

Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung

Attila Vincze*

Abstract	235
I. Europäisierung, Anpassungspflicht, Anpassungsdruck und <i>spill-over</i>	236
II. Die herrschenden Erklärungsvarianten und einige Kritikpunkte	241
1. Die Limitierungen der rationalen Innovation	243
2. Die Unerwünschtheit dualer Rechtsregime	244
3. Zum Rezeptionsbild	244
III. Die Rechtsvergleichung als methodischer Ausweg	246
IV. Die praktische Anwendung der Methode: Die Endgültigkeit der Verwaltungsentscheidungen	250
1. Die mitgliedstaatlichen Regelungsmodelle	250
2. Die Vorgaben des Unionsrechts	254
3. Einfluss des Europarechts auf die nationale Rechtskraftregelung	257
a) Österreich	257
b) Deutschland	258
c) Tschechien	260
d) Ungarn	260
e) Das Vereinigte Königreich	261
4. Fazit	263
V. Einige Folgerungen	265

Abstract

Die Durchführung des Unionsrechts bedarf der Indienstnahme des nationalen Rechts und das letztere unterliegt – gemäß dem Gebot der Effektivität und Äquivalenz – einer punktuellen Anpassungspflicht, die wiederum auch eine faktische Ausstrahlungswirkung hat. Die herrschende Lehre erklärt diesen transformatorischen Einfluss entweder durch eine rationale Innovation oder durch die Unerwünschtheit dualer Rechtsregime. Die vorliegende Untersuchung stellt einerseits die Unvollkommenheiten dieser Theorien dar und zeigt anhand einer rechtsvergleichenden Analyse, warum sie

* Dr. iur., LL.M. (München), der Autor ist Privatdozent an der Wirtschaftsuniversität Wien (*Prof. DDr. Michael Potacs*), sowie Universitätsdozent für europäisches und vergleichendes öffentliches Recht an der deutschsprachigen Andrassy Universität Budapest. Der Beitrag geht teilweise auf die Ergebnisse eines Forschungsaufenthaltes am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zurück. Der Autor dankt Herrn *Prof. Dr. Armin von Bogdandy* für die Ermöglichung dieses Aufenthaltes.

nicht zutreffend sind. Des Weiteren wird die Rechtsvergleichung als methodischer Ansatz vorgeschlagen, die geeignet ist, als Grundlage für eine positivistische (faktenbasierte) Theorie zu dienen. Die konkrete Analyse zeigt auch, dass die Rechtsordnungen weder dem Modell der rationalen Innovation noch dem der Unerwünschtheit der dualen Rechtsregime folgen, sondern sich auf die Anforderungen des Unionsrechts, ihren dogmatischen und sozio-kulturellen Gegebenheiten entsprechend, reagieren, wobei es auch oft vorkommt, dass Mitgliedstaaten mit ähnlichen dogmatischen Grundpositionen oder historischen Erfahrungen voneinander abweichende Reaktionen entwickeln.

I. Europäisierung, Anpassungspflicht, Anpassungsdruck und *spill-over*

Die Durchführung des Unionsrechts bedarf der Indienstnahme, der Instrumentalisierung des nationalen Verwaltungsrechts.¹ Die Mitgliedstaaten haben die grundsätzliche Kompetenz² bzw. Aufgabe,³ die mit der Durchführung des Europarechts betraute Organisation und das dazu notwendige Verfahrensrecht selbst auszugestalten. Diese in der Literatur teilweise normativ,⁴ teilweise deskriptiv⁵ aufgefasste Verfahrensautonomie⁶ unterliegt

¹ E. Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 108 (1993), 924 (929); E. Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, § 5, Rn. 32; M. Ruffert: Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: A. von Bogdandy/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, § 94, Rn. 44; U. Mager, Entwicklungslinien des Europäischen Verwaltungsrechts, Verwalt., Beiheft 10 (2010), 11 ff. Schneider verwendet den Ausdruck "Indienstnahme", J.-P. Schneider, Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbunds – Einleitende Bemerkungen, Verwalt., Beiheft 8 (2009), 9 (25).

² T. Öhlinger/M. Potacs, EU-Recht und staatliches Recht, 4. Aufl. 2011, 150.

³ T. von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, 302: "Die Wahrnehmung von Verwaltungsmaßnahmen zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts ist primär Aufgabe der Mitgliedstaaten."

⁴ Im normativen Sinne soll der Ausdruck ein "rechtliches Reservat zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht" bedeuten, so W. Schroeder, Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung – Existiert ein Prinzip der nationalen Verfahrensautonomie?, AöR 129 (2004), 3 (22) bzw. eine Kompetenzvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten, so S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 110. Umfassend zur Verfahrensautonomie in einem normativen Sinne C. Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013.

⁵ Im rein deskriptiven Sinne beschreibt die Autonomie einen bloßen faktischen Befund, nach dem die Mitgliedstaaten die Organisationsstruktur und das Verfahrensrecht in den meisten Fällen tatsächlich selbst festlegen, sie ist jedoch keineswegs als eine absolute Schranke des

jedoch dem Gebot der (relativ) einheitlichen und (möglichst) effektiven Durchführung des Unionsrechts.⁷ Die nationalen Behörden wenden deshalb bei der Durchführung des Unionsrechts die Bestimmungen ihres nationalen Rechts an, soweit⁸ die mitgliedstaatlichen Vorschriften nicht ungüns-

Unionsverwaltungsrechts zu sehen, *S. Augsberg*, Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen, in: *J. P. Terhechte*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2011, § 6, Rn. 21; *K. Stöger*, Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden, *ZÖR* 65 (2010), 247 ff. (253 ff.); *D. Hanf*, Der Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als neuer Prüfstein für das „Kooperationsverhältnis“ zwischen EuGH und BVerfG, *ZaöRV* 59 (1999), 51 (72); *C. M. Kakouris*, Do the Member States Possess Judicial Procedural „Autonomy“, *CML Rev* 34 (1997), 1389 (1397); *L. Frank*, Gemeinschaftsrecht und staatliche Verwaltung, 2000, 201 ff.; *A. von Bogdandy/S. Schill*, Art. 4 EUV, Rn. 77, in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union. Vgl. In diesem Sinne *J. Ziller*, Bezugsquellen und Grundlagen des europäischen Verwaltungsrechts – Verwaltung und Verfassungsstaat, in: *S. Magiera/K.-P. Sommermann/J. Ziller* (Hrsg.), Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive, FS für *H. Siedentopf*, 2008, 173 (181): „...die Hauptquelle der anwendbaren Vorschriften ist das staatliche Verwaltungsrecht.“ Die Autonomie ist deshalb in diesem zweiten Sinne eine eher „euphemistische“ Bezeichnung. *F. Schoch*: Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Verwalt., Beiheft* 2 (1999), 135 ff. (136).

⁶ Die Begriffe variieren, „Verfahrensautonomie“ z. B. bei *T. von Danwitz* (Anm. 3), 302 ff.; *W. Schroeder* (Anm. 4) oder *C. Krönke* (Anm. 4), institutionelle und verfahrensmäßige Autonomie z. B. bei *H. W. Rengeling*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Rechtsschutz – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und deutscher Gerichte, in: *R. Bieber/A. Bleckmann/F. Capotorti* (Hrsg.), Das Europa der zweiten Generation, GS für *C. Sasse*, 1981, 197 (198 f.); *G. C. Iglesias*, *EuGRZ* 24 (1997), 289 (289) spricht von „einer institutionellen und Verfahrensautonomie“.

⁷ Dieses Erfordernis kann auf ein Homogenitätsgebot (*C. D. Classen*, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, *Verwalt.* 31 [1998], 307 [333]) bzw. auf den Anspruch der „einheitlichen Wirksamkeit des Europarechts“ zurückgeführt werden (*A. Hatje*, Art. 4, Rn. 36, in: *J. Schwarze*, EU-Kommentar, 2012); *Schroeder* spricht wiederum von einer einheitlichen Wirkung, *W. Schroeder* (Anm. 4), 14 ff. Der Vorrang des Unionsrechts verlange nämlich, dass die Wirkungen und der Inhalt des Unionsrechts durch das zur Durchführung bestimmte mitgliedstaatliche Recht nicht ausgehebelt werden, und die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wird deshalb plausibel als die „offene Flanke der Einheit des Unionsrechts“ beschrieben, so *A. Hatje*, Art. 197, Rn. 1, in: *J. Schwarze* (Anm. 7). *Kadelbach* meint jedoch, dass die Vollzugsunterschiede einfach als eine Auswirkung der Vollzugsarchitektur hinzunehmen sind (*S. Kadelbach* [Anm. 4], 113). Ähnlich ist *von Danwitz* der Auffassung, dass Art. 291 AEUV von der Unterschiedlichkeit des nationalen Durchführungsrechts und ihrer gemeinschaftsvertragsrechtlichen Unbeachtlichkeit ausgeht, was durch den Harmonisierungsausschluss gemäß Art. 197 Abs. 2 S. 4 AEUV bestätigt werde (*T. von Danwitz* [Anm. 3], 303).

⁸ Zur verbreiteten „Soweit“-Formel *T. Öblinger/M. Potacs* (Anm. 2), 154 f.; m. w. N. *A. von Bogdandy/S. Schill* (Anm. 5), Art. 4 EUV, Rn. 79; zur Entwicklung auch *D. Hanf* (Anm. 5), 68 f. Sie wird auch als „Koordinierungsformel“ bezeichnet, *D. Scheuing*, Europäisierung des Verwaltungsrechts, *Verwalt.* 34 (2001), 107 (109), *V. Wirths*, Bestandskraft und Vollstreckbarkeit unionsrechtswidriger Verwaltungsakte im Lichte der Koordinierungsformel, in: *P.-C.*

ZaöRV 77 (2017)

tiger sind als diejenigen, die gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).⁹ Diese Anforderungen des durchzuführenden Unionsrechts modifizieren die nationalen Verwaltungsrechtsordnungen, aber nur in einem bestimmten Umfang.

Der Äquivalenzgrundsatz¹⁰ verlangt nach ständiger Rechtsprechung, dass bei der Anwendung sämtlicher für Rechtsbehelfe geltenden Vorschriften nicht danach unterschieden wird, ob ein Verstoß gegen Unionsrecht oder gegen internes Recht gerügt wird.¹¹ Es handelt sich im Kern um eine funktionsadäquate Ausdehnung der Anwendbarkeit der innerstaatlichen Rechtsbehelfe auf die gleichwertigen unionsrechtlichen Ansprüche, was das System und die Eigenart des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts grundsätzlich schont,¹² wie die Erweiterung der Staatshaftungsklage wegen der Verletzung der Verfassung auf die Ansprüche wegen Verletzung des Unionsrechts.¹³ Die Ausdehnung der Bedingungen der aufschiebenden Wirkung der Klageerhebung auf die einstweiligen Anordnungen¹⁴ muss hingegen schon als systemrelevante Innovation angesehen werden.

Müller-Graff/S. Schmahl/V. Skouris (Hrsg.), Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel, FS für D. H. Scheuing, 2011, 432 ff.

⁹ Schon EuGH Rs. 33/76 Slg. 1976, 2000, Rn.5 – *Rewe*; vgl. u. a. EuGH Rs. C-312/93, Slg. 1995, I-4599, Rn. 12 – *Peterbroeck*; EuGH verb. Rs. C-392/04, C-422/04, Slg. 2006, I-8559 – *i-21 Germany und Arcor*; EuGH Rs. C-378/10, EU:C:2012:440, Rn. 48 – *VALE Építési*. Vgl. auch das Urteil des österreichische VwGH vom 11.8.2004, GZ 2004/17/0066 m. w. N.. Aus der Literatur statt vieler *T. von Danwitz*, (Anm. 3), 476, *T. Öhlinger/M. Potacs* (Anm. 2), 112 ff. Als Vereitelungs- und Diskriminierungsverbot bezeichnet bei *A. Hatje* (Anm. 7), Art. 4 EUV, Rn. 59. Die Begriffe werden auch als Diskriminierungsverbot und Beeinträchtigungsverbot bezeichnet m. w. N. *A. von Bogdandy/S. Schill* (Anm. 5), Art. 4 EUV, Rn. 79; vgl. auch zum Begriff *L. Frank* (Anm. 5), 167.

¹⁰ Früher auch als Diskriminierungsverbot bezeichnet, *J. König*: Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz, 2011, 93; *T. Ehrke-Rabel*, Äquivalenzprinzip und Abgabenverfahren, in: M. Holoubek/M. Lang (Hrsg.), Abgabenverfahren und Europarecht, 2006, 129 (134 ff.).

¹¹ Vgl. in diesem Sinne EuGH Rs. C-231/96, Slg. 1998, I-4951, Rn. 36, – *Edis*; EuGH Rs. C-326/96, Slg. 1998, I-7835, Rn. 41 – *Levez*; EuGH Rs. C-78/98, Slg. 2000, I-3201, Rn. 55 – *Preston*; EuGH *i-21 Germany und Arcor* (Anm. 9).

¹² *C. Möllers*, Durchführung des Gemeinschaftsrechts – Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen, EuR 37 (2002), 483 (500 f.) meint mit Recht, dass keine Pflicht bestehe, “die Integrität der mitgliedstaatlichen Verwaltung zu schützen”, aber die Durchführungskompetenzen der Gemeinschaft begrifflich so einzufangen seien, “dass die Integrität der mitgliedstaatlichen Verwaltungsstrukturen möglichst wenig beeinträchtigt wird”.

¹³ EuGH Rs. C-118/08, Slg. 2010, I-635 – *Transportes Urbanos*.

