²⁷, которые, подобно ведущим вверх ступенькам лестницы, разделяются на:

1. судебное установление²⁸ вида «это X» или «это не X»;
2. судебное постановление о возложении на ответчика обязанности совершения/несовершения определенного действия - «ответчик должен совершить X» или «ответчик не должен совершать X»;²⁹
3. непосредственное воздействие на правоотношение (так называемое «оформление правоотношения») судебным решением, как-то: «Будет X» или «Будет не-X».

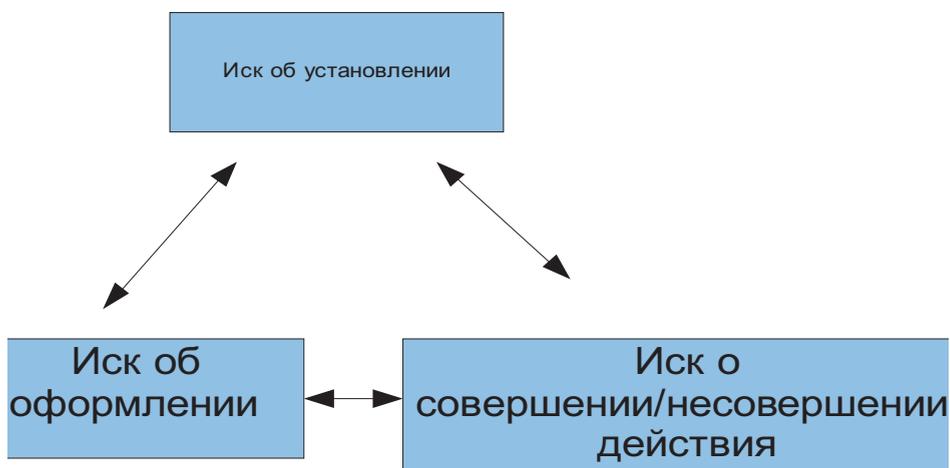
Упомянутые три³⁰ возможных вида содержания судебных решений ограничивают, как вершины треугольника, то пространство, в пределах которого может варьироваться требование истца.

²⁷ Ср. Obermayer, BayVbl. 1960, 208 (209 f.). Paulus, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2010, Rn. 127 считает, что возможно и существование дальнейших видов исков за пределами этих трех основных видов требований/видов судебных решений, однако не называет эти иски.

²⁸ В том числе и отказ в удовлетворении иска о совершении/несовершении действий или иска об оформлении правоотношений происходит в форме судебного установления; судебные решения отличаются друг от друга только в том случае, если иск удовлетворяется. См. Paulus (Fn. 27), Rn. 121.

²⁹ Или «Ответчик должен совершить не-X».

³⁰ Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914, S. 22, применительно к гражданскому процессу, ранее придерживался взгляда, что существует еще один, четвертый, вид — так называемые иск о распоряжении, которые направлены на распоряжение, отдаваемое судом властному органу, выполнить определенное властное действие или не выполнять его. Этот взгляд, тем не менее, уже давно отвергнут в рамках гражданско-процессуального права, поскольку ориентируется не на содержание судебного решения, а на его действие. См. Lüke, JuS 1969, 301 (302).



4.1 Требование об установлении (*Feststellungsbegehren*)

В первом случае речь идет о требовании об установлении как об основной форме³¹ всех видов исков. Установление наличия правоотношения достигается с помощью так называемого позитивного иска об установлении, отсутствия правоотношения — с помощью негативного иска об установлении.³²

4.2 Требование о совершении/несовершении действий (*Leistungsbegehren*)

Ко второй группе относятся иски о совершении/несовершении действия и иск о принятии административного акта. Эти иски, также, как и требование об установлении, могут быть подразделены на позитивные и негативные. Позитивные иски — это иски, направленные на возложение судом на ответчика обязательства совершить определенное действие. Сюда относятся такие иски о совершении действия, как, например, выплата предварительно

³¹ По этому поводу см. *Lüke* (Fn. 30), 301. *Paulus* (Fn. 27), Rn. 108, напротив, считает иск о совершении/несовершении действий прототипом всех остальных исков; при этом он ориентируется, однако, в меньшей степени на теоретико-правовую структуру исков и в большей степени — на их практическое значение в гражданском процессе.

³² Об иске об установлении неправомочности административного акта и иске установлении неправомочности административного акта, прекратившего свое действие см. выше в разделе IV п. 4 б).

обещанной денежной суммы, и особый случай его случай — иск о принятии административного акта, например, разрешения. Негативные иски — это иски о несовершении действий или даже превентивный иск, направленный на непринятие в будущем того или иного административного акта³³.

4.3 Требование о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением (*Gestaltungsbegehren*)

Иски, направленные на непосредственное оформление правоотношения судебным решением — третья и последняя из возможных групп исков. Эти иски тоже могут быть подразделены на позитивные и негативные, причем, в отличие от рассмотренных выше групп исков, на практике больше распространены именно негативные. Такие иски направлены на отмену судом административных мер (реже — судебных актов). Один из самых важных видов исков здесь — иск об отмене административных актов.³⁴ Заслуживают упоминания, однако, и направленные на возобновление процесса иск о признании судебного решения недействительным³⁵, так называемый реституционный иск³⁶, а также иск о противодействии исполнению³⁷ и иск о заявлении протеста третьим лицом³⁸. Очень редко встречаются на практике позитивные иски этой группы, то есть те, что направлены на возникновение правоотношений или принятие какой-либо административной меры при непосредственном участии суда. Здесь прежде всего следует назвать иск о подтверждении, подаваемый на основании § 16 абз. 2 Закона об объединениях, в соответствии с которым объединение работников или работодателей, находящееся под защитой Международной организации труда, может быть распущено только после подтверждения судом изданного властным органом запрещения этого объединения.

³³ В случае превентивного иска встает, однако, вопрос о том, наличествует ли необходимая для подачи такого иска т.н. квалифицированная потребность в судебной защите; по этому вопросу см. *Hufen* (Fn. 14), § 16, Rn. 17.

³⁴ Правильной представляется здесь позиция *Schäfer*, DVBl. 1960, 837 (838). *Martens*, DÖV 1970, 476, напротив, считал как иск об отмене административного акта (стр. 478), так и иск о его принятии (стр. 481) исками об установлении в чистом виде. Против этого правомерно выступает *Burr*, DÖV 1970, 689 ff.

³⁵ § 579 Гражданско-процессуального кодекса, § 153 Положения.

³⁶ § 580 Гражданско-процессуального кодекса, § 153 Положения.

³⁷ § 767 Гражданско-процессуального кодекса. § 167 абз. 1 предл. 1 Положения; см., например, решение Федерального административного суда — BVerwG NVwZ 2003, 214; см. также *Hufen* (Fn. 14), § 22, Rn. 4.

³⁸ § 771 Гражданско-процессуального кодекса. § 167 абз. 1 предл. 1 Положения; см. *Hufen* (Fn. 14), § 22, Rn. 5.

Вид иска	Позитивный иск	Негативный иск
Иск об установлении	Существование правоотношения, § 43 абз. 1 вариант 1 Положения	Отсутствие правоотношения, § 43 абз. 1 вариант 2 Положения
Иск о совершении/несовершении действия	Совершение действия, например, § 42 абз. 1 альт. 2 Положения	Несовершение действия, например, в случае противодействия реальным актам
Иск о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением	Основание правоотношения, например, § 16 абз. 2 Закона об объединениях	Прекращение правоотношения, например, § 42 абз. 1 альт. 1 Положения

4.4 Промежуточные формы

Наряду с тремя основными группами — или прототипами³⁹ — административных исков существуют и промежуточные иски. Это иски, которые объединяют признаки как минимум двух из трех возможных видов требований — об установлении, о совершении/несовершении действия или непосредственном оформлении правоотношения судебным решением, или же иски, содержащие в основе своей признаки одной группы, но напоминающие и иски одной из двух других групп. Если предположить, что три основных вида исков образуют вершины треугольника, то промежуточные иски будут находиться на его сторонах. Возможно существование четырех промежуточных форм исков: три, содержащие каждая черты двух основных групп исков и одна, объединяющая в себе признаки всех трех вариантов требований.

а) Важнейшим примером иска, занимающего промежуточное положение между иском о совершении/несовершении действия и иском о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением, является требование о принятии административного акта в форме иска, направленного на опротестование принятого ранее органом исполнительной власти решения об отказе в издании требуемого акта. Общим для этого промежуточного иска с иском о совершении/несовершении действия является возложение судебным решением на административный орган обязанности совершить

³⁹ Так, применительно к гражданскому процессу, *Lüke* (Fn. 30), S. 301.

определенное действие (здесь — принять административный акт), с иском же о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением — направленность на отмену судом административной меры (здесь — первоначального отказа в принятии акта и негативного ответа в рамках попытки истца решить спор в досудебном порядке).

б) Между такими основными группами исков, как иски об установлении и непосредственном оформлении правоотношения судебным решением тоже существуют промежуточные формы. Так, иск об установлении неправомерности административного акта, прекратившего свое действие (*Fortsetzungsfeststellungsklage*) берет свое начало в предъявлении иска, содержащего требование об отмене административного акта; с прекращением действия этого акта уже после подачи иска, но еще до принятия судом решения иск об отмене акта трансформируется в иск об установлении (неправомерности прекратившего свое действие акта).

с) Естественно, и между исками об установлении и совершении/несовершении действий возможны промежуточные формы. Важнейший в практике судов случай — применение § 113 абз. 1 предл. 4 Положения по аналогии (в том числе по так называемой «двойной» аналогии) в случае подачи иска о принятии административного акта, если в промежутке между подачей иска и принятием решения или еще до подачи иска произошло событие, не позволяющее достичь поставленной истцом цели с помощью первоначального иска. Общим у этих двух групп исков с иском о совершении/несовершении действий является то, что они берут свое начало от возложения на властный орган обязанности издать административный акт. С иском об установлении их роднит то, что после того, как исчезает возможность достигнуть цель первоначального иска, истец преследует лишь цель судебного установления существовавшей ранее обязанности властного органа принять административный акт. Другую переходную форму представляет собой так называемый промежуточный иск об установлении в соответствии с § 256 абз. 2 Гражданско-процессуального кодекса Германии, который может быть заявлен в ходе административного процесса в соответствии с § 173 абз. 1 Положения. Этот иск направлен на установление существования правоотношения, которое стало спорным в ходе процесса и от наличия или отсутствия которого зависит исход процесса (в его основе которого лежит, как правило, иск о совершении/несовершении определенных действий)⁴⁰.

⁴⁰ Конечно, промежуточный установительный иск может быть предъявлен и в связи с иском о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением. Тогда речь идет о случае, упомянутом в разделе IV, пункте 4 б).

д) Наконец, теоретически возможны – хотя и редки на практике – и такие иски, которые объединяют в себе элементы исков об установлении, совершении/несовершении действий и об оформлении правоотношений судебным решением. Чтобы соответствовать концепции «треугольника», иски располагаются в пределах, обозначенных его сторонами. На практике такие иски значимы скорее в случае соединения различных исковых требований. Возможен, например, негативный иск об установлении ненужности разрешения на возведение определенного сооружения (в форме так называемого иска о протесте отказа в издании акта), комбинированный со вспомогательно заявленным иском о выдаче разрешения на строительство с одновременной отменой противоречащих этому административных актов.

5 Дальнейшие выводы о существовании неурегулированных законом видов исков

Представленный выше обзор показывает, что все изначально признанные виды исков могут быть полностью и без каких-либо противоречий сведены к единой системе, ориентированной на основную цель, стоящую перед истцом при подаче иска. В дальнейшем будет исследован вопрос о том, может ли этот способ систематизации привести к дополнительным выводам, в особенности – могут ли быть выявлены пробелы в системе существующих исков и могут ли они быть закрыты новыми, для этого разработанными формами исков⁴¹, как однажды уже были закрыты пробелы в периодической системе элементов⁴² с помощью открытия новых веществ. Такое – направленное на восполнение системы исков – исследование приводит к выводу о существовании двух основных пробелов. Это иск об издании нормативно-правового акта и общий иск о непосредственном воздействии судебным решением на правоотношение.

5.1 Иск об издании нормативно-правового акта (*Normerlassklage*)

Хотя Положение напрямую предусматривает иск о принятии административного акта, а также, при помощи общепризнанного в настоящее время общего иска о совершении/несовершении действий, возможно заявление требования о принятии властным органом прочих административных мер, в особенности – реальных актов, Положением не предусмотрено никаких правил касательно иска об издании подзаконных абстрактных норм общего действия, таких, как нормативное распоряжение

⁴¹ Ср. Röhl / Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, § 54 IV, S. 442.

⁴² Которая была практически одновременно разработана в 1869 г. Дмитрием Ивановичем Менделеевым (1834 - 1907) и Лотар Мейером (1830 — 1895).

или устав.⁴³ Иск об осуществлении административным судом контроля над подзаконными нормативно-правовыми актами (§ 47 Положения) направлен только на отмену норм; общий иск о совершении/несовершении действий упоминается в Положении только в связи с мерами, относящимися к конкретным случаям⁴⁴.

В то же время исследование, ориентированное на рассмотрение исков в единой системе, предполагает допущение в том числе и упомянутого иска об издании нормативно-правового акта.⁴⁵ Для такого допущения существует три причины – одна, берущее начало в Конституции, и две других, основанные на простых законах. Предусмотренный Конституцией принцип эффективной судебной защиты (ст. 19 абз. 4 Основного закона Германии), предполагает существование не только иска *против*, но и требования о *принятии* любой административной меры.⁴⁶ Законодательно закрепленная – в § 47 Положения – возможность опротестования подзаконных нормативно-правовых актов может быть “отражена” иском об издании правовых норм.⁴⁷ К тому же систематическое сравнение заявления о протесте правовых норм с иском о принятии административного акта и иском о совершении действий показывает, что и в остальных случаях могут быть заявлены иски о принятии органом исполнительной власти любой другой меры.⁴⁸

5.2 Общий иск о непосредственном воздействии на правоотношение судебным решением (*allgemeine Gestaltungsklage*)

Хотя отмена административных актов может быть достигнута с помощью специального иска об их отмене, для отмены других принятых органом исполнительной власти и не являющихся административными актами мер закон напрямую не предусматривает соответствующих исков. Такой иск нужен прежде всего в случае так называемых внутренних споров, когда целью истца является отмена решения представительного органа коммуны или

⁴³ *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 1.

⁴⁴ См. §§ 43 абз. 2 предл. 1; 111; 113 абз. 4 Положения.

⁴⁵ Такого мнения в отношении иска об издании нормативно-правового акта придерживается и Федеральный административный суд (BVerwGE 80, 355 (361)) — однако, в форме иска об установлении; *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 3; другого мнения придерживается *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Auflage, 2005, Rn. 1083.

⁴⁶ BVerwGE 80, 355 (361); *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 1.

⁴⁷ Здесь на первый взгляд возникает противоречие между тем, что иски об отмене нормативно-правовых актов подведомственны Высшим административным судам, и тем, что возможна подведомственность исков об издании таких актов нижшим Административным судам. Из этого, однако, должен делаться не вывод о том — как у *Schenke* (Fn. 45), Rn. 1083, — что иск об издании нормативно-правового акта невозможен, а о том, что такой иск должен быть подведомственен Высшим административным судам; против этого выступают *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 9; *Lorenz*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2000, § 26, Rn. 30.

⁴⁸ Касательно деталей о допустимости иска см. *Hufen* (Fn. 14), § 20, Rn. 4 ff.

срочного решения главы исполнительной власти.⁴⁹ Этот пробел должен быть закрыт с помощью общего иска о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением.⁵⁰ Для признания этого вида иска тоже выдвигаются основанные как на конституционных положениях, так и на простых законах аргументы: закрепленный в конституции принцип правового государства⁵¹ требует, чтобы принятые органом исполнительной власти меры, не являющиеся административными актами, могли быть отменены судебным решением. Что касается простых законов, то тоже относящийся к так называемым оформляющим искам иск об отмене административного акта является, с учетом систематики, частным видом общего иска об непосредственном оформлении правоотношения с помощью судебного решения. Прямое закрепление иска об отмене административного акта в § 42 абз. 1 алт. 1 Положения не влечет за собой вывода о том, что тем самым исключается отмена других мер органов исполнительной власти; это говорит лишь о том, что для отмены административных актов должны действовать особые правила.

6 Экскурс: предварительная судебная защита (*einstweiliger Rechtsschutz*)

Ориентация системы на цель, поставленную истцом, представляется подходящей в том числе и для предварительной судебной защиты. Положение предусматривает два основных вида предварительной судебной защиты: во-первых, заявление о предварительном регулировании в соответствии с § 47 абз. 5 и § 123 Положения⁵²; во-вторых, заявление о «восстановлении приостановления исполнения опротестованного административного решения» (которое обычно является прямым следствием подачи иска об отмене такого решения, а также протеста, заявленного принявшему акт органу/вышестоящему органу) или о «назначении» такого приостановления в соответствии с § 80 абз. 5, § 80а абз. 3 Положения⁵³.

⁴⁹ См. *Pietzner / Ronellenfitsch*, Assessorexamen im Öffentlichen Recht, § 9, Rn. 8 ff.

⁵⁰ Такого же мнения придерживается *Hufen* (Fn. 14), § 22, Rn. 1; не согласен с этим *Schenke* (Fn. 45), Rn. 370 ff., который, на основании того, что эти меры не являются административными актами, делает вывод о том, что их непосредственное обжалование в суд невозможно. Если следовать точке зрения *Schenke*, судебная защита (в ограниченном объеме) может быть достигнута с помощью общего иска об установлении. Следствием удовлетворения такого иска была бы, тем не менее, не отмена принятой меры, а лишь установление ее неправомерности.

⁵¹ Если предъявленный иск касается внутренних споров, закрепленное в ст. 19 абз. 4 Основного закона конституционное право не находит применения, см. *Schulze-Fielitz*, in Dreier, Art. 19 IV GG, Rn. 83.

⁵² См. также § 114 Положения о финансовом судопроизводстве; § 86b абз. 2 Закона о социальных судах.

⁵³ Ср. также § 69 абз. 3, абз. 5 предл. 3 Положения о финансовом судопроизводстве; § 86b абз. 1 Закона о социальных судах.

Заявления о предварительном регулировании являются заявлениями о совершении действий: они направлены на обязывание ответчика с помощью судебного решения к совершению действий или к бездействию. Заявления, поданные в соответствии с § 80 абз. 5, § 80а абз. 3 Положения, напротив, представляют собой заявления об оформлении правоотношения, поскольку суд в случае успеха заявления своим решением непосредственно изменяет правовое положение. Заявление об установлении в системе предварительной судебной защиты напрямую не предусмотрено. Тем не менее, в настоящее время как в судебной практике⁵⁴, так и в литературе⁵⁵ признано, что в случае фактического исполнения мер органа исполнительной власти по аналогии к § 80 абз. 5 Положения может быть подано заявление об установлении судом того факта, что поданный в суд иск об отмене акта или соответствующий протест, направленный принявшему его органу, приостанавливали исполнение акта⁵⁶. Все перечисленные вариации заявлений показывают, что и в рамках предварительной судебной защиты существует сравнимая с действующей для основного процесса система судебных постановлений, которая берет свое начало в ст. 19 абз. 4 Основного закона, организует судебные постановления и показывает, какие существующие пробелы должны быть закрыты с помощью новых видов постановлений.

7 Заключение

Изложенное выше показывает, что предусмотренные Положением виды исков могут быть систематизированы по различным критериям; ориентация на цель, стоящую перед истцом, позволяет разделить иски на иски об установлении, о совершении/несовершении действий и иски об оформлении правоотношения судебным решением. Построенная на этом основании система не только охватывает и позволяет проанализировать все напрямую упомянутые Положением виды исков, но и дает возможность разработать новые виды исков, позволяющие закрыть существующие в Положении пробелы.

С политико-правовой точки зрения интересен вопрос, должны ли вообще в административно-процессуальном законодательстве быть перечислены все существующие иски. Вместо такого перечисления законодатель мог бы поставить себе целью допустить в целом подачу исков

⁵⁴ VGH Mannheim, DVBL. 1999, 1733; VGH München, NVwZ 1999, 1363.

⁵⁵ *Hufen* (Fn. 14), § 32, Rn. 44.

⁵⁶ Здесь речь идет о выводе в форме *argumentum a maiore ad minus*, сделанного на основе того, что непосредственно действующее на правоотношения судебное решение о назначении/восстановлении т.н. приостанавливающего исполнения эффекта имеет более далеко идущие правовые последствия, чем простое судебное установление факта действия такого эффекта. Частично представлено, однако, и мнение, что в данном случае § 80 абз. 5 Положения должен применяться по аналогии.

