

## Aus der Beratungspraxis

### Wege zum EuGH unter Art. 68 Abs. 1 EG\*

Tillmann Löhrl, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Frankfurt a. M.

Im März des vergangenen Jahres wurde ein Referentenentwurf für ein zweites Änderungsgesetz zum Zuwanderungsgesetz vorgelegt. Das Gesetz soll der Umsetzung von insgesamt elf europäischen Richtlinien dienen.<sup>1</sup> Derzeit wird der Entwurf noch in Arbeitsgruppen der Bundesregierung diskutiert, ohne dass das Gesetzgebungsverfahren eröffnet worden wäre. Die Bundesrepublik hat damit ihre Verpflichtung zur fristgemäßen Umsetzung mehrerer Richtlinien verletzt. Hierzu zählen unter anderem die so genannte Qualifikationsrichtlinie<sup>2</sup>, die Aufnahme richtlinie<sup>3</sup> und die Familienzusammenführungsrichtlinie.<sup>4</sup> Folglich sind nun die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze über die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu beachten.

Innerstaatliche Gerichte sehen sich also damit konfrontiert, gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht auszulegen, zu dem noch keine Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) existiert. Grundsätzlich könnten sie Auslegungsfragen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens durch den EuGH klären lassen. Diesem unkomplizierten Rückgriff auf das bewährte Kooperationsverhältnis zwischen nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit steht jedoch Art. 68 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft (EG) entgegen, der die Vorlageberechtigung in asylrechtlichen Streitigkeiten auf letztinstanzliche Gerichte beschränkt. Dieser Beitrag untersucht, inwiefern das Vorabentscheidungsverfahren trotz dieser Beschränkung im deutschen Asylverfahren Bedeutung erhalten kann und welche praktischen Handlungsmöglichkeiten sich hieraus aus anwaltlicher Perspektive ergeben.

Zunächst werden Grundsätze zur unmittelbaren Anwendbarkeit wiedergegeben (A). Anschließend wird das Vorabentscheidungsverfahren in der Gestalt erläutert, die es durch Art. 68 Abs. 1 EG erhält (B). Darauf folgt eine Darstellung der praktischen Konsequenzen aus dem Zusammenspiel der Normen des europäischen Primärrechts und des nationalen Asylverfahrensgesetzes (C). Abschließend wird ein Fazit gezogen (D).

#### A. Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien – Voraussetzungen und Reichweite

Grundsätzlich sind Richtlinien nur für die Mitgliedstaaten verbindlich, die sie gemäß Art. 249 Abs. 3 EG in innerstaatliches Recht umsetzen müssen. Ausnahmsweise können Richtlinien aber auch Einzelnen Rechte verleihen, ohne dass es einer Umsetzung in nationales Recht bedarf. Dann spricht man von unmittelbarer Anwendbarkeit.<sup>5</sup>

Hierfür muss erstens die Umsetzungsfrist abgelaufen und die Richtlinie nicht oder nicht korrekt umgesetzt wor-

den sein. Zweitens müssen ihre Bestimmungen unbedingt formuliert und hinreichend genau sein, um im Einzelfall anwendbar zu sein. Drittens muss sie dem Einzelnen subjektive öffentliche Rechte verleihen oder deren Schutz dienen.<sup>6</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, sind Behörden und Gerichte an die Richtlinie gebunden und müssen sie von Amts wegen beachten.<sup>7</sup>

Das Bundesministerium des Innern (BMI) hat Anwendungshinweise für die unmittelbare Anwendbarkeit der Qualifikationsrichtlinie ausgegeben.<sup>8</sup> Sie geben Anlass, etwas zur Reichweite der unmittelbaren Anwendbarkeit zu sagen.

Einleitend gilt es zu bedenken, dass Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht besitzt.<sup>9</sup> Daher kann die Qualifikationsrichtlinie in der nationalen Rechtspraxis unter zwei Aspekten berücksichtigt werden.

Zum einen können nationale Regelung und Richtlinie kompatibel sein. Dann ist die nationale Regelung anhand der Richtlinie europarechtskonform auszulegen, Lücken im nationalen Recht sind gegebenenfalls anhand der Richtlinie zu füllen. Zum anderen ist denkbar, dass das nationale Recht in Widerspruch zur Richtlinie steht. Begünstigende

\* Bei dem Artikel handelt es sich um die überarbeitete Fassung eines Vortrags, den ich am 17.11.2006 auf der vom UNHCR organisierten Rechtsberaterkonferenz in Berlin gehalten habe. Für wertvolle Anregungen danke ich Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M., Dr. Constantin Hruschka, Marei Pelzer und Christina Pfaff, LL.M.

<sup>1</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, Stand: 13.3.2006 (282 S., M8023); vgl. die zutreffende die Kritik am Entwurf bei Fischer-Lescano, in: KJ 2006, 236–246 m. w. N; Bank/Hruschka, Änderungen im Asylverfahren durch den Entwurf des Änderungsgesetzes zum Zuwanderungsgesetz aus der Sicht des Flüchtlingsrechts, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Hrsg.), 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht (im Erscheinen).

<sup>2</sup> Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, Fristablauf: 10.10.2006.

<sup>3</sup> Richtlinie 2003/9 des Rates vom 21.7.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern, Fristablauf: 6.2.2005.

<sup>4</sup> Richtlinie 2003/86 des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, Fristablauf: 3.10.2005.

<sup>5</sup> Grundlegend zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Primärrecht EuGH, Rs. 26/62 (van Gend und Loos), Slg. 1963, 1 ff.; für Richtlinien in ständiger Rspr. anerkannt seit EuGH, Rs. 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg. 1974, 1337 ff.; vgl. auch Ehlers, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, 1. Aufl. 2006, § 11, Rn. 9.

<sup>6</sup> EuGH, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 3, Rn. 25; Rs. 152/84 (Marshall), Slg. 1986, 723, Rn. 46 ff.; krit. zur Frage, ob es sich hierbei um eine Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit als solche handelt Schroeder, in: Streinz, EUV/EGV, 1. Aufl. 2003, Art. 249, Rn. 110.

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-312/93 (Peterbroeck), Slg. 1995, I-4599, Rn. 20.

<sup>8</sup> Hinweise des BMI zur Anwendung der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. EU 304 vom 30.9.2004, S. 12 ff.) in der Bundesrepublik Deutschland vom 13.10.2006, 2 f. (19 S., M8935)

<sup>9</sup> EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125, Rn. 3; ausführlich Schroeder, in: Streinz (Fn.6), Art. 249, Rn. 40 ff.