¹⁴ VwGH Urt. vom 9.4.1999 GZ AW 99/21/0061; VwGH Urt. vom 1.12.2000 GZ AW 2000/09/0058; VwGH Urt. vom 10.11.2000, GZ AW 2000/09/0067; *C. Ranacher/M. Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts, 2009, 510 ff. Diese Möglichkeit gibt es auch gemäß §

Echte inhaltliche Modifizierungen verlangt jedoch das aus dem “*effet utile*”¹⁵-Grundsatz abgeleitete¹⁶ Effektivitätsgebot erst dann, wenn das mitgliedstaatliche Recht nicht bloß als suboptimal, sondern manifest defizitär anzusehen ist, da es weder als ein Optimierungsgebot¹⁷ noch als ein höchstmöglicher Grad der Zielerreichung¹⁸ zu verstehen ist. Dementsprechend toleriert das Unionsrecht die mitgliedstaatlichen Durchführungsvarianten in einem gewissen Umfang.¹⁹

Obwohl die im Zusammenhang mit der Durchführung des Unionsrechts erforderlichen Änderungen eher punktueller Natur sind, wird die partielle Nichtanwendung oder die modifizierte Anwendung des innerstaatlichen Rechts als die Öffnung der Büchse der Pandora aufgefasst,²⁰ da die Konturen des unionsrechtlich durchdrungenen mitgliedstaatlichen Rechts nicht so klar sind²¹ wie die tradierte Auslegung der innerstaatlichen Verfahrensvorschriften und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts die zu

22 VwGVG, C. Fuchs, in: M. Fister/C. Fuchs/M. Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren, 2013, § 22, Rn. 4.

¹⁵ L. Tichý/M. Potacs/T. Dumbrovský, Effet Utile, 2014; M. Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 44 (2009), 465 ff.; R. Streinz, Der “*effet utile*” in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), Festschrift für U. Everling, 1491 ff.

¹⁶ Zur Herleitung J. König (Anm. 10), 106 ff.; V. Madner, Effektivitätsgebot und Abgabenverfahrensrecht, in: M. Holoubek/M. Lang (Hrsg.), Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht, 2010, 115 (119 f.).

¹⁷ Deshalb falsch F. Schoch, Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 50 (1995), 107 (113).

¹⁸ So aber V. Madner (Anm.16), 121.

¹⁹ Dieser Zusammenhang ergibt sich unter anderen aus dem europäisierten Staatshaftungsrecht, das die Frage der qualifizierten Rechtsverletzung dem mitgliedstaatlichen Recht überlässt, und dadurch diversen Haftungsmaßstäben zur Anwendung verhilft.

²⁰ Dobler meint, dass der Effektivitätsgrundsatz dazu verwendet wird, in der Interpretation über den Wortsinn hinaus zu gehen, vgl. P. Dobler, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: G. Roth/P. Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 509 (518 ff.). Wegen der Konturenlosigkeit wird dieser Grundsatz auch als rätselhaft bezeichnet, vgl. F. Schoch, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (Anm. 154), 507 (511); noch schärfere Kritik bei G. Mäsch, Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – “*Courage*” und die Folgen, EuR 38 (2003), 825 (838): “Es weiß keiner genau, was aus dem Effizienzgebot und Diskriminierungsverbot im Einzelnen folgt. Es gleicht einem Stochern im Nebel, wenn man herauszufinden versucht, welche Tatbestandsmerkmale einer einzelstaatlichen Anspruchsnorm an dieser Messlatte scheitern.”

²¹ L. Franke (Anm. 5), 158; von Bogdandy und Schill sprechen von massiven Formen der Überlagerung des nationalen Verwaltungsrechts, A. von Bogdandy/S. Schill (Anm. 5), Art. 4 EUV, Rn. 81.

beantwortenden verfahrensrechtlichen Fragen nur teilweise klären können.²²

Diese aus der Durchführungs- bzw. Vollzugsarchitektur²³ des supranationalen Rechts folgenden punktuellen Anpassungspflichten werden oft einem faktischen Anpassungsdruck gegenübergestellt,²⁴ der die Übernahme der Wertungen, Strukturen und Modelle des europäischen Verwaltungsrechts auch für solche Gebiete fordert, die mit den unionsrechtlich determinierten Fragen zwar sachlich zusammenhängen, jedoch bisher nicht Gegenstand einer den Anwendungsvorrang beanspruchenden unionsrechtlichen Rechtssetzung waren²⁵ und deshalb nicht der unionsrechtlichen Pflicht unterliegen, das nationale Verwaltungsrecht den Anforderungen des Unionsrechts entsprechend anzuwenden. In diesem Fall handelt es sich um *spill-over*-Effekte,²⁶ positive Überwirkungen,²⁷ freiwillige Übernahmen,²⁸ Nachahmungen von Rechtsinstituten, Neuinterpretation und Inhaltsänderung des eigenen Rechts²⁹ ohne eine diesbezügliche förmliche Verpflichtung.³⁰ Es

²² M. Gellerman, Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellerman (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. 2003, § 37, Rn. 39.

²³ Zusammenfassend hierzu m. w. N. G. Sydow, Verwaltungsvollzugsordnung der Europäischen Union, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff, Enzyklopädie des Europarechts, 2013, § 12.

²⁴ E. Schmidt-Aßmann, Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Rn. I/64.

²⁵ Der Unterschied zwischen der rechtlichen Anpassungspflicht und dem faktischen Anpassungsdruck wird mit verschiedenen Ausdrücken beschrieben als direkte und indirekte Europäisierung (so K.-P. Sommermann, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht, in: J. Schwarze, Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, 181 (195 f.); W. Kabl, 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, NVwZ 30 (2011), 49 (454 f.); S. Cassese, Der Einfluß des gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts auf die nationalen Verwaltungsrechtssysteme, Der Staat 33 (1994), 25 [25 ff.]) oder als harte und weiche Europäisierung C. Fuchs, Europäische Verfahrensgrundsätze und mitgliedstaatliches Verwaltungshandeln, ZÖR 67 (2012), 47 ff. (57 f.). Es ist jedoch fraglich, ob es weiterführend ist, die Europäisierung je nach dem Objekt – materiell, prozedural und institutionell – zu differenzieren, da die Grenzen eher flüchtig sind, so unterscheidet aber T. Siegel, Europäisierung als Rechtsbegriff, JöR 61 (2013), 177 (182 ff.).

²⁶ M. Ruffert (Anm. 1), § 94, Rn. 41-42; C. Hilson, The Europeanization of English Administrative Law: Judicial Review and Convergence, European Public Law 9 (2003), 125 ff.; P. Birkinshaw, European Public Law, 2. Aufl. 2014, 10; H. C. H. Hofman, Mapping the European Administrative Space, W. Eur. Pol. 31 (2008), 662 (669).

²⁷ K.-H. Ladeur, Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts – eine Skizze, EuR 30 (1995), 227 ff.

²⁸ E. Schmidt-Aßmann, Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive, ZÖR 55 (2000), S. 159 (165-166); C. Hilson (Anm. 26) spricht inhaltsidentisch von "voluntary application".

²⁹ K.-P. Sommermann, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl. 111 (1996), 889 ff.

besteht eine weit verbreitete Annahme, dass die punktuellen, die einzelnen Facetten des besonderen Verwaltungsrechts betreffenden unionsrechtlich induzierten Änderungen auf andere Gebiete des Verwaltungsrechts ausstrahlen und “Tiefenwirkungen”,³¹ eine Transformation der Rechtskultur³² oder wechselseitige “Assimilation durch produktive Interferenzen”³³ herbeiführen.

Hier sind mehrere Fragen offen: worauf diese Annahmen beruhen, ob ihre Richtigkeit auch faktisch nachgewiesen werden kann, ob die einzelnen Mitgliedstaaten auf ähnliche Impulse durch ähnliche Veränderungen reagieren oder nicht und welche Faktoren die Rezeption oder Übernahme beeinflussen.

II. Die herrschenden Erklärungsvarianten und einige Kritikpunkte

Die behauptete und mit einigen Beispielen illustrierte faktische Ausstrahlungswirkung der unionsrechtlich herbeigeführten punktuellen Veränderungen wird vor allem auf zwei Gesichtspunkte zurückgeführt: auf das Innovationspotenzial des fremden Rechts und die Unerwünschtheit dualer Rechtsregime.

Der erste Erklärungsansatz geht davon aus, dass die Sekundärrechtsakte der Union und die Urteile der Unionsgerichte in einem “multikulturellen Rechtslaboratorium” entstehen und die Erfahrungen und Lösungsmodelle³⁴ der einzelnen Mitgliedstaaten speichern und destillieren, die dann auch die Rechtsinnovation durch “Gestaltungsimpulse”³⁵ fördern können,³⁶ weil be-

³⁰ P. M. Huber: Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa, in: A. von Bogdandy/P. M. Huber (Anm. 1), § 73 Rn. 27, beschreibt die spill-over-Effekte, als “die faktische Präjudizierung des nationalen Gesetzgebers und die Prägung von Verwaltungsbeamten und Richtern”.

³¹ P. M. Huber (Anm. 30), § 73, Rn. 26.

³² M. Handstanger, Vollziehung des EU-Rechts in Österreich - dargestellt am Beispiel der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch den VwGH, in: W. Hummer (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, 2010, 123 ff.

³³ K.-H. Ladeur (Anm. 27), 241.

³⁴ Hatje spricht auch von einem “breiten Reservoir an international offerierten Lösungen” und in diesem Zusammenhang von einem “Ideenverbund”, A. Hatje, Deutschland in der Europäischen Union: Innovation durch europäisches Verwaltungsrecht, in: P.-C. Müller-Graff/S. Schmahl/V. Skouris (Anm. 8), 323 (325).

³⁵ M. Burgi, in: M. Burgi/K. Schönenbroicher (Hrsg.), Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts, 2010, 31 (33).

³⁶ E. Schmidt-Aßmann (Anm. 24), Rn. I/65, auch so K.-H. Ladeur (Anm. 27), 227.

stimmte Konflikte sich “mit Hilfe europäischer Maßstäbe” sachgerechter lösen lassen.³⁷ Europäisierung bedeutet in diesem Zusammenhang “Infragestellung der eigenen nationalen Lösung”³⁸ aufgrund der “negativen Kontrastschablone” des Europarechts,³⁹ was wiederum eine kritische Selbstwahrnehmung⁴⁰ verlangt.

Der zweite Erklärungsansatz argumentiert, dass die Aufspaltung des nationalen Rechtssystems in zwei Blöcke, einen vom Europarecht durchdrungenen und einen von ihm weitgehend unberührten Teil, wegen der Wertungsunterschiede⁴¹ eher unerwünscht oder zumindest rechtfertigungsbedürftig ist.⁴² Deshalb wird davon ausgegangen, dass eine Konvergenz im mitgliedstaatlichen Rechtssystem erfolgt und die Wirkungen der Europäisierung auch auf rein innerstaatliche Konstellationen ausstrahlen.⁴³ Hier handelt es sich letzten Endes um die Folgerichtigkeit, die Widerspruchsfreiheit sowie die innere Kohärenz eines Rechtssystems.⁴⁴

Trotz der zahlreichen unbestritten existierenden Beispiele von *spill-over*-Wirkungen,⁴⁵ scheint keine der herrschenden Theorien vollkommen über-

³⁷ J. Schwarze, Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, 123 (209); nach Della Cananea ist es nicht notwendig zu fragen, ob eine Lösung besser wäre als eine andere, sondern man soll aus den Erfahrungen lernen, G. della Cananea, Verwaltungsrechtliche Paradigmen, in: A. von Bogdandy/P. M. Huber (Anm. 1), § 52, Rn. 13.

³⁸ U. Fastenrath, Die veränderte Stellung der Verwaltung und ihr Verhältnis zum Bürger unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts, *Verwalt.* 31 (1998), 277 (306).

³⁹ O. Lepsius, Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts, *Verwalt.*, Beiheft 10 (2010), 179 (184).

⁴⁰ O. Lepsius (Anm. 39), 179 ff.

⁴¹ K-H. Ladewig (Anm. 27), 229; T. Kuhn, Überschießende Umsetzung bei mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien: Einheitliche oder gespaltene Anwendung?, *EuR* 50 (2015), 216 (218).

⁴² G. Anthony, UK Public Law and European Law, 2002, 4, W. Kabl (Anm. 25) 455; E. Schmidt-Aßmann (Anm. 28), 165 f.

⁴³ C. Hilson (Anm. 26), 125 ff. Im Zusammenhang der Klagebefugnis bemerkt Hölscheidt, dass die Möglichkeit bestehe, dass das deutsche Rechtssystem zweigleisig werde: ein am subjektiv-öffentlichen Recht festgemachter Rechtsschutz in nationalen Angelegenheiten und ein großzügiger Zugang zum Gericht in gemeinschaftsrelevanten Angelegenheiten, S. Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, *EuR* 36 (2001), 376 (393).

⁴⁴ S. Hölscheidt (Anm. 43) 393; F. Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, *NVwZ* 18 (1999), 457 (467). Diese Auffassung wurde schon 1971 zum Ausdruck gebracht, als Bachof vermutete, dass die verschiedenen nationalen dogmatischen Vorstellungen in der EU langfristig nicht unberührt nebeneinander bestehen könnten und sich einander angleichen würden, O. Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 1972, 193 (236).

⁴⁵ *M v. Home Office*, [1993] UKHL 5, [1994] 1 AC 377, [1993] 3 All ER 537 per Lord Woolf: “Since the decision in *Factortame* there has also been the important development that the European Court has determined the second reference against the Crown so that the unhappy situation now exists that while a citizen is entitled to obtain injunctive relief (including interim relief) against the Crown or an Officer of the Crown to protect his interests under

zeugend begründet zu sein, da sie beide unter immanenten Limitierungen leiden (a und b) und von einer unrealistischen Vorstellung der Rezeption ausgehen (c).

1. Die Limitierungen der rationalen Innovation

Obwohl die These der Innovation durch Unionsrecht einer modernen rationalen Fortschrittserzählung entspricht, hat sie ihre immanenten Grenzen.

Erstens setzt diese Erklärung eine rationale Selbstwahrnehmung und die Fähigkeit voraus, die Schwächen und die dogmatischen Widersprüche des eigenen Rechts zu erkennen,⁴⁶ was ein bestimmtes Niveau der Systematik voraussetzt, das nicht notwendigerweise in allen Ländern vorhanden ist.

Zweitens erklärt diese These nicht überzeugend, warum das innerstaatliche Recht sich anpassen sollte, wenn seine Selbstwahrnehmung durchaus positiv ist und das eigene Recht als adäquat, zweckdienlich und ausgewogen betrachtet wird.

