

Normenkontrollen – Teil 5

Fragen der Zulässigkeit: Normenkontrolle zum Oberverwaltungsgericht

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

IV. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der wichtigsten Normenkontrollverfahren (Fortsetzung)

6. Prinzipale Normenkontrollen nach § 47 VwGO

Das Telos der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO zu ermitteln, bereitet besondere Schwierigkeiten. Die verbreitete Ansicht, das Verfahren habe eine sowohl subjektive als auch objektive Doppelfunktion¹, bedürfte genau genommen einer Ausdifferenzierung. Bei einer tieferen Beschäftigung mit dieser Norm kumulieren gleichsam die Schwierigkeiten, die sich bereits bei anderen Verfahren aufgetan haben. Das liegt zunächst daran, dass es sich genau betrachtet innerhalb der Vorschrift um zwei verschiedene Arten von Normenkontrollen handelt, da nämlich als Antragsteller einerseits (der Rechtssatzverfassungsbeschwerde ähnlich) natürliche und juristische Personen und andererseits (der abstrakten Normenkontrolle verwandt) Behörden in Betracht kommen. Im ersten Falle hängt die Zulässigkeit von einem subjektiv-rechtlichen Element der Geltendmachung eigener Rechte ab – im zweiten Falle nicht. Aber auch im ersten Falle ist der Charakter dieser Normenkontrolle noch weniger subjektiv-rechtlich geprägt als bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Denn bei der Begründetheit der Normenkontrolle nach § 47 VwGO kommt es ausschließlich auf die objektiv-rechtliche Frage der Vereinbarkeit der gegenständlichen Norm mit höherrangigem Recht an. Eine weitere Schwierigkeit, teleologische Argumente zur Lösung der nicht wenigen dogmatischen Zweifelsfragen bei der Auslegung des § 47 VwGO zu entwickeln, besteht in Folgendem: Der Gesetzgeber selbst ist den Ambivalenzen der verschiedenen Vor- und Nachteile von Normenkontrollen zögerlich und in schwankender Weise erlegen. Das zeigt sich erstens darin, dass der Bundesgesetzgeber diese Normenkontrolle nur für einen kleinen Teilbereich untergesetzlicher Normen vorschreibt und für einen weiteren Teilbereich es den Ländern überlässt, dieses Verfahren einzuführen (wovon unterschiedlich Gebrauch gemacht wird). Zweitens hat der Gesetzgeber den letztlich nicht zu bestreitenden *objektiv-rechtlichen Zweck des Verfahrens*² dadurch wesentlich entwertet, dass er Zulässigkeitsschranken (etwa eine Frist) eingeführt und subjektiviert (Antragsbefugnis) hat. Bemerkenswert an § 47

VwGO ist also nicht nur, dass es eine verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle überhaupt gibt, sondern vor allem die vielen Bereiche und Konstellationen, in denen es sie nicht gibt. Bei einer mehr oder weniger großzügigen oder restriktiven Interpretation des § 47 VwGO sollte stets beachtet werden, dass mit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO und gegebenenfalls auch mit Anfechtungsklagen Rechtsschutz auf dem Wege inzidenter Normenkontrollen stattfinden kann. Wer letzteres erkannt hat, kann – mit systematischen Argumenten – sowohl in der Praxis als auch bei der Lösung von Klausuren so oder so zu brauchbaren Ergebnissen kommen.

a) Rechtsweg

Prinzipale Normenkontrollen nach § 47 VwGO sind im Gegensatz zu den zuvor behandelten Normenkontrollen keine verfassungsrechtlichen, sondern verwaltungsrechtliche Streitigkeiten. Für sie muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Es handelt sich dabei auch um einen Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 BVerfGG, der also vor der Erhebung einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegebenenfalls zu erschöpfen wäre.

Zur Vertiefung: Liebhaber akademischer Spitzfindigkeiten mögen darüber ins Grübeln kommen, ob der Verwaltungsrechtsweg nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zu prüfen ist oder ob § 47 Abs. 1 VwGO hierzu lex specialis ist und den Verwaltungsrechtsweg mit der Sonderzuweisung an die Oberverwaltungsgerichte gleichsam mitregelt oder ob § 47 Abs. 1 VwGO mit seiner expliziten Voraussetzung „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ auf § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO rückverweist. Im Ergebnis besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass Gegenstand nur öffentlich-rechtliche Normen sein können, deren Vollzug nicht anderen Gerichtsbarkeiten unterworfen ist. Wegen der Zuständigkeit der Amtsgerichte auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht nach §§ 62 Abs. 2 S. 1, 68 OWiG erstreckt sich § 47 VwGO nicht auf Ordnungswidrigkeitenrecht,³ es sei denn, dass dieses eine Normeinheit mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften bildet.⁴