Regelungen der Richtlinie sind dann unmittelbar anwendbar. Anders liegt es bei Regelungen, die vom nationalen Recht abweichende Regelungen zu Lasten Einzelner enthalten. Hier lehnt der EuGH in ständiger Rechtsprechung eine unmittelbare Wirkung aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen des klaren Wortlauts von Art. 249 Abs. 3 EG ab.<sup>10</sup> Die Anwendungshinweise des BMI hingegen regen an, die Richtlinie anstelle des nationalen Rechts anzuwenden, ohne zwischen begünstigenden und belastenden Regelungen zu differenzieren.<sup>11</sup> Dieser Verweis wird mit dem speziellen Beispiel des Ausschlussstatbestands des Art. 12 Abs. 1 a) der Qualifikationsrichtlinie verdeutlicht, der im AufenthaltG nicht normiert ist. Damit regt das BMI eine europarechtswidrige Anwendung der Richtlinie zu Lasten des Antragstellers an.

## B. Das Vorabentscheidungsverfahren und seine Einschränkung durch Art. 68 EG

### I. Das Vorabentscheidungsverfahren als Kooperationsverhältnis

Nach Art. 234 EG können nationale Gerichte den EuGH mit Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts befasen. Das Verfahren hat drei Zwecke. Erstens soll es die einheitliche Anwendung und Geltung des Gemeinschaftsrechts gewährleisten. Es sind nationale Gerichte, die in nationales Recht umgesetzte Richtlinien sowie unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht in der Praxis anwenden. Um dessen einheitliche Auslegung in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, weist Art. 234 EG dem EuGH als zentraler Gerichtsinstanz<sup>12</sup> das Auslegungsmonopol für das Gemeinschaftsrecht zu.<sup>13</sup> Dies nimmt er im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens als prozessuales Zwischenverfahren wahr. Es begründet ein Kooperationsverhältnis zwischen dem EuGH und dem nationalen Gericht. Letzteres bleibt Herr des Verfahrens, kann aber in einem »Dialog der Richter«<sup>14</sup> dem EuGH Auslegungsfragen vorlegen.

Zweitens dient das Verfahren dem individuellen Rechtsschutz. Der Einzelne hat durch die nach Art. 230 Abs. 4 EG eingeschränkte Klagebefugnis kaum Möglichkeiten, gegen Akte der Gemeinschaft im Wege der Klage vorzugehen. Er muss sich damit begnügen, durch die Beschreitung des mitgliedstaatlichen Rechtsweges gegen die aufgrund des Gemeinschaftsrechtsaktes ergangenen Maßnahmen vorzugehen.<sup>15</sup>

Drittens dient es der Rechtsfortbildung. Der EuGH hat grundlegende Prinzipien des Gemeinschaftsrechts im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens entwickelt.<sup>16</sup>

Das Verfahren hat folgende Voraussetzungen:<sup>17</sup> Erstens muss das nationale Gericht vorlageberechtigt sein. Zweitens muss die vorgelegte Frage entscheidungserheblich sein, also den Ausgang des Rechtsstreits bestimmen.<sup>18</sup> Drittens muss es sich um eine zulässige Vorlagefrage handeln.

### II. Art. 68 Abs. 1 EG als Einschränkung des Vorabentscheidungsverfahrens

Die Verfahrensbestimmungen der Art. 220 ff. EG gelten auch für die in Titel IV des EG aufgeführten Materien. Demnach findet grundsätzlich auch das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG Anwendung auf Fälle, in denen die Auslegung von Art. 63 EG oder auf seiner Grundlage erlassener Sekundärrechtsakte entscheidungserheblich ist.

Allerdings wird die allgemeine Regel des Art. 234 Abs. 2 EG durch die spezielle Vorschrift des Art. 68 EG eingeschränkt.<sup>19</sup> Während nach Art. 234 Abs. 2 EG *alle* Gerichte zur Vorlage berechtigt sind, beschränkt Art. 68 EG die Vorlageberechtigung für alle Fragen, die Titel IV des EG oder auf diesen Titel gestützte Rechtsakte betreffen, auf letztinstanzliche Gerichte. Hierunter fallen Auslegungsfragen im Asylverfahren.

Begründet wurde die Ausnahme des Art. 68 Abs. 1 EG mit der Sorge, dass die Vielzahl von Asylverfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten zu einer Vielzahl an Vorlagen führen könnte. Das wiederum könnte zu einer Überlastung des Gerichtshofes bei gleichzeitigen Verfahrensverzögerungen auf mitgliedstaatlicher Ebene führen.<sup>20</sup>

Ob die Regelung diese Ziele erreicht, wird vielfach bezweifelt.<sup>21</sup> Bereits jetzt wird damit gerechnet, dass die rechtssuchende Partei den innerstaatlichen Rechtsweg bis zum

<sup>10</sup> Ständige Rspr. seit EuGH, Rs. 152/84 (Marshall), Slg. 1986, 732, Rn. 48; zuletzt bestätigt in EuGH, Verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 (Berlusconi u. a.), Slg. 2005, I-03565, Rn. 73 m. zahlr. w. N.

<sup>11</sup> Hinweise des BMI (Fn. 8), 2 f.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. 166/73 (Rheinmühlen/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide), Slg. 1974, 33, Rn. 2.

<sup>13</sup> Ehricke, in: Streinz, (Fn. 6), Art. 234, Rn. 4.

<sup>14</sup> Ehricke, Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, Vorträge und Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 364, 1997, S. 9.

<sup>15</sup> Pache/Knauff, in: NVwZ 2004, 16 (17); Ehricke, in: Streinz, (Fn. 6), Art. 234, Rn. 6.

<sup>16</sup> Ehricke, in: Streinz (Fn. 6), Art. 234, Rn. 7.

<sup>17</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen Streinz, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 630–640.

<sup>18</sup> Das Erforderlichkeitskriterium gilt auch für Fälle vorlageverpflichteter Gerichte i. S. d. Art. 234 Abs. 3 EG, obwohl Abs. 3 die Erforderlichkeit nicht explizit aufführt, vgl. EuGH, Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, IV-3415, Rn. 10, da Art. 234 Abs. 3 EG lediglich ein qualifizierter Fall der Vorabentscheidung nach Art. 234 Abs. 2 EG ist; es ergäbe keinen Sinn, wenn die in Abs. 3 bezeichneten Gerichte zur Vorlage von Fragen verpflichtet wären, die lediglich interessant, für die Hauptsacheentscheidung jedoch irrelevant sind, vgl. Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des europäischen Rechtsschutzes, 2. Aufl. 2003, § 10, Rn. 51 m. w. N.

<sup>19</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 68, Rn. 1.

<sup>20</sup> Vertragsentwurf der irischen Ratspräsidentschaft »Allgemeiner Rahmen für einen Entwurf zur Revision der Verträge, Dublin II« vom 5.12.1996, CONF/2500/96, Erläuterungen zu Artikel G des Entwurfs; Hailbronner/Thiery, in: EuR 1998, 585 (596); vgl. auch die zahlreichen Nachweise bei Pache/Knauff (Fn. 15), 16 (18).

<sup>21</sup> ter Steeg, Das Einwanderungskonzept der EU, 1. Aufl. 2006, S. 124.