Drittens beruht die These auf einer reinen Zweckrationalität im *Max Weberschen* Sinne, auf der Vorstellung, dass bestimmte Zielvorgaben durch eine Regelung effektiver erreichbar sind als durch eine andere. Diese idealisierte Zweckrationalität kann aber nicht überzeugend erklären, warum eine Anpassung im Falle von wertrationalen Entscheidungen erfolgen sollte,⁴⁷ da die Rechtsordnung nicht nur ein reines zweckrationales Instrument ist, sondern auch dazu dient, bestimmte Werte unabhängig von den Folgen umzusetzen.

Community Law he cannot do so in respect of his other interests which may be just as important." *Anthony* und *Dougan* bewerten diesen Fall eindeutig als spill-over, *M. Dougan*, National Remedies Before the Court of Justice, 2004, 308; *G. Anthony* (Anm. 42), 139. *Birkinshaw* bemerkt, dass die Zwiespaltigkeit ganz allgemein als unerwünscht gilt, *P. Birkinshaw* (Anm. 26), 200. Ähnlich das Urteil *Woolwich Equitable Building Society v. IRC*, [1993] 3 WLR 366 (395 f.): "There is a sixth reason which favours this conclusion. I refer to the decision of the ECJ in *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio SpA* which establishes that a person who pays charges levied by a Member State contrary to the rules of Community law is entitled to repayment of the charge, such right being regarded as a consequence of, and an adjunct to, the rights conferred on individuals by the Community provisions prohibiting the relevant charges ... I only comment that, at a time when Community law is becoming increasingly important, it would be strange if the right of the citizen to recover overpaid charges were to be more restricted under domestic law than it is under European law." *G. Anthony* (Anm. 42), 136 ff.

⁴⁶ Die rechtspolitische Funktion der Dogmatik, *E. Schmidt-Aßmann* (Anm. 24), Rn. I/7.

⁴⁷ *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, § 2.4.

2. Die Unerwünschtheit dualer Rechtsregime

Die Behauptung, dass die Wertungsunterschiede zwischen dem Unionsrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht nicht dauerhaft aufrechtzuerhalten sind, beruht auf der Prämisse der Widerspruchsfreiheit und der Kohärenz der Rechtsordnung. Diese Theorie kann zwar auf positive Beispiele zurückgreifen,⁴⁸ jedoch nicht erklären, warum diese Konvergenzerscheinungen sich auf bestimmte Fragestellungen beschränken und andere Bereiche unberührt lassen.⁴⁹ Der Grund hierfür ist, dass sie eigentlich keine rationale Erklärung sondern ein Wertungsurteil darstellt: „Duale Rechtsregime sind nicht erwünscht“. Daraus erschließt sich aber nicht, warum die dualen Rechtsregime ent- und fortbestehen können.

3. Zum Rezeptionsbild

Die modernere rechtsvergleichende Theorie zur Rezeption fremder Rechtsinstitute geht eher davon aus, dass die (eventuell durch das Medium des europäischen Rechts herbeigeführte⁵⁰) Übernahme von Rechtsinstituten, Argumentationsmustern und dogmatischen Rechtsfiguren wesentlich komplexer und dynamischer abläuft, als das eher mechanische Bild der Überlagerung durch das Europarecht vermuten lässt.⁵¹ Ohne die Übertrag-

⁴⁸ Vgl. die Rsp. in Anm. 45.

⁴⁹ Wie der sehr beschränkte Vergaberechtsschutz unter dem Schwellenwert, vgl. OLG Saarbrücken NZBau 4 (2003), 462 ff.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 12 (1999), 264; *M. Freitag*, Vergaberechtsschutz unterhalb der europäischen „Schwellenwerte“ NZBau 3 (2002), 204 ff. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wurde zwar in das britische Recht durch das weit verstandene Europarecht transportiert, er konnte den sog. Wednesbury-Maßstab nicht ersetzen, und das House of Lords (nunmehr Supreme Court) weigert sich, dieses britische Prinzip für rein inländische Konstellationen aufzugeben, vgl. *R. (Pro-life Alliance) v. BBC*, [2003] UKHL 23, vgl. auch *Lord Irvine of Lairg*, *Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review*, P. L. 19 (1996), 59 (74 f.); *J. Goodwin*, *The Last Defence of Wednesbury*, P. L. 35 (2012), 445 (451 ff.). Dementsprechend kann der Ansicht von *Saurer* nicht gefolgt werden, nach der mittelfristig mit einer Universalisierung der zwei Ansätze zu rechnen wäre, *J. Saurer*, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51 (2012), 3 (12 f.).

⁵⁰ *Ruffert* bezeichnet diesen Prozess als Transkulturation, *M. Ruffert*, *Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode?*, *Verwalt.*, Beiheft 10 (2010), 205 (211).

⁵¹ Die Möglichkeit der technischen Übernahme von Rechtsregeln – *legal transplant* im engen Sinne – wird wegen der starken und organischen Verbundenheit des Rechts mit anderen Elementen der Kultur eher abgelehnt, weil die zu übernehmende Norm unter den anderen sprachlichen, kulturellen und rechtswissenschaftlichen Bedingungen nicht identisch funktionieren könne, vgl. *R. Cotterrell*, *Comparative Law and Legal Culture*, in: *M. Reimann/R. Zimmermann*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 709 ff. *L. M. Friedman*,

barkeit bestimmter Rechtsinstitutionen (*legal transplant*, *legal borrowing*) hier prinzipiell in Frage zu stellen,⁵² ist "Übernahme" eher mit "Inspiration" zu übersetzen,⁵³ mit der nicht der Anspruch verbunden ist, dass ein Rechtsinstitut in dem übernehmenden Rechtssystem genauso oder zumindest ähnlich funktioniert wie in der Ursprungsrechtsordnung⁵⁴ und es ist deshalb angebrachter von Irritationen (*legal irritant*) zu sprechen,⁵⁵ die eine dynamische Evolution der rezipierenden Rechtsordnung hervorrufen.⁵⁶ Schon daraus ergibt sich, dass die eigentlichen Wirkungen des als Europäisierung beschriebenen Prozesses durch die Eigentümlichkeiten der nationalen Rechtsordnungen bestimmt werden und es liegt nahe, die Rezeption e-

Blankenburg on Legal Culture: Some Comments, in: J. Brand/D. Stempel (Hrsg.), *Soziologie des Rechts*, FS für E. Blankenburg, 381 ff.; D. Martiny, *Rechtskultur – Berührungspunkte zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, in: J. Brand/D. Stempel (Anm. 51), 421 ff.; P. Legrand: *European Legal Systems Are Not Converging*, ICLQ 45 (1996), 52 ff.; P. Legrand, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, MJ (Antwerp) 4 (1997), 111 ff.; G. Deipenbrock, *Legal Transplants? – Rechtsvergleichende Grundüberlegungen zum technischen Rechtsnormtransfer*, ZVglRWiss 107 (2008), 343 ff. Auf dem Beispiel von China vgl. nur Hsün-yang Chang, *Die Übertragbarkeit abendländischer Rechtsordnungen auf China*, ZVglRWiss 68 (1969), 45 ff.

⁵² Zum Problem M. Seckelmann, *Ist Rechtstransfer möglich? – Lernen vom fremden Beispiel?*, *Rechtstheorie* 43 (2012), 419 ff.; M. Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Anm. 51), 441 ff. befürwortend A. Watson, *Legal Transplants*, 1974; sehr kritisch P. Legrand, *The Impossibility* (Anm. 51), 111 ff. Die klassische Frage ist, ob die Übernahme fremder Rechtsinstitute eher dem Austausch eines mechanischen Teils oder einer Organtransplantation ähnelt, so Sir O. Kahn-Freund, *Use and Misuse of Comparative Law*, M.L.R. 37 (1974), 1 (5 f.), übereinstimmend G. Rehm, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und –transformation*, *RabelsZ* 72 (2008), 1 (1 ff.).

⁵³ So G. Rehm (Anm. 52), 7.

⁵⁴ Wie Bell ausdrückte: "Cross-fertilization implies a different, more indirect process. It implies that an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system. The evolution involves an internal adaptation by the receiving legal system in its own way. The new development is a distinctive but organic product of that system rather than a bolt-on." J. Bell, *Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe*, in: J. Beatson/T. Tridimas, *New Directions in European Public Law*, 2000, 145 (145); P. Birkinshaw (Anm. 26), 6 ff.. insb. 6: "There will be no suggestion that legal systems borrow lock, stock and barrel from other systems or that an amorphous homogenized entity is going to do for the legal traditions in Europe what McDonald's has arguably done to its culinary traditions. Flowers that blossom in one soil, wane and wither in another." Zum Beispiel des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vgl. J. Saurer (Anm. 49), 3. ff.

⁵⁵ G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, M.L.R. 61 (1998), 11 ff. Örücü hebt vor, dass die Ausdrücke "legal irritant", "legal contaminant" oder "legal seepage", die mehr oder weniger dasselbe Phänomen beschreiben, nicht wertneutral und eher negativ konnotiert sind, E. Örücü, *The Enigma of Comparative Law*, 2004, 104.

⁵⁶ G. Teubner (Anm. 55), 11 ff.

ZaöRV 77 (2017)

her mit der Mischung von Farben zu vergleichen:⁵⁷ Durch die Mischung wird keine Farbe durch eine andere ersetzt, sondern es entsteht eine neue Farbe, wobei der genaue Farbton von den Ausgangsfarben und von ihrem Mischungsverhältnis abhängt.⁵⁸ Der Erfolg einer Rezeption kann deshalb nicht mit Hilfe des binären Codes erfolgreich/erfolglos beschrieben und beurteilt werden, sondern es ist eher mit verschiedenen Strategien oder Mustern zu rechnen und die Frage ist, ob die Reaktionen der einzelnen Rechtsordnungen Ähnlichkeiten, Regelmäßigkeiten, Muster aufzeigen und, falls ja, welche?⁵⁹

III. Die Rechtsvergleichung als methodischer Ausweg

Die Unterkomplexität der bisherigen Erklärungsversuche wurde in der Literatur schon früher diagnostiziert,⁶⁰ die methodische Frage blieb jedoch unbeantwortet: Wie kann der Einfluss der einzelnen Faktoren präzise bestimmt werden? Im Gegensatz zu den Naturwissenschaften ist eine empirisch-kritische Methode in der Rechtswissenschaft kaum durchführbar und dementsprechend ist es schwierig, durch sorgfältige Experimente herauszufinden, welche Faktoren auf welche Weise die Umorientierung und Neustrukturierung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts beeinflussen und inwieweit die innerstaatlichen Reformprozesse dem Anpassungsdruck geschuldet sind. Als möglicher Ausweg zeigt sich jedoch das Instrumentarium der Rechtsvergleichung bzw. das der vergleichenden Rechtssoziologie,⁶¹ da die vergleichende Rechtswissenschaft das So- oder Anders-Sein der verschiedenen Rechtsordnungen zu bestimmen und zu beschreiben versucht⁶² und bestrebt ist, strukturelle Regelmäßigkeiten aufzuzeigen, die ansonsten unbeobachtet geblieben wären.⁶³

⁵⁷ Ähnlich *P. Legrand*, *The Impossibility* (Anm. 51), 117.

⁵⁸ Siehe etwa *J. W. von Goethe*, *Zur Farbenlehre*, 1810.

⁵⁹ In einem anderen aber ähnlich gelagerten Kontext hebt auch *Möllers* die Wichtigkeit und die Aufgabe der Wissenschaft hervor, Muster und Strukturen zu identifizieren, *C. Möllers*, *Ten Years of Global Administrative Law*, *I.CON* 13 (2015), 469 (472).

⁶⁰ *W. Kahl* (Anm. 25), 455.

⁶¹ *D. Nelken/J. Fest*, *Adapting Legal Cultures*, 2001.

⁶² *H. Strebels*, *Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht*, *ZaöRV* 24 (1964), 405 (407).

⁶³ *R. Sacco*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl. 2011, 20; *R. Sacco*, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, *Am. J. Comp. L.* 39 (1991), 1 (6) und 343 (385): "The scholarly endeavor is to reveal patterns which are implicit but have outward effects. (...) Only comparative studies have the penetration that can make such implicit patterns known." *Hirschl* beschreibt dasselbe Phänomen mit folgenden Wörtern: "By studying various

Die vorliegenden rechtsvergleichenden Untersuchungen zur Frage der Europäisierung des Verwaltungsrechts sind eher rudimentär⁶⁴ und von einigen Ausnahmen abgesehen,⁶⁵ beschreiben sie eher die Rechtsentwicklung in einzelnen Mitgliedstaaten (Auslandsrechtskunde),⁶⁶ die von der Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne,⁶⁷ welche die verschiedenen Rechtsordnungen zueinander in Beziehung setzt, zu unterscheiden ist.⁶⁸ Die methodische Frage ist deshalb, wie die einzelnen Rechtsordnungen so zu vergleichen sind, dass die strukturellen Unterschiede sichtbar werden, um den Prozess der Europäisierung besser zu verstehen. Diese Frage verlangt die Beantwortung von zumindest zwei weiteren Fragen: Welche Rechtsordnungen und welche Problemschwerpunkte oder Referenzgebiete in die Rechtsvergleichung einbezogen werden sollten.

Die erste Frage wird in der rechtsvergleichenden Literatur wenig erörtert.⁶⁹ Folgt man der Auffassung von *Constantinesco*, gibt es kein abstraktes, im Voraus bestimmbares Prinzip zur Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen, sondern nur das konkrete Ziel der Rechtsvergleichung und die Kenntnisse des Autors über die Rechtsordnungen.⁷⁰ Da das Ziel ist, die Dynamik der Einflüsse des Europarechts auf die mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen zu untersuchen, könnte prinzipiell jeder Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU) ausgewählt werden, der lange genug Mitglied ist, damit die Veränderungen seiner Rechtsordnung sichtbar geworden sind. Da aber auch die einzelnen Faktoren und ihre Rolle möglichst genau identifiziert werden sollen, scheint die analoge Anwendung der von *Hirschl* ausgearbeiteten Methode zur Auswahl der zu vergleichenden

manifestations of and solutions to roughly analogous constitutional challenges, our understanding of key concepts (...) becomes more sophisticated and analytically sharper." *R. Hirschl*, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law, *Am. J. Comp. L.* 53 (2005), 125 (129). Oder *E. Örüü* (Anm. 55), 33: "The aim is to discover and understand differences between legal systems and legal institutions and explain the reasons for these in order to enhance knowledge and at the same time to discover similarities between different and diverse legal systems and find explanations for these." Programmatisch *J. C. Reitz*, How to Do Comparative Law?, *Am. J. Comp. L.*, 92 (1998), 617 ff.