Wehe denjenigen, die sich auf die Frage vertieft einlassen, ob es sich bei Normenkontrollen nicht per se um Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art handelt, für die der Verwaltungsrechtsweg nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO gar nicht eröffnet wäre. Tatsächlich wird in der Literatur vertreten, dass es sich um „materielle Verfassungsgerichtsbarkeit“⁵ handle. Indes folgt die These, dass eine allgemeinverbindliche Verwerfung von Normen an sich den Verfassungsgerichten vorbehalten sei, nicht aus den – eben nicht abschließenden – Regelungen zur Normenkontrolle im Grundgesetz. Freilich hat sich auch die These nicht durchge-

* Der Verf. ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Beitrag ist die Fortsetzung des Beitrags „Normenkontrollen – Teil 4 – Fragen der Zulässigkeit: Rechtssatzverfassungsbeschwerde und Kommunalverfassungsbeschwerde“, ZJS 2014, 490.

¹ BVerwGE 64, 77 (79); 82, 225 (230); J. Schmidt, in: Eyermann (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 47 Rn. 5; kritisch Ziekow, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 36.

² Gerhardt/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Bd. 1, 11. EL Stand: Juli 2005, § 47 Rn. 8; Ziekow (Fn. 1), § 47 Rn. 37.

³ BVerwGE 99, 88 (96 f.).

⁴ VGH Mannheim DÖV 1978, 848 (848 f.); VGH München NJW 1972, 2149; VGH Kassel NJW 1984, 505 (506); Gerhardt/Bier (Fn. 2), § 47 Rn. 33.

⁵ Ziekow (Fn. 1), § 47 Rn. 8 f.

setzt, dass Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art ausschließlich diejenigen seien, für die sich ausdrückliche Kompetenzen der Verfassungsgerichte benennen lassen.⁶ Um das *begriffliche* Problem der „Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art“ i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zu lösen, lässt sich weder darauf verweisen, dass die Verfassung(en) für Normenkontrollen bezüglich untergesetzlicher Normen keine abschließende Kompetenz begründen, noch darauf, dass § 47 VwGO die Oberverwaltungsgerichte ermächtigt. Dogmatisch lässt sich das Problem vermeiden, wenn wir § 47 VwGO jedenfalls insoweit als speziell zu § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO interpretieren. In der Ausbildung hat sich für die Interpretation der „verfassungsrechtlichen Streitigkeit“ die Lehrformel von der „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ durchgesetzt, die hier ebenfalls zum gewünschten Ergebnis führt. Freilich sei nicht verschwiegen, dass diese Formel am Beispiel der Normenkontrollen auch ihre Unterkomplexität offenbart und eine vereinfachende, nicht durchzuhaltende Begriffsverengung darstellt.⁷ Wie andere Lern- und Lehrformeln erleichtert sie das durch Prüfungsordnungen künstlich erschwerte Leben der zu gutachtlichen Fallbearbeitungen gezwungenen Studierenden. Ihre Legitimität erfährt die Formel daraus, dass sie es ermöglicht, sich in Klausuren Ausführungen vertiefender Art an dieser Stelle sparen zu dürfen.

b) Statthaftigkeit und Antragsgegenstand

Erstens: Gegenstand der prinzipialen Normenkontrolle sind nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Satzungen nach dem Baugesetzbuch. Das sind vor allem die Bebauungspläne, aber auch vielfältige weitere⁸ baurechtliche Regelungen in der Form der Satzung, z.B. über Veränderungssperren (§ 14 BauGB) oder Erschließungsbeiträge (§ 132 BauGB). Flächennutzungspläne sind grundsätzlich keine geeigneten Antragsgegenstände, weil ihnen zum Rechtsnormcharakter eine verbindliche Außenwirkung fehlt.⁹ Ausnahmsweise kommen Flächennutzungspläne aber doch als Antragsgegenstand in Betracht, wenn sie nämlich Darstellungen mit Rechtswirkungen im Außenbereich nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB enthalten.¹⁰

Zur Vertiefung: Wer der – freilich weithin abgelehnten¹¹ – Rechtsprechung des BVerfG¹² folgt, könnte die in Hamburg möglichen Bebauungspläne in Gesetzesform ebenfalls der Normenkontrolle nach § 47 VwGO unterwerfen. Die Linie des BVerfG trägt Kompromisscharakter, indem sie solche Gesetze einerseits nicht wegen Formenmissbrauchs selbst

verwirft, sie andererseits aber auch nicht dem Verwerfungsmonopol nach Art. 100 Abs. 1 GG unterstellt. Sie ist in die Systematik der Gesetzesunterwerfung der Fachgerichte nach Art. 97 Abs. 1 GG ebenso schwer einzuordnen wie in die klare Formensprache des § 47 VwGO.