Ende beschreiten wird, um im Rahmen eines letztinstanzlichen Verfahrens eine Entscheidung des Gerichtshofes herbeizuführen.<sup>22</sup> Daneben verdient die Regelung auch grundsätzliche Kritik. Zum einen steigt die Gefahr uneinheitlicher Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Zum anderen ist es der Einzelne, der den Weg durch die Instanzen auf sich nehmen muss oder, wenn er dies nicht kann oder will, von späteren Korrekturen der unterinstanzlichen Rechtsprechung nicht mehr profitiert.<sup>23</sup>

### 1. Letztinstanzliches Gericht i. S. d. Art. 68 Abs. 1 EG

Von zentraler Bedeutung für die Vorlageberechtigung ist die Frage, was unter letztinstanzlichem Gericht i. S. d. Art. 68 Abs. 1 EG zu verstehen ist. Der Begriff ist zunächst vor dem Hintergrund von Art. 234 Abs. 3 EG diskutiert worden. Nach dem heute kaum noch bestrittenen<sup>24</sup> Ansatz in Literatur<sup>25</sup> und Rechtsprechung<sup>26</sup> ist hier eine konkret-funktionale Betrachtungsweise zu wählen. Danach gelten – unabhängig von ihrer Stellung in der Gerichtshierarchie – als letztinstanzlich alle Gerichte, deren Entscheidung im jeweiligen Einzelfall nicht mehr angefochten werden können. Der konkrete Ansatz wird nicht nur durch den Wortlaut des Art. 234 Abs. 3 EG gestützt, sondern auch durch die Ziele der einheitlichen Auslegung, der Rechtsfortbildung und des Individualrechtsschutzes.<sup>27</sup>

Im Rahmen des Titels IV des dritten Teils des EG gilt der gleiche Begriff des letztinstanzlichen Gerichts.<sup>28</sup> Dafür spricht erstens, dass der Wortlaut von Art. 68 Abs. 1 EG diesbezüglich gleichlautend ist.<sup>29</sup> Zweitens kommt den an den Zielen des Vorabentscheidungsverfahrens orientierten Argumenten hier noch stärkeres Gewicht zu: Art. 68 Abs. 1 EG als solcher behindert bereits die einheitliche Auslegung und den Individualrechtsschutz. Dieser Effekt darf nicht noch durch eine enge Auslegung verstärkt werden, zumal Individualrechtsschutz im Asylverfahren dem Schutz des Rechtsuchenden vor schwersten Menschenrechtsverletzungen dient.

### 2. Begriff des Rechtsmittels

Rechtsmittel im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 Abs. 3, 68 Abs. 1 EG sind zunächst alle ordentlichen Rechtsbehelfe, aufgrund derer eine Gerichtsentscheidung von einem höheren Gericht überprüft werden kann.<sup>30</sup> Dazu zählt aber auch die Nichtzulassungsbeschwerde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren,<sup>31</sup> was unten näher zu erläutern sein wird. Nicht zu den von Art. 234 Abs. 3 EG erfassten Rechtsmitteln gehören außerordentliche Rechtsbehelfe wie etwa Wiederaufnahmeverfahren oder die Verfassungsbeschwerde.

### 3. Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte?

Nach Art. 234 Abs. 3 EG sind letztinstanzliche Gerichte nicht nur zur Vorlage berechtigt, sondern verpflichtet. Zu klären ist daher die Frage, ob eine Vorlagepflicht auch für die in Art. 68 Abs. 1 EG genannten letztinstanzlichen Gerichte anzunehmen ist. Sie stellt sich, weil die Formulierung des Art. 68 Abs. 1 EG nicht dem eindeutigen Wortlaut des Art. 234 Abs. 3 EG folgt. Vereinzelt wird daher davon ausgegangen, dass die Vorlageentscheidung im Ermessen des letztinstanzlichen Gerichts stehe.<sup>32</sup> Dem stehen jedoch zahlreiche Stimmen gegenüber, die mit überzeugenden Argumenten auch hier eine Vorlagepflicht bejahen.<sup>33</sup>

Der Wortlaut ordnet trotz seiner Abweichung von Art. 234 Abs. 3 EG bei Vorliegen der Voraussetzungen die Rechtsfolge der Vorlage an, ohne dem letztinstanzlichen Gericht Ermessensspielraum zu belassen.<sup>34</sup> Hinzu kommt, dass Art. 68 Abs. 1 EG im Übrigen die Geltung von Art. 234, also auch von dessen Abs. 3, anordnet.<sup>35</sup> Ein anderes Ergebnis stünde zudem in Widerspruch zu den Zielen des Vor-

<sup>22</sup> Hailbronner/Thiery, in: EuR 1998, 585 (596); ter Steeg (Fn. 21), S. 124.

<sup>23</sup> Dörr/Mager, in: AöR 2000, 386 (391 f.).

<sup>24</sup> Zur kaum noch vertretenen abstrakten Betrachtungsweise vgl. Daus, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, S. 110 f.

<sup>25</sup> Vgl., jeweils m. w. N., Epiney, in: Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union, 7. Aufl. 2006, § 9, Rn. 136; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Rn. 19; Ehrlicke, in: Streinz (Fn. 6), Art. 234, Rn. 39; Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, 1. Aufl. 2000, Art. 234 EGV, Rn. 41; Pache/Knauff (Fn. 15), 16 (17); Dörr/Mager (Fn. 23), 386 (389); Knapp, in: DÖV 2001, 12 (14); Herrmann, in: EuZW 2006, 231 (232).

<sup>26</sup> Zunächst eher implizit EuGH, Rs. 6/64 (COSTA/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1251 (1268), vgl. hierzu die Erläuterungen bei Daus (Fn. 24), S. 111; Haltern, Europarecht, 1. Aufl. 2005, S. 194; ausdrücklich seit EuGH, Rs. C-99/00 (Lyckeskog), Slg. 2003, I-4839, Rn. 15 ff; vgl. hierzu Herrmann, in: EuZW 2006, 231 (232).

<sup>27</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Rn. 19; Ehrlicke, in: Streinz (Fn. 6), Art. 234, Rn. 40; Schwarze, in: Schwarze (Fn. 25), Art. 234 EGV, Rn. 41.

<sup>28</sup> Ebenso Weiß, in: Streinz (Fn. 6), Art. 68 EG, Rn. 3; Knapp (Fn. 25), 12 (15); Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 68, Rn. 2; ter Steeg (Fn. 21), S. 123.

<sup>29</sup> So das zutreffende Argument bei Wölker, in: EuR Beiheft 1/1999, 99 (105).

<sup>30</sup> Dörr, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2005, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 126; Schwarze, in: Schwarze (Fn. 25), Art. 234, Rn. 42.

<sup>31</sup> Schwarze, in: Schwarze (Fn. 25), Art. 234, Rn. 42; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Rn. 18; BVerwG, in: NJW 1987, 601 (601).

<sup>32</sup> Wiedmann, in: Schwarze (Fn. 25), Art. 68 EGV, Rn. 3; Lang, in: ZAR 1998, 59 (64).