⁶⁴ *J. Schwarze* (Anm. 37), 789 (827 f.).

⁶⁵ Neben dem Projekt des Handbuchs *Ius Publicum Europeum* kann noch *C. D. Clasen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, erwähnt werden.

⁶⁶ Kritisch zur Auslandsrechtskunde *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 1, Rn. 13.

⁶⁷ *M. Rheinsteim*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1974, 22 ff.; *A. Tschentscher*, Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, *JZ* 62 (2007), 807 (812); *K. Lachmayer*, Verfassungsvergleichung durch Verfassungsgerichte – Funktion und Methode, *Journal für Rechtspolitik* 18 (2010), 166 (170 f.); *A. Watson* (Anm. 52), 16.

⁶⁸ *K. Lachmayer* (Anm. 67), 170 f.; *J. C. Reitz* (Anm. 63), 618 ff. nennt diese Anforderung "explicit comparison"; *A. Tschentscher* (Anm. 67)), 812.

⁶⁹ *R. Hirschl*, *Comparative Matters*, 2014, 224. *R. Hirschl* (Anm. 63), 125.

⁷⁰ Im Ergebnis ebenso *L.-J. Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. II, 1972, 51.

Fälle und Urteile zweckdienlich zu sein. Zur Identifizierung der Rolle einzelner Faktoren können entweder die meist ähnlichen oder die meist unterschiedlichen Fälle gewählt werden. Falls die wesentlichen Umstände bis auf einen in zwei Konstellationen sehr ähnlich sind und die Entscheidung gleich oder eben anders ausfällt, ist dieser Faktor von Bedeutung oder eben nicht. Die Methode der meist unterschiedlichen Fälle funktioniert entsprechend: Falls alle Umstände bis auf einen unterschiedlich sind, und die Entscheidung gleich oder eben anders ausfällt, ist dieser Faktor von Bedeutung oder eben nicht. Aufgrund ähnlicher Prinzipien lassen sich auch die zu vergleichenden Rechtsordnungen auswählen. Falls die unionsrechtlichen Einflüsse in den ähnlichen Rechtsordnungen tendenziell Ähnlichkeiten zeigen, kann davon ausgegangen werden, dass die gemeinsamen, historisch tradierten dogmatischen Wurzeln die Aufarbeitung der europarechtlichen Vorgaben grundsätzlich determinieren. Falls jedoch die grundsätzlich ähnlich geprägten Rechtsordnungen auf eine ähnliche Konstellation anders reagieren, zählt die gemeinsame dogmatische Prägung weniger, als die konkreten textuellen Unterschiede oder die die Absorptionsfähigkeit der juristischen Dogmatik beeinflussenden sozio-kulturellen Gegebenheiten, wie die juristische Ausbildung und Methodologie, die Rolle und das Eigenbild der Richter und der Wissenschaft usw., die wiederum aufgrund der Argumentationsmuster und der wissenschaftlichen Aufarbeitung zu bestimmen sind. Ohne die methodische Herangehensweise von *Hirschl* prinzipiell in Frage zu stellen,⁷¹ ist es nicht einfach, solche Rechtsordnungen zu finden, die den methodischen Anforderungen entsprechen. Das deutsche und österreichische Verwaltungsrecht haben mehr Gemeinsamkeiten als jedes der beiden Rechte mit dem britischen Recht, nichtsdestotrotz sind die Unterschiede auch vielfältiger, als die Methode von *Hirschl* es zulässt. Es ist zwar möglich, Rechtsordnungen zu finden, die unter einem oder vielleicht mehreren Gesichtspunkten eher ähnlich als verschieden sind, indes ist die von *Hirschl* verlangte methodische Sauberkeit kaum zu leisten. Im vorliegenden Beitrag werden das britische, deutsche, österreichische, tschechische und ungarische Verwaltungsrecht verglichen, die in drei Gruppen gegliedert werden können: Das deutsche und österreichische Verwaltungsrecht bilden unter historischen Gesichtspunkten eine Gruppe, weichen jedoch in vielen Einzelaspekten voneinander ab, das ungarische und tschechische Recht gehören zu einer auf gemeinsamen altösterreichischen monarchischen Grundlagen entstandenen,

⁷¹ Spezifisch zur *Hirschl*s Methode *A. von Bogdandy*, Zur sozialwissenschaftlichen Rundenerneuerung der Verfassungsvergleichung, *Der Staat* 55 (2016), 103 (110 ff.). Umfassend zur Kritik der Anwendung sozialwissenschaftlicher Methoden *U. Kischel* (Anm. 66), § 1, Rn. 47-51.

jedoch durch den Einfluss des sowjetischen Rechts mutierten Gruppe und das britische Verwaltungsrecht stellt eine eigenständige Ordnung dar.

Als Vergleichsgegenstand bieten sich traditionell die Referenzgebiete oder die Problemschwerpunkte an. Die Referenzgebiete sind bestimmte Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts, die das Unionsrecht stark geprägt hatte, wie das Umwelt-, das Telekommunikations- oder das Energierecht. Die Problemschwerpunkte sind dagegen die dogmatischen Knotenpunkte des allgemeinen Verwaltungsrechts bzw. des Verwaltungsprozessrechts, wie die Rechtskraft, die Klagebefugnis usw., die in den verschiedenen Konstellationen des besonderen Verwaltungsrechts zur Anwendung kommen. Diese Problemschwerpunkte sind für eine rechtsvergleichende Untersuchung geeigneter, da sie enthüllen können, ob die dogmatischen Tiefenstrukturen des Verwaltungsrechts durch die Europäisierung betroffen wurden oder nur oberflächliche Änderungen auf einzelnen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts erfolgten, die sich aber nicht zu einem dogmatischen Durchbruch verdichteten. Da der allgemeine Teil des Verwaltungsrechts die Entwicklung des besonderen Verwaltungsrechts systematisiert und dogmatisch aufarbeitet,⁷² zeigen die unionsrechtlich induzierten Änderungen und Spannungen in diesem Bereich die Tiefe der Transformationswirkung an. Anhand der Problemschwerpunkte können deshalb Übernahmemodelle besser dargestellt und auch verglichen werden. Solche Problemschwerpunkte sollen untersucht werden, die alle europäischen Rechtsordnungen zu lösen haben und dementsprechend auch einen funktionalen Vergleich ermöglichen, wie die Grenzen des Ermessens, die Endgültigkeit der Verwaltungsakte, der Zugang zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, der einstweilige Rechtsschutz oder die Staatshaftung. Diese – und weitere mögliche – Problemschwerpunkte sind auch Kristallisationspunkte verfassungsrechtlicher Wertkonflikte und erlangen einen über ihre dogmatische Bedeutung hinausgehenden Stellenwert dadurch, dass sie diese Prinzipienkonflikte abbilden und durch die verwaltungsrechtliche Konkretisierung des Verfassungsrechts⁷³ den Entscheidungsprozess entlasten. Durch die europarechtlichen Vorgaben werden diese Wertungskonflikte aktualisiert und die Möglichkeit eröffnet, sie neu zu bewerten. Ob diese Neubewertung wirklich erfolgt oder nicht, ist der eigentliche Untersuchungsgegenstand der Vergleichung, woraus sich möglicherweise Rückschlüsse darauf ergeben, welche Kräfte die Rezeption unionsrechtlicher Vorgaben bestimmen.

⁷² J. Kersten/S.-C. Lenski, Die Entwicklungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, *Verwalt.* 42 (2009), 501 (501).

⁷³ F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, *DVBl.* 74 (1959), 527 ff.

Die rechtsvergleichende Arbeit soll im ersten Schritt die konkreten Veränderungen und ihre dogmatische Aufarbeitung analysieren und auf dieser Basis die Regelmäßigkeiten und daraus Folgerungen für die in Betracht kommenden theoretischen Erklärungsansätze ziehen.

Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes wird diese Methode auf die Vergleichung der Einflüsse des Unionsrechts auf die Endgültigkeit der Verwaltungsentscheidungen angewendet (IV.).⁷⁴ Zuerst werden sehr knapp die wesentlichen Züge der zu vergleichenden britischen, deutschen, österreichischen, tschechischen und ungarischen Rechtsordnungen dargestellt (IV. 1.), dann die wichtigsten Vorgaben des Unionsrechts (IV. 2.) sowie ihre Auswirkungen auf die dogmatischen Strukturen analysiert (IV. 3.), ehe abschließend die in Betracht kommenden Faktoren der Europäisierung erörtert werden (IV. 4.).

IV. Die praktische Anwendung der Methode: Die Endgültigkeit der Verwaltungsentscheidungen

1. Die mitgliedstaatlichen Regelungsmodelle

Die Regeln zur Bestands- bzw. Rechtskraft der Verwaltungsentscheidungen, welche die Prinzipien der inhaltlichen Rechtmäßigkeit und der Rechtsbeständigkeit der Verwaltungsakte in Einklang zu bringen versuchen,⁷⁵ verteilen das Risiko der fehlerhaften behördlichen Entscheidung zwischen dem Staat und dem Bürger.⁷⁶

Das österreichische Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) unternahm 1925, also relativ früh,⁷⁷ den Versuch, dieses Problem auf der

⁷⁴ Zur Vergleichung des Staatshaftungsrechts sowie der Klagebefugnis als zwei weiteren Problemschwerpunkten vgl. A. Vincze, Der Einfluss des Europarechts auf die Haftung für legislatives Unrecht aus rechtsvergleichender Sicht, in: J. Iliopoulos-Strangas/S. Biernat/M. Potacs (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der Europäischen Union im Wandel der Zeit, 2014, 23 ff.; A. Vincze, Die Europäisierung der verwaltungsgerichtlichen Klagebefugnis – eine rechtsvergleichende Analyse, in: C. Schubel/S. Kirste/P.-C. Müller-Graff/O. Diggelmann/U. Hufeld (Hrsg.), Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften – 2014/2015, 2016, 55 ff.

⁷⁵ J. Hengstschläger, Materielle Rechtskraft bzw. Bestandskraft im deutschen und im österreichischen Verwaltungsverfahren, *Verwalt.* 12 (1979), 337 (337 f.).

⁷⁶ J. Hengstschläger/D. Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 2014, § 68, Rn. 123.

⁷⁷ T. Öblinger, „Rechtskraft“ – Die verfassungsrechtliche Dimension. Eine Problemskizze, in: M. Holoubek/M. Lang (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 2007, 27 (34); zur Einschätzung der österreichischen Kodifikation auch H. Klecatsky, Die

Grundlage der wissenschaftlichen Vorleistungen von *Bernatzik*⁷⁸ und *Merkel*⁷⁹ zugunsten der materiellen Rechtskraft aufzulösen.⁸⁰ Die aus § 68 AVG abgeleitete Unwiederholbarkeit⁸¹ der entschiedenen Sache⁸² gilt, solange nicht die Derogation des Verwaltungsaktes aufgrund einer diesbezüglichen Rechtsvorschrift (§§ 68, 69 oder 71 AVG) erfolgt. Bescheide, aus denen niemandem (also auch keiner mitbeteiligten Partei) ein Recht erwachsen ist,⁸³ können aufgrund § 68 Abs. 2 AVG jederzeit auch von Amts wegen aufgehoben oder abgeändert werden. Ganz im Sinne des Regelungsziels können auch die begünstigenden Bescheide zugunsten der Partei abgeändert werden.⁸⁴ Die begünstigenden Bescheide können sonst aufgrund § 68 Abs. 3 AVG im öffentlichen Interesse insoweit abgeändert werden, als dies für die Aufhebung oder Abänderung zur Beseitigung bzw. Abwehr von bestimmten schwerwiegenden und tatsächlichen Gefahren⁸⁵ unter Beachtung der Schonung erworbener Rechte⁸⁶ notwendig und unvermeidlich ist. Die evident fehlerhaften Bescheide können gemäß § 68 Abs. 4 Z 4 AVG jederzeit aufgehoben werden, wobei der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) die Verhältnismäßigkeit der Ausübung der Befugnisse überprüft.⁸⁷

Rechtskraft abgabenrechtlicher Bescheide im österreichischen Recht, DÖV 20 (1967), 593 (595 f.).

⁷⁸ E. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886; kritisch zu seiner Lehre O. Mayer, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR 21 (1907), 1 ff.

⁷⁹ A. Merkel, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923.

⁸⁰ T. Öhlinger (Anm. 77), 37; ähnlich J. Hengstschläger (Anm. 75), 340, der von einer "weitreichenden Rechtskraftwirkung" spricht. Die Regelung im AVG wird als vorbildliche rechtsstaatliche Errungenschaft geschätzt, J. Budischowsky, Zur Rechtskraft gemeinschaftsrechtswidriger Bescheide, Zeitschrift für Verwaltung 25 (2000), 2 (3).

⁸¹ Der VwGH verbindet die Wirkung der Rechtskraft mit der grundsätzlichen Unwiederholbarkeit, d. h. der fehlenden Berechtigung, über die mit einem Bescheid erledigte Sache neuerlich zu entscheiden, sowie mit der Verbindlichkeit, d. h. der Bindung der Behörden und Parteien an den Bescheid, VwGH Erk. vom 8.2.1994, GZ 93/08/0166; Erk. vom 21.3.1980, Slg. Nr. 10.074/A; Erk. vom 19.3.1987, GZ Zl. 86/08/0239.

⁸² VwGH Erk. vom 8.2.1994, GZ 93/08/0166.

⁸³ B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 898; VwGH Erk. vom 26.4.1993, GZ 90/10/0209.