Zweitens: Inwieweit darüber hinaus untergesetzliche Normen des Landesrechts (Verordnungen und Satzungen) der Normenkontrolle unterworfen werden, überlässt § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO den Landesgesetzgebern. Davon haben die meisten Länder umfassend, manche aber auch nur zum Teil (Bayern, Rheinland-Pfalz) und manche Länder gar nicht (Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen) Gebrauch gemacht. Der Nichtgebrauch von dieser Option des Anwendungsbereichs ist vor allem wegen der insoweit sich stellenden Frage der Alternative von Interesse: Statthaft sind insoweit Feststellungsklagen, die dem verfassungsrechtlichen Postulat subjektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) genügen, da sie dem Betroffenen offen stehen (müssen). Es ist allerdings zu beachten, dass sich solche Feststellungsklagen schon in ihrem Gegenstand von der prinzipialen Normenkontrolle unterscheiden: Während sich die Normenkontrolle unmittelbar gegen die Norm und ihre abstrakte Geltung wendet, ist Gegenstand einer Feststellungsklage das konkrete Rechtsverhältnis, das von der Norm, die es inzident zu prüfen gilt, geprägt wird. Auch in der Wirkung der Entscheidung unterscheiden sich beide Verfahren: Die Normverwerfung wirkt nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO gegebenenfalls erga omnes, während ein Feststellungsurteil Rechtskraft lediglich inter partes entfaltet.

Zur Vertiefung: Diese uneinheitliche Rechtslage ist Gegenstand immer wieder geführter rechtspolitischer und gerne auch verfassungsrechtlich verankerter (oder auch nur verbrämter) Erwägungen, mit denen sich zu beschäftigen lehrreich sein kann. Auf der einen Seite ist der (historisch-) rechtspolitische Hintergrund¹³ bemerkenswert, dass Normenkontrollen als Eingriffe in die Gewaltenteilung verstanden und deshalb vom Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung eher als Ausnahme denn als Regel normiert wurden. Dabei handelt es sich indes um ein verfassungsrechtliches Missverständnis: So wie der Verfassungsgerichtsbarkeit „selbstverständlich“ die Kontrolle auch von Parlamentsgesetzen obliegt, so entspricht es der Rolle der Verwaltungsgerichte, Exekutivnormen zu verwerfen – und aus verfassungsrechtlichen Gründen der Rechtssicherheit spricht vieles *für* die Möglichkeit auch der Verwerfung mit Wirkung erga omnes. Auf der anderen Seite wird der letztgenannte Grund gerne als verfassungsrechtliches Postulat einer flächendeckenden Option der Normenkontrolle verstanden und die Ansicht des BVerfG¹⁴, dass die Einführung des § 47 VwGO verfassungsrechtlich nicht geboten ist, für überholt gehalten.¹⁵ Wegen der Möglichkeit, dass Normen auch Rechte verletzen können, werden hierbei auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und der Grundrechtsschutz herangezogen. Indes sei hier davor gewarnt, den insoweit bestehenden Spielraum

⁶ So aber *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 20. Aufl. 2014, § 40 Rn. 32d; dagegen *Rennert*, in: *Eyermann (Begr.)*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 40 Rn. 18.

⁷ *Rennert* (Fn. 6), § 40 Rn. 21.

⁸ Aufzählung bei *J. Schmidt* (Fn. 1), § 47 Rn. 22.

⁹ BVerwGE 68, 311 (313 f.).

¹⁰ BVerwG NVwZ 2007, 1081.

¹¹ Sondervotum *Steinberger*, BVerfGE 70, 35 (59 ff.); *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 878; vgl. auch *J. Schmidt* (Fn. 1), § 47 Rn. 8.

¹² BVerfGE 70, 35 (36 [Ls. 4], 55 ff.).

¹³ Erhellend *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 19 Rn. 2 f.

¹⁴ BVerfGE 31, 364 (370).

¹⁵ *Hufen* (Fn. 13), § 19 Rn. 3.

des Gesetzgebers zu beschränken, mögen Normenkontrollen auch noch so wünschenswert und ihre Beschränkung durch verschärfte Zulässigkeitsvoraussetzungen (dazu c und d) rechtspolitisch bedauerndwert sein. Verfassungsrechtlich nicht nur geboten, sondern auch unmittelbar gewährleistet sind Normenkontrollen zum BVerfG und zu den Landesverfassungsgerichten. Untergesetzliche Normen unterliegen nicht nur der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, sondern auch der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, der gegenüber die Nichteröffnung der Option des § 47 VwGO letztlich lediglich zur Folge hat, dass ein Rechtsweg insoweit nicht zu erschöpfen ist. Wer hier verfassungsrechtlich argumentiert, müsste auch die Einführung einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle für untergesetzliches Bundesrecht zum BVerwG für geboten halten.¹⁶ Schließlich verkennt eine Argumentation mit Art. 19 Abs. 4 GG, dass § 47 VwGO zwar auch dem subjektiven Rechtsschutz dient und in der Zulässigkeit auch von einer Antragsbefugnis abhängt (dazu c), aber in der Begründetheit letztlich ein Verfahren nach rein objektiv-rechtlichen Maßstäben ist. Den Erfordernissen des Art. 19 Abs. 4 GG wird durch die Existenz von Feststellungsklagen genügt, während die darüber hinausreichenden Konsequenzen der Normverwerfung erga omnes objektiver Natur sind. Es würde aber die Spielräume des Prozessrechts-Gesetzgebers unterschätzen und das allgemeine Rechtsstaatsprinzip überfordern, aus letzterem ein Gebot der auch verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle direkt ableiten zu wollen. Daran ändert sich auch nichts durch die Auffassung des BVerwG¹⁷, das eine Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO gegebenenfalls nach Art. 19 Abs. 4 GG geboten sein kann (siehe unter d). Denn das hier von Art. 19 Abs. 4 GG geschützte Recht ist nicht das materielle Recht, gegen das die Norm verstößt, sondern das durch § 47 VwGO einfachgesetzlich geschaffene „Recht auf Normenkontrolle“.