<sup>33</sup> Weiß, in: Streinz (Fn. 6), Art. 68, Rn. 7; Pache/Knauff (Fn. 15), 16 (18); Classen, in: EuR Beiheft 1/1999, 73 (76); Knapp (Fn. 25), 12 (14); Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 68, Rn. 2.

<sup>34</sup> Classen (Fn. 33), 73 (76); vorsichtiger, aber im Erg. zustimmend Weiß, in: Streinz (Fn. 6), Art. 68, Rn. 7; Dörr/Mager (Fn. 23), 386 (390); i. Ü. wird zutreffend darauf verwiesen, dass der abweichende Wortlaut lediglich die vom EuGH vorgenommene Präzisierung der Vorlagevoraussetzungen aufnimmt, vgl. ter Steeg (Fn. 21), S. 123, Fn. 102 m. w. N.; Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 68, Rn. 2.

<sup>35</sup> Weiß, in: Streinz (Fn. 6), Art. 68, Rn. 7; Dörr/Mager (Fn. 23), 386 (389) m. w. N.; i. Erg. auch Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 68, Rn. 2.

abentscheidungsverfahrens. Neben das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes kommt hier insbesondere folgende Erwägung zum Tragen: Nur wenn die Beschränkung der Vorlageberechtigung mit einer Verpflichtung letztinstanzlicher Gerichte verknüpft wird, ist gewährleistet, dass zumindest auf letztinstanzlicher Ebene die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts gesichert wird und unterinstanzliche Entscheidungen gegebenenfalls korrigiert werden.<sup>36</sup> Demnach ist auch im Asylverfahren eine Vorlagepflicht für funktionell letztinstanzliche Gerichte anzunehmen. Im Folgenden wird der Begriff der Vorlagepflicht daher synonym für ein Vorlagerecht bei gleichzeitigem Vorliegen einer Vorlagepflicht gebraucht.

#### 4. Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Falle der Normverwerfung?

In der aktuellen Literatur wird der Fall diskutiert, wenn ein Instanzgericht Sekundärrecht, das im Rahmen des Titels IV des dritten Teils des EG erlassen wurde, für unvereinbar mit primärem Gemeinschaftsrecht hält. Ausgangspunkt ist die sog. *Foto Frost*-Rspr. des EuGH. Hiernach sind Gerichte der Mitgliedstaaten nicht zur Ungültigkeitserklärung von Gemeinschaftsrecht befugt, wozu auch die Nichtanwendung wegen angenommener Ungültigkeit zählt. Daher nimmt der EuGH in diesen Fällen auch für Instanzgerichte eine Vorlagepflicht an.<sup>37</sup> Ein Problem entsteht im Asylverfahren dadurch, dass die mangelnde Vorlageberechtigung gemäß Art. 68 Abs. 1 EG in Widerspruch zur zitierten Rechtsprechung steht. Diese Kontroverse soll hier nicht wiedergegeben werden.<sup>38</sup> Denn die Frage wird im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts kaum relevant werden. Die Richtlinien enthalten Mindestnormen, müssten also gegebenenfalls extensiv interpretiert werden, um der primärrechtlichen, innergemeinschaftlich wirkenden Bindung der Europäischen Gemeinschaft an die in Art. 63 Ziff. 1 EG genannten völkerrechtlichen Abkommen<sup>39</sup> gerecht zu werden. Demnach bestünde, wenn ein Instanzgericht die Normen der Richtlinie als zu eng ansähe, in vielen Fällen dogmatisch nicht die Notwendigkeit der Ungültigkeitserklärung.<sup>40</sup>

#### 5. Ausnahmen von der Vorlagepflicht

Es gibt drei Ausnahmen von der Vorlagepflicht.

Ausnahmen von der Vorlagepflicht bestehen erstens, wenn zur in Rede stehenden Frage bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH vorliegt.<sup>41</sup>

Zweitens entfällt die Verpflichtung, wenn »die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt.«<sup>42</sup> Das darf indes nur angenommen werden, wenn das Gericht überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (*acte-claire*-Doktrin).<sup>43</sup>

Drittens ergibt sich eine Besonderheit im vorläufigen Rechtsschutz. Grundsätzlich ist die Anrufung des Gerichtshofes auch hier möglich, sofern sie im Einzelfall mit dem summarischen Charakter des Eilverfahrens vereinbar ist.<sup>44</sup> Wenngleich dies vom EuGH nicht ausdrücklich entschieden ist, erkennt er es implizit an.<sup>45</sup> Allerdings entfällt die Pflicht, wenn im Hauptsacheverfahren eine erneute Prüfung jeder im summarischen Verfahren nur vorläufig entschiedenen Rechtsfrage des Gemeinschaftsrechts erfolgt und sie Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens sein kann.<sup>46</sup> Begründet wird dies damit, dass in diesem Falle das Ziel von Art. 234 Abs. 3 EG erreicht wird, der verhindern soll, dass sich gemeinschaftswidrige innerstaatliche Rechtsprechung herausbildet.<sup>47</sup>

#### C. Konsequenzen für die Praxis

In der Praxis stellt sich die Frage, welche Gerichte im Asylverfahren als letztinstanzliche Gerichte i. S. d. Art. 68 Abs. 1 EG anzusehen und damit vorlageverpflichtet sind (I.). Daran schließt sich die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten sich im Falle der pflichtwidrigen Nichtvorlage ergeben (II.).

<sup>36</sup> Weiß, in: Streinz (Fn. 6), Art. 68, Rn. 7.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. 314/85, (Foto Frost), Slg. 1987, V-4225, Rn. 17; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 234, Rn. 20.

<sup>38</sup> Vgl. Weiß, in: Streinz (Fn. 6), Art. 68, Rn. 4; Dörr/Mager (Fn. 23), 386 (391); Röben, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. II (Stand: Mai 1999), Art. 68, Rn. 4; Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 68, Rn. 3; ter Steeg, in: ZAR 2006, 268 (270 f.); Classen (Fn. 33), 73 (75); Pache/Knauff (Fn. 15), 16 (20 f.).

<sup>39</sup> Vgl. Weiß, in: Streinz (Fn. 6), Rn. 6; Gerber, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, 1. Aufl. 2003, S. 118 f.

<sup>40</sup> Die vom BMI (Fn. 8), 3, vertretene gegenteilige Ansicht, wonach eine Überschreitung der Tatbestandsvoraussetzungen des Flüchtlingsbegriffs nicht zulässig ist, setzt sich in offenem Widerspruch zur gemäß Art 3 RL 2004/83 und Grund 8 von der Richtlinie erlaubten Überschreitung der Mindestnormen.

<sup>41</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 234, Rn. 24.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. 284/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3415, Rn. 16.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. 284/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3415, Rn. 16; vgl. hierzu Herrmann, in: EuZW 2006, 231 (232); Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 234, Rn. 24 m. w. N. aus der Übernahme der dort gefundenen Maßstäbe durch die deutsche Rechtsprechung.

<sup>44</sup> Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Fn. 18), § 10, Rn. 64.