об установлении, о совершении/несовершении действий и о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением, как это было сделано в проекте Положения об административном судопроизводстве⁵⁷ и, позже, в проекте Положения об административном процессе⁵⁸ путем введения формулировки «судебная защита может быть затребована с помощью иска об установлении, о совершении/несовершении действий и о непосредственном оформлении правоотношения судебным решением».

Последнее подчеркивается построением системы предварительной судебной защиты, которая может осуществляться по заявлениям о предварительном регулировании в соответствии с § 47 абз. 5, § 123 Положения и заявлениям, поданным в соответствии с § 80 абз. 5, § 80а абз. 3 Положения и содержит, таким образом, гораздо меньшее количество возможных заявлений по сравнению с многочисленными видами исков, подаваемых в рамках основного процесса.

⁵⁷ См. формулировку — именно в таких словах — § 40 проекта Положения (BT-Drs. 1/4278; 2/462 и 3/55). Таким способом Федеральное правительство планировало открыть возможность подачи и других исков, кроме упомянутых напрямую иска об отмене административных актов, о их принятии и иска об установлении (см. упомянутый выше источник, приложение 1, стр. 31). Комитет по праву Федерального собрания опасался, что это может привести к сужению масштабов разработки видов исков и предложил вычеркнуть эту формулировку из проекта (что и имело в конечном итоге успех) - BT-Drs. 3/1094. По этому поводу см. *Schäfer* (Fn. 34), S. 837.

⁵⁸ § 66 Проекта, подготовленного Координирующим комитетом (1980 г.), предусматривал формулировку, идентичную проекту Положения об административном судопроизводстве, разработанному Федеральным правительством (BT-Drs. 3/55). В обосновании к Проекту (10.08.1980, стр. 172) было подчеркнуто — очевидно, в качестве контраста занятой ранее Комитетом по праву позиции, - что это положение не может ни сузить масштаб дальнейшей правовой разработки исков, ни исключить другие виды судебной защиты, кроме исков.

Vorläufiger Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit

Univ.-Prof. Dr. Christoph Brining

Art. 19. Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet die Rechtswegeröffnung für den Fall, dass jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird¹. Dieser grundrechtliche Anspruch würde untergraben, wenn der Bürger keine Möglichkeit hätte zu verhindern, dass vor einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung vollendete Tatsachen geschaffen werden oder allein durch den Ablauf der Zeit, die das Hauptsacheverfahren in Anspruch nimmt, erhebliche, nicht wieder zu behebbende Nachteile entstehen. Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bis zur endgültigen gerichtlichen Klärung des Falles ist deshalb eine zwingende Folge aus dem in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierten Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz². Die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) sieht hierfür zwei Formen vor³:

¹ Zu den Klageverfahren siehe *Eblers*, Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutzanträge, Jura 2007, 830 ff.; Jura 2008, 183 ff., 358 ff., 506 ff.

² *Schoch*, Grundlagen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, VerwArch. 82 (1991), 145 ff.

³ Vgl. *Brühl*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, JuS 1995, 627 ff., 722 ff., 818 ff., 916 ff.; *Huba*, Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO, JuS 1990, 382 ff., 805 ff., 983 ff.; *Koehl*, Der einstweilige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess nach § 80 Abs. 5 und § 123 VwGO, BayVBl. 2007, 540 ff., 573 ff.; *Schoch*, Der verwaltungsprozessuale vorläufige Rechtsschutz, Jura 2001, 671 ff.; Jura 2002, 37 ff., 318 ff.; *Zacharias*, Ausgewählte Fragen des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess, JA 2002, 345 ff.

- Gegen belastende Verwaltungsakte durch die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage sowie hierauf bezogene gerichtliche Entscheidungen (§§ 80, 80a VwGO).
- Bei sonstigen Begehren durch einstweilige Anordnungen des Verwaltungsgerichts (§ 123 VwGO).

Vorrangig ist insoweit der vorläufige Rechtsschutz durch die aufschiebende Wirkung (vgl. § 123 Abs. 5 VwGO).

1 Vorläufiger Rechtsschutz gegen belastende Verwaltungsakte nach § 80 VwGO

1.1 Aufschiebende Wirkung bzw. Suspensiveffekt

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen belastenden Verwaltungsakt entfalten bereits kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO). Der Verwaltungsakt wird also automatisch mit Erhebung des Rechtsbehelfs suspendiert; deshalb bezeichnet man die aufschiebende Wirkung auch als Suspensiveffekt.⁴ Der Begriff des Verwaltungsakts ist in der VwGO nicht legal definiert. Da sich aber in § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) jene Begriffsbestimmung niedergeschlagen hat, die auch dem Gesetzgeber der VwGO vorgeschwebt hat, kann auf die dortige Definition zurückgegriffen werden. Danach ist ein Verwaltungsakt eine hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Ein Verwaltungsakt ist belastend, wenn er sich für den Betroffenen nachteilig auswirkt. Das sind jedenfalls Regelungen, die in Rechte des Bürgers eingreifen (z.B. ein Gebührenbescheid oder eine Abrissverfügung). § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO stellt darüber hinaus klar, dass die aufschiebende Wirkung auch bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten sowie bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung im Sinne von § 80a VwGO eintritt.

a) Voraussetzungen

Aufschiebende Wirkung oder Suspensiveffekt bedeutet, dass der Betroffene die Wirkungen des ihn belastenden Verwaltungsakts im Regelfall bereits mit Einlegung eines Rechtsbehelfs aufschieben bzw. suspendieren kann. Darin liegt der Ausgleich für das Privileg der Verwaltung, durch Verwaltungsakte einseitig verbindliche Regelungen zu treffen, die der Adressat grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihre Rechtmäßigkeit zu befolgen hat.

Der Suspensiveffekt tritt automatisch mit der Erhebung eines Anfechtungswiderspruchs oder einer Anfechtungsklage ein. Nach dem Gesetzeswortlaut hängt

⁴ Grundlegend *Kotulla*, Der Suspensiveffekt, Die Verwaltung 33 (2000), 521 ff.

die aufschiebende Wirkung nicht von der Zulässigkeit und/oder der Begründetheit des Rechtsbehelfs ab. Während dies für die Begründetheit allgemein anerkannt ist, gehen die Rechtsansichten beim (möglicherweise) unzulässigen Rechtsbehelf auseinander. Insoweit muss zur Sicherung des Status quo zwar im Grundsatz von der aufschiebenden Wirkung auch eines unzulässigen Rechtsbehelfs ausgegangen werden. Zur Verhinderung von Rechtsmissbräuchen ist jedoch die aufschiebende Wirkung zu versagen, wenn der Rechtsbehelf offensichtlich unzulässig ist (z.B. die Widerspruchs- oder Anfechtungsfrist nicht eingehalten worden sind).

b) Wirkung

Der Suspensiveffekt entfaltet sich rückwirkend bis zum Erlass des Verwaltungsakts. Sind zwischen dem Erlass des Verwaltungsakts und der Erhebung des Rechtsbehelfs bereits Vollzugsmaßnahmen getroffen worden, so entzieht der rückwirkende Eintritt der aufschiebenden Wirkung hierfür die Basis und die Behörde hat diese rückgängig zu machen. Ist die aufschiebende Wirkung eingetreten, so dauert sie grundsätzlich bis zur Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts fort. Wenn die Anfechtungsklage im ersten Rechtszug keinen Erfolg hatte, endet die aufschiebende Wirkung gemäß § 80b Abs. 1 S. 1 VwGO allerdings drei Monate nach Ablauf der Rechtsmittelbegründungsfrist. In Ausnahmefällen kann das OVG nach § 80b Abs. 2 VwGO auf Antrag die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung anordnen.

Der Inhalt des Suspensiveffekts ist umstritten: Nach der sog. Vollziehbarkeitstheorie betrifft die aufschiebende Wirkung nicht die Wirksamkeit des Verwaltungsakts, sondern führt zur Hemmung seiner Vollziehbarkeit. Nach der Wirksamkeitstheorie wird durch den Rechtsbehelf die Wirksamkeit des Verwaltungsakts insgesamt ausgesetzt, d.h. der Verwaltungsakt wird bis auf weiteres als noch nicht wirksam behandelt. Insoweit geht die strenge Wirksamkeitstheorie davon aus, dass die Wirksamkeitshemmung endgültig ist; die Wirksamkeit des Verwaltungsakts tritt danach erst mit der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung ex nunc ein. Die eingeschränkte Wirksamkeitstheorie sieht dem gegenüber die Wirksamkeitshemmung nur als vorläufig an, so dass der Verwaltungsakt nach rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung ex tunc wirksam wird. Für eine bloße Vollstreckungs- bzw. Vollzugshemmung spricht der Wortlaut von § 80 Abs. 2 – 5 VwGO, wo im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung jeweils von „Vollziehung“ die Rede ist. Insbesondere kann die Behörde nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die „sofortige Vollziehung“, gemeint ist Vollziehbarkeit, anordnen und nicht etwa die „sofortige Wirksamkeit“. Da insoweit jedoch ein weiter Begriff des Vollzugs zugrunde gelegt wird, entfalten die unterschiedlichen Auslegungen kaum praktische Bedeutung. Die aufschiebende Wirkung verbietet danach alle Maßnahmen, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf die Verwirklichung des Verwaltungsakts durch die Behörde, den Betroffenen oder Dritte gerichtet sind. Treffend ist hierfür der Begriff der Verwirklichungshemmung.

c) *Ausnahmen*

In § 80 Abs. 2 VwGO hat der Gesetzgeber für Konstellationen, in denen ein überwiegendes Interesse an der alsbaldigen Verwirklichung des Verwaltungsakts besteht, abstrakt-generell den Eintritt der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs ausgeschlossen. In den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 3 sowie S. 2 VwGO (z.B. bei öffentlichen Abgaben und Kosten oder unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten) entfällt die aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes. Besteht nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall ein besonderes öffentliches Interesse, einen Verwaltungsakt zeitnah zu verwirklichen, kann die Behörde die aufschiebende Wirkung durch Anordnung der sofortigen Vollziehung, besser Vollziehbarkeit, nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ausschließen⁵. Das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts ist grundsätzlich schriftlich zu begründen (§ 80 Abs. 3 VwGO)⁶.

1.2 Behördliche Aussetzung

Hat der Widerspruch oder die Anfechtungsklage nach § 80 Abs. 2 VwGO keine aufschiebende Wirkung, so kann die Behörde den Verwaltungsakt schon vor seiner Bestandskraft verwirklichen, insbesondere im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung zwangsweise durchsetzen. Hiergegen kann sich der Betroffene mit einem Antrag an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung wenden (§ 80 Abs. 4 VwGO). Zuständig ist die Ausgangsbehörde sowie nach Eintritt des Devolutiveffekts auch die Widerspruchsbehörde, die jeweils eine Aussetzung auch von Amts wegen nach Einlegung eines Widerspruchs anordnen können⁷. Voraussetzung hierfür ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen. Für die Fälle der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO) hat das Gesetz ausdrücklich einen Maßstab vorgegeben: „ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts“ (§ 80 Abs. 4 S. 3 VwGO). Diese Wertung des Gesetzgebers kann jedenfalls für die übrigen Fälle des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung kraft Gesetzes gleichermaßen als Entscheidungsmaßstab herangezogen werden.

⁵ Vgl. *Schenke*, Probleme der Vollziehungsanordnung gemäß § 80 II 1 Nr. 4, § 80a I Nr. 1 und II VwGO, *VerwArch.* 91 (2000), 587 ff.; *Weidemann/Barthel*, Die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung, *DVP* 2003, 165 ff.

⁶ Hierzu *Kaltenborn*, Die formellen Voraussetzungen an eine Anordnung der sofortigen Vollziehung, *DVBl.* 1999, 828 ff.; *Terniesche*, Der Verstoß gegen die Begründungspflicht in § 80 III 1 VwGO und seine Rechtsfolgen, *NWVBl.* 1996, 461 ff.; *Tietje*, Die Heilung von Begründungsmängeln nach § 80 III 1 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, *DVBl.* 1998, 124 ff.

⁷ Siehe *Beckmann*, Sind die in der Literatur vertretenen diversen Theorien zur Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Erlass- und Widerspruchsbehörde gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO nachvollziehbar und schlüssig?, *NVwZ* 2004, 184 ff.

1.3 Gerichtliche Entscheidung

Kommt die Behörde dem Antrag des Betroffenen nicht nach, besteht das Bedürfnis nach vorläufigem gerichtlichen Rechtsschutz, der über § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren ist⁸. Mit einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO kann der von einem belastenden Verwaltungsakt Betroffene die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht, die Aufhebung etwaiger bereits erfolgter Vollzugsmaßnahmen sowie u.U. auch die Feststellung der aufschiebenden Wirkung (bei sog. faktischer Vollziehung infolge der Missachtung der aufschiebenden Wirkung) erreichen⁹.

a) Voraussetzungen

Außer in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO ist für den Antrag auf gerichtlichen Rechtsschutz ein Aussetzungsantrag an die Behörde nach § 80 Abs. 4 VwGO keine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung (vgl. § 80 Abs. 6 VwGO). Der Antrag ist schon vor Erhebung der Anfechtungsklage (§ 80 Abs. 5 S. 2 VwGO) und zwecks Effektivierung des gerichtlichen Rechtsschutzes sogar schon vor Einlegung des Widerspruchs zulässig. Allerdings darf der Rechtsbehelf nicht offensichtlich unzulässig sein, da dann kein Auslöser für eine aufschiebende Wirkung (mehr) besteht.

Unter welchen Voraussetzungen ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO begründet ist, regelt das Gesetz nicht ausdrücklich. Entscheidungsmaßstäbe sind daher im Wege der Auslegung, insbesondere unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes, zu ermitteln. Insoweit ist zu unterscheiden:

Bei Anträgen, die auf Anordnung, Wiederherstellung oder Fortdauer der aufschiebenden Wirkung (vgl. hierzu § 80b Abs. 1 S. 2 VwGO) gerichtet sind, hat das Gericht eine eigene Interessenabwägung anzustellen. An die Gründe, die zu einer behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit (vgl. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) geführt haben, ist es insoweit nicht gebunden. Im Hinblick auf die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage hat das Gericht zu fragen, ob das private Interesse des Antragstellers, von der Vollziehung des Verwaltungsakts vorläufig verschont zu bleiben, das öffentliche Vollzugsinteresse unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertung des § 80 Abs. 2 VwGO überwiegt. Diese gerichtliche Interessenabwägung richtet sich in erster Linie nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache:

⁸ Vgl. *Erbguth*, Einstweiliger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, JA 2008, 357 ff.; *Loos*, Das Verfahren nach § 80 V VwGO, JA 2001, 698 ff.; *Proppe*, Die Methodik der gerichtlichen Entscheidung nach § 80 V VwGO, JA 1996, 332; JA 2004, 324 ff.; *Wesseling/Jansen*, Der Beschluss nach § 80 V VwGO, JuS 2009, 332 ff.

⁹ Zu letzterem *Kirste*, Rechtsschutz bei faktischer Vollziehung, DÖV 2001, 397 ff.; *Niedzwiecki*, Vorläufiger Rechtsschutz und faktische Vollziehung, JuS 2010, 695 ff.

Ist die aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 3 und S. 2 VwGO), geht das Gesetz grundsätzlich von einem Vorrang des öffentlichen Vollzugsinteresses aus. Eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung setzt daher voraus, dass aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall ausnahmsweise das Aussetzungsinteresse des Betroffenen überwiegt. Das ist insbesondere bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts der Fall (vgl. § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO). Bei offenem Ausgang der Rechtmäßigkeitsprüfung findet eine reine Interessenabwägung im Hinblick auf die Vollzugsfolgen statt.

Wenn die aufschiebende Wirkung durch Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch die Behörde im Einzelfall ausgeschlossen worden ist (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO), kann sich die Begründetheit eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung aus formellen und/oder materiellen Gründen ergeben. In formeller Hinsicht prüft das Gericht, ob die Behörde eine Begründung im Sinne von § 80 Abs. 3 VwGO abgegeben hat, nicht aber die materielle Richtigkeit dieser Begründung. Denn das Gericht unternimmt keine Rechtmäßigkeitsprüfung der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit, sondern eine eigene Interessenabwägung. In formeller Hinsicht ist also nur entscheidend, ob die behördliche Begründung das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit, das gerade im konkreten Fall über das allgemeine, bei jedem Verwaltungsakt bestehende Vollzugsinteresse hinausgeht, schlüssig dargetan hat. Hält das Gericht die Begründung für nicht ausreichend, so führt dieser Fehler nicht schon zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, sondern nur zur Aufhebung der Vollziehungsanordnung. Damit hat die Behörde die Möglichkeit, den formellen Mangel durch Erlass einer neuen Anordnung zu beheben.

In materieller Hinsicht ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO begründet, wenn das Aussetzungsinteresse des Betroffenen überwiegt, d.h. wenn der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist. Erweist sich der Verwaltungsakt als offensichtlich rechtmäßig, so überwiegt nicht schon deswegen allein das Vollzugsinteresse, sondern es muss noch ein besonderes Vollziehungsinteresse, das über das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigende Interesse hinausgeht, hinzukommen. Bei der Überprüfung behördlicher Ermessensentscheidungen stellt das Gericht keine eigenen Erwägungen an, sondern beurteilt die ordnungsgemäße Ermessensausübung der Behörde (vgl. § 114 VwGO).

Lässt sich bei der Prüfung weder die Rechtmäßigkeit noch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts eindeutig feststellen, so erfolgt eine von den Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens unabhängige Interessenabwägung. Hierbei sind dann vor allem die Folgen eines sofortigen Vollzugs und diejenigen eines aufgeschobenen Vollzugs zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Für die gerichtliche Entscheidung kommt es insoweit nicht auf die behördlicherseits angeführte Begründung der sofortigen Vollziehbarkeit an.

Da das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO naturgemäß unter Zeitdruck stattfindet, erfolgt keine vollumfängliche Aufklärung des Sachverhaltes des Gerichts, wie sie im Hauptsacheverfahren geboten ist (vgl. § 86 Abs. 1 VwGO). Stattdessen

entscheidet das Gericht im Hinblick auf die tatsächlichen Umstände nach summarischer Prüfung.

b) Inhalt

Das Gericht entscheidet durch Beschluss, mit dem entweder der Antrag abgelehnt oder die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage – ggfs. nur teilweise – angeordnet oder wiederhergestellt wird¹⁰. Anders als bei der ausnahmsweise möglichen Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung führt die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht dazu, dass die Behörde an die Entscheidung gebunden ist und – wie auch der Antragsteller oder ein beigeladener Dritter – eine Änderung nur über § 80 Abs. 7 VwGO erreichen kann¹¹.

In Fällen, in denen der sofort vollziehbare Verwaltungsakt tatsächlich bereits vollzogen worden ist, das Gericht aber nun die aufschiebende Wirkung anordnet oder wiederherstellt, kann als Annex hierzu zugleich die Rückgängigmachung des bereits durchgeführten Vollzugs angeordnet werden (§ 80 Abs. 5 S. 3 VwGO). Materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage des Antragstellers ist insoweit der Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch. § 80 Abs. 5 S. 3 dient nur dessen vorläufiger prozessualer Sicherung in demselben Verfahren, das über den Eintritt eines Suspensiveffekts entscheidet.

Schließlich kann es in der Praxis vorkommen, dass Widerspruch oder Anfechtungsklage zwar aufschiebende Wirkung auslösen, der Verwaltungsakt aber dennoch von der Behörde vollzogen (oder von einem begünstigten Dritten) ausgenutzt wird, z.B. wenn die Behörde irrtümlich vom Entfallen der aufschiebenden Wirkung kraft Gesetzes ausgeht. Diese sog. faktische Vollziehung ist von Beginn an rechtswidrig. Da §§ 80 Abs. 5 und 80a Abs. 3 VwGO ihrem Wortlaut nach nicht eingreifen, besteht eine Lücke im System des vorläufigen Rechtsschutzes. Diesbezüglich ist umstritten, ob in diesen Fällen der Weg über die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO beschritten werden soll oder §§ 80 Abs. 5, 80a Abs. 3 VwGO analog anwendbar sind. Nach dem Regelungswillen des Gesetzgebers, Rechtsschutz gegen belastende Verwaltungsakte nach §§ 80 ff. VwGO zu gewähren, ist zur Lückenschließung eine Analogie zu §§ 80 Abs. 5, 80a Abs. 3 VwGO vorzuziehen. Über die gerichtliche Feststellung hinaus, dass der Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung entfaltet und der Verwaltungsakt nicht vollzogen werden darf, kann das Gericht außerdem analog § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO die Beseitigung der schon erfolgten Vollzugsmaßnahmen anordnen und die Behörde zur Unterlassung jeglicher weiterer Vollziehung verpflichten.