Es ist zu beachten, dass § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO gegebenenfalls auch die umstrittene Frage der Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften aufwirft. Soweit entgegen der herrschenden Ansicht¹⁸ vertreten wird, dass es sich um Normen handelt,¹⁹ wäre konsequenterweise auch eine Normenkontrolle gegen sie statthaft. Dies wird insbesondere hinsichtlich der so genannten normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften auch gefordert.²⁰

c) Antragsbefugnis und Präklusion

Die Formulierung des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO erinnert an andere, noch bekanntere Normen: Wenn Antragsteller nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO geltend machen sollen, „in ihren Rechten verletzt zu sein“, dann erinnert das an § 42 Abs. 2 VwGO und spiegelt sich auch in der verfassungsrechtlichen

Garantie subjektiven Rechtsschutzes, nämlich Art. 19 Abs. 4 GG, wider. Wenn wir noch hinzunehmen, dass auch die Beschwerdebefugnis der Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Geltendmachung der Verletzung eigener Grundrechte voraussetzt und dass diese als Rechtssatzverfassungsbeschwerde auch die Funktion einer Normenkontrolle haben kann, dann scheint es geradezu unproblematisch, dass auch § 47 VwGO dem deutschen Konzept subjektiven Rechtsschutzes folgt. Verschärft werden diese Anforderungen auch noch durch die für Bebauungspläne geltende Präklusionsvorschrift nach § 47 Abs. 2a VwGO. Wer subjektive Rechte hat, soll diese gegebenenfalls auch bereits im Rahmen der öffentlichen Auslegung geltend machen. Es soll mit anderen Worten keine Popularklage und eben auch keine Normenkontroll-Popularklage geben. Zu ergänzen ist freilich noch, dass auch Behörden nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO antragsbefugt sind. Dass diese nicht die Verletzung eigener Rechte geltend machen sollen, versteht sich fast schon von selbst und entspricht zudem der Antragstellung bei der abstrakten Normenkontrolle.

Wer sich nicht die Mühe machen möchte, in die Tiefen und Untiefen des § 47 Abs. 2 VwGO einzusteigen, sollte sich merken: Bei der Antragsbefugnis unterscheidet das Gesetz – insoweit ähnlich dem Art. 265 AEUV – zwischen privilegierten Antragstellern (Behörden) und nicht privilegierten Antragstellern (natürlichen und juristischen Personen), wobei letztere eine Beschwer subjektiver Rechte geltend machen müssen. Dabei ist zu beachten, dass die jüngste Rechtsprechung des BVerwG den Begriff der subjektiven Rechte auf solche Normen ausgedehnt hat, die „zumindest auch Interessen schützen, die von behördlich anerkannten Verbänden wahrgenommen werden“²¹.

Zur Vertiefung: Zum Problemfall bzw. zu einem Lehrstück wird § 47 Abs. 2 VwGO durch drei Phasen seiner Entwicklung:

Erste Phase: Bis 1997 setzte § 47 Abs. 2 VwGO voraus, dass der Antragsteller „einen Nachteil erlitten oder aber in absehbarer Zeit zu erwarten hat“. Das BVerwG deutete dies – der Gesamtkonzeption des deutschen Verwaltungsprozessrechts folgend – so, dass der Gesetzgeber damit lediglich mit anderen Worten übersetzt hatte, was eine Rechtsverletzung durch eine Norm zur Folge hat. Das BVerwG hat also keinesfalls außerrechtliche Interessen genügen lassen, sondern – jedenfalls für die Bebauungspläne nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO – lediglich ein solches Interesse, „das bei der Entscheidung über den Erlaß oder den Inhalt [des] Bebauungsplanes als privates Interesse des Antragstellers in der Abwägung berücksichtigt werden mußte“²². Dadurch stellte die Rechtsprechung auf die vom Gesetzgeber bestimmten Abwägungsbelange ab, die sich ohne Zweifel als subjektive Rechte deuten lassen. Ein Problem bestand in einer „uneingestanden Neigung“ der Oberverwaltungsgerichte dazu, die Antragsbefugnis zu einer Art „Abwägungsvorkontrolle“ zu

¹⁶ Gegen eine analoge Anwendung des § 47 VwGO spricht schon, dass insoweit keine planwidrige Regelungslücke vorliegt; vgl. zutreffend *W.-R. Schenke* (Fn. 11), Rn. 883, mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenansicht.