<sup>45</sup> Das ergibt sich bereits daraus, dass es nur Sinn ergibt, konkrete Voraussetzungen für das Entfallen der Vorlagepflicht als Ausnahme zu definieren, wenn die Vorlage grundsätzlich auch in diesem Verfahren möglich ist; vgl. i. Ü. für summarische Verfahren Schlussantrag des Generalanwalts de Lamothe vom 30.11.1971, Rs. 43/71 (Politi), Slg. 1971, 1053 (1054) m. w. N.

<sup>46</sup> EuGH, Verb. Rs. 35 und 36/82 (Morson und Jhanjhan), Slg. 1982, IV-3723, Rn. 10; EuGH, Rs. 107/76 (Hoffmann-La Roche), Slg. 1977, I-957, Rn. 5; zum Ganzen auch Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, (Fn. 18), § 10, Rn. 64; eine Ausnahme ergibt sich lediglich – in Übertragung der im Rahmen der *Foto Frost*-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auf den vorläufigen Rechtsschutz durch den EuGH – in den Fällen, in denen das mitgliedstaatliche Gericht die Feststellung der Ungültigkeit oder die Nichtanwendung von Sekundärrecht erwägt, vgl. hierzu, mit Rspr.-Nachw., Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Fn. 18), § 10 Rn. 64.

<sup>47</sup> EuGH, Verb. Rs. 35 und 36/82 (Morson und Jhanjhan), Slg. 1982, IV-3723, Rn. 10; EuGH, Rs. 107/76 (Hoffmann-La Roche), Slg. 1977, I-957, Rn. 5.

### I. Vorlageverpflichtete Gerichte im Asylverfahren

Die folgende Darstellung folgt dem Instanzenzug, um zu erläutern, welches Gericht in welcher prozessualen Situation als letztinstanzliches anzusehen ist.

#### 1. Klage vor dem VG in Fällen offensichtlicher Unzulässigkeit/Unbegründetheit

Gemäß Art. 30 AsylVfG kann das Bundesamt einen Antrag unter den dort genannten Voraussetzungen in qualifizierter Form als »offensichtlich unbegründet« ablehnen. Gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 AsylVfG ist ein als offensichtlich unbegründet abweisendes Urteil unanfechtbar. Das gilt gemäß § 78 Abs. 1 S. 2 AsylVfG auch dann, wenn die Klage nur hinsichtlich der Asylberechtigung und der Flüchtlingsanerkennung nach Art. 60 Abs. 1 AufenthG abgelehnt wurde, sie hinsichtlich der Abschiebungshindernisse nach § 60 Abs. 7 AufenthG hingegen als »einfach« unzulässig oder unbegründet abgewiesen wurde. Beabsichtigt das VG demnach, die Klage als offensichtlich unzulässig oder unbegründet abzuweisen, ist es funktional letztinstanzliches Gericht. Es ist demnach vor der Entscheidung zur Vorlage verpflichtet.

#### 2. Erstinstanzliches Verfahren vor dem VG

Gemäß § 78 Abs. 2 S. 1 AsylVfG kann gegen das Urteil des VG mit der Berufung vorgegangen werden. Das VG ist demnach nicht letztinstanzliches Gericht, also nicht vorlageverpflichtet.

#### 3. Entscheidung über die Zulassung der Berufung durch OVG/VGH

Die Berufung setzt gemäß § 78 Abs. 2 S. 1 AsylVfG die Zulassung durch das OVG/den VGH voraus, die sich nach den in § 78 Abs. 3 AsylVfG enthaltenen Gründen richtet. Der Antrag auf Zulassung zur Berufung ist nach § 78 Abs. 4 S. 2 AsylVfG beim VG zu stellen, die Entscheidung liegt jedoch gemäß § 78 Abs. 5 S. 1 AsylVfG beim OVG/VGH.

Die Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags ist gemäß § 80 AsylVfG ausgeschlossen. Auch die Sprungrevision nach § 134 VwGO ist durch § 78 Abs. 2 S. 2 AsylVfG ausgeschlossen. Durch die Ablehnung der Berufungszulassung wird daher gemäß § 78 Abs. 5 S. 2 AsylVfG das Urteil des VG rechtskräftig. Fraglich ist, welche Konsequenzen sich hieraus für die mögliche Qualifizierung des OVG/VGH als letztinstanzliches Gericht ergeben. Zu Klärung dieser Frage soll im Folgenden auf eine parallel im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht geführte Diskussion zurückgegriffen werden.

In der Literatur<sup>48</sup> wird in Zusammenhang mit §§ 124, 124 a VwGO mit zutreffender Argumentation vorgeschlagen, danach zu differenzieren, ob das OVG/der VGH den Antrag ablehnt oder ihm stattgibt. Gegen einen ablehnenden Beschluss des OVG/VGH ist gemäß § 124 a Abs. 5 S. 4

VwGO kein Rechtsmittel gegeben. Daher sei das Gericht in diesem Falle letztinstanzliches Gericht. Lasse das OVG hingegen die Berufung zu, so sei es nicht als letztinstanzliches Gericht anzusehen, weil gegen seine im Berufungsverfahren ergehende Entscheidung die Revision oder die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 133 Abs. 1 VwGO zulässig sei.<sup>49</sup> Dem folgt das OVG NRW.<sup>50</sup>

Der dargestellte Ansatz beruht auf dem Ausschluss eines Rechtsmittels im allgemeinen Verwaltungsverfahren, wie er sich auch in der spezielleren Regelung des AsylVfG findet. Er ist also unmittelbar auf die Nichtzulassung der Berufung im Asylverfahren übertragbar. Demnach begründet das OVG/der VGH seine eigene Vorlagepflicht, wenn es beabsichtigt, die Berufung nicht zuzulassen. Beabsichtigt es/er hingegen, die Berufung zuzulassen, so ist gegen die im Rahmen der Berufungsverfahren ergehende Entscheidung des OVG die Zulassung zur Revision gemäß § 132 Abs. 1 AsylVfG möglich. Demnach ist das OVG im Falle der stattgebenden Entscheidung nicht vorlageverpflichtet.

#### 4. Entscheidung des OVG/VGH in der Hauptsache

Im Berufungsverfahren besteht für den Fall der ablehnenden Entscheidung in der Hauptsache grundsätzlich die Möglichkeit der Revision gemäß §§ 132 ff. VwGO. Das OVG ist demnach bei der Entscheidung in der Hauptsache nicht letztinstanzliches Gericht.

#### 5. Entscheidung des OVG/VGH über die Zulassung der Revision

Gemäß § 132 Abs. 1 VwGO kann das OVG/der VGH die Revision aus den in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründen zulassen. Lässt es die Berufung nicht zu, so steht dem Kläger die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 133 Abs. 1 VwGO offen, die in der Regel beim OVG/VGH<sup>51</sup> einzureichen ist. Zunächst prüft das OVG/der VGH, dessen Entscheidung angefochten wird, ob es der Beschwerde abhilft.