¹⁰ Siehe *Mann*, Zur Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, NWVBl. 2009, 33 ff. und 77 ff.; *Schmidt*, Die Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz erster Instanz, JA 2002, 885 ff.

¹¹ *Kamp*, Das gerichtliche Abänderungsverfahren im einstweiligen Rechtsschutz – insbesondere sein Verhältnis zum Beschwerdeverfahren, NWVBl. 2005, 248 ff.

c) Dreiecksverhältnisse

Eine besondere Regelung trifft § 80a VwGO für die Verwaltungsakte mit Doppel-, besser Drittwirkung (z.B. die Baugenehmigung, die den Bauherrn begünstigt und den Nachbarn belastet). Hier ist vorläufig ein interessengerechter Ausgleich im Dreiecksverhältnis zu finden. Insofern regeln § 80a Abs. 1 und 2 VwGO behördliche Entscheidungsmöglichkeiten zum Suspensiveffekt eines Rechtsbehelfs; § 80a Abs. 3 S. 1 VwGO erklärt das Gericht zu denselben Maßnahmen für befugt und verweist im Übrigen in Satz 2 auf eine entsprechende Anwendung der § 80 Abs. 5 - 8 VwGO¹².

Von einem *begünstigenden Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung* (z.B. einer Gaststättenerlaubnis) kann der Begünstigte grundsätzlich sofort Gebrauch machen. Erhebt jedoch ein von dem Verwaltungsakt in seinen Rechten betroffener Dritter (z.B. ein Nachbar) einen Anfechtungswiderspruch oder eine Anfechtungsklage, entfaltet dieser Rechtsbehelf grundsätzlich aufschiebende Wirkung und der Begünstigte darf die Regelung des Verwaltungsakts nicht mehr ausnutzen. In diesem Fall kann der vom Verwaltungsakt Begünstigte einen Antrag an die Behörde oder das Gericht auf Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit stellen (§ 80a Abs. 1 Nr. 1, ggfs. i.V.m. Abs. 3 VwGO). Der Dritte kann sich wiederum gegen die behördliche Anordnung mit einem Antrag an das Gericht und gegen die gerichtliche Aussetzungsentscheidung mit einer Beschwerde wenden (§ 146 Abs. 1 u. 4 VwGO).

Bei kraft Gesetzes sofort vollziehbaren begünstigenden Verwaltungsakten (z.B. einer Baugenehmigung, vgl. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212a BauGB) darf der Adressat trotz eines Widerspruchs des Dritten den Regelungsgehalt des Verwaltungsakts ausnutzen (also z.B. sofort anfangen zu bauen). Um den Suspensiveffekt zu erreichen, kann der belastete Dritte bei der Behörde bzw. beim Gericht die Anordnung eines Suspensiveffekts beantragen (§ 80a Abs. 1 Nr. 2, ggfs. i.V.m. Abs. 3 VwGO). Hierauf kann dann seinerseits der Begünstigte mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung bzw. einer Beschwerde gegen die gerichtliche Anordnung antworten.

Liegt ein *belastender Verwaltungsakt mit begünstigender Drittwirkung* vor (z.B. einer Abrissverfügung für einen Schwarzbau), kann sich der Adressat grundsätzlich bereits durch Widerspruch und Anfechtungsklage zur Wehr setzen, weil diese aufschiebende Wirkung entfalten und der Verwaltungsakt deshalb bis auf weiteres nicht vollzogen werden darf. Hier kann der Dritte bei der Behörde oder bei Gericht einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit stellen, wogegen sich der belastete Regelungsadressat mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung bzw. nach einer solchen mit der Beschwerde wehren kann (§ 80a Abs. 2, Abs. 3 VwGO).

Bei einem kraft Gesetzes sofort vollziehbaren belastenden Verwaltungsakt mit begünstigender Drittwirkung (z.B. einer Polizeiverfügung) entfalten Widerspruch

¹² Vgl. *Debus*, Vorläufiger Rechtsschutz des Nachbarn im öffentlichen Baurecht, Jura 2006, 487 ff.

und Anfechtungsklage des Betroffenen keine aufschiebende Wirkung. Er kann die Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts daher lediglich durch einen Antrag auf Aussetzung des Sofortvollzuges bei der Behörde oder bei Gericht hemmen (§ 80a Abs. 2, ggfs. i.V.m. Abs. 3 VwGO). Spiegelbildlich kann der Dritte hiergegen mittels Antrag an das Gericht bzw. nach gerichtlicher Aussetzung mit einer Beschwerde vorgehen.

In der Sache haben Behörde und Verwaltungsgericht jeweils eigene Abwägungsentscheidungen zu treffen, die maßgeblich von den Erfolgsaussichten in der Hauptsache, d.h. der Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts, abhängt. Im Falle einer Drittanfechtung muss allerdings hinzukommen, dass sich die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts gerade aus einem Verstoß gegen drittschützende Vorschriften ergibt.

Eine Interessenabwägung ist nur dann entbehrlich und der Antrag ohne weiteres erfolgreich, wenn die aufschiebende Wirkung eines vom Dritten erhobenen Rechtsbehelfs vom Begünstigten missachtet wird. Hier kann der Dritte die Feststellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO analog begehren. In der Regel ist ein solcher Antrag jedoch nicht ausreichend, weil die bloße Feststellung den Bauherrn faktisch nicht daran hindert, die Bauarbeiten zu beginnen oder fortzusetzen, und die Behörde nicht verpflichtet, die Bauarbeiten stillzulegen. § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO benennt deshalb ausdrücklich die gerichtliche oder behördliche Befugnis zu einstweiligen Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten. Hierauf gestützt kann die Behörde eine Stilllegungsverfügung und das Gericht die Verpflichtung der Behörde aussprechen, gegenüber dem Regelungsadressaten die vom Gericht bezeichneten Maßnahmen anzuordnen.

2 Vorläufiger Rechtsschutz durch die einstweilige Anordnung

Die einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO ist immer dann statthaft, wenn es nicht um vorläufigen Rechtsschutz gegen die Vollziehung eines (belastenden) Verwaltungsakts geht¹³. Aus § 123 Abs. 5 VwGO ergibt sich, dass die einstweilige Anordnung subsidiär nur dann einschlägig ist, wenn keiner der Fälle der §§ 80, 80a VwGO vorliegt. Während ein Antrag an das Gericht nach § 80 Abs. 5 VwGO also in der Anfechtungssituation vorläufigen Rechtsschutz ermöglicht, greift die einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO bei allen übrigen Begehren, d.h. wenn in der Hauptsache eine Verpflichtungs-, Leistungs- oder Feststellungsklage die statthafte Klageart bildet. Durch eine einstweilige Anordnung wird der vom Kläger geltend gemachte Anspruch gegen eine Entwertung durch Zeitablauf während des Hauptsacheverfahrens geschützt und der Rechtsstreit dadurch entscheidungsfähig gehalten.

¹³ Vgl. *Loos*, Das Verfahren nach § 123 VwGO, JA 2001, 871 ff.; *Müickl*, Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO im System des vorläufigen Rechtsschutzes, JA 2000, 329 ff.

2.1 Voraussetzungen

Neben den für einen Individualrechte schützenden Rechtsbehelf üblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfordert ein Antrag nach § 123 VwGO, dass sich der Antragsteller zunächst erfolglos an die zuständige Behörde gewandt hat. Außerdem darf das Hauptsacheverfahren nicht offensichtlich unzulässig sein.

Je nach konkretem Begehren sieht § 123 Abs. 1 VwGO zwei Arten der einstweiligen Anordnung vor, nämlich die Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO und die Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO. Beide Arten sind wegen der unbestimmten Gesetzesfassung nicht eindeutig voneinander abgrenzbar, weshalb teilweise, insbesondere auch wegen der gleichen Rechtsfolgen, auf eine Differenzierung verzichtet wird. Der Sache nach gilt Folgendes:

Geht es dem Antragsteller um die Sicherung einer vorhandenen Rechtsposition gegen drohende Veränderungen, greift die Sicherungsanordnung ein (z.B. Verhinderung der Ernennung des Konkurrenten in einem beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit; Abwehr eines Bauvorhabens durch den Nachbarn, wenn der Bauherr keine Baugenehmigung besitzt; Sicherung von Mitwirkungsrechten in kommunalen Vertretungskörperschaften; Sicherung von Unterlassungsansprüchen gegen behördliche Inanspruchnahmen). Will der Antragsteller dagegen seinen Rechtskreis erweitern, kommt eine Regelungsanordnung in Betracht (z.B. Anspruch auf vorläufige Zulassung zum Studium oder zur Prüfung; vorläufige Leistungsgewährung; Zuteilung von Sendezeiten an politische Parteien; Anspruch auf Erlass abgelehnter Verwaltungsakte).

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund vorliegen. Der Anordnungsanspruch ist identisch mit dem im Hauptsacheverfahren geltend zu machenden materiellrechtlichen Anspruch. Es kommt folgerichtig auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache an, d.h., ob für den Antragsteller ein subjektiv öffentliches Recht besteht. Der Anordnungsgrund setzt voraus, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO), d.h. die Durchsetzbarkeit des Rechts im Hauptsacheverfahren ernstlich gefährdet ist, oder wenn eine vorläufige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint (§ 123 Abs. 1 S. 2 VwGO). Hierbei ist eine umfassende Interessenabwägung anzustellen, bei der u.a. die Bedeutung und Dringlichkeit des geltend gemachten Anspruchs, die Zumutbarkeit, eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten, das Maß einer eventuellen Gefährdung sowie ggfs. die Irreparabilität der drohenden Schäden zu berücksichtigen sind. Ähnlich dem Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO erfolgt auch hinsichtlich der Begründetheit einer einstweiligen Anordnung also eine zweigliedrige Prüfung.

Die Grundlage der gerichtlichen Beurteilung bilden die vom Antragsteller glaubhaft zu machenden tatsächlichen Voraussetzungen von Anordnungsanspruch

und Anordnungsgrund. Glaubhaft gemacht sind tatsächliche Umstände dann, wenn das Gericht ihr Vorliegen für überwiegend wahrscheinlich hält, d.h. mehr für den Vortrag des Antragstellers spricht als dagegen (vgl. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO). Der Sachverhalt ist also – anders als im Hauptsacheverfahren – weder vom Gericht umfassend aufzuklären noch muss er zur sicheren Überzeugung des Gerichts feststehen.

2.2 Inhalt

Sind die Voraussetzungen des § 123 VwGO erfüllt, so ist im Rahmen der Rechtsfolge für eine weitere Interessenabwägung des Gerichts kein Raum, weil alle für bzw. gegen den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Gesichtspunkte bereits geprüft worden sind. Das Gericht muss dann die einstweilige Anordnung erlassen und hat nur Ermessen bezüglich des Inhalts dieser Anordnung (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 938 ZPO).

Das Gericht entscheidet immer durch Beschluss, selbst wenn ausnahmsweise eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Es lehnt entweder den Antrag ab oder verpflichtet den Antragsteller zu vorläufigen Maßnahmen¹⁴. Da einstweilige Anordnungen Vollstreckungstitel sind (§ 168 Abs. 1 Nr. 2 VwGO), ist der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten.

Zwar verweist § 123 Abs. 3 VwGO nicht auf § 927 ZPO, so dass unklar ist, ob eine spätere Änderung der einstweiligen Anordnung möglich ist. Nach überwiegender Ansicht sind § 927 ZPO und § 80 Abs. 7 VwGO aber Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der auch im Verfahren der einstweiligen Anordnung eingreift¹⁵.

Das Ermessen des Gerichts bezüglich des Inhalts der einstweiligen Anordnung unterliegt zwei Einschränkungen: Zum einen darf durch die einstweilige Anordnung grundsätzlich nicht mehr gewährt werden, als durch die Klage in der Hauptsache erreicht werden kann. Das wirft insbesondere dann Schwierigkeiten auf, wenn in der Hauptsache lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung in Rede steht und daher ein Bescheidungsurteil in Betracht kommt (vgl. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO). An sich ist dann nur der Erlass einer einstweiligen Anordnung möglich, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben ist. Allerdings entstände hier eine Rechtsschutzlücke, die mit der durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Effektivität des Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren wäre, wenn eine einstweilige Anordnung nicht ergehen dürfte, falls nur ein Anspruch auf Neubescheidung gesichert werden soll. In Ausnahmefällen kommt daher auch im Bereich von Ermessensentscheidungen eine über den möglichen Inhalt des Hauptsacheurteils

¹⁴ Siehe *Mann*, Zur Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, NWVBl. 2009, 33 ff. und 77 ff.; *Schmidt*, Die Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz erster Instanz, JA 2002, 885 ff.

¹⁵ *Schlaeger*, Das Abänderungsverfahren wegen veränderter Umstände im Rahmen des § 123 VwGO, JA 2005, 894 ff.

(Bescheidung) hinausgehende Verpflichtung der Behörde im Sinne einer vorläufigen Regelung in Betracht. Ein uneingeschränkter Vornahmebeschluss scheidet dem gegenüber aus. Es muss gewährleistet bleiben, dass der Antragsteller die zunächst inne gehabte Position wieder einbüßt, wenn er im Hauptsacheverfahren verliert oder die Neubescheidung wiederum zu einem negativen Ergebnis führt.

Da die einstweilige Anordnung ein Mittel des vorläufigen Rechtsschutzes darstellt, ist zum anderen eine Vorwegnahme der Hauptsache grundsätzlich unzulässig¹⁶. Wegen des Gebots effektiver Rechtsschutzgewährung gilt allerdings dann eine Ausnahme, wenn das Recht des Antragstellers sonst vereitelt würde oder ihm aus sonstigen Gründen eine bloß vorläufige Regelung nicht zumutbar ist, etwa weil er Nachteile erleidet, die bei einem Obsiegen in der Hauptsache nicht mehr ausgeglichen werden können. In diesen Fällen ist ausnahmsweise auch eine endgültige Befriedigung des geltend gemachten Anspruchs durch das Gericht möglich.

2.3 Schadensersatz

Anträge nach § 123 Abs. 1 VwGO bergen insoweit ein nicht unerhebliches Risiko, als § 123 Abs. 3 VwGO mit seinem Verweis auf die Vorschriften der ZPO über einstweilige Verfügungen auch § 945 ZPO erfasst. Danach steht demjenigen, gegen den eine einstweilige Verfügung erwirkt wird, ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch unter der Voraussetzung zu, dass sich die Anordnung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Dies ist der Fall, wenn die Entscheidung in der Hauptsache gegenteilig ausfällt oder wenn die einstweilige Anordnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird. Dieser Schadensersatzanspruch kompensiert, dass die Entscheidungsgrundlage in tatsächlicher Hinsicht im Rahmen des § 123 VwGO nur vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden muss.

3 Vorläufiger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren

Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach § 47 VwGO¹⁷ ist nach Abs. 6 eine einstweilige Anordnung möglich, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten ist. Für die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze wie für Entscheidungen gemäß § 123 VwGO. Das Gericht muss also eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der materiellen Rechtslage anstellen. Zu beachten ist jedoch, dass der Dringlichkeitsmaßstab des § 47 Abs. 6 VwGO enger ist als derjenige bei § 123 Abs. 1 VwGO: Nach § 47 Abs. 6 VwGO muss eine einstweilige Anordnung „dringend geboten“ sein. Insoweit ist insbesondere

¹⁶ *Schrader*, Die Vorwegnahme der Hauptsache und das Ermessen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, JuS 2005, 37 ff.

¹⁷ Hierzu *Eblers*, Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, Jura 2005, 171 ff.

auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache und darauf abzustellen, ob ohne die Anordnung irreparable Folgen entstünden.

Временная правовая защита в административной юрисдикции*

Профессор доктор Кристоф Брюнинг

Статья 19 абз.4 Основного закона ФРГ гарантирует возможность обращения в суд в случае, если права заявителя были нарушены органами публичной власти¹. Однако исполнение данного права может быть затруднительным при условии, если у гражданина не было возможности предотвратить последствия вступившего в законную силу решения суда или же устранить причиненный ущерб в связи с истечением срока, необходимого для подачи жалобы. Таким образом, обеспечение временной (предварительной) правовой защиты до окончательного судебного урегулирования дела также является следствием ст. 19 абз. 4 Конституции Германии². Положение об административных судах предусматривает для подобных случаев две возможные формы³:

* Текст доклада в рамках коллоквиума «Демократический контроль в административной юрисдикции в Германии и Украине», проводившегося 16 сентября 2010 г. на юридическом факультете Университета им. Георга Августа, Гёттинген.

¹ По вопросу искового производства см. *Eblers*, Allgemeine Sachentscheidungs Voraussetzungen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutzanträge, Jura 2007, 830 ff.; Jura 2008, 183 ff., 358 ff., 506 ff.

² *Schoch*, Grundlagen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, VerwArch. 82 (1991), 145 ff.

³ Для сравнения см. *Briibl*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, JuS 1995, 627 ff., 722 ff., 818 ff., 916 ff.; *Huba*, Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO, JuS 1990, 382 ff., 805 ff., 983 ff.; *Koehl*, Der einseitige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess nach § 80 Abs. 5 und § 123 VwGO, BayVBl. 2007, 540 ff., 573 ff.; *Schoch*, Der verwaltungsprozessuale vorläufi-

- опротестование акта административного права с применением отлагательного действия, а также иск о признании недействительным судебного решения (§§ 80, 80a Положения об административных судах).
- в отдельных случаях – с применением временного распоряжения административного суда (§ 123 Положения об административных судах).

Приоритетом обладает временная правовая защита с применением отлагательного действия (см. § 123 абз. 5 Положения об административных судах).

1 Временная правовая защита в случае обременяющего административного акта согласно § 80 Положения об административных судах

1.1 1. Отлагательное («суспензивное») действие

Протест, а также иск о признании недействительным акта административного права влекут за собой применение отлагательного действия (§ 80 абз. 1 Положения об административных судах). В случае обжалования административного акта его действие автоматически приостанавливается; в административном праве Германии отлагательное действие также обозначается термином «суспензивный эффект»⁴. Положение об административных судах не содержит определения административного акта. Однако мы располагаем дефиницией, предложенной в § 35 Административно-процессуального кодекса. Согласно ей, административный акт является суверенной мерой, принятой органом власти для урегулирования данного конкретного случая в области публичного права и обладающей непосредственным юридическим эффектом. Административный акт является обременяющим в случае, если он обладает негативным эффектом для лица. Конечно же, административные акты, как правило, вторгаются в права граждан (например, извещение о взимании платы или распоряжение о сносе строения). В § 80 абз. 1 Положения об административных судах установлено, что, по смыслу § 80a данного Положения, отлагательное действие применяется также к правоустанавливающим административным актам, а также к административным актам с двойным действием.

ge Rechtsschutz, Jura 2001, 671 ff.; Jura 2002, 37 ff., 318 ff.; *Zacharias*, Ausgewählte Fragen des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess, JA 2002, 345 ff.

⁴ *Kotulla*, Der Suspensiveffekt, Die Verwaltung 33 (2000), 521 ff.

а) юридические предпосылки

«Отлагательное действие» означает что, как только лицо обжалует административный акт, являющийся для него обременительным, действие данного административного акта приостанавливается. Это является своеобразным компромиссом по отношению к привилегированному положению органов управления, обладающих полномочиями издавать обязательные к исполнению предписания, которые, как правило, выполняются гражданами без оглядки на законность каждой конкретной нормы права.

Отлагательное действие наступает автоматически с подачей жалобы или иска об обжаловании. Исходя из буквы закона, отлагательное действие не зависит от допустимости и/или обоснованности жалобы. Впрочем, если независимость отлагательного действия от обоснованности жалобы не представляется спорной, в вопросе допустимости жалобы мнения юристов расходятся, хотя для сохранения status quo необоснованность жалобы должна быть недопустимой исходя из самого принципа отлагательного действия. В целях воспрепятствования злоупотреблению правом, в применении отлагательного действия отказывается в случаях, когда жалоба очевидно является недопустимой (к примеру, нарушен срок подачи жалобы).