¹⁷ BVerwG NVwZ-RR 2013, 387 (388).

¹⁸ BVerwGE 58, 45 (49).

¹⁹ Vgl. dazu differenzierend *Ossenbühl*, DVBl. 1969, 526.

²⁰ *W.-R. Schenke* (Fn. 11), Rn. 882.

²¹ So bringt *Schlacke*, NVwZ 2014, 11 (15), die grundlegende Entscheidung BVerwG NVwZ 2014, 64 auf eine Formel.

²² BVerwGE 59, 87 (94).

machen.²³ Es sei an dieser Stelle an die Schwierigkeiten erinnert, die zur Abgrenzung zwischen der plausiblen Geltendmachung von Rechten als Zulässigkeitsvoraussetzung und der Verletzung von Rechten als Begründetheitsvoraussetzung bei der Anfechtungsklage (und bei anderen subjektiven Rechtsschutzverfahren) bestehen, aber lösbar sind. Die Besonderheit der Normenkontrolle nach § 47 VwGO²⁴ besteht darin, dass bei deren Begründetheit (ähnlich der abstrakten Normenkontrolle zum BVerfG, die aber gar keine Antragsbefugnis voraussetzt) ein rein objektiver Maßstab anzulegen ist – unabhängig davon, ob ein Privater oder eine Behörde den Antrag stellt. Das heißt, dass bei der Frage, ob subjektive Rechte verletzt sind, nicht auf die Begründetheit verwiesen werden kann. Die dem Antragsteller obliegende „Subjektivierungslast“²⁵ ist ausschließlich bei der Zulässigkeit eine Hürde. Das sollte – und dies gilt auch und vor allem für die heutige Rechtslage – nicht dazu verleiten, aus diesem Grunde die Fragen der Rechtsverletzung in die Zulässigkeit zu verlagern, d.h. die Zulässigkeit von Normenkontrollen strenger zu prüfen als jene von Anfechtungsklagen. Einer Vorverlagerung der Sachprüfung in die Zulässigkeit ist das BVerwG auch entgegengetreten.²⁶

Zweite Phase: Seit 1997 (bzw. 2007) gilt § 47 Abs. 2 VwGO in seiner heutigen Fassung. Die Intention des Gesetzgebers bestand darin, dass nicht jedwede Interessen ausreichen sollen, um einen Antrag auf Normenkontrolle zu stellen, sondern dass die Zulässigkeit auf die Geltendmachung eigener Rechte beschränkt bleiben soll. Das Problem dieser vom Wortlaut her deutlichen Änderung besteht darin, dass die Rechtsprechung bereits die „Nachteile“ i.S.d. alten Fassung des § 47 Abs. 2 VwGO den allgemeinen Erfordernissen des subjektiven Rechtsschutzes zumindest angenähert hatte. So hat die Gesetzesänderung im Ergebnis „nichts wesentlich Neues gebracht“²⁷. In diesem Falle hat der Federstrich des Gesetzgebers einmal nicht ganze Bibliotheken zu Makulatur gemacht. Insbesondere hat er nichts daran ändern können, dass sich die für § 42 Abs. 2 VwGO typische Frage der Abwehr einer Verkürzung einer dem Kläger zustehenden Rechtsposition bei der Kontrolle von Bebauungsplänen nicht stellt, sondern vielmehr die Frage nach einem Anspruch auf fehlerfreie Planabwägung, die das BVerwG bereits nach der alten Fassung des Gesetzes in den Mittelpunkt gerückt hatte. Letztlich sind sowohl die alte als auch die neue Fassung des

Gesetzes von der Rechtsprechung so gedeutet worden, die Anforderungen an den subjektiven Rechtsschutz sinngemäß auf die Normenkontrolle zu übertragen. Eine andere, rein rechtspolitische Frage ist es, ob die insoweit eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers für eine subjektiv-rechtliche Konzeption des § 47 VwGO sinnvoll ist, obwohl Normenkontrollen im Ergebnis der objektiven Rechtssicherheit mit einer Wirkung erga omnes dienen.