Tut es dies, so folgt die Verhandlung vor dem BVerwG, das OVG/der VGH ist mithin nicht letztinstanzliches Gericht. Tut es dies nicht, so legt es die Beschwerde gemäß § 135 Abs. 5 VwGO dem BVerwG als Revisionsinstanz vor. BVerwG und BVerfG<sup>52</sup> sehen, in Übereinstimmung mit der Literatur<sup>53</sup>, die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133

<sup>48</sup> Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 30), Rn. 126; Petzold, in: NJW 1998, 123 (124); Wohlfahrt, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur EU (Vorauslage, Maastrichter Fassung – Art. 234 EG in Neuaufgabe noch nicht kommentiert), Art. 177, Rn. 49; i. Erg. auch Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Fn. 18), § 10, Rn. 59.

<sup>49</sup> Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 30), Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 126.

<sup>50</sup> OVG NRW, in: NVwZ 2000, 1069 (1069); OVG NRW, in: NVwZ-RR 2002, 431 (434).

<sup>51</sup> Beachte aber die Ausnahme des § 135 VwGO.

<sup>52</sup> BVerfGE 82, 159 (196); BVerfG, in: NVwZ 1993, 883 (883 f.).

<sup>53</sup> Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Fn. 18), § 10, Rn. 59; Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 30), Rn. 126; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 234, Rn. 18; Borchardt, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-

Abs. 1 VwGO in ständiger Rechtsprechung als Rechtsmittel i. S. d. Art. 234 Abs. 3 EG an. Daher ist das OVG/der VGH, wenn es/er die Berufung nicht zulässt, ebenfalls nicht zum letztinstanzlichen Gericht i. S. d. Art. 234 Abs. 3 EG.<sup>54</sup> Das ist unter dem Aspekt der Rechtsschutzfunktion des Art. 234 Abs. 3 EG gut vertretbar, sofern gewährleistet ist, dass im Rahmen einer anschließenden Nichtzulassungsbeschwerde entscheidungserhebliche Fragen zum Gegenstand revisionsrechtlicher Klärung gemacht und dem EuGH vorgelegt werden können.<sup>55</sup>

## 6. Entscheidung des BVerwG über die Nichtzulassungsbeschwerde

Hilft das OVG/der VGH der Beschwerde nicht ab, so entscheidet das BVerwG nach § 133 Abs. 5 VwGO über die Nichtzulassungsbeschwerde. Nach § 135 Abs. 5 S. 3 VwGO wird das Urteil mit der Ablehnung der Beschwerde rechtskräftig, weitere Rechtsmittel sind nicht gegeben. Das BVerwG ist also bei der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde letztinstanzliches Gericht i. S. d. Art. 234 Abs. 3, 68 Abs. 1 EG.<sup>56</sup>

## 7. Entscheidung des BVerwG in der Hauptsache

Gegen Entscheidungen des BVerwG ist kein weiteres Rechtsmittel möglich. Es ist demnach vorlageverpflichtet. Die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde steht dem nicht entgegen, da sie als außerordentlicher Rechtsbehelf kein Rechtsmittel i. S. d. § 234 Abs. 3 EG ist.

## II. Ausnahmen von der Vorlagepflicht im Asylverfahren?

Ausnahmen anhand der beiden oben (B. II. 5.) zuerst genannten Fallgruppen kommen nicht in Betracht. Für flüchtlingsrechtliche Fragen liegt bislang noch keine gesicherte Rechtsprechung vor. Auch die *acte-claire*-Doktrin greift nicht. Angesichts der bislang teilweise erheblich divergierenden europäischen Staatenpraxis wird im Flüchtlingsrecht kaum eine Frage mit der hierfür erforderlichen Klarheit zu beantworten sein.

Fraglich ist jedoch, wie es sich mit der erörterten Ausnahme im vorläufigen Rechtsschutz verhält. Dabei ist ein gang zu klären, welches Gericht im Asylverfahren letztinstanzlich ist. Das ergibt sich aus § 80 AsylVfG, der das Rechtsmittel der Beschwerde für sämtliche Entscheidungen im Asylverfahren ausschließt und auch den vorläufigen Rechtsschutz erfasst.<sup>57</sup> Demnach ist das VG bei der Entscheidung im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes stets letztinstanzliches Gericht.

Für das Asylverfahren sollte der vorschnelle Schluss auf ein Entfallen der Vorlagepflicht vermieden werden. Vielmehr ist zu untersuchen, ob durch seine verfahrensrechtlichen Besonderheiten eine Situation geschaffen wird, über die der EuGH bisher noch nicht entschieden hat und die

deshalb nicht von den genannten Voraussetzungen für ein Entfallen der Vorlagepflicht erfasst wird.

Klagen gegen Bescheide des Bundesamts haben in vielen Fällen keine aufschiebende Wirkung.<sup>58</sup> Daher ist häufig ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO erforderlich, um die mögliche Abschiebung des Klägers noch während des Hauptsacheverfahrens zu verhindern. Wird dem nicht stattgegeben und der Betroffene abgeschoben, findet häufig kein Hauptsacheverfahren mehr statt bzw. wird die Hauptsache für erledigt erklärt. Unter Zugrundelegung der EuGH-Rechtsprechung wäre dann nicht mehr gewährleistet, dass im Hauptsacheverfahren eine erneute Prüfung jeder im summarischen Verfahren nur vorläufig entschiedenen Frage des Gemeinschaftsrechts erfolgt und sie den Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens bilden kann. Das Verfahren könnte zwar theoretisch weiterbetrieben werden, was in der Praxis aber nur selten geschieht. Dadurch würden dem EuGH Fragen entzogen, deren Entscheidung allein in seine Kompetenz fällt. Das würde die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gefährden. Daher ist die Ausnahme für das Asylverfahren zu verneinen. Letztinstanzliche Gerichte sind vorlageverpflichtet. Beabsichtigt das VG demnach, dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht stattzugeben, begründet es als letztinstanzliches Gericht nach § 80 AsylVfG seine Vorlagepflicht.

Dieses Ergebnis ist paradox. Einerseits ergibt sich für das VG eine Vorlagepflicht im summarischen Verfahren, obwohl es im Hauptsacheverfahren nicht vorlageberechtigt ist. Andererseits bleibt die praktische Frage offen, wie eine Vorlage an den EuGH unter den zeitlichen Bedingungen des vorläufigen Rechtsschutzes realistisch in das Verfahren integriert werden soll. Der aufgezeigte Widerspruch ist allein erklärbar durch die mangelnde Abstimmung zwischen den Normen des nationalen Verfahrensrechts und denen des europäischen Primärrechts. Als Lösung wäre zu erwägen, in Fällen, in denen ein Vorabentscheidungsverfahren möglich erscheint, eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO anzunehmen.

## III. Handlungsmöglichkeiten aus anwaltlicher Perspektive

Schließlich stellt sich noch die Frage, was der Anwalt tun kann, wenn ein Gericht seiner Vorlagepflicht nicht nachkommt. Seine Handlungsmöglichkeiten lassen sich nach dem Zeitpunkt des Eingreifens unterscheiden:

Vertrag, 3. Aufl. 2003, Art. 234, Rn. 42.