б) юридическая сила

Отлагательное действие обладает обратной силой по отношению к административному акту. В случае, если между моментом издания административного акта и моментом подачи жалобы уже были произведены действия по исполнению акта, отлагательное действие обладает обратной силой, и таким образом административный орган должен аннулировать принятые ранее меры. Если отлагательное действие вступает в силу, то оно прекращается только в случае признания неоспоримости административного акта. Если жалоба о признании административного акта не была успешна в первой инстанции, то, согласно § 80b абз. 1 Положения об административных судах, отлагательное действие прекращается в течение трех месяцев после окончания срока подачи апелляции. Согласно § 80b абз. 2 Положения об административных судах, в исключительных случаях высший административный суд земли может продлить отлагательное действие по заявлению заинтересованного лица.

Содержание понятия отлагательное действие является предметом спора: согласно т.н. теории исполнимости, отлагательное действие относится не к эффекту от данного административного акта, а, скорее, к прекращению его исполнения. Согласно теории эффективности, подача жалобы приостанавливает в целом действие административного акта, т.е. до принятия

решения по жалобе административный акт считается как бы недействительным. В целом достаточно строгая теория эффективности исходит из того, что прекращение действия административного акта является окончательным; действительность акта может начинаться лишь с момента вступления в законную силу решения суда по данной жалобе. Согласно теории эффективности, после вступления в законную силу решения суда административный акт является действительным и обладает обратной силой. В тексте § 80 абз. 2 – 5 Положения об административных судах также речь идет об «исполнении» в контексте применения отлагательного действия. Следует обратить внимание, что, согласно § 80 абз. 2 Положения об административных судах, административные органы могут распорядиться о «немедленном исполнении» административного акта, но не его «немедленной действительности». Т.к. в основе лежит довольно обширное понятие исполнения, дальнейшие разнообразные толкования этого положения не представляют собой особой практической ценности. Отлагательное действие запрещает все дальнейшие меры, которые могут быть де-юре или де-факто приняты административными органами, истцом или третьим лицами в целях исполнения данного административного акта.

в) исключения

В § 80 абз. 2 Положения об административных судах законодатель достаточно расплывчато определяет обстоятельства, при наличии которых существует преимущественный интерес к скорейшему исполнению административного акта путем исключения отлагательного действия. В случаях, предусмотренных § 80 абз. 2 Положения об административных судах (например, срочные распоряжения и меры служащих исполнительных органов полиции), отлагательное действие не применяется в силу закона. Если же в данном конкретном случае исполнение административного акта в кратчайшие сроки служит общественным интересам, то, согласно § 80 абз. 2 Положения об административных судах, административный орган может издать распоряжение о немедленном исполнении данного акта⁵. Как правило, подобный особенный интерес в немедленном исполнении административного акта должен быть обоснован в письменной форме (§ 80 абз. 3 Положения об административных судах)⁶.

⁵ См. *Schenke*, Probleme der Vollziehungsanordnung gemäß § 80 II 1 Nr. 4, § 80a I Nr. 1 und II VwGO, *VerwArch.* 91 (2000), 587 ff.; *Weidmann/Barthel*, Die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung, *DVP* 2003, 165 ff.

⁶ См. также *Kaltenborn*, Die formellen Voraussetzungen an eine Anordnung der sofortigen Vollziehung, *DVBl.* 1999, 828 ff.; *Terwiesche*, Der Verstoß gegen die Begründungspflicht in § 80 III 1 VwGO und seine Rechtsfolgen, *NWVBl.* 1996, 461 ff.; *Tiefje*, Die Heilung von Begründungsmängeln nach § 80 III 1 im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, *DVBl.* 1998, 124 ff.

1.2 Приостановление исполнения по распоряжению административного органа.

Если протест или иск о признании акта недействительным не обладают отлагательным действием в силу § 80 абз. 2 Положения об административных судах, то в таких случаях административный орган может приступить к исполнению своих полномочий, особенно если речь идет о принудительном исполнении административного решения. Однако заинтересованное лицо может обратиться с требованием о приостановлении исполнения административным органом (§ 80 абз. 4 Положения об административных судах). В данном случае «органом» будет выступать конечный административный орган, а после вступления деволютивного эффекта и апелляционный, который может рассмотреть жалобу и распорядиться о приостановлении исполнения⁷. Предпосылкой для вынесения решения в этом случае является взвешивание противоречащих интересов. В случае о взыскании государственных сборов и взносов (§ 80 абз. 2 Положения об административном судопроизводстве) законодатель сам недвусмысленно указывает масштаб: «серьезные сомнения относительно легитимности оспариваемого акта» (§ 80 абз. 4 Положения). Подобная оценка, предложенная законодателем, может выступать в качестве решающей единицы измерения и в остальных случаях, связанных с отменой отлагательного действия.

1.3 3. Судебное решение.

В случае, если административный орган не исполняет заявление гражданина, возникает необходимость во временной судебной защите, гарантируемой § 80 абз. 5 Положения об административных судах⁸. Гражданин, чьи права были затронуты административным актом обременительного характера, может обратиться в суд с заявлением о возобновлении отлагательного действия и отмене уже принятых исполнительных мер (в случаях т.н. фактического исполнения, когда административный орган пренебрег отлагательным действием)⁹.

⁷ См. Beckmann, Sind die in der Literatur vertretenen diversen Theorien zur Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Erlass- und Widerspruchsbehörde gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO nachvollziehbar und schlüssig?, NVwZ 2004, 184 ff.

⁸ См. *Erbguth*, Einstweiliger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, JA 2008, 357 ff.; *Loos*, Das Verfahren nach § 80 V VwGO, JA 2001, 698 ff.; *Proppe*, Die Methodik der gerichtlichen Entscheidung nach § 80 V VwGO, JA 1996, 332; JA 2004, 324 ff.; *Wesseling/Jansen*, Der Beschluss nach § 80 V VwGO, JuS 2009, 332 ff.

⁹ По данному вопросу см. *Kirste*, Rechtsschutz bei faktischer Vollziehung, DÖV 2001, 397 ff.; *Niedzwiecki*, Vorläufiger Rechtsschutz und faktische Vollziehung, JuS 2010, 695 ff.

а) юридические предпосылки

Кроме как в случаях, предусмотренных § 80 абз. 2 Положения об административных судах ФРГ, для заявления о судебной защите заявление об отсрочке исполнения административного акта, направленное в административный орган в соответствии с § 80 абз. 4 Положения, не является императивной предпосылкой допустимости (см. § 80 абз. 5 Положения). Заявление является допустимым уже со времени подачи иска о признании административного акта недействительным (§ 80 абз. 5 Положения об административных судах ФРГ). Более того, в целях оптимизации судебной защиты оно признается допустимым уже с момента заявления протеста. Разумеется, жалоба не может быть откровенно недопустимой, ведь тогда будет отсутствовать механизм для запуска отлагательного действия.

В законе нет четкого ответа на вопрос, какие критерии определяют обоснованность заявления, поданного в соответствии с § 80 абз. 5 Положения об административных судах. Материальным масштабам, таким образом, служит толкование закона с учетом основным целей и задач института временной правовой защиты. Соответственно, следует различать:

В случае заявлений, целью которых является назначение, повторное назначение или продление отлагательного действия (см. § 80b абз. 1 Положения об административных судах), суд должен выносить решение на основе взвешивания интересов. Таким образом, он не является связанным условиями, которыми руководствовался административный орган, распоряжаясь о немедленном исполнении акта (см. § 80 абз. 2 Положения об административных судах). При вынесении решения об отлагательном действии суд должен поставить перед собой вопрос, преобладают ли частные интересы гражданина, права которого будут затронуты исполнением данного административного акта, над общественными интересами, на которые акт направлен. При этом следует принимать во внимание судебную оценку § 80 абз. 2 Положения об административных судах. Подобное взвешивание интересов является первоочередным критерием для определения шансов заявления на успех:

Если отлагательное действие не предусматривается (§ 80 абз. 2 Положения об административных судах ФРГ), закон исходит из общего принципа преимущества общественных интересов. В подобном случае, назначение отлагательного действия означает, что в данном конкретном случае благодаря исключительным обстоятельствам интересы гражданина преобладают над общественными. Особенно это является актуальным в случае явной противозаконности административного акта (см. § 80 абз. 4 Положения об административных судах). При вынесении решения и проверки законности административного акта необходимо взвесить интересы с учетом последствий, которые повлечет за собой исполнение данного акта.

В случае, если применение отлагательного действия невозможно, т.к. административным органом уже было назначено немедленное исполнение административного акта (§ 80 абз. 2 Положения об административных судах), обосновательная часть заявления о восстановлении отлагательного действия может основываться на формальных и/или материальных доводах. При формальном рассмотрении дела суд проверяет обоснованность доводов административного органа в соответствии с § 80 абз. 3 Положения, но не их материальную достоверность, т.к. на этой стадии суд не рассматривает правомерность назначения немедленного исполнения акта, а производит взвешивание интересов. Таким образом, решается вопрос о том, служит ли немедленное исполнение административного акта особым общественным интересам. Если суд считает обоснование, предложенное административным органом, недостаточным, то это ведет к пресечению немедленного исполнения акта, но не является причиной для немедленного восстановления отлагательного действия. У административного органа появляется возможность сгладить формальные недостатки путем опубликования нового распоряжения.

С материальной точки зрения заявление, предусмотренное § 80 абз. 5 Положения об административных судах, является обоснованным, если интерес гражданина в пресечении действия акта превалирует, другими словами, если административный акт является очевидно противоправным. Если административный акт является несомненно законным, то должен превалировать не только интерес в исполнении данного акта, но и особый интерес в его осуществлении, оправданный административными интересами данного акта. Суд оценивает лишь правомерность соображений административного органа, но не высказывает свои рассуждения по данному поводу (см. § 114 Положения об административных судах).

Если во время подобной проверки не удастся однозначно установить правомерность или неправомерность административного акта, необходимо взвесить общие шансы заявления на успех исходя из имеющихся данных. Прежде всего, здесь играют роль последствия немедленного исполнения акта наряду с возможными последствиями приостановления его исполнения, а также взвешивание двух возможных последствий относительно друг друга. В этом отношении судебное решение не зависит от доводов административного органа в пользу немедленного исполнения акта.

Т.к. процедура, предусмотренная § 80 абз. 5 Положения об административных судах, проходит в ограниченных временных рамках, суд не нуждается в разъяснении фактических обстоятельств дела в полном объеме, как было бы необходимо при рассмотрении дела по существу (см. § 86 Положения об административных судах). Вместо этого, суд производит суммарную проверку ситуации.

б) Содержание

Суд приходит к заключению, последствием которого заявление отклоняется или же отлагательное действие, благодаря поданному протесту или иску о признании административного акта недействительным, назначается или возобновляется — частично или в полной мере¹⁰. Кроме как в исключительных случаях приостановления распоряжения о немедленном исполнении административного акта, распоряжение или возобновление отлагательного действия последствием решения суда приводит к тому, что административный орган, связанный данным решением — равно как и гражданин, а также возможные третьи лица — может добиться изменения распоряжения только в порядке, предусмотренном § 80 абз. 7 Положения об административных судах ФРГ¹¹.

В случаях, когда административный акт, назначенный к немедленному исполнению, уже был исполнен, суд может лишь назначить или восстановить отлагательное действие. В таких случаях в качестве приложения к акту суд издает положение о придании уже выполненному исполнению обратной силы (§ 80 абз. 5 Положения об административных судах). Материальным основанием для претензии гражданина выступает в данном случае требование устранения последствий исполнения административного акта. § 80 абз. 5 служит лишь предварительной процессуальной гарантией в той части процесса, где речь идет о введении суспензивного эффекта.

Наконец, в практике встречаются случаи, когда протест или иск о признании административного акта недействительным хотя и приводит в действие механизм отлагательного действия, но административный орган (или заинтересованное третье лицо) уже используют эту норму права. Например, административный орган ошибочно исполняет предписания административного акта, несмотря на его отлагательное действие. Подобное фактическое исполнение административного акта с самого начала является незаконным. Т.к. в тексте §§ 80 абз. 5 и 80а абз. 3 Положения об административных судах эта сфера не охватывается, следует констатировать пробел в законодательстве временной правовой защиты. Относительно этого является спорным, стоит ли применять в данных случаях нормы, регулирующие временное распоряжение (§ 123 Положения об административных судах), или же применять по аналогии права §§ 80 абз. 5 и 80а абз. 3 Положения. Согласно интенции законодателя, правовая защита в случае обременяющего административного акта гарантируется в §§ 80 и посл. Положения, пробелы в праве необходимо заполнять аналогией §§ 80 абз. 5,

¹⁰ *Mann*, Zur Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, NWVBI. 2009, 33 ff. und 77 ff.; *Schmidt*, Die Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz erster Instanz, JA 2002, 885 ff.

¹¹ *Kamp*, Das gerichtliche Abänderungsverfahren im einstweiligen Rechtsschutz — insbesondere sein Verhältnis zum Beschwerdeverfahren, NWVBI. 2005, 248 ff.

80а абз. 3 Положения. Если суд устанавливает, что по данной жалобе необходимо назначить отлагательное действие административного акта, он может по аналогии § 80 абз. 5 Положения об административных судах ликвидировать последствия исполнения данного акта и обязать административные органы от его последующего исполнения на период отлагательного действия.

в) триполярные отношения

Особенно урегулированы в § 80а Положения об административных судах административные акты с двойным и тройным действием (например, разрешение на строительство, гарантирующее права адресату и являющееся обременительным для его соседа). Здесь во временной правовой защите необходимо произвести сравнительный анализ интересов каждой из сторон. В этом отношении § 80а абз. 1 и 2 Положения об административных судах регулирует возможные варианты решения относительно назначения отлагательного действия по жалобе, § 80а абз. 3 Положения разъясняет суду возможные меры и говорит о применении § 80 абз. 5 – 8 Положения¹².

В случае *благоприятствующего административного акта с обременяющим действием в отношении третьих лиц* (например, разрешение на открытие отеля), лицо, которому данный акт гарантирует права, может немедленно приступить к его исполнению. Если же лицо, чьи права были обременены (например, сосед), подаст протест или иск о признании акта недействительным, то, по общему правилу, к акту начнет применяться отлагательное действие, и он не сможет быть исполнен. В этом случае гражданин может подать в суд или административный орган заявление о немедленном исполнении административного акта (§ 80а абз. 1 в связи с абз. 3 Положения об административных судах). Третье лицо может, в свою очередь, обратиться по этому поводу с жалобой в суд (§ 146 абз. 1 и 4 Положения).

В силу закона, при благоприятствующем административном акте, назначенном к немедленному исполнению (например, разрешение на строительство, см. § 80 абз. 2 в сочетании с § 212а Строительного кодекса ФРГ), адресат может исполнять содержание административного акта несмотря на жалобу третьего лица (т.е. приступить к строительству). Чтобы добиться суспензивного эффекта, третье лицо может подать в суд или административный орган заявление о назначении отлагательного действия (§ 80а абз. 1 в сочетании с абз. 3 Положения об административных судах ФРГ). Тогда в свою очередь гражданин, для которого административный акт является благоприятствующим, может подать жалобу на неудовлетворяющее его судебное решение.

¹² См. *Debus*, Vorläufiger Rechtsschutz des Nachbarn im öffentlichen Baurecht, Jura 2006, 487ff.

Если мы имеем дело с *обременяющим административным актом с благоприятствующим действием в отношении третьих лиц* (например, распоряжение о сносе незаконного строения), адресат может препятствовать его исполнению последствием жалобы или иска о признании административного акта недействительным с целью назначения отлагательного действия и приостановления исполнения акта. В таком случае, третье лицо может подать в суд или административный орган заявление о немедленном исполнении административного акта, а адресат, в свою очередь, может пожаловаться на судебное решение по данному вопросу (§ 80а, абз. 2 и 3 Положения об административных судах).

В силу закона, при обременяющем административном акте с благоприятствующим действием в отношении третьих лиц, назначенном к немедленному исполнению (например, предписание полиции определенному лицу), жалоба и иск о признании акта недействительным не создают его отлагательного действия. Приостановить исполнение акта можно только посредством заявления о прекращении его немедленного исполнения, направленного в суд или административный орган (§ 80а абз. 2 в связи с абз. 3 Положения об административных судах). Третье лицо, наоборот, может попробовать повлиять на отсрочку исполнения акта, назначенную судом, путем подачи жалобы.

Решающей для определения шансов на успех для административного суда в данном случае будет являться оценка возможного решения, т.е. правомерность оспариваемого административного акта. В случае оспаривания акта третьим лицом вывод должен гласить, что неправомерность административного акта может привести к нарушению прав третьего лица.

Взвешивание интересов будет излишним лишь в том случае, если отлагательное действие жалобы третьего лица, для которого данный акт является благоприятствующим, было проигнорировано. Тогда третье лицо может потребовать установления отлагательного действия в силу применения по аналогии § 80а абз. 3 и § 80 абз. 5 Положения об административных судах. По общему правилу такое заявление не будет являться достаточным, т.к. одно лишь признание застройщика не затрудняет начала или продолжения строительных работ, и административный орган не обязан их приостанавливать. § 80а абз. 1 Положения об административных судах четко прописывает судебные и административные полномочия назначения предварительных мер с целью защиты прав третьих лиц. Так, административный орган может распорядиться о приостановлении исполнения административного акта, а суд обязан консультироваться с административным органом прежде чем назначить меры по заявлению адресата административного акта.

2 Временная правовая защита путем вынесения временного распоряжения.

В соответствии с § 123 Положения об административных судах ФРГ, временное судебное распоряжение является допустимым в тех случаях, когда речь не идет о временной правовой защите против исполнения (обременяющего) административного акта¹³. Из § 123 абз. 5 Положения следует, что это относится к делу субсидиарно и лишь в том случае, когда данный случай не предусматривается §§ 80 и 80а Положения об административных судах. В то время как заявление, поданное в суд в соответствии с § 80 абз. 5 Положения также делает возможной временную правовую защиту, временное распоряжение имеет дело со всеми дополнительными требованиями в соответствии с § 123 Положения, т.е. в случае, если в качестве основного предмета спора допускается иск о принуждении к выполнению обязательства, иск по исполнению обязательства или иск о признании факта. Путем вынесения временного распоряжения жалоба гражданина защищена от недействительности в случае возможного истечения срока и, таким образом, судебный процесс гарантированно будет доведен до конца.

2.1 Юридические предпосылки

Наряду с жалобой, целью которой является защита индивидуальных прав, в качестве общепринятой предпосылки допустимости необходимо также наличие заявления, поданного в соответствии с § 123 Положения об административных судах, с которым гражданин уже безуспешно обращался в административные органы. Кроме того, процессуальная составляющая основного предмета спора не может быть явно недопустимой.

В зависимости от конкретных требований § 123 абз. 1 Положение об административных судах предусматривает два вида временного распоряжения, а именно обеспечительное распоряжение в соответствии с § 123 абз. 1 Положения, а также регулирующее распоряжение в соответствии с § 123 абз. 1 Положения. В результате недостаточно конкретизированной редакции закона, эти два вида распоряжений достаточно сложно отделить друг от друга. Отчасти по этой причине, отчасти из-за одинаковых правовых последствий, они оба не обладают четким правовым определением. Смысл сводится к следующему:

Если гражданин желает защитить сложившееся правовое положение от угрожающих ему изменений, он прибегает к обеспечительному распоряжению (например, воспрепятствование конкуренту при проведении

¹³ Для сравнения см. *Loos*, Das Verfahren nach § 123 VwGO, JA 2001, 871 ff.; *Müchel*, Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO im System des vorläufigen Rechtsschutzes, JA 2000, 329 ff.

публичного аукциона; защита строительного объекта при помощи соседа, в случае, если у застройщика нет разрешения на строительство; гарантирование права участия в представительном органе; гарантия требования прекращения действия в случае административного ограничения прав). Если же гражданин, напротив, желает расширить свой круг прав, он прибегает к регулирующему распоряжению (например, требование доступа к экзамену или образованию в целом; предварительное обеспечение обязательств; распределение эфирного времени между политическими партиями; требование отмены отклоненного административного акта).

Заявление о назначении временного распоряжения является обоснованным, когда присутствуют право требования и причина для подобного требования. Право требования является идентичным материально-правовому требованию в процессе по главному предмету спора. В основном предмете спора последовательно делается вывод о шансах на успех, т.е. обладает ли гражданин субъективным правом. Основание заявления предполагает, что вследствие изменения имеющегося правового положения реализация права гражданина окажется невозможна или существенно затруднена (§ 123 абз. 1 Положения об административных судах ФРГ), т.е. осуществимость права во время процесса по главным обстоятельствам дела находится под угрозой, или когда предварительное урегулирование является нужным для смягчения существенных недостатков или воспрепятствованию угрозы принуждения (§ 123 абз. 1 Положения). При этом необходимо произвести исчерпывающее соотношение имеющихся интересов, при котором, помимо прочего, изучить значение и неотложность имеющегося притязания, учесть размер возможного ущерба и непоправимость нанесенного ущерба. Кроме того, в процессе, предусмотренном § 80 абз. 5 Положения, необходимо также рассматривать обоснованность временного распоряжения.