Dritte Phase: In jüngerer Zeit ist nicht nur rechtspolitisch sondern auch unionsrechtlich die Frage aufgeworfen worden, ob das deutsche System des subjektiven Rechtsschutzes zu einem Defizit der Durchsetzbarkeit bestimmter objektiv-rechtlicher Belange führt.²⁸ In der Tat lässt sich nicht leugnen, dass die gerichtliche Durchsetzbarkeit entscheidend zur Effektivität der Rechtsbindung beiträgt und so leuchtet es ein, dass der EuGH die Rolle der nationalen Fachgerichte für ein zentrales Element der Einlösung des *effet utile* durch die Mitgliedstaaten hält. Es liegt auch auf der Hand, dass im deutschen System der Fokussierung der Verwaltungsggerichtsbarkeit auf den subjektiven Rechtsschutz objektiv-rechtliche Belange wie z.B. der Umweltschutz unterbelichtet bleiben („wo kein Kläger, da kein Richter“). Der deutsche Gesetzgeber hat darauf bislang nur sehr fragmentarisch mit der Anerkennung von Verbandsklagebefugnissen reagiert²⁹, so insbesondere im Naturschutzrecht (§ 64 BNatSchG) als einem kleinen Teilbereich des Umweltrechts. Er hat diese speziellen Klagerechte auch erst nach entsprechender Rüge durch den EuGH³⁰ auf solche Belange erstreckt, die einer subjektiv-rechtlichen Geltendmachung gar nicht zugänglich wären. Nunmehr ist aber deutlich geworden, dass dort der Zugang zu den Verwaltungsgerichten gegebenenfalls geboten ist, wo es unionsrechtliche Gebote des objektiven Rechts durchzusetzen gilt. Zum Teil ist darauf mit dem Ansatz reagiert worden, das Anwendungsvorrang beanspruchende Unionsrecht gegebenenfalls als gesetzliche Ausnahmeregelung i.S.d. § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO zu deuten³¹ – ein Ansatz, der nicht nur den Vorbehalt des Gesetzes, der für Abweichungen von Art. 19 Abs. 4 GG gilt, in Frage stellt, sondern auf § 47 Abs. 2 VwGO auch nicht ohne weiteres übertragbar wäre. Das BVerwG³² hat darauf mit einem im Ansatz geschmeidigeren, in seinen Konsequenzen aber umso weiter reichenden Konzept reagiert: Es hat die Auslegung der subjektiven Rechte i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO – und damit auch i.S.d. § 47 Abs. 2 VwGO – um die Fallgruppe erweitert, dass behördlich anerkannte Verbände ihnen anvertraute Belange wahrnehmen. Dieses Konzept bleibt im Rahmen der dienenden Funktion des Verwaltungsprozessrechts und verweist auf die Interpretation der klagbaren Rechtsinhalte. Die Konzeption

²³ *Gerhardt/Bier* (Fn. 2), § 47 Rn. 40, mit Bezug auf VGH Mannheim VBIBW 1986, 387 und OVG Münster UPR 1994, 313.

²⁴ Das gilt für die Rechtssatzverfassungsbeschwerde im Ergebnis ähnlich, wird dort aber freilich in der Subjektivierung auch staatsorganisationsrechtlicher Fragen durch die Elfes-Rechtsprechung des BVerfG „verpackt“.

²⁵ *Ehlers*, in: *Ehlers/Schoch* (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, § 27 Rn. 39, der allerdings entgegen dieser zutreffenden Prämisse eine teilweise Unbegründetheit (Rn. 40) annimmt, wenn der Antragsteller nur von Teilen der Norm beschwert ist.

²⁶ BVerwG NVwZ 1989, 553; BVerwG NVwZ 1994, 683.

²⁷ *J. Schmidt* (Fn. 1), § 47 Rn. 41.

²⁸ *Gärditz*, NVwZ 2014, 1; *Schlacke*, NVwZ 2014, 11.

²⁹ Dazu *Michael*, *Die Verwaltung* 37 (2004), 35.

³⁰ Vgl. EuGH NVwZ 2011, 801, mit Anmerkung von *Schlacke* (804 f.); *Groß*, *Jura* 2012, 386.

³¹ So (wohl) die Vorinstanz von BVerwG NVwZ 2014, 64 (vgl. nachfolgend Fn. 32): VG Wiesbaden, Urt. v. 16.8.2012 – 4 K 165/12.WI = Immissionsschutz 2012, 190; vgl. *Schlacke*, NVwZ 2014, 11 (13).

³² BVerwG NVwZ 2014, 64.

bleibt auch im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG, mehr noch: Sie macht den Ansatz sogar für den (einfachen) Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung unangreifbar. Denn soweit das BVerwG Verbänden insoweit Rechte i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG zuspricht, greift die verfassungsrechtliche Garantie zugunsten deren Einklagbarkeit. Dieser Ansatz ist auch auf § 47 VwGO übertragbar.