<sup>54</sup> BVerwG, in: NJW 1987, 601 (601) = BVerwG, Buchholz 451.90 EWG-Recht Nr. 59; BVerwG, in: EuZW 1993, 263 (263) = BVerwG, in: NVwZ 1993, 770 (770); BVerwG, in: NJW 1996, 1423 (1423).

<sup>55</sup> Borchardt, in: Lenz/Borchardt (Fn. 53), Art. 234, Rn. 42.

<sup>56</sup> Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 30), Rn. 126.

<sup>57</sup> Marx, Kommentar zum AsylVfG, 6. Aufl. 2005, § 80, Rn. 6.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu Duchrow/Spieß, Flüchtlings- und Asylrecht, 2. Aufl. 2005, S. 273.

### 1. Während des laufenden Verfahrens

Aus dem Wortlaut von Art. 234 Abs. 2 und Art. 68 Abs. 1 EG ergibt sich, dass allein Gerichte, nicht aber Prozessparteien vorlageberechtigt sind.<sup>59</sup> Dem Rechtsanwalt verbleibt damit nur die Möglichkeit, im Rahmen des Verfahrens vor dem nationalen Gericht die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens durch das Gericht anzuregen und gegebenenfalls die entscheidungserheblichen Fragen argumentativ herauszuarbeiten.

Dabei ist zunächst zu fragen, welche Möglichkeiten sich im Rechtsmittelrecht ergeben. Grundsätzlich gilt für die dargestellten Konstellationen Folgendes: Die Qualifizierung als letztinstanzliches Gericht ergibt sich gerade aus der Unanfechtbarkeit der Entscheidung. Demnach bietet das nationale Prozessrecht keine Möglichkeit, die Verletzung der Vorlagepflicht anzugreifen. Gleichwohl soll hier gesondert auf zwei prozessuale Situationen eingegangen werden, in denen das Vorabentscheidungsverfahren dennoch relevant sein kann.

Die erste Situation betrifft die Nichtzulassung der Revision. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG kommt einer Rechtssache grundsätzliche Bedeutung i. S. d. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zu, wenn zu erwarten ist, dass die Entscheidung in einem zukünftigen Revisionsverfahren dazu dienen kann, die Rechtseinheit in ihrem Bestand zu erhalten oder die Weiterentwicklung des Rechts zu fördern. Das ist der Fall, wenn die Rechtssache eine höchstrichterlich bisher noch nicht geklärte Rechtsfrage von grundsätzlicher, das heißt allgemeiner Bedeutung aufwirft.<sup>60</sup> Hierfür ist es nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>61</sup> und BVerfG<sup>62</sup> in Rechtsstreitigkeiten über die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung ausreichend, wenn dargelegt ist, dass in einem zukünftigen Revisionsverfahren voraussichtlich gemäß Art. 234 Abs. 3 EG eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen sein wird. Mithin kann die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 133 Abs. 1 VwGO auf die voraussichtliche Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens durch das BVerwG gestützt werden.

Die zweite Situation betrifft die Ablehnung der Berufungszulassung. Die Grundsatzberufung gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG ist der Grundsatzrevision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO nachgebildet.<sup>63</sup> Daraus ist zu folgern, dass die vom BVerwG entwickelte Bewertung der grundsätzlichen Bedeutung bei zu erwartendem Vorabentscheidungsverfahren im Revisionsverfahren uneingeschränkt auf eine zu erwartende Vorabentscheidung durch das Berufungsgericht übertragbar ist.<sup>64</sup> Da es diesbezüglich noch keine Rechtsprechung gibt, kann es sinnvoll sein, die entsprechende Argumentation im Rahmen des Antrags auf Berufungszulassung vorzutragen. Gerichtlich durchsetzbar ist dies wegen des Ausschlusses eines Rechtsmittels nach § 80 AsylVfG jedoch nicht.

### 2. Nach Abschluss des Verfahrens

Der EuGH ist gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>65</sup> Daher ist bei einem Verstoß gegen die Vorlagepflicht eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu erwägen, die durch eine Verfassungsbeschwerde gerügt werden könnte.

Das BVerfG setzt hierfür jedoch sehr hohe Hürden.<sup>66</sup> Nicht jeder Verstoß gegen die aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgenden Verpflichtungen stellt eine Entziehung des gesetzlichen Richters dar. Vielmehr muss die Entscheidung willkürlich unrichtig sein.<sup>67</sup> Das gilt auch bei pflichtwidrig unterlassener Vorlage i. S. d. Art. 234 Abs. 3 EG.<sup>68</sup> Willkür ist zu bejahen, wenn das Gericht eine Auslegung und Anwendung von Verfahrensnormen vornimmt, die bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist.<sup>69</sup> Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Vorlagepflicht deutscher Gerichte hat das BVerfG durch drei mögliche Konstellationen konkretisiert.<sup>70</sup>

Willkür wird erstens bejaht, wenn das Gericht seine Vorlagepflicht grundsätzlich verkennt, also trotz der seiner Auffassung nach bestehenden Entscheidungserheblichkeit eine Vorlage gar nicht in Erwägung zieht, obwohl es Zweifel in Bezug auf die Beantwortung der Frage hegt.<sup>71</sup> Hier gilt, ebenso wie in den folgenden Konstellationen, dass die angegriffene Entscheidung erkennen lassen muss, dass das Gericht sich mit der Frage der Vorlage beschäftigt hat.<sup>72</sup> Die Erfüllung dieses Merkmals ist im Asylverfahren zwar theoretisch denkbar, setzt aber einen ganz erheblichen Mangel in der angegriffenen Entscheidung voraus.

Zweitens wird Willkür bejaht, wenn das vorlageverpflichtete Gericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des EuGH abweicht und dennoch nicht vorlegt.<sup>73</sup> Die Erfüllung dieses Merkmals ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt, in dem einschlägige Rechtsprechung des EuGH zum Flüchtlingsrecht noch nicht existiert, undenkbar.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. 5/72 (Grassi), Slg. 1972, 443, Rn. 3.

<sup>60</sup> Grundlegend BVerwGE 13, 90 (91); für weitere Nachweise vgl. Schmidt, in: Eyer mann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 132, Rn. 9f.

<sup>61</sup> BVerwG, in: NJW 1986, 664 (664); BVerwG, in: NJW 1986, 1448 (1449).

<sup>62</sup> BVerfGE 82, 159 (196).

<sup>63</sup> Vgl. Marx (Fn. 57), § 78, Rn. 54.

<sup>64</sup> Ebenso Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Fn. 18), § 10, Rn. 257; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 234, Rn. 18.

<sup>65</sup> BVerfGE 73, 339 (366).

<sup>66</sup> Zur Kritik hieran vgl. die Nachweise bei Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 1. Aufl. 2000, Band III, Art. 101, Rn. 59.

<sup>67</sup> BVerfGE 87, 282 (284 f.) m. w. N.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 66), Art. 101, Rn. 59.