Основанием судебного заключения являются фактические предпосылки права требования и причины требования гражданина. Фактические обстоятельства являются вескими в случае, если суд считает их превалирующими, т.е. когда они скорее говорят в пользу доводов гражданина, нежели против их (см. §§ 920 абз. 2, 294 Гражданско-процессуального кодекса ФРГ). Таким образом, фактические обстоятельства – в отличие от процесса по существу дела – не требуют ни развернутого разъяснения, ни стопроцентной уверенности в них суда.

2.2 Правовое содержание

Если предпосылки, предусмотренные в § 123 Положения об административных судах, выполнены, то в рамках правовых последствий суд уже не предусматривает дальнейшее взвешивание интересов, т.к. все аспекты, говорящие против временного распоряжения, уже проверены. В таком случае

суд должен вынести временное распоряжение и взвесить соображения относительно содержания этого распоряжения (§ 123 абз. 3 Положения в сочетании с § 938 Гражданско-процессуального кодекса).

Суд всегда оформляет свое решение в форме постановления, даже когда (в исключительных случаях) разбирательства проходят в устной форме. Он либо отклоняет заявление, либо обязывает истца к принятию временных мер¹⁴. Т.к. временное распоряжение представляет собой исполнительный документ (§ 168 абз. 1 Положения об административных судах), необходимо соблюдение принципа определенности.

Необходимо отметить, что § 123 абз. 3 Положения об административных судах не дает прямой отсылки к § 927 Гражданско-процессуального кодекса, а, следовательно, остается неясным, возможно ли дальнейшее изменение временного распоряжения. Согласно преобладающему мнению, § 927 ГПК и § 80 абз. 7 Положения выражают общие правовые тенденции, которые относятся и к институту временного распоряжения¹⁵.

Мнение суда относительно содержания временного распоряжения ограничивается двумя критериями: во-первых, гражданин путем временного распоряжения не может приобретать больше, чем он просил в своей жалобе. Особенно это положение вызывает трудности, когда в главном предмете спора содержится заявление на доброкачественное рассмотрение дела, и затем выносится уведомительное решение (см. § 113 абз. 5 Положения). В таком случае вынесение временного распоряжения является возможным только в случае, если ограничение самого решения невозможно. Однако здесь возникает пробел в правовой защите, который не связан с гарантией эффективности правозащиты по ст. 19 абз. 4 Основного Закона ФРГ, когда временное распоряжение не может быть изданным, в случае, если гарантируется право на повторное уведомление. В исключительных случаях в решении по свободному усмотрению при прогнозировании возможного содержания решения по существу дела учитывается также обязанность административного органа обеспечить временное урегулирование дела. Неограниченное принятие решения в таких случаях исключается, т.к. должно оставаться гарантированным, что гражданин снова приобретает правовую позицию, которой он обладал в начале, если он потерял ее в процессе рассмотрения дела по существу или если повторное уведомление снова повлечет за собой негативный для него результат.

Т.к. временное распоряжение является средством временной правовой защиты, предвосхищение главного предмета спора является по общему

¹⁴ См. *Mann*, Zur Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse in den Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, NWVBI. 2009, 33 ff. und 77 ff.; *Schmidt*, Die Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz erster Instanz, JA 2002, 885 ff.

¹⁵ *Schlaeger*, Das Abänderungsverfahren wegen veränderter Umstände im Rahmen des § 123 VwGO, JA 2005, 894 ff.

правилу недопустимым¹⁶. В сфере принципа гарантирования правовой защиты действует одно исключение, когда в противном случае реализация права гражданина будет невозможна или же по другим причинам ему непосильно будет одно лишь временное урегулирование, например, если при этом он понесет убытки, которые не смогут быть потом устранены в процессе решения дела по существу. В подобных исключительных случаях возможна полная судебная сатисфакция поданной жалобы.

2.3 Возмещение убытков

Заявления по § 123 абз. 1 Положения об административных судах обладают незначительным риском, в то время как § 123 абз. 3 Положения охватывает также § 945 Гражданско-процессуального кодекса, благодаря своей отсылке к положениям ГПК относительно временного судебного распоряжения. В соответствии с этим, лицу, против которого выносится временное распоряжение, причитается компенсация независимо от степени его вины в том случае, если данное предписание оказывается необоснованным. Например, в случае, когда решение дела по существу затем оказывается прямо противоположным, или когда временное распоряжение затем отменяется при кассационном производстве. Возмещение убытков компенсирует тот факт, что основные фактические данные, предоставленные заявителем для вынесения решения в рамках § 123 Положения, должны быть достаточно обоснованными.

3 Временная правовая защита при проверке эффективности правовых предписаний

Согласно § 47 абз. 6 Положения об административных судах, при проверке эффективности правовых предписаний¹⁷ вынесение временного распоряжения является возможным, если оно требуется для устранения серьезных недостатков или по другим не менее важным причинам. Для решения высшего административного суда земли действуют те же основные принципы, что и для решений в соответствии с § 123 Положения об административных судах. Таким образом, суд должен произвести комплексное взвешивание интересов с учетом материальных аспектов правовой ситуации. Необходимо обращать внимание на то, что масштаб измерения приоритета по § 47 абз. 6 Положения об административных судах более узок, чем предусмотренный § 123 абз. 1 Положения: согласно § 47 абз. 6 Положения, временное распоряжение должно выноситься лишь в случае

¹⁶ *Schrader*, Die Vorwegnahme der Hauptsache und das Ermessen im Rahmen des einseitigen Rechtsschutzes, JuS 2005, 37 ff.

¹⁷ См. *Ehlers*, Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, Jura 2005, 171 ff.

«настоятельной необходимости». Таким образом, решающим фактором при взвешивании шансов на успех основного предмета спора должны быть соображения относительно того, возможно ли возникновение непоправимых последствий без внесения временного распоряжения.

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Planungsentscheidungen

Wolfgang Kalz

1 Einleitung

Planungsentscheidungen der Verwaltung sind Genehmigungen von Infrastrukturprojekten wie z.B. Straßen, Schienenwegen, Wasserstraßen oder Abfalldeponien, die auf Antrag des Vorhabenträgers als Verwaltungsakte in Form eines Planfeststellungsbeschlusses oder einer Plangenehmigung erlassen werden, vgl. § 74 Abs. 1, 6 Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG -.

Besonderheit dieser Entscheidungen ist eine am Ziel des Projektes ausgerichtete planerische Gestaltungsfreiheit der feststellenden Behörde und des Vorhabenträgers, die gerichtlich nur unter bestimmten Einschränkungen überprüft werden kann.

Ausgenommen von der nachstehenden Betrachtung sind kommunale Bebauungspläne nach § 8 des Baugesetzbuchs - BauGB -, die als Satzung (also Rechtsnorm) ergehen und mit denen ebenfalls flächenbezogene Vorhaben festgesetzt werden können (zum Inhalt vgl. § 9 BauGB). Für deren gerichtliche Überprüfung sieht die Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - in § 47 ein spezielles Verfahren vor; die gerichtliche Überprüfung weist allerdings Parallelen zu der von Planfeststellungsbeschlüssen auf (vgl. §§ 214, 215 BauGB).

2 Gerichtlicher Rechtsschutz

2.1 Hauptsacheverfahren

Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht (Verwaltungsgericht, Oberverwaltungsgericht / Verwaltungsgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht - BVerwG -).

2.1.1 *Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1, 1. Alt., VwGO*

Anfechtungsklage ist zu erheben, wenn Ziel die vollständige oder teilweise Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses oder der Plangenehmigung ist.

2.1.1.1 Zulässigkeit der Anfechtungsklage, Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

Möglicher Kläger kann zunächst der Träger des Vorhabens sein, etwa, weil er mit ihm belastenden Nebenbestimmungen nicht einverstanden ist. Das ist in der Praxis selten, weil sich Vorhabenträger (der als Antragsteller das Planfeststellungsverfahren in Gang setzt) und Feststellungsbehörde im Vorfeld des Erlasses des Planfeststellungsbeschlusses zumeist einigen.

Wichtiger in der Praxis ist die Klage privater „Drittbetroffener“, also von Anliegern bzw. Nachbarn des Vorhabens.

Voraussetzung nach § 42 Abs. 2 VwGO ist eine dingliche oder persönliche Rechtsposition, die von den Regelungen des Planfeststellungsbeschlusses betroffen wird und deren Verletzung denkbar und möglich erscheint. Dass (etwa ideelle) Interessen berührt sind, reicht für eine Klagebefugnis nicht aus. Dritte werden z.B. direkt durch die Inanspruchnahme von Eigentum oder indirekt durch Lärm, Gerüche oder Schadstoffe in rechtlich relevanter Weise berührt.

Klagebefugt sind auch Kommunen (Gemeinden, Landkreise) bei Beeinträchtigung eigener Grundstücke oder Einrichtungen. Sie können Eingriffe in das durch Art. 28 Abs. 2 des Grundgesetzes - GG - garantierte Selbstverwaltungsrecht, etwa die baurechtliche Planungshoheit, geltend machen.

Befreit vom Erfordernis der potentiellen Verletzung eigener Rechte sind anerkannte Naturschutzverbände („Vereins-/Verbandsklage“) nach den Naturschutzgesetzen und dem Umwelt - Rechtsbehelfsgesetz. Dies entspricht europarechtlichen Vorgaben. Die Klagebefugnis ist hier beschränkt auf solche Rechtsvorschriften, die dem Natur- und Umweltschutz dienen.

Der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens (auf Verwaltungsebene) vor Erhebung der Klage bedarf es nach § 70 VwVfG nicht.

2.1.1.2 Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, wenn / soweit der Planfeststellungsbeschluss oder die Plangenehmigung rechtswidrig ist und der

Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird. *Maßgeblicher Zeitpunkt* für die gerichtliche Prüfung der Sach- und Rechtslage ist grundsätzlich derjenige des Erlasses der Verwaltungsentscheidung. Allerdings sind nachträgliche Rechts- oder Erkenntnisänderungen, die zum Fortfall eines vorliegenden Rechtsverstoßes des Planfeststellungsbeschlusses führen, aus prozessökonomischen Gründen vom Gericht auch später für das Urteil zu berücksichtigen (BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3.06 -, BVerwGE 130, 299, LS 18).

a. Zu prüfen ist vorab, ob das Einwendungsrecht eventuell durch *Präklusion*, also durch Nichtgeltendmachung des jeweiligen Einwands im vorangegangenen Verwaltungsverfahren innerhalb der dafür geltenden Frist, entfallen ist, § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG. Ein solcher Entfall erstreckt sich als Rechtsverlust auch auf das gerichtliche Verfahren. Er ist die Kehrseite der allen Interessierten eingeräumten Möglichkeit, die vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses öffentlich ausgelegten Planunterlagen einzusehen und Einwendungen bereits in diesem Stadium des Verfahrens vorzubringen (vgl. § 73 Abs. 3, Abs. 4 S. 1 VwVfG). An die Substantiierung der Einwendungen sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht, wenn der Einwanderheber laienhaft das Rechtsgut beschreibt, in dem er verletzt zu sein glaubt. Nicht ausreichend ist allerdings ein pauschales "Nein" zum Vorhaben.

b. Materiell ist regelmäßig als erstes zu prüfen, ob das Vorhaben über die erforderliche *Planrechtfertigung* verfügt. Dafür muss es, gemessen an den Zielsetzungen des jeweils zugrunde liegenden Fachgesetzes, "vernünftigerweise geboten" sein. Eine strikte Notwendigkeit ist nicht erforderlich. Wird (auch) in Eigentum Privater (direkt) eingegriffen, muss das Vorhaben, um die Rechtfertigung zu erlangen, nach seiner Wichtigkeit generell geeignet sein, private Eigentumsbelange zu überwinden (vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 09.11.2006 - 4 A 2001.06 -, BVerwGE 127, 95, LS 1.u. Rnr. 33). Danach fehlt eine Planrechtfertigung bei Projekten, die etwa aus reinen Prestige Gründen oder lediglich zur Arbeitsbeschaffung durchgeführt werden sollen.

c. Kernpunkt der gerichtlichen Prüfung ist, dass eine gerechte *Abwägung* mit den rechtlichen Positionen des jeweiligen Klägers stattgefunden hat. Die dem Vorhabenträger und der Behörde zustehende planerische Gestaltungsfreiheit (vgl. ob. 1.) unterliegt nach den Anforderungen des *Abwägungsgebotes* folgenden rechtlichen Beschränkungen:

- Es muss überhaupt eine Abwägung stattgefunden haben, also eine Auseinandersetzung mit den rechtlichen Interessen des jeweiligen Klägers.
- Darin müssen die Belange des Klägers eingestellt und dürfen in ihrer Bedeutung nicht verkannt worden sein.
- Sollen für das planfestgestellte Vorhaben Eigentumsflächen des Klägers in Anspruch genommen werden (bspw. für den Bau einer neuen Straße), hat dieser einen Anspruch auf Prüfung nicht nur der Einhaltung der speziell sei-

nem Schutz dienenden Vorschriften („drittschützende Normen“), sondern auch der Einhaltung derjenigen Normen, die öffentlichen Interessen - etwa dem Naturschutz - dienen ("objektiv-rechtliche Prüfung"). Dies wird damit begründet, dass der Planfeststellungsbeschluss Grundlage einer nachfolgenden Enteignung sein kann, die nach Art 14 Abs. 3 S. 1 des Grundgesetzes - GG - nur rechtmäßig ist, wenn sie dem Wohl der Allgemeinheit dient und in jeder Hinsicht gesetzmäßig ist (stdg. Rspr., vgl. aktuell BVerwG, Urt. v. 09.06.2010 - 9 A 20.08 -, juris, Rnr. 28)

- In der Abwägung darf der Ausgleich zwischen öffentlichen und betroffenen privaten Belangen von der Behörde nicht unverhältnismäßig vorgenommen worden sein.

Innerhalb dieses Rahmens ist das *Abwägungsgebot* nicht verletzt, wenn die Behörde sich für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen Belanges entscheidet. Planfestgestellte Projekte dürfen unter den dargestellten Voraussetzungen in private Rechte eingreifen. Die gerichtliche Hinnahme des Ergebnisses der - ordnungsgemäßen - behördlichen Abwägung ist wesentliches Element der planerischen Gestaltungsfreiheit und damit der gerichtlichen Kontrolle entzogen (vgl. grundlegend BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56 <63 f.>). Das Gericht ist nicht befugt, an Stelle der Behörde zu planen.

2.1.1.3 Folgen

Folgen einer vom Gericht festgestellten Fehlerhaftigkeit des Planfeststellungsbeschlusses / der Plangenehmigung ist nicht automatisch die Aufhebung:

a. Ein Abwägungsmangel ist überhaupt nur aufhebungsrelevant, wenn er *offensichtlich* und auf das *Abwägungsergebnis von Einfluss* gewesen ist (§ 75 Abs. 1a S. 1 VwVfG).

b. Auch dann wird der Planfeststellungsbeschluss oder die Plangenehmigung aber vom Gericht nur aufgehoben, wenn der Mangel nicht durch ein *ergänzendes Verwaltungsverfahren* behoben werden kann, § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG. Das Gericht *erklärt* in einem derartigen Fall den Planfeststellungsbeschluss oder die Plangenehmigung lediglich *für rechtswidrig und nicht vollziehbar* (seit BVerwG, Urt. v. 21.03.1996 - 4 C 19.94 -, BVerwGE 100, 370). Das hat für die Behörde den Vorteil, dass sie zur Fehlerbehebung nicht das gesamte - aufwendige - Verfahren von Beginn an wiederholen muss, sondern sich zur "Nachbesserung" auf den fehlerhaften Ausschnitt beschränken kann.

Mit dem späteren Erlass einer ergänzenden Korrekturentscheidung wird die Vollziehbarkeit des gesamten Planfeststellungsbeschlusses wiederhergestellt.

Auch die Ergänzungsentscheidung kann gerichtlich unter den vorstehend dargestellten Voraussetzungen angefochten werden. Streitgegenstand sind dann einzig deren Regelungen.

c. Wenn die Behebung des vom Gericht ermittelten relevanten Mangels durch ein lediglich ergänzendes Verwaltungsverfahren nicht möglich ist, hebt das Gericht den Planfeststellungsbeschluss oder die Plangenehmigung (durch Urteil) auf, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

2.1.2 *Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1, 2. Alt., VwGO*

Die Verpflichtungsklage ist die richtige Klageart, wenn der Kläger von der Behörde eine von dieser verweigerte Regelung begehrt, beispielsweise: Die Behörde hat dem Antrag des Vorhabenträgers auf Erlass des gewünschten Planfeststellungsbeschlusses nicht entsprochen; Drittbetroffene (Nachbarn) sind nicht gegen das Vorhaben, wünschen aber weitere Vorkehrungen etwa gegen Lärm oder Gerüche.

2.1.2.1 Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

Es gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei der Anfechtungsklage.

2.1.2.2 Begründetheit der Verpflichtungsklage

a. Dem Vorhabenträger und Antragsteller ist der Erlass des Planfeststellungsbeschlusses oder der Plangenehmigung bzw. bestimmter gewünschter Detailregelungen zu Unrecht verweigert worden (in der Gerichtspraxis kaum vorkommend, weil der Träger des Vorhabens in der Regel auf Kooperation mit der Planfeststellungsbehörde setzt).

b. Wichtiger und praktisch relevant ist, dass private Drittbetroffene (Nachbarn) Ansprüche auf zusätzliche Schutzvorkehrungen - etwa wirksamere Lärmschutzmaßnahmen - erheben, § 74 Abs. 2 S. 2 VwVfG, § 2 Verkehrslärmschutzverordnung. Besteht dieser Anspruch, verpflichtet das Gericht die Behörde, dem Vorhabenträger zusätzliche Maßnahmen des aktiven (etwa Lärmschutzwände) oder passiven (etwa schalldämmende Fenster) Schallschutzes aufzuerlegen, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO. Bei einem zu beachtenden Entscheidungsspielraum der Behörde bei der Umsetzung der in Frage kommenden Maßnahmen oder Schwierigkeiten der vorherigen Bestimmung im Detail kann - allgemeiner - eine "Neubescheidung" des Klägers "unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes" ausgesprochen werden, § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO entspr. (BVerwG, Urt. v. 20.01.2010 - 9 A 22.08 -, OS 1, NVwZ 2010, 1131).

c. Zusätzliche Schutzvorkehrungen können unter bestimmten Umständen auch nach Unanfechtbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses, also - oft lange -

nach Ablauf der Klagefrist, im Klageweg beansprucht werden, wenn die nachteiligen Wirkungen zunächst - objektiv - nicht voraussehbar waren, § 75 Abs. 2 S. 2 VwVfG.

2.2 Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 80 Abs. 5, 123 VwGO)

In diesen Verfahren wird gerichtlich geregelt, ob von den Gestattungen des Planfeststellungsbeschlusses oder der Plangenehmigung ganz oder teilweise bereits Gebrauch gemacht werden darf, obwohl über die erhobene Klage noch nicht rechtskräftig entschieden ist.

2.2.1 Prüfungsmaßstab

Mit einer „Wiederherstellung“ oder „Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage“ (§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO) Drittbetroffener (Nachbarn oder direkt in Anspruch Genommener) wird im Ergebnis ein Baustopp bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren verhängt. Umgekehrt wird mit einer Ablehnung des bei Gericht gestellten Antrags auf Ausspruch dieser Wirkung die - vorläufige - Baufreigabe eines sofort vollziehbaren Planfeststellungsbeschlusses oder einer Plangenehmigung bestätigt.

Maßstab für diese Entscheidungen ist nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Abs. 5 S. 1 VwGO eine Interessenabwägung. Diese wird von den Gerichten so gehandhabt, dass eine bereits relativ gründliche Rechtmäßigkeitsprüfung durchgeführt wird. Denn auch "vorläufig" durchgeführte Baumaßnahmen sind faktisch häufig irreversibel. Erst wenn eine noch eingehendere Rechtmäßigkeitsprüfung den Charakter des vorläufigen (Eil-)Verfahrens sprengen würde, entscheiden die Gerichte auf der Basis einer reinen Interessenabwägung, nämlich der Überlegung, ob das Verwirklichungsinteresse stärker als das Verhinderungsinteresse ist, auch wenn der Kläger mit seiner Klage am Ende durchdringen sollte.