An dieser Gegenüberstellung dreier Phasen zeigen sich die Grenzen des Einflusses des Gesetzgebers auf das Verwaltungsprozessrecht und die Eigenrationalität und Eigendynamik der Rechtsprechung. Letztere wurde weniger durch eine Änderung des deutschen Gesetzes (zwischen Phase eins und zwei), sondern vielmehr durch eine Rechtsprechung des EuGH (zwischen Phase zwei und drei) in Bewegung gebracht. Die Europäisierung des Rechts ist im Verwaltungsprozessrecht angekommen. Für die Ausbildung bleibt festzuhalten, dass es notwendig ist, aber auch für § 47 Abs. 2 VwGO ausreicht, sich auf die Dogmatik der subjektiven Rechte zu konzentrieren, die ihrerseits derzeit im Fluss ist. Dass die Grundentscheidung zugunsten eines subjektiven Rechtsschutzsystems die Köpfe der deutschen Juristen stärker prägt als die Eigenrationalität von Normenkontrollen zeigt sich daran, mit welchen Argumenten die Behördenklage restriktiv ausgelegt wird: „Nach allg. M. soll es keine ‚Behörden-Popularklage‘ geben.“³³ Vielmehr sollen auch Behörden nur solche Normen angreifen können, mit deren Vollzug sie betraut sind – nicht also z.B. den Bebauungsplan einer anderen Gemeinde mit dem objektiv-rechtlich legitimen Ziel, zu klären, ob eine solche Norm vor dem Oberverwaltungsgericht „hält“. Dass aber eine Landesregierung im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle auch solche Normen soll angreifen können, die durch Bundesbehörden zu vollziehen sind, lässt sich so erklären, dass das Bundesverfassungsprozessrecht einen noch konsequenteren objektiv-rechtlichen Ansatz verfolgt und dass es offen ist für politisch motivierte Normenkontrollen. Die entscheidende, an dieser Stelle zu stellende Frage wäre, auf welcher Grundlage und in welchem Ausmaß die Einreichung von Behördenklagen in deren Kompetenzbereich liegt. Denn behördliches Handeln bedarf stets einer Kompetenzgrundlage. Wenn vereinfacht gesagt Private Rechte und Behörden Kompetenzen haben, regelt § 47 Abs. 2 VwGO in Anknüpfung an die Rechte Privater deren Antragsbefugnis und lässt die Frage der Antragsbefugnis von Behörden offen. Denkbar wäre, die Antragsbefugnis zur Normenkontrolle als eine Art Annex zu der jeweiligen Vollzugskompetenz zu deuten. Dafür spräche auch der Grundsatz der Akzessorietät des Verwaltungsprozessrechts, das Rechte und Befugnisse nicht regelt, sondern voraussetzt und deren Durchsetzung dient. Dann wäre der h.M. im Ergebnis zuzustimmen. Denkbar – und letztlich vorzugswürdig – ist es aber, behördlich beantragte Normenkontrollen als rein objektiv-rechtliche Verfahren und § 47 Abs. 2 VwGO wie auch

Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG³⁴ als eigenständige, nämlich „prozessuale Aufgaben- und Befugnisnormen“ zu deuten. Es ist zwar zutreffend, dass mit der h.M. eine gewisse Parallele³⁵ zu Art. 100 Abs. 1 GG entsteht: In beiden Konstellationen wird gegebenenfalls der Konflikt zwischen Rechts- und Verfassungsbindung aufgelöst. Aber der Unterschied besteht darin, dass bei Richtervorlagen die Entscheidungserheblichkeit geregelt und auch aus Gründen des subjektiven Rechtsschutzes geboten ist. Eine vermittelnde Position drängt sich auf: Danach müsste jedenfalls die Klärung der abstrakten Rechtsfrage in den Kompetenzbereich der antragstellenden Behörde fallen. So könnten z.B. Bebauungspläne durch fremde Gemeinden und durch Bauaufsichtsbehörden, nicht aber durch eine Polizeibehörde angegriffen werden.

d) Frist

So verfehlt Fristen im Rahmen von Normenkontrollen rechtspolitisch sein mögen (dazu Teil 1 unter II. 1.)³⁶, lässt sich an der Jahresfrist³⁷ in § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO nicht deuteln. Die Norm erscheint noch fragwürdiger dadurch, dass diese Frist auch für eine Antragstellung durch Behörden gilt. Das ist der Unterschied zur abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, die (freilich eher theoretisch) hier auch in Betracht käme. Praktisch relevant ist hingegen folgende Auffangkonstruktion: Dem Fristablauf steht – anders als bei einer gegebenenfalls verfristeten Anfechtungsklage – nicht entgegen, eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO zu erheben. Das folgt verfassungsrechtlich aus Art. 19 Abs. 4 GG und lässt sich auch systematisch so begründen, dass die prinzipiale und die inzidente Normenkontrolle zwei verschiedene Ziele verfolgen. Schließlich wird der (freilich rechtspolitisch fragwürdige) Zweck des Gesetzgebers, jedenfalls eine Verwerfung erga omnes alsbald auszuschließen,³⁸ dadurch nicht berührt. Es ist zu beachten, dass es bei der Antragsfrist nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO um eine verwaltungsprozessuale Hürde geht, die nicht mit den Rügefristen des § 215 BauGB bzw. in Gemeindeordnungen zu verwechseln ist, die sich gegebenenfalls auf die Begründetheit auswirken.