⁸⁴ B. Raschauer (Anm. 83) Rn. 898; J. Hengstschläger (Anm. 75), 347.

⁸⁵ VwGH Erk. vom 17.2.1994, GZ 90/06/0221: "Der Wortlaut des § 68 Abs. 3 AVG spreche von einer 'Beseitigung' von Mißständen; beseitigt könne schon begrifflich nur etwas Vorhandenes und nicht etwas Mögliches werden." J. Hengstschläger/D. Leeb (Anm. 76), § 68, Rn. 93-95.

⁸⁶ J. Hengstschläger/D. Leeb (Anm. 76), § 68, Rn. 99-100; VwGH Erk. vom 13.11.2001, GZ 2001/05/0633, Erk. vom 20.11.2007, GZ 2005/05/0161; Erk. vom 22.4.2002, GZ 2000/10/0110.

⁸⁷ J. Hengstschläger/D. Leeb (Anm. 76), § 68, Rn. 126; VwGH Erk. vom 28.2.2006 GZ 2005/06/0112; Erk. vom 17.11.1992, GZ 91/08/0043.

ZaöRV 77 (2017)

Im deutschen Recht wurde die materielle Bestandskraft der Verwaltungsentscheidungen prinzipiell erst nach dem zweiten Weltkrieg anerkannt⁸⁸ und rasch zu einem allgemeinen Vertrauensschutztatbestand abstrahiert und kodifiziert.⁸⁹ Im Gegensatz zur streng formalisierten österreichischen Kodifikation verlangt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) eine – gerichtlich voll überprüfbare und im Interesse des Vertrauensschutzes gesetzlich vorprogrammierte – materielle Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme und dem privaten Interesse am Fortbestand des Verwaltungsaktes. Das tschechische Verwaltungsrecht folgt bis heute grundsätzlich dem aus dem österreichischen Recht stammenden Muster⁹⁰ und lässt die Rücknahme der rechtskräftig gewordenen rechtswidrigen Bescheide – im Einklang mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts⁹¹ – nur unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit zu.⁹² Das ungarische Verwaltungsrecht importierte ebenfalls das österreichische Modell, das sowohl die politische Wende als auch die Neukodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts überlebte,⁹³ wobei die gesetzliche Regelung oberflächlich bleibt und die dogmatische Aufarbeitung schwach entwickelt ist, so dass viele Fragen ohne eine zufriedenstellende Antwort bleiben.

Die Endgültigkeit der Verwaltungsentscheidungen (*conclusiveness, finality*) verdichtete sich im englischen Verwaltungsrecht nicht zu einem eigen-

⁸⁸ M. Bullinger, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historischer-kritischer Sicht, JZ 54 (1999), 905 (905 f.); H. Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 88; M. Ruffert, Verwaltungsakt, in: D. Ehlers/H.-U. Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 24, Rn. 19.

⁸⁹ BT Drs. 7/910 (Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes), 68 ff.; M. Sachs, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 48, Rn. 16; H. Maurer (Anm. 88), § 79, Rn. 91.

⁹⁰ Die Verwaltungsverfahrenordnung 1928 (8/1928 Sb. Vládní nařízení ze dne 13. ledna 1928 o řízení ve věcech náležejících do působnosti politických úřadů (správní řízení)) orientierte sich im Wesentlichen an dem österreichischen AVG, war jedoch zur Bestandskraft sehr wortkarg und die damalige Literatur konnte keine herrschende tschechische Lehre beschreiben, vgl. J. Hoetzel, Československé správní právo, 2. Aufl. 1937, 366 ff. Zur heutigen Rechtslage L. Jemelka/K. Pondělíčková/D. Bohadlo, Správní řád, 3. Aufl. 2011, 274.

⁹¹ Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 9.10.2003, GZ IV. ÚS 150/01; L. Jemelka/K. Pondělíčková/D. Bohadlo (Anm. 90), 13 f.

⁹² Aufgrund keines anderen Umstandes ist die Rücknahme möglich, wie etwa wegen Wirtschaftlichkeit, Vernünftigkeit, Gerechtigkeit, Effektivität oder Zielgerichtetheit L. Jemelka/K. Pondělíčková/D. Bohadlo (Anm. 90), 355 f. Zusammenfassend die Entscheidungen des Obersten Verwaltungsgerichts vom 22.10.2011, GZ 1 As 94/2011 – 102; vom 21.1.2010, GZ 6 As 36/2009 – 162; vom 19.5.2011, GZ. 1 As 36/2011 – 79.

⁹³ § 114 des Gesetzes Nr. CXL vom Jahre 2004 über das Verwaltungsverfahren. Die Neukodifikation übernahm die Konstruktion des sozialistischen Verwaltungsverfahrensgesetzes ohne größere Änderungen, so dass sogar die offenkundigsten Fälle der Bösgläubigkeit unge-regelt blieben.

ständigen Rechtsinstitut⁹⁴ und erlangte – ebenso wie das Rechtsinstitut des Verwaltungsakts selbst – keine besondere Aufmerksamkeit.⁹⁵ Im englischen Verwaltungsrecht gilt der Grundsatz, dass die *ultra-vires*, also ohne die erforderliche Kompetenz erlassenen Handlungen, nichtig sind. Der Vertrauensschutz spielt dementsprechend nur eine sehr beschränkte Rolle.⁹⁶ Das sog. *promissory estoppel*,⁹⁷ das ein einem früheren (auch konkludenten) Versprechen widersprechendes Verhalten untersagt, ist ein Grundsatz der *equity*⁹⁸ und deshalb im öffentlichen Recht nur begrenzt anwendbar,⁹⁹ da das *common law* verbietet, die gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsbefugnisse durch Versprechen oder konkludentes Verhalten im Widerspruch zum Gesetz einzuschränken (*non fettering*-Prinzip)¹⁰⁰ oder die *ultra vires* ergangenen Handlungen aufgrund *estoppel* zu heilen.¹⁰¹ Diese Rechtslage führte zweifelsohne auch zu ungerechten Ergebnissen,¹⁰² aber eine direkte oder analoge Anwendung von *estoppel* in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten ist den Grenzen des *common law* unterworfen und stößt auf erhebliche Kritik.¹⁰³

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das österreichische und deutsche Recht vom Ergebnis her sehr ähnlich sind, da beide der nachträglichen Korrektur administrativer Entscheidungen Grenzen setzen, auch wenn es wesentliche Unterschiede in der Ausgestaltung gibt. Das österreichische

⁹⁴ Der Begriff der *res indicata* ist zwar im englischen Prozessrecht bekannt, sie wurde jedoch in das nur partiell gesetzlich geregelte Verwaltungsrecht nicht übernommen, W. Wade/C. Forsyth: Administrative Law, 10. Aufl. 2000, 204 ff.

⁹⁵ Die Mehrzahl der Lehrbücher behandeln den Verwaltungsakt nicht, vgl. M. Ryan, Unlocking Constitutional and Administrative Law, 2010; A. W. Bradley/K. Ewing, Constitutional and Administrative Law, 14. Aufl. 2008; P. Leyland/G. Anthony, Textbook on Administrative Law, 6. Aufl. 2009; P. Craig, Administrative Law, 7. Aufl. 2012. Die vielleicht einzige Ausnahme ist das Lehrbuch von W. Wade/C. Forsyth (Anm. 94), welches die Problematik der Endgültigkeit der Verwaltungsentscheidungen darstellt.

⁹⁶ Seine Rolle wird nur für die weniger wichtigen Verfahrensfragen anerkannt, vgl. z. B. Wells v. Minister of Housing and Local Government, [1967] 1 WLR 1000.

⁹⁷ Robertson v. Minister of Pensions, [1949] 1 KB 227.

⁹⁸ W. Wade/C. Forsyth (Anm. 94), 204; S. Wilken/K. Ghaly, The Law of Waiver, Variation, and Estoppel, 2. Aufl. 2011, Rn. 14.01-14.08.

⁹⁹ W. Wade/C. Forsyth (Anm. 94), 199. Deshalb gehen Wilken und Ghaly zu weit, wenn sie behaupten, dass *estoppel* keinen Platz im öffentlichen Recht hat, auch wenn sie Recht haben, dass der Vertrauensschutz (*legitimate expectations*) die meisten Funktionen des *estoppel* übernimmt, S. Wilken/K. Ghaly (Anm. 98) Rn. 14.09.

¹⁰⁰ P. Leyland/G. Anthony (Anm. 95), 265 ff.

¹⁰¹ Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd., [1937] AC 610; Islington Vestry v. Homsey UDC, [1900] 1 Ch 695 CA; Western Fish Products v. Penrith DC, [1981] 2 All ER 204 CA.

¹⁰² Rowland v. Environment Agency, [2003] EWCA Civ 1885.

¹⁰³ P. Leyland/G. Anthony (Anm. 95), 265 ff.; S. Wilken/K. Ghaly (Anm. 98), Rn. 9.134.

Verwaltungsrecht operiert mit den gesetzlich vorgegebenen formalisierten Derogationsmöglichkeiten, während im deutschen Recht eine materielle Abwägung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Interesse verlangt wird. Die durch das österreichische AVG grundsätzlich beeinflussten – jedoch durch das sowjetische Recht umgeformten – ungarischen und tschechischen Verwaltungsrechtsordnungen wurden ebenfalls grundsätzlich zugunsten des Bestandschutzes konzipiert, wobei in der Anwendung aufgrund der gesetzlichen Regelungslücken und der fehlenden wissenschaftlichen Aufarbeitung viele Fragen offen bleiben. Für das britische Verwaltungsrecht hingegen ist die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns wichtiger als der Bestandschutz und dementsprechend wurde eine vertrauensschützende Selbstbindung der Verwaltung lange nicht anerkannt.

2. Die Vorgaben des Unionsrechts

Das Europarecht erkennt grundsätzlich die Rechtskraft der Verwaltungsakte als einen Bestandteil der Rechtssicherheit an,¹⁰⁴ die der Gewährleistung des Rechtsfriedens dient.¹⁰⁵ Im indirekten Vollzug hat die mitgliedstaatliche Rechtsordnung, im Rahmen des europarechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips, den Umfang und die Grenzen der Rechtskraft zu bestimmen,¹⁰⁶ was zur Folge hat, dass der nicht immer konsistente mitgliedstaatliche Ausgleich zwischen dem staatlichen und dem privaten Interesse¹⁰⁷ durch das Gebot der Durchsetzung des Unionsinteresses (*effet utile*)¹⁰⁸ oft modifiziert wird.

Die Ausformung der Dogmatik der Rücknahme unionsrechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte war maßgeblich durch die Rückforderung unionswidrig gewährter¹⁰⁹ staatlicher Beihilfen geprägt.¹¹⁰ Die Gewährung

¹⁰⁴ EuGH Rs. C-453/00, Slg. 2004, I-837, Rn. 24 – *Kühne & Heitz*; EuGH Rs. C-2/06, Slg. 2008, I-411, Rn. 37 – *Willy Kempter*; ferner *A. Kahl*, Neueste Entwicklungen zwischen Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, in: W. Hummer (Anm. 32), 267 (272).

¹⁰⁵ EuGH Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239, Rn. 38 – *Köbler*; EuGH Rs. C-234/04, Slg. 2006, I-2585, Rn. 20 – *Kapferer*.

¹⁰⁶ *A. Hatje*, Die Rechtskraft im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *M. Houloube/M. Lang* (Hrsg.), Das EuGH-Verfahren in Steuersachen, 2000, 133 (143).

¹⁰⁷ So *M. Ruffert*, Anmerkung, IZ 62 (2007), 407 (409).

¹⁰⁸ EuGH Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633, Rn. 32 – *Deutsche Milchkontor*.

¹⁰⁹ Die Beihilfen können in verschiedenen Kombinationen der privat- und öffentlich-rechtlichen Handlungsformen gewährt werden, hierzu *H.-J. Papier*, Rechtsformen der Subventionierung und deren Bedeutung für die Rückabwicklung, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 152 (1988), 493 ff.

einer Beihilfe jedweder Art¹¹¹ ist ohne die Zustimmung der Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) rechtswidrig¹¹² und unterliegt der Rückforderung¹¹³. Die mitgliedstaatlichen Behörden haben – trotz anderslautender Äußerungen in der früheren Literatur¹¹⁴ – diesbezüglich kein Ermessen:¹¹⁵ Weder ein über das vom Unionsrecht vorgegebene Maß hinausgehender Vertrauensschutz,¹¹⁶ noch etwaige Rücknahmefristen,¹¹⁷ noch der Wegfall der Bereicherung,¹¹⁸ noch eine Insolvenz¹¹⁹ oder ein rechtskräftiges Gerichtsurteil dürfen die Rückabwicklung hindern oder begrenzen.¹²⁰ Ein schutzwürdiges Vertrauen des Beihilfeempfängers besteht nur dann, wenn er sich dem Vorbild eines umsichtigen, besonnenen und vorausschauenden Wirtschaftsteil-

¹¹⁰ Umfassend *D. Scheuing* (Anm. 8), 107 ff.; *C. Krönke* (Anm. 4) 249 ff.; mit einem knappen Überblick *K. Gärditz*, Die Bestandskraft gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte zwischen Kasuistik und Systembildung, NWVBl. 2006, 441 (442).

¹¹¹ Vgl. u. a. EuGH Rs. C-183/91, Slg. 1993, I-3131, Rn. 16 – *Kommission v. Griechenland*.

¹¹² Zum Genehmigungsverfahren *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, 2007, Rn. 1255-1415.

¹¹³ Die Rückforderung ist für den EuGH die logische Folge der Rechtswidrigkeit, vgl. zusammenfassend EuGH Rs. C-507/08, Slg. 2010 I-13489, Rn. 42 – *Kommission v. Slowakei*.

¹¹⁴ Die Kommentare zum EuGH-Urteil *Deutsche Milchkontor* (Anm. 108) gingen noch von einem Ermessen der Behörde aus, das zwar beschränkt, aber nicht auf Null reduziert werden könne, so *A. Mattfield*, Anmerkung, EuR 19 (1984), 174 (177); *H.-W. Rengeling*, Anmerkung, DVBl. 99 (1984), 33 ff.