2.2.2. Form

Die gerichtlichen Entscheidungen in diesen Verfahren ergehen in Form von Beschlüssen (also nicht Urteilen) und damit regelmäßig ohne mündliche Verhandlung.

2.2.3. Anfechtbarkeit

Wenn das Oberverwaltungsgericht oder das Bundesverwaltungsgericht (in gesetzlich bestimmten Fällen auch erstinstanzlich) entschieden haben, sind diese Beschlüsse unanfechtbar.

Судебный контроль административных решений о планировании

Вольфганг Кальц

1 Введение

Административные решения о планировании представляют собой решения о реализации инфраструктурных проектов, таких, как строительство дорог, железнодорожных или водных путей, хранилищ отходов. Эти решения принимаются публичной администрацией по заявкам лиц-организаторов проекта в форме заключения о принятии плана (*Planfeststellungsbeschluss*, PFB) или заключения об одобрении плана (*Plangenehmigung*, PG). См. § 74 абз. 1, 6 Кодекса об административной процедуре (*Verwaltungsverfahrensgesetzbuch*, VwVfG, далее - Кодекс).

Особенность таких решений состоит в том, что администрация, а также лицо, подавшее заявку о принятии решения, обладают определенной свободой в оформлении конкретных деталей плана (эта свобода ограничена, тем не менее, необходимостью реализовать цель проекта). Вследствие этой свободы правомерность решений о планировании может быть проверена судом только в определенных пределах.

В данной статье не будут рассматриваться коммунальные планы о застройке, урегулированные в § 8 Строительного кодекса (*Baugesetzbuch*, BauGB). Такие планы принимаются в форме уставов (и, соответственно, являются нормативно-правовыми актами); в их рамках также может быть принято решение о проектах, относящихся к определенной территории (подробнее ср. § 9 Строительного кодекса). Для судебной проверки планов о

застройке Положение об административном судопроизводстве (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO, далее – Положение) предусматривает в § 47 специальную процедуру; происходящая в рамках этой процедуры проверка содержит черты, напоминающие проверку решений о планировании (ср. §§ 214, 215 Строительного кодекса).

2 Судебная защита

2.1 Судебное разбирательство (в рамках так называемого основного процесса)

Исковое заявление подается в соответствующий административный суд (в Административный суд, Высший административный суд той или иной федеративной земли или в Федеральный административный суд).

2.1.1 Иск, направленный на отмену административных актов (Anfechtungsklage), § 42 альт. 1 абз. 1 Положения

Такой иск подается в случае, если целью истца является полная или частичная отмена решения о планировании.

2.1.1.1 Допустимость иска, право на подачу иска (§ 42 абз. 2 Положения)

В качестве истца может выступать лицо-организатор и исполнитель проекта — например, в том случае, если оно не согласно с обременяющими его так называемыми «дополнительными условиями», содержащимися в административном решении. На практике этот случай встречается редко, поскольку лицо-организатор проекта (которое выступает как заявитель в административном процессе, направленном на принятие решения о планировании и, таким образом, инициирует его) и властный орган чаще всего договариваются об условиях будущего решения заранее, еще до его принятия.

Чаще встречаются на практике иски так называемых «частных третьих лиц», таких, как владелец прилегающего земельного участка или сосед.

Предпосылкой для подачи иска является в соответствии с § 42 абз. 2 Положения обладание вещные правом или другим субъективным правом, которые затронуты решением о планировании и нарушение которых представляется возможным. Простое нарушение интересов (например, идеальных) недостаточно для обоснования права на подачу иска. Третьи лица могут быть затронуты административным решением (в значительном в правовом отношении смысле) напрямую, например, в случае использования

собственности, или косвенно — в случае воздействия шума, запахов или вредных веществ.

Правом на подачу иска обладают в том числе и коммуны (общины, округа), если решение затрагивает их земельные участки или учреждения. В этом случае коммуны могут заявить о нарушении гарантированного ст. 28 абз. 2 Основного закона права коммун на самоуправление (куда входит, например, право на независимое строительное планирование (*baurechtlichen Planungshoheit*)).

Признанные общественные объединения, занимающиеся защитой природы, освобождены в соответствии с законами о защите природы и Законом о судебной защите окружающей среды (*Umweltrechtsbehelfsgesetz*) от необходимости наличия возможного нарушения субъективных прав как предпосылки права на подачу иска (так называемый «иск обществ/объединений»). Это соответствует и правовым нормам Евросоюза. Право на подачу искового заявления в этом случае ограничено: могут быть проверены на соответствие закону только предписания, имеющих своей целью защиту природы и окружающей среды.

Прохождения предварительной внесудебной процедуры разбирательства (на административном уровне) в соответствии с § 70 Кодекса для подачи жалобы не требуется.

2.1.1.2 Обоснованность иска, направленного на отмену административных актов

Иск, направленный на отмену административных актов, обоснован в соответствии с § 113 абз. 1 предл. 1 Положения в той степени, в которой решение о планировании противоправно, и только если решение/его соответствующая часть нарушает тем самым и права истца. Вопрос обоснованности решается исходя из положения, сложившегося на момент принятия административного решения. Тем не менее, последующие изменения закона или появление новых сведений об обстоятельствах дела, влекущие за собой исчезновение нарушения закона решением о планировании, также должны быть учтены судом (решение Федерального административного суда от 12.03.2008: BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3.06 -, BVerwGE 130, 299, LS 18).

а. Сначала должно быть проверено, не потерял ли истец своего права на заявление возражений против решения по причине так называемой «преклюзии» (*Präklusion*), то есть исключения права в том случае, если возражения не были заявлены еще на стадии принятия решения до истечения соответствующего срока (§ 73 абз. 4 предл. 3 Кодекса). Такое исключение права распространяется и на судебный процесс (включает за собой и потерю права на обжалование административного решения). Преклюзия является обратной стороной предоставленной всем заинтересованным лицам

возможности еще до окончательного принятия решения о планировании ознакомиться с публично представленной для такого ознакомления планировочной документацией и выдвинуть возражения уже на этой стадии процесса принятия решения (см. § 73 абз. 3, абз. 4 предл. 1 Кодекса. При этом не должны предъявляться слишком высокие требования к обоснованности таких досудебных возражений фактами. Простое описание предположительно нарушенного права, как оно может быть представлено несведущим в праве человеком, является достаточным. Недостаточно, однако, простое отрицание всего проекта в целом.

б. При проверке материальной противоположности решения должно быть выяснено, был ли проект достаточным образом обоснован. Для этого он должен быть — в зависимости от цели, поставленной законом в соответствующей сфере — уместным для достижения цели. Проект не должен быть в строгом смысле необходимым. В тех случаях, когда проект (в том числе) затрагивает (напрямую) право собственности частных лиц, проект, чтобы быть оправданным, должен быть важным в степени, позволяющей ему превалировать над интересами собственника (см., например, решение Федерального административного суда от 09.11.2006: BVerwG, Urt. v. 09.11.2006 - 4 A 2001.06 -, BVerwGE 127, 95, LS 1.u. Rnr. 33). Так, неоправданными должны быть признаны, например, проекты, осуществляемые только по соображениям престижа или исключительно для создания рабочих мест.

с. Важнейшей частью судебной проверки является выяснение вопроса, были ли правовые позиции истцов справедливо взвешены и оценены. Свобода в оформлении конкретных деталей плана, предоставленная лицу-организатору и исполнителю проекта и властному органу (см. выше п. 1.), ограничена требованием тщательно взвешивать и анализировать обстоятельства, в которых происходит планирование, и правовые позиции, затрагиваемые проектом:

- анализ и «взвешивание», то есть критический анализ правовых позиций, должны вообще иметь место на стадии принятия решения;
- среди других оцениваемых обстоятельств должны быть проанализированы и взвешены в том числе и правовые позиции истца. При этом их значение должно быть оценено правильно;
- в том случае, если для осуществления проекта необходимо использование земельных участков истца (например, для строительства новой улицы), истец может требовать не только соблюдения правовых норм, служащих именно его защите (так называемых «норм, имеющих целью защиту третьих лиц», *«drittschützende Normen»*), но и норм, служащих защите публичных интересов, например, защите природы («объективно-правовая проверка», *«objektiv-rechtliche Prüfung»*). Это

обосновывается тем, что решение о планировании может быть использовано в качестве правового основания последующего отчуждения собственности, которое в соответствии со ст. 14 абз. 3 предл. 1 Основного закона Германии может быть правомерным, только если оно служит общему благу и соответствует законам с любой точки зрения (постоянная судебная практика, см. актуальное решение Федерального административного суда от 09.06.2010, BVerwG, Urt. v. 09.06.2010 - 9 A 20.08 -, juris, Rnr. 28);

- уравнивание частных и публичных интересов должно быть пропорциональным.

В пределах этих границ требование о взвешивании обстоятельств не считается нарушенным, если в своем решении администрация отдает приоритет одному из нескольких обстоятельств и тем самым отодвигает на задний план другие. Проекты, по которым принято благоприятное планировочное решение, могут затрагивать права частных лиц только при соблюдении представленных выше условий. Принятие судом результатов «взвешивания» — проведенного властным органом в соответствии с законом — является неотъемлемым элементом предоставленной властному органу свободы в оформлении конкретных деталей плана; именно поэтому результаты такого «взвешивания», если оно проведено в соответствии с указанными выше требованиями закона, не могут быть подвергнуты более глубокому судебному контролю (см. решение Верховного Административного Суда, BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 - IV C 21.74 -, BVerwGE 48, 56 <63 f.>). Суд не может принимать планировочные решения вместо уполномоченного на то властного органа.

2.1.1.3 Установление судом противоправности решения о планировании не влечет автоматически его отмены:

а. Недостатки процедуры «взвешивания» имеют значение только, если они *очевидны и оказали влияние на результат «взвешивания»* (§ 75 абз. 1а) предл. 1 Кодекса).

б. Даже если недостатки значимы, суд отменяет решение о планировании, только если недостаток не может быть устранен постфактум в ходе дополнительной административной процедуры (§ 75 абз. 1а) предл. 2 Кодекса). «Отмена» происходит при этом следующим образом: суд объявляет решение противоправным и не подлежащим исполнению (см. BVerwG 4 C 19.94 v. 21.03.1996 - BVerwGE 100, 370). Это дает принявшему решение властному органу то преимущество, что нет необходимости повторять всю — достаточно дорогостоящую — процедуру с самого начала; он может

ограничиться лишь так называемым «улучшением» противоправных элементов решения.

Последующее принятие корректирующего эти элементы решения восстанавливает исполняемость всего решения о планировании в целом. Само корректирующее решение также может быть подвергнуто судебному контролю при наличии представленных выше условий. Предметом проверки будут тогда только содержащиеся именно в нем правила.

с. Прямая и окончательная отмена решения судом происходит тогда, когда выявленные судом недостатки в процессе его принятия не могут быть устранены в ходе дополнительной административной процедуры (§ 113 абз. 1 предл. 1 Положения).

2.1.2 Иск, направленный на принятие административного акта (Verpflichtungsklage, § 42 абз. 1, альт. 2 Положения)

Такой иск подается в случае, когда целью истца является принятие властным органом отклоненного ранее решения (например: властный орган не принял по заявлению лица-организатора и исполнителя проекта затребованное им решение о планировании; третьи лица (соседи) не выступают против проекта, однако требуют дополнительных распоряжений относительно принятия мер по защите от шума или запахов).

2.1.2.1 Допустимость иска

Здесь действуют те же самые правила, что и для иска об отмене административного акта.

2.1.2.2 Обоснованность иска

а. Лицу-организатору/исполнителю проекта неправомерно отказано в принятии решения о планировании в целом или отдельных его положений (последний случай практически не встречается в судебной практике, поскольку обычно организатор проекта и властный орган сотрудничают в процессе принятия решения).

б. Более важным на практике является случай, когда третьи лица, права которых затронуты проектом (например, соседи), выдвигают требования о принятии дополнительных мер по защите их прав — например, принятия более действенных мер по защите от шума (см. § 74 абз. 2 предл. 2 Кодекса, § 2 Закона о защите от шума дорожного движения). Если доказано, что истец обладает материальным правом, суд обязывает властный орган возложить на лицо-организатора и исполнителя проекта обязанность принять дополнительные активные (например, возведение звукоизолирующих

преград) или пассивные (не пропускающие шум окна) меры по защите от шума (см. § 113 абз. 5 предл. 1 Положения). Если определение одной конкретной из возможных мер отдано законом на усмотрение властного органа или если заранее предусмотреть детали решения представляет значительные трудности, суд может обязать властный орган — в общих словах — принять новое решение по заявлению истца с «учетом мнения суда» (§ 113 абз. 5 предл. 2 Положения в аналогичном применении; см. решение Федерального административного суда от 20.01.2010: BVerwG, Urt. v. 20.01.2010 - 9 A 22.08 -, OS 1, NVwZ 2010, 1131).

с. Принятие дополнительных защитных мер может быть затребовано при наличии определенных условий и после исчезновения возможности заявить протест на решение о планировании, то есть после истечения — и часто спустя значительное время — предусмотренного законом срока на заявление протеста. Такое требование может быть предъявлено, если причиняющее ущерб воздействие плана невозможно было заранее предвидеть (см. § 75 абз. 2 предл. 2 Кодекса).

2.2 Предварительная судебная защита (§§ 80 абз. 5, 123 Положения)

В рамках этой процедуры суд устанавливает, могут ли решение о планировании в целом или его отдельные части быть приведены в исполнение до тех пор, пока по заявленному против этого решения иску еще не принято окончательного судебного решения.

а. С помощью «восстановления приостановления исполнения опротестованного административного решения» (которое обычно является прямым следствием подачи иска, например, третьих лиц — соседей или напрямую затронутых решением лиц — об отмене этого решения) или «назначения» такого приостановления (§ 80 абз. 5, 123 Положения) суд останавливает реализацию проекта до принятия окончательного решения по основному процессу. И наоборот, в том случае, если суд отказывает истцу в принятии одного из этих постановлений, разрешение на реализацию проекта получает — предварительное — подтверждение.

Масштабом для принятия этих постановлений является в соответствии с § 80 абз. 2 предл. 1 номер 4, абз. 5 предл. 1 Административного кодекса сопоставление интересов обеих сторон. При этом суды уже при принятии «предварительного» решения проводят достаточно основательную проверку правомерности, поскольку даже «предварительно» или «временно» осуществленное строительство фактически необратимо.

Только если такая проверка правомерности противоречит самому характеру предварительного (и срочного!) судебного процесса, суд решает об удовлетворении заявления на основании сопоставления интересов в чистом

виде, то есть на основании рассуждения о том, превалирует ли заинтересованность в исполнении решения над заинтересованностью истца в предотвращении его исполнения, в том числе если предположить, что иск последнего по основному делу будет в дальнейшем удовлетворен.

б. В процессах о предварительной судебной защите суд выносит постановления (не решения). Поэтому такие процессы проходят обычно без судебных слушаний.

с. Если такое постановление выносится Высшим административным судом или Федеральным административным судом, оно является окончательным и не может быть опротестовано.

Befugnisse der Verwaltungsgerichte in Deutschland hinsichtlich der Kontrolle der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ausübung des Ermessens der Verwaltung

Christian Reitemeier

1 Einleitung

Der Vortrag behandelt das Spannungsverhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung im Besonderen, aber auch das Verhältnis zum Gesetzgeber. Es geht funktional um einen sog. „Eigenbereich“ der Verwaltung, d.h. einen Bereich der Verwaltung, der ihr frei von gerichtlicher Kontrolle verbleibt. So anerkennt einerseits die Notwendigkeit eines gewissen Eigenbereichs der Verwaltung ist, so anerkannt ist andererseits auch die Notwendigkeit, diesen Eigenbereich durch den Gesetzgeber rechtlich zu begrenzen und auch eine gewisse gerichtliche Kontrolle über diesen Eigenbereich zuzulassen.

Damit berühren wir Fragen des Gewaltenteilungsprinzips ebenso wie das Recht des Bürgers auf umfassenden Rechtsschutz vor Handlungen der Verwaltung, d.h. eines der primären Grundrechte und Elemente des Rechtsstaats.

2 Begriffsklärung

Wenn man sich der Untersuchung der Begriffe „unbestimmter Rechtsbegriff“ und „Ermessen der Verwaltung“ nähert, muss man als Jurist zunächst eine Begriffsklä-

rung vornehmen und darauf hinweisen, dass diese beiden Begriffe sozusagen die „Lieblingskinder“ deutscher Verwaltungsrechtswissenschaftler sind. Wahrscheinlich hat die verwaltungsrechtliche Dogmatik *in diesem speziellen Punkte* in keinem anderen Land eine ähnlich ausdifferenzierte Dogmatik wie in Deutschland erreicht. Es ist aber durchaus auch in Deutschland umstritten, ob dieser Zustand erstrebenswert ist, aber dazu komme ich später.

Was versteht die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik unter den oben genannten Begriffen?

In jedem beliebigen Rechtssystem ist das Handeln der Verwaltung bis zu einem gewissen Punkte gesetzlich reglementiert, aber eben nur bis zu einem gewissen Punkte. Jenseits dieses Punktes gesetzlicher Regelungen genießt die Verwaltung zunächst eine gewisse Freiheit. Es stellt sich die Frage, inwiefern Entscheidungen der Verwaltung, die in diesem relativen Freiraum getroffen wurden, von den Verwaltungsgerichten kontrolliert werden können. Es geht also um das Problem, ob das grundsätzliche Letztentscheidungsrecht der Verwaltung hier durchbrochen wird zu Gunsten eines Letztentscheidungsrechts der Verwaltung, das sich gerichtlicher Überprüfung entzieht. Wenn man davon ausgeht, dass der Großteil juristischer Normen final aufgebaut ist, also aus einer Tatbestandsseite besteht, an die sich eine juristische Rechtsfolge anschließt, konzentriert sich die Diskussion auf zwei Fragen:

1. Auf der *Tatbestandsseite* enthalten gesetzliche Regelungen oft unbestimmte Rechtsbegriffe, d.h. Rechtsbegriffe, die einer näheren Konkretisierung bedürfen und in der Anwendung des Gesetzes durch die Verwaltungsbehörden konkretisiert werden. Hier besteht also bereits ein gewisser Handlungsspielraum der Verwaltung, indem sie einen Begriff auslegen und sodann prüfen kann, ob ein Lebenssachverhalt unter den von ihr geprägten Begriff fällt.
2. Auf der *Rechtsfolgenseite* kann durch den Gesetzgeber ein weiterer Spielraum gewährt werden, indem der Verwaltung hinsichtlich der Auswahl der Rechtsfolgen ein Ermessensspielraum gewährt wird. Hier besitzt die Verwaltung einen weiteren Freiraum, nachdem sie einen bestimmten Tatbestand bejaht hat, eine von *mehreren möglichen* Rechtsfolgen auszuwählen.

Schon die Aufteilung eines Verwaltungsfreiraums in Tatbestands- und Ermessenseite ist ein deutsches Phänomen und seit jeher auch zahlreicher Kritik ausgesetzt. So wird immer wieder angeführt, letztlich habe der Gesetzgeber durch „offene Normen“ stets Letztentscheidungsbefugnisse an die Verwaltung delegieren wollen, wobei unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen austauschbare Begriffe seien. Es komme nur darauf an, in welchem Masse der Gesetzgeber der Verwaltung Entscheidungsbefugnisse habe einräumen wollen, nicht aber auf die angeblich künstliche Aufteilung in Tatbestands- und Rechtsfolgenseite.

Ich möchte das deutsche Standardbeispiel für die Problematik anführen:

Das deutsche Gesetz über Gaststätten enthält folgende Vorschrift:

Wenn ein Gastwirt beim Betrieb der Gaststätte nicht die erforderliche Zuverlässigkeit aufweist, kann ihm die Erlaubnis zum Führen der Gaststätte entzogen werden.

Auf der Tatbestandsseite muss die Verwaltung zunächst festlegen, was unter Zuverlässigkeit zu verstehen ist. Auf der Rechtsfolgenseite wird ihr durch den Gebrauch des Wortes „kann“ ein Spielraum eingeräumt, sie *kann* die Erlaubnis entziehen, sie *muss* es aber *nicht* (wenn sie gewichtige Gründe findet, die Erlaubnis *nicht* zu entziehen).