Es ist umstritten, ob für die Frist nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO eine Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO in Betracht kommt. Nach einer Entscheidung des BVerwG ist der § 60 VwGO, dessen Wortlaut einer Anwendung nicht entgegensteht, großzügig auszulegen.³⁹ Ist diese Entscheidung des

³³ Gerhardt/Bier (Fn. 2), § 47 Rn. 78, mit Bezug auf OVG Koblenz DÖV 1981, 231; vgl. auch BVerwGE 81, 307 (310); Ehlers (Fn. 25), § 27 Rn. 44.

³⁴ Vgl. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 8 Rn. 4; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 664: „ein ‚prozessuales Recht‘ auf Inangangsetzung des Verfahrens, nicht etwa prozessualer Ausdruck eines materiellen Anspruchs“, mit Verweis auf BVerfGE 1, 396 (407 f.); 2, 307 (312).

³⁵ Hufen (Fn. 13), § 19 Rn. 33.

³⁶ Michael, ZJS 2012, 756 (757 f.).

³⁷ Die Jahresfrist gilt seit 2007; zuvor war 1996 eine Zweijahresfrist in § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO eingefügt worden.

³⁸ Gerhardt/Bier (Fn. 2), § 47 Rn. 35: um der Norm „damit faktisch erhöhten Bestandsschutz zu verschaffen“.

³⁹ BVerwG NVwZ-RR 2013, 387 (388); diesem nunmehr folgend J. Schmidt (Fn. 1), § 47 Rn. 74 (anders noch ders. in

BVerwG bürgerfreundlich, lässt sich daraus aber nicht ableiten, dass das BVerwG die Antragsfrist nicht (auch) restriktiv versteht: So hat es zuletzt die Frage der Geltung der Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift auch bei nachträglich, also auch bei nach Fristablauf rechtswidrig gewordenen Normen i.S.d. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO bejaht.⁴⁰

e) *Klarstellungsbedürfnis*

Auch bei Normenkontrollen wird als allgemeine, ungeschriebene Zulässigkeitsstation das Rechtsschutzbedürfnis geprüft.

Zur Vertiefung: Eine akademische Frage an dieser Stelle wäre die nach der Bezeichnung, da es sich um ein letztlich objektiv-rechtliches Verfahren handelt und bei der abstrakten Normenkontrolle deshalb von einem objektiven Klarstellungsinteresse gesprochen wird. Soweit freilich ein Privater den Antrag stellt und seine Antragsbefugnis geltend zu machen hat, ist es jedenfalls naheliegend, auch von einem Rechtsschutzbedürfnis zu sprechen, zumal ja das objektive Verfahren (auch) dem subjektiven Rechtsschutz dient. Überzeugender wäre es freilich – jedenfalls bei einem Behördenantrag – vom Klarstellungsinteresse⁴¹ zu sprechen, wenn wir die inzwischen und partiell geregelte Antragsbefugnis mit Blick auf das Ziel einer Normenkontrolle nicht als Regel, sondern als Ausnahme begreifen. Praktisch relevant ist insoweit der umstrittene Fall, dass auf der Grundlage eines nunmehr angegriffenen Bebauungsplans eine dem Antragsteller (z.B. einem Nachbarn) gegenüber bereits bestandskräftig gewordene Genehmigung erteilt wurde. Nach zutreffender Auffassung ist hier der Antrag zulässig, da jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass sein Erfolg auf die Frage der Aufhebung einer solchen Genehmigung Einfluss haben könnte.⁴²

der Voraufgabe [13. Aufl. 2010, § 47 Rn. 74]); im Ergebnis trotz Zweifeln gegen eine Anwendung *Gerhardt/Bier* (Fn. 2), § 47 Rn. 36; *W.-R. Schenke* (Fn. 11), Rn. 912b.

⁴⁰ BVerwG NVwZ 2013, 1547; die Frage der Geltung der Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift auch bei nachträglich, also auch bei nach Fristablauf rechtswidrig gewordenen Normen i.S.d. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (z.B. funktionslose Bebauungspläne) hat das BVerwG aber in dieser Entscheidung ausdrücklich offen gelassen; zur Kritik an der Entscheidung *W.-R. Schenke* (Fn. 11), Rn. 912b.

⁴¹ Ähnlich *W.-R. Schenke* (Fn. 11), Rn. 912.

⁴² VGH Mannheim NVwZ 1984, 44; vgl. auch BVerwG NVwZ 1990, 157 (158 f.); BVerwG NVwZ 1998, 732 (733); wie hier *Hufen* (Fn. 13), § 19 Rn. 37.