¹¹⁵ EuGH Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 34 – *Land Rheinland-Pfalz v. Alcan Deutschland*.

¹¹⁶ *Deutsche Milchkontor* (Anm. 108); EuGH Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, *Kommission v. Deutschland*; vgl. *D. Scheuing* (Anm. 8), 111 ff.

¹¹⁷ *Alcan* (Anm. 115), Rn. 38.

¹¹⁸ *Alcan* (Anm. 115), Rn. 54.

¹¹⁹ *D. Eckardt*, Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen in der Insolvenz in: M. Ruffert (Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts, FS für M. Schröder, 181 ff.

¹²⁰ EuGH C-119/05, Slg. 2007, I-6199, – *Lucchini*; hierzu *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen, EuR 42 (2007), 654 ff.; *C. Kremer*: Effektivierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft, EuZW 18 (2007), 726 ff.; *A. Haratsch/C. Hessel*, Anmerkung, JZ 63 (2008), 144 ff.; *A. Kabl* (Anm. 104), 290 ff.; bestätigend EuGH Urt. 22.12.2010, *Kommission v. Slowakei* (Anm. 113). Die EuGH-Urteile, die die Rechtskraft der Urteile der nationalen Gerichte nicht anerkennen, wurden immer in einem speziellen Kontext getroffen und dementsprechend lässt eine generelle Durchbrechung der Rechtskraft kaum ableiten, vgl. auch in diesem Sinne EuGH Rs. C-2/08, Slg. 2009, I-7501 – *Fallimento Olimpiclub Srl.*; *Köbler* (Anm. 105). Zusammenfassend *D. Poelzig*, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 62 (2007), 858 ff.

nehmers entsprechend vergewisserte, dass das Notifizierungs- und Genehmigungsverfahren bei der fraglichen Beihilfe eingehalten worden ist.¹²¹

Der Widerruf belastender unionsrechtswidriger Verwaltungsakte geht auf eine ähnlich lange Geschichte zurück wie die der begünstigenden,¹²² wobei die Problematik erst mit dem *Ciola*-Urteil¹²³ in den Vordergrund trat, das die Bestandskraft unionsrechtswidriger staatlicher Verwaltungsakte prinzipiell in Frage stellte.¹²⁴ Dieses Bild wurde mit dem *Kühne & Heitz*-Urteil¹²⁵ wesentlich verändert, das die Rücknahmepflicht an mehrere kumulative¹²⁶ Bedingungen knüpfte, jedoch blieb aufgrund der diesbezüglichen „sybillinischen Formulierung“¹²⁷ des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) unklar, ob die Behörde eine bloße Überprüfungs-,¹²⁸ oder tatsächliche Rücknahmepflicht hatte.¹²⁹ Später wurde der Anspruch auf die Überprüfung des bestandskräftig gewordenen Bescheides an die Erschöpfung sämtlicher Rechtsmittel geknüpft,¹³⁰ das Unionsrecht gewährt also eine Art von

¹²¹ W. Frenz (Anm. 112), Rn. 1432.

¹²² Zur geschichtlichen Entwicklung W. Weiß, Bestandskraft nationaler belastender Verwaltungsakte und EG-Recht, DÖV 61 (2008), 477 ff.

¹²³ EuGH Rs. C-224/97, Slg. 1999, I-2517 – *Ciola*.

¹²⁴ J. Gundel, Bootsliegeplatz-Privilegien: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und Durchbrechung der nationalen Bestandskraftregeln, EuR 34 (1999), 781 (786); M. Potacs, Gemeinschaftsrecht und Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte, in: J. Bröhmer/R. Bieber/C. Callies/C. Langenfeld/S. Weber/J. Wolf (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, FS für G. Ress, 729 (732); K. Gärditz (Anm. 110), 443.

¹²⁵ *Kühne & Heitz* (Anm. 104).

¹²⁶ C. Ranacher/M. Frischhut (Anm. 14), 387.

¹²⁷ W. Weiß (Anm. 122), 485. Die Formulierung ist auch unklar, weil sie schwer den Kategorien des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts entspricht, vgl. D.-U. Galetta, Procedural Autonomy of the EC Member States: Paradise Lost?, 2010, 53.

¹²⁸ § 69 AVG, § 51 VwVfG.

¹²⁹ W. Weiß (Anm. 122), 485 f. Für eine Rücknahmepflicht plädiert M. Ludwigs, Der Anspruch auf Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, DVBl. 123 (2008), 1164 (1172 f.). Gärditz spricht zwar von einer Wiederaufnahmepflicht, erkennt aber ein Aufhebungsermessen an, K. Gärditz (Anm. 110), 447. Englisch wiederum meint, dass ein bewertender Ausgleich unionaler und mitgliedstaatlicher Interessen ohne eine Rücknahmeverpflichtung den Vorgaben des EuGH entspricht, J. Englisch, Anspruch auf Rücknahme gemeinschaftsrechtswidrig belastender Verwaltungsakte nach Eintritt der Bestandskraft?, Verwalt. 41 (2008), 99 (109 ff.).

¹³⁰ EuGH *i-21 Germany und Arcor* (Anm. 9); EuGH Rs. C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608 – *Byankov*. Potacs war schon früher der Ansicht, dass das Unionsrecht auch nur denjenigen zugutekommen solle, die die im staatlichen Recht vorgesehenen Rechtsmittel zur Durchsetzung des Unionsrechts tatsächlich ergreifen, was auch mit dem *Ciola*-Urteil in Einklang zu bringen wäre. M. Potacs, Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts?, EuR 39 (2004), 595 (599 f.); ebenso M. Potacs, Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das verfassungsgerichtliche Normprüfungsverfahren, in: M. Holoubek/M. Lang (Anm. 15), 241 (245 f.). Nach Ruffert ist diese Anforderung sachgerecht, M. Ruffert (Anm. 107), 409. Lindner meinte jedoch, dass sogar eine Pflicht von amtswegiger

“Ergreiferprämie”, wie sie im österreichischen Recht bekannt ist.¹³¹ Trotz aller dogmatischen Ungereimtheiten lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung zur Rücknahme belastender unionswidriger Bescheide im Vergleich mit der Rechtsprechung zur Rücknahme der begünstigenden Verwaltungsakte eine wesentlich konservativere, die Bestandskraft weitgehend anerkennende Linie verfolgt, die sich eher an dem Äquivalenz- als am Effektivitätsgrundsatz orientiert.¹³²

3. Einfluss des Europarechts auf die nationale Rechtskraftregelung

a) Österreich

Die Rücknahme der begünstigenden unionsrechtswidrigen Verwaltungsakte kann aufgrund einer dem Äquivalenzgebot entsprechenden Auslegung des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG erfolgen, der dieselbe ermöglicht, wenn der Bescheid an einem durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Fehler leidet, worunter auch das unionsrechtliche Beihilfeverbot verstanden werden kann.^{133 134} Das Rücknahmeermessen wird dem Effektivitätsgrundsatz entsprechend zu einer Rücknahmepflicht reduziert.¹³⁵

Dem vom Verwaltungsgerichtshof (VwGH) herbeigeführten¹³⁶ *Ciolar*-Urteil folgend wurde die Rücknahme unionsrechtswidriger belastender Verwaltungsakte nicht nur im konkreten Verfahren^{137 138} sondern auch darüber hinaus^{139 140} anerkannt. Eine deutliche Wende ist seit dem Erlass der

Rücknahme bestünde *J.-F. Lindner*, Anmerkung, BayVBl. 2004, 590 (592); *Arno Kabl* ist skeptisch, ob die aktive Verfolgung der eigenen Interessen für die Durchbrechung der Bestandskraft ausschlaggebend sein sollte, *A. Kabl* (Anm. 104), 280.

¹³¹ Die Ergreiferprämie ist im österreichischen Verfassungsrecht wohlbekannt, nach *Lachmayer* dient sie vor allem dem effektiven Rechtsschutz, *K. Lachmayer*, Rechtsschutz vs Rechtsbereinigung. Überlegungen zur Anlassfallwirkung von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2006, 673 ff.

¹³² Mit ähnlicher Gesamteinschätzung *D.-U. Galetta* (Anm. 127), 53 ff.

¹³³ *A. Kabl* (Anm. 104), 297.

¹³⁴ *A. Kabl* (Anm. 104), 298. Art. 107 AUEV sieht die Nichtigkeit zwar nicht ausdrücklich vor, die grundsätzliche Unvereinbarkeit der Beihilfen mit dem Binnenmarkt kann aber in diesem Sinne gedeutet werden.

¹³⁵ *J. Hengstschläger/D. Leeb* (Anm. 76), § 68, Rn. 141; *J. Budischowsky* (Anm. 80.) 9 f.

¹³⁶ VwGH Erk vom 26.5.1997, GZ 96/10/0159.

¹³⁷ VwGH Erk. vom 20.9.1999, GZ 99/10/0071; Erk. vom 20.9.1999, GZ 99/10/0069 (VwSlg. 15227 A/1999).

¹³⁸ VwGH Erk. vom 20.9.1999, GZ 99/10/0069.

¹³⁹ VwGH Erk vom 16.12.1997, GZ 97/09/0341, (VwSlg. 15227).

Kühne & Heitz-Entscheidung und der sie bestätigenden Rechtsprechung zu spüren, die die österreichischen Höchstgerichte grundsätzlich als eine Bestätigung der Rechtskraft auffassen.¹⁴¹ Der VwGH setzt sich intensiv mit den *Kühne & Heitz*-Bedingungen auseinander, legt sie eher restriktiv aus und lehnt die Anträge anhand eines der kumulativ angewandten Kriterien ab: entweder wegen der fehlenden Änderung in der Rechtslage,¹⁴² oder wegen der fehlenden Zuständigkeit der Behörde zur Rücknahme,¹⁴³ oder – in den meisten Fällen – wegen der fehlenden Erschöpfung des Rechtsweges.¹⁴⁴

b) Deutschland

Das Unionsrecht beeinflusst am intensivsten die Rücknahme der begünstigenden Verwaltungsakte, eine Problematik, die insbesondere in dem *Alcan*-Rechtsstreit kulminierte, in dem der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die früheren Annahmen der Literatur¹⁴⁵ widerlegte und keines der vertrauensschützenden Tatbestandselemente des deutschen VwVfG anerkannte. Die Rechtsprechung wurde in der Literatur deshalb auch kontrovers diskutiert.¹⁴⁶ Als die „mildeste“ Kritik wurde vorgebracht, dass das Urteil wegen der verfehlten Fragestellung nicht relevant sei,¹⁴⁷ zum Teil wurde dem EuGH auch vorgeworfen, zu einseitig die Unionsinteressen zu betonen und dadurch in das austarierte System des deutschen Verwaltungsrechts eingegriffen sowie den Vertrauensschutz minimalisiert zu haben.¹⁴⁸ Ferner hieß es, durch die *Alcan*-Rechtsprechung werde die Rück-

¹⁴⁰ VwGH Erk. vom 22.10.2002, GZ 2000/11/0230, VwSlg. 15937 A/2002.

¹⁴¹ C. Ranacher/M. Frischhut (Anm. 14), 391; VfGH Erk. vom 19.6.2006, Slg. 17.865; Erk. vom 13.12.2012, Slg. 19.729; VwGH Erk. vom 28.1.2010, GZ 2008/09/0330; Erk. vom 24.9.2014 GZ 2012/03/0165.

¹⁴² VwGH Erk. 12.9.2006, GZ 2003/03/0279 (VwSlg. 16992 A/2006).

¹⁴³ VwGH Erk. vom 30.4.2008, GZ 2005/04/0054.

¹⁴⁴ VwGH Erk. vom 12.09.2006, GZ 2003/03/0279; Erk. 27.3.2007, GZ 2007/21/0019; Erk. vom 28.1.2010 GZ 2008/09/0330; Erk. 2.7.2010, GZ 2009/09/0008.

¹⁴⁵ A. Mattfield (Anm. 114), 177; H.-W. Rengeling (Anm. 114) S. 33 ff.

¹⁴⁶ Zusammenfassend T. von Danwitz (Anm. 3), 564 f.; A. Hatje (Anm. 106), 144. Die Kritik ist oft widersprüchlich. Peter M. Huber erkennt auf der einen Seite an, dass der extrem weitgehende Vertrauensschutz ein deutscher Sonderweg ist und das Europarecht die Interessen der Konkurrenten besser berücksichtigt, kritisiert jedoch auf der anderen Seite den Eingriff in das „austarierte System des deutschen Verwaltungsrechts“, P. M. Huber, „Beihilfen“ (Art 87, 88 EGV 1999) und Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht und im nationalen Verwaltungsrecht, KritV 82 (1999), 359 ff.

¹⁴⁷ C. D. Classen, Anmerkung, JZ 54 (1999), 724 ff.

¹⁴⁸ F. Schoch (Anm. 17), 111; ähnlich R. Scholz, Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht, DÖV 51 (1998), 261 (265).

nahme der Verwaltungsakte voll entrechtlicht,¹⁴⁹ und der verbleibende Torso¹⁵⁰ entspreche kaum der Normenklarheit und dem Gesetzesvorbehalt.¹⁵¹ Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) lehnte jedoch diese Argumentation ab und wendet die Rücknahmevorschriften den Erfordernissen des Rechts der Europäischen Union (EU-Recht) entsprechend an, was auch durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bestätigt wurde.¹⁵² Diese Rechtsprechung hat sich mittlerweile verfestigt.¹⁵³ Die unionsrechtliche Instrumentalisierung des Verwaltungsverfahrensrechts¹⁵⁴ wurde dabei teilweise positiv als eine notwendige Korrektur des übertriebenen deutschen Bestandsschutzes aufgefasst,¹⁵⁵ die auch ohne den Einfluss des Unionsrechts schon längst hätte vollzogen werden sollen.¹⁵⁶ Trotz dieser positiven Meinungsäußerungen gilt die unionsrechtliche Überformung des Vertrauensschutzes weiterhin als eine Abweichung vom deutschen Grundmodell.