3 Zur gerichtlichen Kontrolle

Verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist, anders als verwaltungsinterne Kontrolle, Rechtmäßigkeitskontrolle, nicht auch Zweckmäßigkeitkontrolle. Damit ist sichergestellt, dass den Verwaltungsgerichten ein gewisses Minimum an Kontrollbefugnissen obliegt, wie Ermittlung des Sachverhaltes, Prüfung der Einhaltung von Befugnisnormen sowie von Verfahrens- und Formvorschriften durch die Verwaltung.

Der eigentlich heikle Punkt ist die *inhaltliche* Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte.

In vielen Ländern wird die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt auf eine nachvollziehbar-logische Überprüfung der Verwaltungsentscheidung. Begründet wird dieses mit den nicht von der Hand zu weisenden Argumenten der besonderen örtlichen, persönlichen und technischen Kenntnisse der Verwaltungsbehörden. Diese Argumente werden natürlich durch das verfassungsrechtliche Argument von der Gewaltenteilung unterstützt, demgemäß der Verwaltung, wie schon eingangs erwähnt, zumindest irgendein Freiraum verbleiben muss.

Die deutsche verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist sehr stark am System des Individualrechtsschutzes orientiert. Je mehr Gewicht auf dieses zweifellos wichtige Element des Rechtsschutzes (und damit -grob gesagt- zu Lasten der Funktionsfähigkeit der Verwaltung selbst) gelegt wird, desto weiter sind die Befugnisse der Verwaltungsgerichte hinsichtlich der inhaltlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen, d.h. der Entscheidungen im Bereich unbestimmter Rechtsbegriffe und des Ermessens.

4 Unbestimmter Rechtsbegriff

Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale sind inhaltlich von unterschiedlicher Präzision. Es gibt eine ganze Skala von zunehmender bzw. abnehmender Bestimmtheit. Probleme treten oft dann auf, wenn die Verwaltung einen dieser unbestimmten Rechtsbegriffe auf einen tatsächlichen Lebenssachverhalt anzuwenden hat. Das Problem des unbestimmten Rechtsbegriffs liegt *im Bereich der Erkenntnis*. Die Anwendung dieser Begriffe im Einzelfall erfordert eine Wertung und oft auch eine

Prognose in die Zukunft. Die Verwaltungsbehörde muss sich trotz der beschriebenen Schwierigkeiten zu einer bestimmten Entscheidung durchringen.

Beispiele für in der deutschen Gesetzgebung verwendete unbestimmte Rechtsbegriffe:

- „Zuverlässigkeit“
- „Schriften, die geeignet sind, die Jugend zu gefährden“
- „Belange der Bundesrepublik Deutschland werden gefährdet“
- „Öffentliche Sicherheit und Ordnung“
- „Einbruch der Dämmerung“
- „Geschlossene Ortslage“
- „Wichtiger Grund für eine Namensänderung“
- „Denkmalwürdigkeit eines Gebäudes“
- „Besonderer Härtefall“

Die nunmehr entscheidende Frage ist, inwiefern die Verwaltungsgerichte befugt sind, eine aufgrund eines unbestimmten Rechtsbegriffs ergangene Verwaltungsentscheidung zu überprüfen und ggfs. sogar durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen, d.h. nicht nur kontrollierend, sondern auch gestaltend tätig zu werden.

Eine gesetzliche Lösung des Problems existiert in Deutschland nicht, so gehört die Behandlung des unbestimmten Rechtsbegriffs gemeinsam mit der Ermessens-thematik zu den umstrittensten Problemen der Verwaltungsrechtsdogmatik überhaupt. Es ist bemerkenswert, dass hinsichtlich der Lösung des Problems ein tiefer Graben zwischen der deutschen Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft verläuft.

4.1 Lösung der deutschen Rechtsprechung

Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht verfolgen die gleiche Linie der uneingeschränkten Nachprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte. Insbesondere das Bundesverfassungsgericht beruft sich dabei auf die Grundrechte des betroffenen Bürgers, die eine Überprüfung der Verwaltungsentscheidungen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht *vollständig* erforderlich machen, was eben auch die Überprüfung von Entscheidungen, die auf unbestimmten Rechtsbegriffen basieren, mit einschließt. Als weiteres Argument wird Art. 19 Absatz 4 Grundgesetz angeführt, demgemäß jeder Akt staatlicher Gewalt *voller* gerichtlicher Kontrolle unterliege.

Lediglich in engen Ausnahmen, so Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht, kommt ein Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden in Betracht, welcher den Verwaltungsbehörden einen Freiraum vor gerichtlicher Kontrolle belässt. Im Einzelnen handelt es sich um fünf Fallgruppen:

1. Prüfungsentscheidungen (Abitur, Staatsexamen etc.) und prüfungsähnliche Entscheidungen (z.B. Schulbereich)

2. Beamtenrechtliche Beurteilungen (z.B. dienstliche Beurteilung eines Beamten durch seinen Vorgesetzten)
3. Entscheidungen wertender Art durch Organe, die mit ganz besonderen Sachverständigen besetzt sind oder sich aus verschiedenen gesellschaftlichen Interessengruppen zusammensetzen (z.B. Bewertung jugendgefährdender Schriften durch die speziell eingerichtete Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften)
4. Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen, vor allem im Bereich des Umwelt- und Wirtschaftsrechts
5. Entscheidungen verwaltungspolitischer Art

Allen diesen Fallgruppen ist gemeinsam, dass eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Entscheidung aus verschiedenen Gründen schwierig oder sogar unmöglich ist. So ist eine Prüfungssituation einmalig und nicht wiederholbar. Dem Gericht würde in der Regel der für die Bewertung der Prüfungsleistung notwendige Vergleich mit den Leistungen der anderen Prüfungskandidaten fehlen. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht, wieder im Hinblick auf die Wichtigkeit der Grundrechte, eine Ausnahme von dieser Ausnahme zugelassen. Wenn eine Prüfung das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art.12 Grundgesetz) berührt, so soll doch wiederum eine volle Kontrolle der Prüfung durch das Verwaltungsgericht möglich sein.

Für die in Deutschland sehr häufigen Fälle der gerichtlichen Anfechtung von Prüfungsentscheidungen kommen wir also zu folgendem Ergebnis:

Es besteht für Prüfungen eine Ausnahme von der Regel, dass Verwaltungsentscheidungen, die auf unbestimmten Rechtsbegriffen beruhen, gerichtlich voll nachgeprüft werden können. Lediglich dann, wenn die Prüfungsentscheidung Grundrechtsbezug hat, ist doch eine *volle* gerichtliche Überprüfbarkeit möglich.

Ein problematischer Punkt ist die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen von Organen, die mit ganz besonderen Sachverständigen besetzt sind oder sich aus verschiedenen gesellschaftlichen Interessengruppen zusammensetzen. Begründet wird die Herausnahme von Entscheidungen dieser Organe aus der Prüfungskompetenz der Verwaltungsgerichte mit der besonderen Sachkunde der speziell eingerichteten Organe. Jedoch muss kritisiert werden, dass durch die Schaffung solcher spezialisierter Organe die Garantie umfassenden Rechtsschutzes unterlaufen werden kann, zumal die Entscheidungen der genannten Organe auch nicht sonstiger Kontrolle wie verwaltungsinterner oder parlamentarischer Kontrolle unterliegen.

4.2 Lösung der deutschen Rechtswissenschaft

Der Lösung der deutschen Rechtsprechung sind fast alle deutschen Verwaltungsrechtler entgegengetreten.

Erstmals hat im Jahre 1955 der bekannte Verwaltungsrechtler Otto Bachof die sog. Lehre vom behördlichen Beurteilungsspielraum entwickelt. Danach soll die

Verwaltungsbehörde einen eigenen Beurteilungsspielraum erhalten, in dem sie frei von Weisungen autonome Entscheidungen fällen darf. Die Verwaltungsgerichte haben diese Entscheidungen hinzunehmen. Sie sind nur befugt zu prüfen, ob die Grenzen dieses Spielraums durch die Verwaltungsbehörden eingehalten wurden. Dieser Theorie haben sich fast alle deutschen Verwaltungsrechtler angeschlossen, bzw. die Theorie modifiziert oder erweitert.

Begründet werden diese Auffassungen wie folgt:

Wenn der Gesetzgeber bewusst unbestimmte Rechtsbegriffe bei der Formulierung von Gesetzestexten verwende, ermächtige er die Verwaltung gerade zu eigenverantwortlichen, gerichtlich nur begrenzt nachprüfaren Verwaltungsentscheidungen. Die Verwaltung besitze die größere Sachkunde und Erfahrung als die Verwaltungsgerichte. Außerdem müsse der Verwaltung als eigener Staatsbereich auch ein eigener Verantwortungsbereich gegenüber der Gerichtsbarkeit zugestanden werden.

In neuerer Zeit wird auch an der Lehre vom Beurteilungsspielraum Kritik geübt, vor allem im Hinblick auf die umfassende Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Absatz 4 Grundgesetz.

Nach wie vor kann man aber sagen, dass sich mit der Auffassung der Rechtsprechung und der Auffassung der Rechtswissenschaft zwei Meinungen gegenüber stehen. Auch wenn Streitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts gelöst werden, bleibt die Diskussion in Deutschland aktuell dadurch, dass eine abschließende und rundum befriedigende Lösung noch nicht gefunden ist.

5 Ermessen

Durch gesetzliche Regelung können den Verwaltungsbehörden zwei oder mehr Handlungsmöglichkeiten oder ein gewisser Handlungsbereich zugewiesen werden, sofern ein bestimmter Tatbestand erfüllt ist.

Ermessen wird durch den Gesetzgeber gewährt und entweder ausdrücklich oder durch den Gebrauch einer entsprechenden Formulierung eingeräumt, aus der sich ergibt, dass der Verwaltungsbehörde mehrere Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Die Einräumung des Ermessens dient vor allem der Einzelfallgerechtigkeit. Daher hat die Verwaltungsbehörde bei der Auswahl der rechtlich richtigen Entscheidung alle Argumente für und gegen die geplante Entscheidung gegeneinander abzuwägen. Die Prüfung für die Verwaltungsbehörde erfolgt in zwei Schritten:

1. Zunächst ist zu fragen, welchem Zweck die Ermächtigung zur Ermessensausübung dient und welche Gesichtspunkte dabei maßgeblich sind.
2. Sodann muss der konkrete Fall beurteilt werden und auf ihn das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung angewendet werden.

Die Bindungen der Verwaltungsbehörde hinsichtlich des Ermessensgebrauchs sind in § 40 des *Verwaltungsverfahrensgesetzes* geregelt:

Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

§ 114 Satz 1 der *Verwaltungsgerichtsordnung* beschreibt, inwieweit die Verwaltungsgerichte befugt sind, Ermessensentscheidungen der Verwaltung gerichtlich nachzuprüfen:

Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zwecke der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.

Weitere Vorschriften (abgesehen von Spezialvorschriften, die aber inhaltlich weitestgehend dem § 40 des *Verwaltungsverfahrensgesetzes* entsprechen), die den Ermessensgebrauch regeln, sind im deutschen Recht nicht vorhanden, was Gegenstand breiter Kritik ist.

Insbesondere der Kontrollumfang von Ermessensentscheidungen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit war lange Zeit umstritten, da § 114 der *Verwaltungsgerichtsordnung* nur einen sehr vagen Rahmen für den Kontrollmaßstab vorgibt.

Wenigstens ist durch die genannten Vorschriften klargestellt, dass es kein freies Ermessen gibt, sondern ein rechtlich gebundenes Ermessen. Die Verwaltungsbehörden haben nämlich die gesetzlichen Grenzen und den Zweck der Ermessenseinräumung einzuhalten. Werden diese Vorgaben überschritten, so handelt die Behörde rechtswidrig. Die Einhaltung dieser Vorgaben kann von den Verwaltungsgerichten überprüft werden. Es ist jedoch zu beachten, dass es sich um eine reine Rechtmäßigkeitsprüfung handelt, nicht um die Prüfung, ob eine andere Entscheidung der Verwaltungsbehörde sinnvoller gewesen wäre (Zweckmäßigkeitprüfung).

Im Laufe der Zeit wurden von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft (in diesem Punkt besteht Einigkeit) vier Fehlergruppen beim Erlass von Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden herausgearbeitet. Ermessensentscheidungen unterliegen hinsichtlich der Untersuchung auf diese Fehler der *vollen* verwaltungsgerichtlichen Kontrolle:

1. Ermessensüberschreitung: Die Behörde wählt eine Rechtsfolge, die nicht mehr im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Ermächtigung liegt.
2. Ermessensnichtgebrauch: Wenn ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, muss die Verwaltungsbehörde von ihm auch Gebrauch machen, selbst wenn es im Ermessen der Behörde liegt, ob sie tätig wird oder nicht.

3. Ermessensfehlgebrauch: Hier sind die häufigsten Fehler zu finden. Die Verwaltungsbehörde hat sich nicht vom Zweck der Ermächtigungsgrundlage leiten lassen oder hat sachfremde Erwägungen in den Abwägungsvorgang aufgenommen.
4. Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungs- und Verfassungsgrundsätze:
Wie bei jeder Verwaltungsentscheidung sind Grundrechte und allgemeine Grundsätze (vor allem das Verhältnismäßigkeitsprinzip) auch bei der Ermessensentscheidung der Behörde zu beachten.

6 Schlussfolgerung und Ausblick

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die deutschen Verwaltungsgerichte Behördenentscheidungen, die auf unbestimmten Rechtsbegriffen oder auf eingeräumtem Ermessen basieren, wie folgt kontrollieren:

1. Grundsätzlich ist die behördliche Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs voll nachprüfbar. Es verbleiben lediglich fünf relativ enge Ausnahmen, in denen der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Innerhalb dieser Fallgruppen wird jedoch dann wiederum *volle* verwaltungsgerichtliche Kontrolle zugelassen, wenn Grundrechte des Bürgers betroffen sind.
2. Es erfolgt eine vollständige Rechtskontrolle über Ermessensentscheidungen der Verwaltung, jedoch keine Zweckmäßigkeitkontrolle. Hinsichtlich des Maßstabs der Ermessenskontrolle sind vier mögliche Fehlergruppen herausgearbeitet worden, die von den Verwaltungsgerichten voll überprüft werden.

Man darf sich natürlich fragen, ob das

- a) sehr ausdifferenzierte deutsche System der Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen, in dem
 - b) diese Verwaltungsentscheidungen einer sehr weitgehenden Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliegen
- erstrebens- und erhaltenswert ist oder einer grundsätzlichen Reform bedarf, weg von der starken Fixierung auf den Individualrechtsschutz hin zu einem eher objektiven System der Verwaltungskontrolle und mehr Freiheit der Verwaltung etwa nach französischem Vorbild.

Die Unterscheidung von unbestimmtem Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite und Ermessen auf der Rechtsfolgenseite findet meines Erachtens ihre Berechtigung in der ausgearbeiteten Dogmatik zu Tatbestand und Rechtsfolge. Wenn auch das Ergebnis eines Gesetzgebungsprozesses oft ähnlich ist, nämlich eine offene Norm, die der Verwaltung einen gewissen Freiraum gewährt, so bestehen doch strukturelle Unterschiede in den beiden genannten Instituten, die auch eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Was die Konzeption gerichtlicher Kontrollrechte betrifft, so ist nach dem herrschenden deutschen System insbesondere im Vergleich mit anderen Ländern eine sehr weitgehende Kontrolle der Verwaltung vorgesehen.

Die dagegen vorgebrachte Kritik, hauptsächlich von den Vertretern der Lehre vom Beurteilungsspielraum, betrifft vor allem die geschwächte Stellung der Verwaltung, die angeblich ihres nach dem Grundgesetz vorgesehenen Status beraubt wird.

Es ist jedoch zu bedenken, dass die Verwaltung nach dem Grundgesetz nicht nur an Recht und Gesetz gebunden ist, sondern gemäß dem bereits erwähnten Art. 19 Absatz 4 Grundgesetz auch ganz bewusst vollständiger Rechtskontrolle unterworfen ist. Dieser Grundsatz vollständiger Rechtskontrolle ist vom Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht zu einem Grundsatz vollständiger Rechts*anwendungs*kontrolle entwickelt worden. Meines Erachtens ließe sich trefflich darüber streiten, ob die Verwaltungsgerichte tatsächlich als Tatsacheninstanz konzipiert werden müssen, oder ob nicht -wie in vielen anderen Ländern auch- die Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte in diesem Punkte auf Nachprüfung der Plausibilität beschränkt sein sollte.

An der rechtlichen Kontrollbefugnis der Verwaltungsgerichte sollte jedoch nicht gerüttelt werden. Die Möglichkeit umfassender Kontrolle staatlichen Handelns ist eine Errungenschaft des demokratischen Rechtsstaates, die sich zu verteidigen lohnt. Gerade die schmerzliche Erfahrung der nationalsozialistischen Diktatur in Deutschland hat gezeigt, wie schutzlos der Bürger ohne eine derart verankerte Garantie steht.

Auch im Hinblick auf die weiten Möglichkeiten der Verwaltung im Bereich der Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Einräumung eines Ermessensspielraums ist gerichtliche Kontrolle vonnöten. Weiter darf auch die Rechtsfortbildungsfunktion der Gerichte nicht vergessen werden.

Schlussendlich muss noch einmal darauf hingewiesen werden, dass die Verwaltung seitens der Rechtsprechung lediglich einer Rechtskontrolle, nicht aber einer Zweckmäßigkeitkontrolle unterworfen ist, so dass ich im Ergebnis sagen möchte:

Der Verwaltung verbleibt die ihr nach dem Grundgesetz zugestandene Eigenständigkeit. Sie ist aber zum Wohle des Bürgers in weiten Bereichen umfassender gerichtlicher Rechtsanwendungskontrolle unterworfen.

Полномочия административных судов Германии в вопросах контроля за содержательным наполнением неопределенных правовых понятие условий и использованием усмотрения администрации

Кристиан Райтемайер

1 Введение

Данный доклад посвящен чрезвычайно сложным отношениям между исполнительной и судебной властью, а также отношениям с законодательной властью. В функциональном плане речь идет о так называемой «самостоятельной сфере» управления, то есть о сфере управления, свободной от судебного контроля. Насколько бы, с одной стороны, ни признавалась необходимость определенной собственной сферы управления, настолько, с другой стороны, признается необходимость правового ограничения этой самостоятельной сферы со стороны законодателя, а также допущения определенного судебного контроля над этой сферой.

Таким образом, мы затрагиваем вопросы принципа разделения властей, равно как и право гражданина на широкую правовую защиту от действий администрации, то есть одного из приоритетных основных прав и элементов правового государства.

2 Толкование понятий

Если приблизиться к исследованию понятий «неопределенное правовое понятие» и «усмотрение администрации», то, будучи юристом, сначала нужно дать толкование понятий и указать на то, что оба этих понятия являются так сказать «любимыми чадами» немецких ученых, занимающихся административным правом. По всей видимости, ни в какой иной стране, в области административного правоведения *по этому конкретному пункту* не было достигнуто такой четкости, как в Германии. Однако, отнюдь не бесспорным даже в самой Германии является вопрос о том, насколько это оправданно, но на этом я останавлиюсь несколько позже.

В любой правовой системе действия администрации регламентируются законом до определенного предела, но именно до определенного предела. Вне этого регламентируемого законом предела администрация пользуется в настоящий момент определенной свободой. Возникает вопрос, насколько административные решения, принимаемые в этом сравнительно свободном пространстве, могут быть подвержены контролю со стороны административных судов. Таким образом, здесь речь идет о проблеме возможного нарушения основополагающего права администрации на принятие окончательного решения по существу в пользу указанного выше права администрации, выходящего за пределы судебной проверки. Если исходить из того, что большинство юридических норм формулируются окончательно по своему содержанию, то есть состоят, с одной стороны, из предпосылок применения нормы, за которыми идут юридические (правовые) последствия, то в центре дискуссии оказываются два вопроса:

1. Законодательные положения в части предпосылок применения нормы (гипотезы) часто содержат неопределенные правовые условия, то есть правовые условия, которые требуют более четкой конкретизации и конкретизируются в ходе применения закона административными органами. Таким образом, уже здесь открывается определенный простор для действия административного органа, поскольку он имеет возможность дать толкование понятию, а затем проверить, подпадает ли данное жизненное обстоятельство под сформулированное им понятие.
2. В части *правовых последствий (диспозиции) правовой нормы* законодателем может быть обеспечена дополнительная свобода действий путем предоставления административному органу опоры на усмотрение при выборе правовых последствий. При этом орган управления обладает – после подтверждения определенного правового состава – большей свободой выбора - из *нескольких возможных* правовых последствий.