<sup>68</sup> BVerfGE 73, 339 (366 f.).

<sup>69</sup> BVerfGE 29, 198 (207); 82, 159 (195).

<sup>70</sup> Vgl. hierzu Classen, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 101, Rn. 61.

<sup>71</sup> BVerfGE 82, 159 (195).

<sup>72</sup> Schwarze, in: Schwarze (Fn. 25), Art. 234, Rn. 52.

<sup>73</sup> BVerfGE 82, 159 (195); BVerfGE 75, 223 (245).

Zuletzt könnte Willkür derzeit für die dritte Fallgruppe erwogen werden. Sie betrifft Fälle, in denen zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts noch keine Rechtsprechung des EuGH vorliegt, sie noch nicht erschöpfend beantwortet ist oder eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH als nicht nur entfernte Möglichkeit erscheint. Hier wird Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG allerdings nur dann verletzt, wenn das vorlageverpflichtete Gericht den ihm in solchen Fällen zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat. Das ist anzunehmen, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage eindeutig vorzuziehen sind.<sup>74</sup> Angesichts der erheblichen Kontroversen um die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale des Flüchtlingsbegriffs dürfte dies Kriterium kaum je erfüllt sein. Eine Verfassungsbeschwerde wird daher nur ausnahmsweise Erfolg haben.

Das pflichtwidrige Unterlassen einer Vorlage kann auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene Grund für ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226, 227 EG sein.<sup>75</sup> Dieser Ansatz ist jedoch rein theoretischer Natur, da die Kommission bislang noch nie Gebrauch gemacht hat.<sup>76</sup>

Daneben stellt sich die Frage, ob die pflichtwidrige Unterlassung einer Vorlage ein Grund für eine gemeinschaftsrechtliche Haftung des Mitgliedstaates,<sup>77</sup> dem das Gericht angehört, sein kann. Dieser wäre vom Anwalt im Rahmen des nationalen Staatshaftungsrechtes durchzusetzen. Zwar nimmt der EuGH auch in Fällen richterlichen Unrechts die Möglichkeit eines Haftungsanspruchs an,<sup>78</sup> wobei gerade die Verletzung der Vorlagepflicht Haftungsgrund sein kann.<sup>79</sup> Allerdings würde die Frage, wie die unterlassene Vorlagefrage beantwortet worden wäre, regelmäßig offen bleiben. Ein Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung dürfte demnach kaum zu bejahen sein.<sup>80</sup> Hinzu tritt die Frage, wie die hiermit angesprochene Rechtsfolge dem im Asylverfahren geltend gemachten Interesse gerecht werden kann. Auch der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch ist demnach kein geeignetes Instrument zur Sanktionierung der Vorlagepflicht.

#### D. Fazit und Ausblick

Entgegen dem ersten Eindruck des Wortlauts von Art. 68 Abs. 1 EG, kann eine Vorlagepflicht im Asylverfahren nicht nur für das BVerwG, sondern auch für das VG und das OVG/den VGH entstehen. Paradoxerweise sind es dabei gerade die Restriktionen des nationalen Rechtsmittelrechts, die die von Art. 68 Abs. 1 EG gewollte Restriktion auf europäischer Ebene zumindest teilweise ins Leere laufen lassen. Inwiefern deutsche Verwaltungsgerichte jedoch bereit sind, der theoretisch gebotenen Vorlage in der Praxis nachzukommen und damit den Einfluss des EuGH auf die flüchtlings-

rechtliche Dogmatik zu beschleunigen, bleibt abzuwarten. Rechtsanwälte kritisieren die Verwaltungsgerichte seit Jahren immer wieder für ihre mangelnde Bereitschaft, überkommene restriktive Ansätze zu überdenken.

Aus anwaltlicher Perspektive wird es in erster Linie darum gehen, in Fällen, in denen die Vorlagepflicht nicht bereits wegen des Verfahrensstadiums vor dem BVerwG offensichtlich ist, auf die Vorlagepflicht hinzuweisen, da deren Verletzung nur äußerst begrenzt angreifbar ist. Die praktisch erfolgsversprechendste Strategie dürfte darin liegen, im Rahmen von Berufung und Revision die aufgezeigten Argumentationen<sup>81</sup> zu verfolgen und, soweit es um die Revision geht, gegebenenfalls mit der Nichtzulassungsbeschwerde auf der Grundlage gesicherter bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung durchzusetzen.

Vielleicht erledigt sich das hier diskutierte Problem jedoch auch in absehbarer Zeit. Gemäß Art. 67 Abs. 2 EG hätte der Rat bis zum 1. Mai 2004 einen Beschluss über die Anpassung der Bestimmungen über die Zuständigkeit fassen müssen. Die Kommission hat im Juli 2006 kritisiert, dass das noch nicht geschehen ist. Insbesondere hat sie vorgeschlagen, die Restriktion des Art. 68 EG abzuschaffen.<sup>82</sup> Der Präsident des EuGH hat den Vorschlag zwischenzeitig in einem Reflexionspapier aufgegriffen und den Rat aufgefordert, sich zu äußern.<sup>83</sup> Dies lässt hoffen, dass sich die hier diskutierten Probleme bald nicht mehr stellen.

<sup>74</sup> BVerfGE 82, 159 (195 f.).

<sup>75</sup> Schwarze, in: Schwarze (Fn. 25), Art. 234, Rn. 50.

<sup>76</sup> Herrmann, in: EuZW 2006, 231 (231).

<sup>77</sup> Zu den Voraussetzungen EuGH, Verb. Rs. C-6/90 u. a. (Francovich u. a.), Slg. 1991, I-5357, Rn. 38 ff.

<sup>78</sup> EuGH, Urteil v. 13.6.2006, Rs. C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo), Rn. 30; in Anschluss an EuGH, Rs C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239, Rn. 36.

<sup>79</sup> EuGH, Urteil v. 13.6.2006, Rs. C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo), Rn. 32; Rs C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239, Rn. 53–55.

<sup>80</sup> I. Erg. ebenso Obwexer, in: EuZW 2003, 726 (727).

<sup>81</sup> Vgl. C. III. 1.

<sup>82</sup> Vgl. Mitteilung KOM(2006) 346 endg. vom 28.6.2006 der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Anpassung der Bestimmungen des Titels IV des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften über die Zuständigkeiten des Gerichtshofes zur Sicherstellung eines wirksamen gerichtlichen Schutzes.

<sup>83</sup> Übermittlungsvermerk des Präsidenten des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Herrn Vassilios Skouris, an den Präsidenten des Rates der Europäischen Union, Herrn Erkki Tuomioja vom 25.9.2006 – Reflexionspapier zur Behandlung von Vorlagefragen, die den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betreffen.

*Der Beitrag wurde vom Europäischen Flüchtlingsfonds gefördert.*



*Er gibt die Meinung des Verfassers wieder. Die Europäische Kommission zeichnet für die Verwendung der Informationen nicht verantwortlich.*