Das auf die Vorlagefrage des BVerwG¹⁵⁷ erlassene Urteil in der Rechtssache *i-21 Germany und Arcor* zur Präzisierung der Aussagen der *Kühne & Heitz*-Entscheidung¹⁵⁸ verlangte weder eine Neuorientierung der Rechtsprechung zur Rücknahme belastender Verwaltungsakte, noch bewirkte es eine solche. Die vom EuGH ausgearbeiteten Kriterien werden strikt angewandt und der Rücknahmeanspruch wird aufgrund eines der aus der Rechtsprechung des EuGH folgenden Gründe abgelehnt: Weil der mitgliedstaatliche Rechtsweg nicht erschöpft wurde,¹⁵⁹ weil die Unrichtigkeit des Verwal-

¹⁴⁹ R. Scholz (Anm. 148), 265, dazu kritisch R. Winkler, Das "Alcan" Urteil des EuGH – eine Katastrophe für den Rechtsstaat?, DÖV 52 (1999), 148 ff.

¹⁵⁰ P. M. Huber (Anm. 146), 359 ff.

¹⁵¹ K. Gärditz, Verhältnis des Unionsrechts zum Recht der Mitgliedstaaten, in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Anm. 22), 3. Aufl, 2014, § 35, Rn. 40.

¹⁵² BVerfG Beschluss vom 17.2.2000, 2 BvR 1210/98 (EuZW 11 [2000], 445; EuR 35 [2000], 257), hierzu F. Hoffmeister, German Bundesverfassungsgericht: Alcan Decision of 17 February 2000; Constitutional Review of EC Regulation on Bananas, Decision of 7.6.2000, 38 CML Rev 38 (2001), 791 ff.

¹⁵³ Siehe z. B. BVerwG Urt. vom 31.5.2012, 3 C 12.11. Das OVG Berlin-Brandenburg (NVwZ 25 [2006], 104) hält die Rückforderung einer vertraglich gewährten Beihilfe auch durch Verwaltungsakt für möglich, da dieser Weg der effektivste ist.

¹⁵⁴ E. Schmidt-Aßmann, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, 487 (493 ff.).

¹⁵⁵ M. Bullinger (Anm. 88), 911 ff.

¹⁵⁶ E. Schmidt-Aßmann (Anm. 154), 496.

¹⁵⁷ BVerwG Beschluss, BVerwG 6 C 24.03.

¹⁵⁸ *Kühne & Heitz* (Anm. 104).

¹⁵⁹ BVerwG Urt. vom 23.10.2007, 1 C 10.07; BVerwG Urt. vom 22.10.2009, 1 C 15.08; BVerwG Beschluss vom 15.3.2005, 3 B 86.04; ähnlich BFH Urt. vom 14.2.2012, VII R 27/10; BFH Urt. vom 16.9.2010, V R 51/09; BFH Urt. vom 16.9.2010, V R 46/09. Ebenso K. Gärditz (Anm. 151), § 35, Rn. 43.

tungsaktes nicht offensichtlich und somit nicht schlechthin unerträglich war,¹⁶⁰ oder weil die Verpflichtung zur Einholung einer Vorabentscheidung nicht verletzt wurde.¹⁶¹

c) Tschechien

Die europarechtlichen Vorgaben sind der tschechischen Verwaltungsgerichtsbarkeit bewusst, auch wenn bisher keine Entscheidungen getroffen wurden, in denen die europarechtlichen Vorgaben zur Überformung der tschechischen Rechtskraftregelung führten. Das Oberste Verwaltungsgericht lehnte entweder den Hinweis des Klägers auf das *Kühne & Heitz*-Urteil als unbegründet ab¹⁶² oder merkte *obiter dictum*¹⁶³ an, dass die durch den Kläger vorgebrachten Einwände die im *Kemptner*-Urteil aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllten. Die Prüfung der *Kemptner*-Kriterien belegt, dass die einschlägige Judikatur bekannt ist und restriktiv ausgelegt wird.

d) Ungarn

Ein kleiner Teil der Literatur wies zwar auf die notwendigen Änderungen hin, die die europarechtlichen Vorgaben hätten induzieren sollen,¹⁶⁴ die potenzielle Wirkung des Unionsrechts wurde aber weder in der Praxis noch in der gängigen Kommentar- oder Lehrbuchliteratur eingehender reflektiert.¹⁶⁵ Das *Kühne & Heitz*-Urteil wird in den veröffentlichten Urteilen gar nicht erwähnt, das *Deutsche Milchkontor*-¹⁶⁶ sowie das *Alcan*-Urteil¹⁶⁷ werden

¹⁶⁰ BVerwG Beschluss vom 21.6.2013, 3 B 89.12; BVerwG Beschluss vom 21.6.2013, 3 B 92.12; BVerwG Beschluss vom 21.6.2013, 3 B 98.12.

¹⁶¹ BVerwG Urt. vom 22.10.2009, 1 C 18.08; BVerwG Urt. vom 12.11.2008, 1 C 26.08.

¹⁶² Urteil des tschechischen Obersten Verwaltungsgerichts vom 11.2.2009, GZ 1 Afs 149/2008 – 83.

¹⁶³ Urteil des tschechischen Obersten Verwaltungsgerichts vom 21.10.2009, GZ 1 Afs 67/2009 – 67.

¹⁶⁴ A. Vincze, Az Európai Bíróság ítéleteinek processzuális hatályához, MJ (Budapest) 2008, 819 ff; A. Vincze, A közösségi jogba ütköző közigazgatási határozatok visszavonhatósága, Acta Fac. Polit.-Jur. Univ. Sci. Budapestinensis XLV (2008), 145 ff.

¹⁶⁵ Vgl. aus der neusten Literatur nur G. Barabás/B. Baranyi/A. Gy Kovács: Nagykommentár Nagykommentár a közigazgatási hatósági eljárási törvényhez, 2013; A. PATYI: *Közigazgatási hatósági eljárásjog*, 2011.

¹⁶⁶ *Deutsche Milchkontor* (Anm. 108).

¹⁶⁷ *Alcan* (Anm. 115).

inhaltlich falsch als eine Bestätigung der unionsrechtlichen Anerkennung des Vertrauensschutzes rezipiert,^{168 169} die Auswirkungen des Unionsrechts werden bisher nicht ernsthaft diskutiert.

e) Das Vereinigte Königreich

Die Rückerstattung der unionswidrigen Beihilfen spielt im britischen Recht eine eher marginale Rolle,¹⁷⁰ da sie (in Form von *writ*)¹⁷¹ ohne weiteres angeordnet werden kann und sogar ein Konkurrent dies durch eine Verpflichtungsklage (*mandamus* oder *mandatory order*) erzwingen kann.¹⁷² Folgerichtig hat die *Kühne & Heitz*-Entscheidung kaum einen Einfluss auf das Verwaltungsrecht.¹⁷³

Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, gab es im *common law* wenig Raum für den Vertrauensschutz.¹⁷⁴ Der verfahrensrechtliche Schutz der le-

¹⁶⁸ BH 2011.264 (Legf. Bír. Kfv. I. 39.221/2010).

¹⁶⁹ In diesem Sinne weicht der T Sachverhalt vom *Alcan*-Fall zwar ab, aber die Abweichung würde eben für die Rechtmäßigkeit der Rückforderung sprechen, vgl. EuGH *Alcan* (Anm. 115).

¹⁷⁰ D. Piccinin, National Court Proceedings, in: K. Bacon (Hrsg.), *European Union Law of State Aid*, 2. Aufl. 2013, Rn. 20.23. Der Grund dafür ist einerseits in der sehr wettbewerbsorientierten Politik der damaligen *Thatcher*-Regierung und andererseits in der engen Zusammenarbeit der britischen und der europäischen Behörden in Beihilfesachen zu suchen. Zu den wenigen Rückerstattungsfällen gehört etwa *Department of Trade and Industry v. British Aerospace plc and Rover Group Holdings plc*, [1991] 1 CMLR 165.

¹⁷¹ Sec. 2 para. 2 European Communities Act 1972 ermächtigt jeden Minister bzw. jedes Ministerium, die zur Erfüllung europarechtlicher Verpflichtungen notwendigen Maßnahmen zu treffen. Sec. 2 para. 2 European Communities Act 1972 “any designated Minister or department may (...) make provision for the purpose of implementing any [EU obligation]”.

¹⁷² A. Bumside, The Possibilities for a Decentralised Approach to State Aid Control in the EU: The Case of the United Kingdom, in: C.-D. Ehlermann/M. Everson (Hrsg.), *European Competition Law Annual*, 1999, 505 (509 f.).

¹⁷³ In dem führenden Lehrbuch über die europäischen Einflüsse auf das englische öffentliche Recht wird das *Kühne & Heitz*-Urteil nur in einer Fußnote erwähnt (*P. Birkinshaw* [Anm. 26], 532) in den führenden Lehrbüchern zum englischen Verwaltungsrecht kommt die Problematik gar nicht vor, vgl. *P. Leyland/G. Anthony* (Anm. 95); *P. Craig* (Anm. 95); *W. Wade/C. Forsyth* (Anm. 94).

¹⁷⁴ S. Wilken/K. Ghaly (Anm. 98), Rn. 9.134: “Estoppel by representation cannot be used where its effect would be to force a public authority to do that which is beyond its powers.” In diesem Sinne aus der Praxis: *Islington Vestry v. Hornsey UDC* (Anm. 101) per Lord Lindley MR, 704 f.; *York Corpn v. Henry Lethal & Sons*, [1924] 1 Ch 557 per Russell J, 573; *Minister of Agriculture Fisheries and Food v. Matthews*, [1950] 1 KB 148 per Cassels J, 153 f. *Newbury District Council v. Secretary of State for the Environment*, [1981] AC 578, 616; *East Sussex County Council, R v.; Ex Parte Reprotech (Pebsham) Ltd. and One Other Action*, [2002] UKHL 8, para. 33. In einigen Fällen versuchte das House of Lords eine im Ergebnis dem

gitimen Interessen (*procedural legitimate expectations*) wurde erst im Fall *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*¹⁷⁵ erörtert, später in der GCHQ-Entscheidung¹⁷⁶ bestätigt und weiter ausgebaut. Danach¹⁷⁷ haben die Betroffenen einen Anspruch auf rechtliches Gehör, bevor eine *policy* oder eine Entscheidung mit Dauerwirkung abgeändert wird, auf deren Fortbestehen sie berechtigterweise vertraut haben, weil die zentrale oder lokale Regierung sich in diesem Sinne explizit oder konkludent geäußert hatte. Dieses prozedurale Recht bedeutet jedoch keinen materiell-rechtlichen Anspruch im Sinne der deutsch-österreichischen Rechts tradition, sondern lediglich die Möglichkeit, sich zu äußern, Stellung zu nehmen und von den aus der *natural justice* stammenden Verfahrensrechten Gebrauch zu machen.¹⁷⁸

Der materielle Vertrauensschutz wurde erst Mitte der 90er Jahre im *Hamble Fisheries-Urteil*¹⁷⁹ mit expliziten Hinweis auf das Europarecht anerkannt,¹⁸⁰ was eine heftige Diskussion auslöste.¹⁸¹ Eine endgültige Anerkennung erlangte dieser Grundsatz im *Coughlan* Fall,¹⁸² er unterliegt jedoch mehreren Bedingungen:¹⁸³ Die Behörde muss den entsprechenden Vertrauenstatbestand explizit oder durch eine andauernde Praxis implizit begründen,¹⁸⁴ der Einzelne muss auf das Verhalten der Behörde vernünft-

Vertrauensschutz entsprechende Lösung zu finden ohne *estoppel* anzuwenden, *C. Lewis, Fairness, Legitimate Expectations and Estoppel*, M.L.R. 49 (1986), S. 251 (252).

¹⁷⁵ *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch 149. Die späteren Entscheidungen waren noch sprachlich unklar vgl. z. B. *Laker Airway Ltd v. Department of Trade*, [1977] QB 643, [1976] EWCA Civ 10. Zu der früheren Entwicklung *Lord Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur*, *De Smith's Judicial Review*, 6. Aufl. 2007, Rn. 12-003-004.

¹⁷⁶ *Council for Civil Service Unions v. Minister for Civil Service*, [1984] 3 All ER 935, HL.

¹⁷⁷ *R v. Secretary of State for Health, ex p USTI*, [1992] 1 All ER 212 (QBD), *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Ruddock*, [1987] 2 All ER 518.

¹⁷⁸ Zur Entwicklung *P. Leyland/G. Anthony* (Anm. 95), 317 ff.; *P. Birkinshaw* (Anm. 26), 399 f.; *C. Harlow/R. Rawlings*, *Law and Administration*, 3. Aufl. 2009, 222 f.

¹⁷⁹ *R v. MAF, ex p Hamble Offshore Fisheries Ltd*, [1995] 2 All ER 714.

¹⁸⁰ Zum Urteil detailliert *P. Birkinshaw* (Anm. 26), 400 ff.

¹⁸¹ Teilweise wurde inhaltlich – auch wenn nicht in der Wortwahl – bestätigt, wie in *R v. IRC, ex p Unilever*, (1996) SLT 681, teilweise als "Ketzerei" kritisiert wie in *R v. Secretary of State, ex p Hargreaves*, [1997] 1 All ER 397, CA.

¹⁸² *R v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan*, [2000] 2 WLR 622; *P. Birkinshaw* (Anm. 26), 403 f.

¹⁸³ *I. Steele*, *Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance?*, L.Q.R. 121 (2005), 300 ff.

¹⁸⁴ *W. Wade/C. Forsyth* (Anm. 94), 449 f.; *Lord Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur* (Anm. 175), Rn. 12-015-020.