Уже само разделение административной свободы на уровень предпосылок применения нормы и уровень усмотрения является немецким феноменом,

который с давних пор неоднократно подвергался критике. Так, например, постоянно отмечается, что в конечном итоге законодатель благодаря «открытым нормам» постоянно пытается делегировать право на принятие окончательного решения по существу органу управления, причем неопределенное правовое понятие и усмотрение выступают как взаимозаменяемые понятия. Важным здесь представляется только то, в какой мере законодатель пытается предоставить органу управления право на принятие окончательного решения по существу, а не кажущееся искусственным разделение на уровень предпосылок и уровень применения нормы.

Я хотел бы привести в рамках данной проблематики типичный для Германии пример:

Немецкий „Закон о ресторанах“ содержит следующее предписание:

*Если хозяин при функционировании ресторана не обнаруживает необходимой **надежности**, у него может быть изъята лицензия на содержание ресторана.*

Орган управления на уровне предпосылок применения нормы (гипотезы нормы) должен прежде всего определить, что следует понимать под надежностью. На уровне правоприменения (диспозиции) благодаря примененному слову «может» ему предоставляется право выбора, он *может* лишить лицензии, но он *не должен* этого делать (если он найдет веские причины, позволяющие *не* изымать лицензии).

3 К вопросу судебного контроля

Административно-судебный контроль, в отличие от внутреннего административного контроля, является контролем правомерности, а не контролем целесообразности. Таким образом, за административными судами закрепляется определенный минимум контрольных полномочий, таких как: расследование обстоятельств дела, контроль за соблюдением со стороны административного органа пределов его компетенции, а также процедурных норм и предписаний о соблюдении определенной формы.

Наиболее щекотливым моментом является *содержательный* контроль над административными решениями со стороны административных судов.

Во многих странах контроль правомерности сводится к проверке административных решений на предмет их логичности и понятности. Обосновывается это с помощью неоспоримого аргумента – наличия у административных органов особых знаний местного, кадрового и технического характера. Такого рода аргументация, конечно же, подкрепляется содержащимся в конституционном праве положением о

разделении властей, согласно которому за органами управления, как уже отмечалось выше, должна сохраняться хотя бы некоторая свобода выбора.

Административно-судебный контроль в Германии очень сильно ориентирован на систему индивидуальной правовой защиты. Чем большее значение придается этому вне сомнения важному элементу правовой защиты (и таким образом - грубо говоря – в ущерб функциональности самого органа управления), тем шире полномочия административных судов в вопросах содержательного контроля над административными решениями, т.е. решениями в сфере неопределенных правовых условий и усмотрения.

4 Неопределенное правовое понятие

Законодательные признаки правового состава (или правовой гипотезы) в содержательном плане отличаются различной степенью точности. Существует целая шкала большей и меньшей степени определенности. Проблемы зачастую возникают тогда, когда орган управления должен применить одно из этих неопределенных правовых условий к фактической жизненной ситуации. Проблема неопределенного правового условия кроется *в области познания*. Применение таких условий в каждом отдельном случае требует оценки, а зачастую и прогноза на будущее. Административный орган, несмотря на указанные выше трудности, должен стремиться к нахождению определенного решения.

Примеры используемых в германском законодательстве неопределенных правовых условий:

- «Надежность» или «допустимость»,
- «Произведения, способные нанести вред молодежи»,
- «Существование угрозы интересам Федеративной Республики Германия»,
- «Общественная безопасность и порядок»,
- «Наступление темного времени суток»,
- «Закрытое помещение»,
- «Важная причина изменения имени»,
- «Здание, обладающее культурной (исторической) ценностью»,
- «Случай особой жестокости».

Наконец, решающим вопросом является вопрос о том, насколько правомочны административные суды на основании неопределенного правового условия пересмотреть принятое административное решение и в случае необходимости даже заменить его собственным решением, т.е. осуществлять не только контролируемую, но и творческую деятельность.

Эта проблема не нашла в Германии своего законодательного решения; таким образом, рассмотрение неопределенного правового условия вместе с тематикой усмотрения относится вообще к наиболее спорным проблемам административного правоведения. Примечательно, что, если говорить о

решении этой проблемы, то между германской правовой практикой и правовой наукой пролегает глубокий водораздел.

4.1 Решение на уровне германской судебной практики

Федеральный административный суд и Федеральный конституционный суд проводят одну и ту же линию – предоставление административным судам неограниченной возможности перепроверки неопределенных правовых условий. При этом прежде всего Федеральный конституционный суд ссылается на основные права пострадавшего гражданина, которые обуславливают необходимость полноценной перепроверки административных решений в фактическом и правовом смысле, что подразумевает также и пересмотр решений, базирующихся на неопределенных правовых условиях. В качестве еще одного аргумента приводится ст. 19, абз. 4 Основного Закона (Конституции ФРГ), согласно которому любой акт государственной власти подлежит *полному* судебному контролю.

Согласно практике Федерального административного суда и Федерального конституционного суда лишь в некоторых исключительных случаях предметом рассмотрения становится свободный выбор административными органами своих оценок, который освобождает административные органы от судебного контроля. Конкретно, здесь речь идет о 5 группе случаев:

1. Решения экзаменационного характера (выпускные экзамены в школе, государственные экзамены и т.д.) и близкие к ним решения (например, в сфере школьного образования),
2. Характеристика государственных служащих с точки зрения прав госслужащего (например, служебная характеристика госслужащего со стороны его начальника),
3. Решения оценочного характера со стороны органов, в состав которых входят совершенно особые эксперты или которые состоят из лиц, представляющих интересы различных общественных групп (например, оценка печатных изданий, содержащих угрозу интересам молодежи, со стороны специально созданного Федерального ведомства по проверке печатных изданий, содержащих угрозу интересам молодежи)
4. Решения-прогнозы и оценка рисков, прежде всего в области экологического и экономического права
5. Решения административно-политического характера.

Общим для всех этих случаев является то, что проверка решения со стороны административного суда в силу различных причин либо затруднена, либо вообще невозможна. Например, экзаменационная ситуация – единична и неповторима. Как правило, суду не хватает необходимого для оценки экзаменационного результата сравнения с результатами других экзаменуемых.

Тем не менее, Федеральный конституционный суд, опять же с учетом значимости основных прав человека, допускает в свою очередь исключение из данного исключения. Если экзамен затрагивает основное право свободного выбора профессии (ст.12 Основного Закона), то это, в свою очередь, означает возможность полного контроля за экзаменами со стороны административного суда.

Таким образом, в отношении довольно частых в Германии случаев судебного обжалования экзаменационных решений мы приходим к следующему выводу:

В отношении экзаменов делается исключение из общего правила, согласно которому административные решения, основывающиеся на неопределенных правовых условиях, могут быть подвергнуты полной судебной проверке. И лишь тогда, когда экзаменационное решение затрагивает основное право, возможна *полная* судебная перепроверка решения.

Проблемным моментом является возможность судебной перепроверки решений органов, в которые входят совершенно особые эксперты или которые состоят из лиц, представляющих интересы различных общественных групп. Изъятие решений этих органов из предметной юрисдикции административных судов обосновывается особой компетентностью специально созданных органов.

Однако здесь следует сделать одно критическое замечание: создания таких специальных органов может привести к умалению гарантии широкой правовой защиты, тем более, что решения таких органов не подвергаются иному контролю, например, внутреннему административному или парламентскому контролю.

4.2 Решение на уровне германской правовой науки

Против решения, предлагаемого германской судебной практикой, выступили почти все германские административисты.

В 1955 г. известный специалист в области административного права Отто Бахоф впервые разработал так называемое учение о свободе выбора оценки административным органом.

Согласно этому учению административный орган должен получить свободу выработки собственной оценки, в рамках которой он имеет право вне зависимости от указаний сверху принимать автономные решения. Административные суды должны соглашаться с этими решениями. Они обладают правом только проверять, выдерживаются ли пределы этой свободы со стороны административных органов. Эту теорию поддержали почти все германские административисты: в дальнейшем она была лишь скорректирована или расширена.

Эти точки зрения обосновывается следующим образом:

Если законодатель сознательно использует неопределенные правовые условия при формулировании текстов закона, он именно таким образом предоставляет органу управления право принимать самостоятельные административные решения, которые могут быть подвергнуты лишь ограниченной судебной перепроверке. Орган управления обладает большей компетентностью и опытом, чем административные суды. Кроме того, за администрацией в целом, являющейся воплощением самостоятельной государственной функции, должна также признаваться самостоятельная сфера ответственности, отличная от компетенции судов.

В последнее время критике подвергается также учение о свободе выбора оценок, прежде всего с точки зрения широких гарантий правовой защиты (Ст. 19, абз.4 Основного Закона). Но, как и прежде, можно утверждать, что позиция судебной практики и позиция правовой науки представляют из себя две противоположные точки зрения. Даже когда спорные вопросы, решаемые в административных судах в соответствии с директивами Федерального конституционного суда и Федерального административного суда, считаются разрешенными, в Германии не затихает дискуссия по указанной выше проблематике, так как окончательное и во всех смыслах удовлетворительное решение оказывается все-таки не найденным.

5 Усмотрение

Законодательное положение может закреплять за административными органами две или более альтернативы действия или определенную свободу действий при наличии условий применения нормы.

Применение усмотрения закрепляется законодательно и применяется либо в случае непосредственной ссылки на него либо в случае использования соответствующей формулировки, из которой вытекает, что административному органу предоставляется возможность альтернативных действий.

Применение усмотрения служит, прежде всего, нахождению справедливого решения в каждом отдельном случае. По этой причине административный орган, выбирая правильное в правовом смысле решение, должен взвесить все аргументы «за» и «против» в принимаемом решении. Проверка для административного органа проходит в два этапа:

1. Сначала нужно задать вопрос, какой цели служит полномочие по применению усмотрения и какие аспекты при этом являются решающими.
2. Затем необходимо дать оценку конкретному случаю и применить к нему усмотрение в соответствии с целью полномочия.

Обязательства административного органа в отношении применения усмотрения вытекают из § 40 Закона об административном производстве:

Если административный орган уполномочен действовать по собственному усмотрению, то это право он обязан осуществлять в соответствии с целью предоставленных полномочий и соблюдать установленные законом границы действия по свободному усмотрению.

§ 114, часть 1 Кодекса об административном судопроизводстве содержит описание границ полномочий административных судов при судебной перепроверке решений, принятых по усмотрению административного органа:

Если административный орган уполномочен осуществлять свою деятельность по собственному усмотрению, то суд также проверяет, является ли административный акт либо отказ от его издания или бездействие противоправными по той причине, что были превышены установленные законом границы усмотрения либо право на свободное усмотрение было осуществлено в форме, которая не соответствует цели предоставленных полномочий.

Иных предписаний (не говоря о специальных предписаниях, которые в содержательном плане в целом соответствуют § 40 Закона об административном производстве), регулирующих применение усмотрения, в германском праве не существует, что является предметом широкой критики.

Долгое время спорным являлся, прежде всего, вопрос об объеме контроля над принимаемыми по усмотрению административных судов решениями, поскольку § 114 Кодекса об административном судопроизводстве предусматривает лишь весьма расплывчатые рамки контроля.

По крайней мере, указанные выше положения четко показывают, что не существует свободного усмотрения, а существует усмотрение, ограничиваемое правом. Административные органы, в частности, придерживаются законодательных рамок и цели принимаемого по усмотрению решения. Если данные параметры не выдерживаются, то действия административного органа оказываются противозаконными. Соблюдение этих параметров может быть подвергнуто проверке со стороны административных судов.

Однако следует обратить внимание на то, что здесь речь идет исключительно о проверке правомерности, а не об установлении большей целесообразности *иного* возможного решения административного органа (то есть не о проверке на целесообразность).

Постепенно правовая практика и правовая наука (в этом пункте существует единство их мнений) подошли к выделению четырех групп ошибочного принятия решений по усмотрению административных органов. Установление ошибочности решений, принимаемых по усмотрению

административных органов, базируется на *полном* административно-судебном контроле.

1. Превышение пределов свободного усмотрения: административный орган выбирает правовое последствие, которое выходит за рамки предусмотренного законом полномочия.
2. Неприменение свободного усмотрения: если пределы свободного усмотрения определены, административный орган должен воспользоваться им, даже если он по своему усмотрению имеет возможность выбора между действием и бездействием.
3. Ошибочное применение усмотрения: здесь чаще всего встречаются ошибки. Либо административный орган не руководствуется целями предоставляемого полномочия либо он исходит в процессе принятия решения из обстоятельств, не имеющих отношения к данному делу.
4. Нарушение основных прав и общих административных и конституционных принципов: как при принятии любого административного решения, так и при принятии решения по усмотрению административного органа необходимо учитывать основные права и общие принципы (прежде всего принцип соотносимости).

6 Выводы и прогнозы

В качестве вывода можно сформулировать следующее: германские административные суды следующим образом осуществляют контроль над принимаемыми административными органами решениями, основывающимися на неопределенных правовых условиях или на праве принимать решение по своему усмотрению:

1. В принципе допускается полный контроль за толкованием административным органом неопределенного правового условия. При этом остается всего пять сравнительно редких исключений, когда административному органу предоставляется право на усмотрение. Опять же в рамках этих пяти исключений *полный* административно-судебный контроль допускается только тогда, когда затрагиваются основные права граждан.
2. Осуществляется полный правовой контроль над принимаемыми по усмотрению административного органа решениями, но не контроль над их целесообразностью. Если говорить о масштабах контроля над указанными выше решениями, то было выделено четыре возможных варианта ошибочного применения усмотрения, которые подвергаются полной проверке со стороны административных судов.

Конечно, можно спросить себя:

- а) четко разработанная германская система контроля над административными решениями, в которой
- б) эти административные решения подвергаются весьма обстоятельной перепроверке со стороны административных судов

- та ли эта система, к которой нужно стремиться и которую хочется получить в конечном итоге или же она нуждается в основательной реформе, в отказе от четкой ориентированности на защиту индивидуальных прав и переходе к более объективной системе административного контроля и большей свободе административных органов, скажем, по французскому образцу?

Выделение на уровне предпосылок применения нормы неопределенного правового условия, а на уровне правового последствия – усмотрения, находит, на мой взгляд, свое обоснование в разработке положений, касающихся правового состава и правового последствия.

Хотя результат законодательного процесса, а именно, открытая норма, которая дает административному органу определенную свободу выбора, часто оказывается почти одним и тем же, у этих двух институтов существуют структурные различия, которые также оправдывают различные подходы.

Что касается концепции полноты судебного контроля, то согласно господствующему в Германии подходу предусматривается всесторонний контроль над органами управления, что особо наглядно проявляется в сравнении с другими странами.

Раздающаяся - главным образом из уст сторонников учения о свободе выбора суждения - критика касается, прежде всего, слабости позиции административного органа, которого, якобы, лишают предоставленного ему Основным Законом статуса.

Однако не следует забывать, что согласно Основному Закону административный орган связан не только с правом и законом, но и в силу уже упомянутой статьи 19, абз. 4 он подвергается совершенно сознательно полному правовому контролю. Принцип полного правового контроля получил свое дальнейшее развитие со стороны Федерального конституционного суда и Федерального административного суда как принцип полного контроля над *применением* права. На мой взгляд, можно серьезно поспорить по вопросу о том, следует ли действительно рассматривать административные суды как инстанцию, занимающуюся фактической стороной дела, и не следует ли здесь – как это имеет место во многих других странах – свести проводимую административными судами перепроверку лишь к проверке обоснованности решения.

Однако не следует посягать на право административного суда на правовой контроль. Возможность проведения всестороннего контроля над действиями государства - достижение демократического правового государства, которое имеет смысл отстаивать. Именно горький опыт

национал-социалистической диктатуры в Германии показывает, насколько беззащитным оказывается гражданин без закрепленных таким образом гарантий.

Судебный контроль необходим также с точки зрения широких возможностей административных органов в сфере использования неопределенных правовых условий и предоставления свободного усмотрения. Не следует также забывать функцию судов в области дополнительного нормотворчества.

Наконец, еще раз следует указать на то, что административный орган подвергается со стороны правосудия лишь правовому контролю, а не контролю целесообразности решения, так что я в качестве вывода хотел бы предложить следующее соображение:

За административным органом сохраняется закрепленная за ним Основным Законом самостоятельность. Однако она во имя блага граждан должна повсеместно подвергаться всестороннему судебному контролю с позиции правомерности применения права.

Teilnehmerliste

1. **Dipl.-Jur. Henrike Almeling**
Doktorandin, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen
2. **Dr. Doz. Wolodymyr Bevzenko**
Stellvertretender Leiter der Juristischen Hochschule, Cherson, Ukraine
3. **Prof. Dr. Christoph Brüning**
Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
4. **Dipl.-Jur. Robert Dix**
Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen
5. **Dipl.-Jur. Lars Donath**
Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen
6. **Prof. Dr. Gunnar Duttge**
Studiendekan der Juristischen Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen
7. **Oksana Gavrishewa**
Studentin, Nationaluniversität des Innenministeriums, Charkov, Ukraine
8. **Katharina Hundertmark**
Studentin, Georg-August-Universität Göttingen

9. **Elena Iakovleva**
Übersetzerin, Georg-August-Universität Göttingen
10. **Dr. Elena Iushkevich**
Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Nationaluniversität des Innenministeriums, Charkov, Ukraine
11. **Wolfgang Kalz**
Vorsitzender Richter am Niedersächsischen OVG, Lüneburg
12. **Ass. jur. Alexandra Karmeinsky**
Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen
13. **Tatyana Karpenko**
Übersetzerin, Georg-August-Universität Göttingen
14. **Kateryna Keda**
Doktorandin, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Nationaluniversität des Innenministeriums, Charkov, Ukraine
15. **Prof. Dr. Anatolij Komzuk**
Universitätsprofessor für Verwaltungsrecht und Prorektor der Nationaluniversität des Innenministeriums, Charkov, Ukraine
16. **Dipl.-Jur. Johann Lier**
Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen
17. **Prof. Dr. Thomas Mann**
Direktor des Instituts für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen; Richter am Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht
18. **Dr. Doz. Roman Melnyk**
Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht an der Charkover Nationaluniversität des Innenministeriums, Ukraine
19. **Dipl.-Jur. Sabine Reiff**
Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen

20. **Andreas Reißmann**
Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen
21. **Christian Reitemeier**
Richter am VG Gelsenkirchen
22. **Ass. jur. Welf Thilo Rumann**
Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Öffentliches Recht, Georg-August-Universität Göttingen
23. **Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt**
Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Kommunalrecht an der Universität Potsdam
24. **Dr. Thomas Smollich**
Präsident des Verwaltungsgerichts Göttingen
25. **Ekaterina Sokur**
Übersetzerin, Georg-August-Universität Göttingen
26. **Dr. Sergiusz Szuster**
Dozent an der Jagiellonen Universität Krakau und Geschäftsführer der Schule des Polnischen Rechts Krakau
27. **Dipl.-Jur. Dominika Stachurski**
Doktorandin, Georg-August-Universität Göttingen
28. **Kerstin Theil**
Studentin, Georg-August-Universität, Göttingen
29. **Dr. Alexander James Thiele**
Akademischer Rat am Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften, Georg-August-Universität Göttingen
30. **Maximilian Voll**
Student, Georg-August-Universität, Göttingen
31. **Kristina Wiehen**
Studentin, Georg-August-Universität, Göttingen
32. **Helen Wienands**
Studentin, Georg-August-Universität, Göttingen

Einem rechtsstaatlichen und demokratischen Staatsverständnis ist inhärent, dass die Bürger gegenüber Maßnahmen der Exekutive nicht schutzlos gestellt sind, sondern diese durch eine unabhängige Justiz überprüfen lassen können. Wie alle postsozialistischen Transformationsstaaten Osteuropas hat auch die Ukraine nach der Wiedererlangung ihrer Unabhängigkeit 1991 an alte Traditionen angeknüpft und mit dem Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit begonnen. Gleichwohl sind noch eine Reihe von Defiziten festzustellen, die nicht zuletzt ein Problem der personellen Ausstattung, daneben aber auch eine Folge noch fehlender dogmatischer Durchdringung sind, zumal es noch an einer klaren Verfahrenstruktur, allgemein gültigen Verfahrensmaximen und einer darauf aufbauenden Verfahrenspraxis mangelt. Anknüpfend an diesen Ausgangsbefund hat im September 2010 am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Verwaltungsrecht, der Universität Göttingen ein Kolloquium stattgefunden, das den wissenschaftlichen und praktischen Dialog zwischen Deutschland und der Ukraine in Angelegenheiten der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Gewalt befördern sollte. Dieser Band enthält die Referate dieses Kolloquiums in russischer und deutscher Sprache.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-007-1

Universitätsdrucke Göttingen