ZaöRV 77 (2017)

tigerweise vertrauen können¹⁸⁵ und die Behörde muss auch gesetzlich befugt sein, ihr Versprechen einzuhalten (*intra vires*). Mithin haben rechtlich unzulässige Zusicherungen keine Bindungswirkung, und können kein rechtlich schutzwürdiges Vertrauen begründen.¹⁸⁶ Dies ist ein wesentlicher Unterschied im Vergleich zu der deutsch-österreichischen Rechtstradition. Das Vertrauen in ein rechtswidriges Versprechen (*ultra vires representation*) wird also weiterhin nicht geschützt. Für Härtefälle wurde eine Entschädigung vorgeschlagen,¹⁸⁷ was auch in der deutschen Reformdebatte als Alternative zum bestehenden System erörtert wurde.¹⁸⁸

Die öffentlich-rechtliche Anerkennung des Vertrauensschutzes ist eindeutig den Einflüssen des Europarechts im weiteren Sinne zuzuschreiben. Das Unionsrecht sowie das Recht der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) boten einen Mechanismus an, der eine bestehende Lücke im nationalen Rechtssystem schließen konnte und mit den im englischen Recht anerkannten Grundsätzen der *fairness* zu vereinbaren war. Das so geschaffene Rechtsinstitut hat die Grundsätze von *estoppel*¹⁸⁹ absorbiert und sie für die Bedürfnisse des öffentlichen Rechts umgeformt. Die gefundene Lösung ähnelt der deutschen Rechtslage insoweit, als der Vertrauensschutz als Ergebnis einer Abwägung zwischen den widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen gewährt wird, geht jedoch nicht so weit, dass die Gewährung von Vertrauensschutz auch für rechtswidrige Verwaltungsentscheidungen in Betracht gezogen würde.

4. Fazit

Das EU-Recht stellt mehrere Anforderungen an die Rechtskraft der Verwaltungsakte: Einerseits verlangt es aus Gründen der Rechtssicherheit einen gewissen Bestandschutz, andererseits wird die Bestandskraft zurückgestellt, falls sie die Durchsetzung des Unionsrechts hemmt. Die Rechtsprechung orientiert sich eher an der Zweckmäßigkeit und versucht dem Uni-

¹⁸⁵ Privy Council in *Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 AC 629, [1983] 2 All ER 346: "the word 'legitimate' in that expression falls to be read as meaning 'reasonable'"; ferner *I. Steele*, (Anm. 183), 305 ff.

¹⁸⁶ *I. Steele*, (Anm. 183), 300 (310 ff.).

¹⁸⁷ *S. Schönberg*, Legitimate Expectations in Administrative Law, 2000, 167 ff.; *Lord Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur* (Anm. 175), Rn. 12-061-079; *P. Craig* (Anm. 95), Rn. 22-42.

¹⁸⁸ *M. Bullinger* (Anm. 88), 911 ff.

¹⁸⁹ *East Sussex County Council, R v.; Ex Parte Reprotech (Pebsham) Ltd. and One Other Action*, [2002] UKHL 8, para. 35 per *Lord Hoffmann*.

onsinteresse zum Durchbruch zu verhelfen, die Rechtssicherheit oder die materielle Gerechtigkeit spielen nur eine nachgeordnete Rolle. Die Rechtsprechung differenziert hierbei je nachdem, ob es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt handelt, wie im Beihilfenrecht, oder um einen belastenden. Im ersten Fall orientiert sich der EuGH grundsätzlich an dem Effizienzgebot und geht von einer fast absoluten Aufhebungspflicht aus, während er sich im zweiten Fall mit der Geltendmachung der Anforderungen des Äquivalenzgebots zufrieden gibt. Auf die europarechtlichen Anforderungen haben die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unterschiedlich reagiert, wobei die Unterschiede nicht immer auf den Stellenwert der Rechtskraft im nationalen Verwaltungsrecht zurückzuführen sind.

Der besonders markante oder sogar überbetonte Bestandsschutz, der das deutsche und das österreichische Recht charakterisiert, war mit den an die begünstigenden Rechtsakte gestellten europarechtlichen Anforderungen kaum zu vereinbaren. Die Reaktionen dieser zwei Rechtsordnungen fielen jedoch unterschiedlich aus.

Das deutsche Recht musste zwar in den europarechtlich überformten Konstellationen neu ausgelegt werden, diese Änderungen blieben aber punktuell und riefen – abgesehen von vereinzelten Stimmen – keine umfassende Systemkritik oder *spill-over*-Effekte hervor, da der teilweise extrem weit gehende Vertrauensschutz als ein positiver Wert aufgefasst wird. Die Dogmatik der belastenden Verwaltungsakte erfuhr – trotz einiger Verwerfungen – nur kleinere Änderungen.

Das österreichische Verwaltungsrecht rezipierte die europarechtlichen Anforderungen relativ problemlos. Die gesetzlichen Aufhebungsmöglichkeiten wurden schon im Rahmen der rein nationalrechtlichen Konstellationen (teilweise planwidrig) extensiv ausgelegt und die Rezeption der EuGH-Rechtsprechung zur Rücknahme der unionsrechtswidrig gewährten Beihilfen bedeutet keinen (weiteren) Systembruch. Die Rücknahme der unionsrechtswidrigen belastenden Verwaltungsakte wird in der letzten Zeit eher restriktiv gehandhabt und die durch den EuGH selbst statuierten Bedingungen ermöglichten bisher den Höchstgerichten, einen Weg zu finden, das nationale Recht unverändert anwenden zu können.

Weder in Ungarn noch in der Tschechischen Republik ist eine Umorientierung der Dogmatik oder der Praxis festzustellen, wobei wesentliche Unterschiede zwischen den zwei postkommunistischen Ländern bestehen. Das tschechische Oberste Verwaltungsgericht scheint die europarechtlichen Anforderungen zumindest zu kennen, wobei die ungarischen Gerichte den Eindruck erwecken, sogar die Grundsatzurteile missverstanden zu haben.

Die vier mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, in denen die Rechtskraft von Verwaltungsentscheidungen – zumindest prinzipiell – eine ähnlich bedeutsame Rolle spielt, weichen also in Art und Umfang ihrer Reaktion auf europarechtlich begründete Anpassungszwänge voneinander ab und zeigen keine wirklichen Gemeinsamkeiten. Aus diesem Umstand kann geschlossen werden, dass nicht nur der inhaltliche Prinzipienkonflikt zwischen dem mitgliedstaatlichen und dem Unionsrecht von Bedeutung ist, sondern weitere Faktoren eine Rolle spielen, insbesondere (1) die Fähigkeit der kritischen Selbstbetrachtung des eigenen Rechts (Deutschland), also die Frage, ob ein nationaler Sonderweg als erstrebenswert oder zumindest akzeptabel oder umgekehrt als unerwünscht betrachtet wird, (2) die normtechnische Ausgestaltung der Rechtsordnung (Österreich), also die Grenzen der konsistenten Auslegung des eigenen Rechts und das (3) Problembewusstsein (Ungarn), also die Kenntnis von den Anforderungen des Unionsrechts.

Das britische Verwaltungsrecht wurde vom weit verstandenen Europarecht anderweitig befruchtet. Der überbetonte Legalitätsgrundsatz (*ultra vires*) führte zu auffallenden Rechtsschutzlücken, die aufgrund der europarechtlichen Impulse dogmatisch zufriedenstellend zu schließen waren. Deshalb beschränkten sich die Auswirkungen des Unionsrechts nicht nur auf die europarechtlich geprägten Konstellationen, sondern führten zu einer umfassenderen dogmatischen Neuorientierung. Daraus ist zu schließen, dass die Fähigkeit einer Rechtsordnung zu kritischer Selbstbetrachtung eine entscheidende Rolle spielt. Der Vertrauensschutz wurde eben deshalb rezipiert, weil er eine dogmatisch schlüssige Antwort auf ein Problem darstellte, das das nationale Recht aufgrund der eigenen Dogmatik nicht lösen konnte.

V. Einige Folgerungen

Diese kursorische Rechtsvergleichung scheint die unter (III.) vorgebrachten Kritikpunkte der vorherrschenden Theorien zu bestätigen.

Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen reagieren vielfältiger und komplexer auf die unionsrechtlichen Impulse, als dies nach den vorherrschenden Erklärungsansätzen zu erwarten wäre. Diese Theorien sind deshalb wenig überzeugend, weil sie sich auf die exogenen, also auf die unionsrechtlichen Faktoren konzentrieren, ohne die innerstaatlichen Faktoren gebührend zu berücksichtigen. Dies zeigt sich bei einer Betrachtung der Rechtsordnungen, in denen die Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen eine vergleichbare Bedeutung hat, die aber auf die Einflüsse des Unionsrechts oft vollkommen anders reagieren.

ZaöRV 77 (2017)

Obwohl das mitgliedstaatliche Recht die Aufgabe hat, das Unionsrecht effektiv durchzusetzen, lässt es sich nicht beliebig umgestalten und verändern, da es nicht nur als unionsrechtlicher Transmissionsmechanismus existiert, sondern auch die tradierten Werte und Vorverständnisse des jeweiligen Staates verkörpert, die als beharrende Elemente die europarechtlich induzierte Anpassungen und Änderungen abschwächen oder sogar verhindern. Ein durch das Unionsrecht angebotener und durch den EuGH verbindlich gemachter Lösungsansatz wird deshalb erst dann auch auf einen rein innenstaatlichen Sachverhalt angewandt, – und erst in diesem Zusammenhang können wir von *spill-over*-Wirkungen sprechen – wenn das innerstaatliche Recht auf eine konkrete Herausforderung nicht nur unter dem Gesichtspunkt der europarechtlichen Anforderungen suboptimale Lösungsansätze anbietet, sondern sie auch im Maßstab des mitgliedstaatliche Rechts nicht mehr als zufriedenstellend empfunden werden. Diese positive Selbstwahrnehmung spielt im deutschen Recht eine wichtige Rolle, da der überbetonte Vertrauensschutz eher als “austariertes System”,¹⁹⁰ also positiv und nicht als ein zu lösendes Problem aufgefasst wird. Folgerichtig konnte der Vertrauensschutz in das britische Verwaltungsrecht aufgenommen werden, weil er eine nicht nur bestehende sondern auch früher diagnostizierte Lücke im nationalen Recht systemgerecht schließen konnte. Diese Unterschiede bestätigen auch, warum die Europäisierung nicht als ein reiner zweckrationaler Prozess aufgefasst werden kann. Die modernen europäischen Rechtssysteme müssen zwar ähnliche Konfliktsituationen lösen, und ähnliche einander widerstreitende Interessen befriedigen und ausgleichen, aber konkrete mitgliedstaatliche Lösung ist nicht notwendigerweise irrational oder abwegig, nur weil sie einem anderen Wert als den von den Vergleichsordnungen präferierten Wert den Vorzug gibt. Die Übernahme eines Rechtsinstituts hängt also nicht nur von seiner Praktikabilität ab, sondern auch davon, ob die aufnehmende Rechtsordnung sich die in diesem Rechtsinstitut verkörperten Wertungen zu eigen machen kann: Die dogmatischen Rechtsfiguren sind durch Kurzformeln ausgedrückte Kristallisationspunkte von Prinzipienkonflikten und solange die richtige oder sachlogische Auflösung von diesen Konflikten zumindest nicht ähnlich betrachtet wird, wird das vom Unionsrecht rezipierte Rechtsinstitut als “Fremdkörper” gelten und werden die dualen Rechtsregime weiterexistieren. Wie die konkreten Beispiele auch zeigten, gab es nur wenige wirkliche *spill-over*-Wirkungen, vor allem im britischen Recht.

Des Weiteren scheint die Flexibilität der Rechtsordnung von Bedeutung zu sein. Das nicht-kodifizierte britische Verwaltungsrecht konnte neue An-

¹⁹⁰ F. Schoch (Anm. 17), 111; R. Scholz (Anm. 148), 265.

sätze durch einen aufgrund rechtspolitischer Überlegungen betätigten Kurswechsel der Rechtsprechung flexibel rezipieren. Das weitgehend formalisierte und deshalb auslegungsoffenerere österreichische Recht konnte wiederum wesentlich besser die unionsrechtlichen Vorgaben absorbieren als das die materielle Abwägung vorprogrammierende deutsche Recht. Das kodifizierte Recht lässt sich nicht so einfach verändern wie ein nichtkodifiziertes, da die Gerichte verfassungsrechtlich nicht befugt sind, die gesetzlichen Bestimmungen rechtspolitischer Überlegungen durch richterrechtlich geschöpfte Normen und Regeln zu ersetzen. Dementsprechend können die Gerichte auch die unionsrechtlichen Vorgaben in rein innenstaatlichen Konstellationen nicht unmittelbar anwenden, weil das die Anwendung ermöglichende Effektivitäts- und Äquivalenzgebot eben nicht einschlägig ist. Rein rechtspolitische Überlegungen, wie jene im Rahmen der Europäisierungsdebatte oft vorkommende Bezugnahme auf die größere Sachgerechtigkeit eines anderen dogmatischen Ansatzes, reichen nicht aus, die gesetzlich fixierten tradierten dogmatischen Rechtsfiguren außer Kraft zu setzen, sondern können lediglich dazu führen, sie im Rahmen des Wortlauts des Gesetzes anders auszulegen. Die dualen Rechtsregime, der beschränkte und punktuelle Einfluss des Europarechts, die in den meisten Staaten zu beobachten waren, sind eigentlich die empirischen Folgen dieses Sachzusammenhanges, sind nur die Symptome eines Konflikts, den die Gerichtsbarkeit im Einklang mit ihrer verfassungsrechtlich zugeschriebenen Aufgabe und Stellung nur im Rahmen der Auslegung und dementsprechend nur beschränkt und kasuistisch auflösen kann.

Trotz der vorstehend betonten eigenständigen Rolle des nationalen Rechts sind die Vorgaben des Unionsrechts natürlich nicht ohne Bedeutung: Je kohärenter sie sind, wie diejenigen zur Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie das nationale Recht verändern können, desto schwieriger sind sie zu ignorieren; je fragmentierter die einschlägigen Vorgaben andererseits sind, wie diejenigen zur Rücknahme belastender Verwaltungsakte, desto weniger können sie eine Veränderung bewirken. Das ungarische Recht zeigt jedoch auch, dass der objektiv bestehende Widerspruch zwischen dem Unions- und dem nationalen Recht auch schlicht ignoriert werden kann mit der Folge, dass das mitgliedstaatliche Recht unverändert bleibt.

ZaöRV 77 (2017)

