

EUR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2016

Jörg Philipp Terhechte [Hrsg.]

**Internationale Dimensionen des
europäischen Verwaltungsrechts**



Nomos

EuR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2016

Jörg Philipp Terhechte [Hrsg.]

**Internationale Dimensionen des
europäischen Verwaltungsrechts**



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-3747-5(Print)

ISBN 978-3-8452-8055-4 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am 8. Juli 2015 wurde *Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Schwarze* im Rahmen des jährlichen *dies academicus* die Ehrendoktorwürde (Dr. jur. h.c.) der Leuphana Universität Lüneburg verliehen. Anlässlich dieser Ehrung haben Kolleginnen und Kollegen sowie Schülerinnen und Schüler des Geehrten ein wissenschaftliches Kolloquium zu den internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts an der Leuphana Universität Lüneburg veranstaltet. Das Kolloquium sollte bewusst an die wichtigen Forschungsarbeiten Jürgen Schwarzes anknüpfen, der im Bereich des europäischen Verwaltungsrechts wegweisende Untersuchungen vorgelegt hat. Die Referate werden mit diesem EuR-Beiheft einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

Einleitend werden die allgemeinen Fragen, die mit der Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts verbunden sind, beleuchtet. Die anschließenden Beiträge von *Ino Augsberg*, *Michael Fehling* und *Claus Dieter Classen* sind den methodischen Grundlagen der Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts gewidmet. Dass der Prozess der Internationalisierung auch einen bemerkenswerten Einfluss auf die EU-Institutionen hat, zeigen dann die Beiträge von *Markus Kotzur* zur Unionsgerichtsbarkeit, *Steffen Augsberg* zu den Entwicklungen des Agenturwesens in der EU und *Sandra Bartelt/Andrea Ott* am Beispiel der Zusammenarbeit der EU-Kommission mit Drittstaaten. Anschließend beleuchten *Michael Potacs* am Beispiel des Währungsrechts und *Marc Bungenberg* am Beispiel des Vergaberechts die Auswirkungen der Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts in einzelnen Referenzgebieten.

Insgesamt entsteht so ein erstes Bild von den vielfältigen Einflüsse der internationalen Ebene auf das Verwaltungsrecht der EU. Dieser Prozess hat freilich Grenzen, die *Jürgen Schwarze* bereits 1982 im Rahmen seines Referats anlässlich des VIII. Wissenschaftlichen Kolloquiums der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht in Bad Ems aufgezeigt hatte. Sein Beitrag „Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen“ ist deshalb im Rahmen des hier behandelten Themas – aber auch ganz allgemein – von höchster Aktualität und wird deshalb in diesem EuR-Beiheft noch einmal abgedruckt.

Der Herausgeber dankt seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die an der erfolgreichen Ausrichtung des Kolloquiums in Lüneburg entscheidenden Anteil hatten. Dies gilt insbesondere für Dr. Silke Christiansen, LL.M., Evin Dalkilic und Vera Grebe.

Lüneburg/Hamburg im Oktober 2016

Jörg Philipp Terhechte

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
Einführung	
<i>Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte, Lüneburg/Glasgow</i> Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts	9
Internationalisierung und Methoden des europäischen Verwaltungsrechts	
<i>Prof. Dr. Dr. Ino Augsberg, Kiel</i> Let Us Compare Methodologies Methodenvergleich und Europäisches Verwaltungsrecht	29
<i>Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M., Hamburg</i> Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht	59
<i>Prof. Dr. Claus Dieter Classen, Greifswald</i> Zur heutigen Bedeutung der Rechtsvergleichung für das europäische Verwaltungsrecht	79
Institutionelle Auswirkungen der Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts	
<i>Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M., Hamburg</i> Die Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts durch die Unionsgerichtsbarkeit	105
<i>Prof. Dr. Steffen Augsberg, Gießen</i> Agencification der Kommissionsverwaltung	119
<i>Dr. Sandra Bartelt, LL.M., Brüssel/Prof. Dr. Andrea Ott, Maastricht</i> Die Verwaltungszusammenarbeit der Europäischen Kommission mit Drittstaaten und internationalen Organisationen: Kategorisierung und rechtliche Einordnung	143
Auswirkungen der Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts in ausgesuchten Referenzgebieten	
<i>Prof. Dr. Dr. Michael Potacs, Wien</i> Internationalisierung des unionalen Währungsverwaltungsrechts	173

<i>Prof. Dr. Marc Bungenberg, Saarbrücken</i> Internationalisierung des europäischen Vergaberechts (?)	183
---	-----

Unionsrecht und Völkerrecht

<i>Prof. Dr. Dres. h.c. Jürgen Schwarze, Freiburg i. Brsg</i> Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen	193
---	-----

Einführung

Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts

Jörg Philipp Terhechte*

I. Einleitung

Das europäische Verwaltungsrecht weist eine Reihe internationaler Dimensionen auf, die aber in der wissenschaftlichen Befassung mit diesem Rechtsgebiet bislang nur selten Aufmerksamkeit auf sich lenken konnten.¹ Die Ursachen hierfür mögen vielschichtig sein: Zum einen ging es in der Pionierphase des europäischen Verwaltungsrechts zunächst darum, die Wegmarken und Grundprinzipien für dieses neue Rechtsgebiet abzustecken,² zum anderen verkörpern Internationalisierungsphänomene in der Regel enorme Herausforderungen für die Autonomie einer Rechtsordnung und lösen nicht selten Abwehrreflexe aus.³ Tatsächlich spielt dieses „Autonomiedenken“ gerade in jüngerer Zeit eine auffallend wichtige Rolle im Rahmen unterschiedlicher Internationalisierungsdiskurse und es lässt auch das Unionsrecht nicht unberührt, wie man etwa in jüngeren Urteilen und Gutachten des EuGH, die vielfältige Bezüge zu den internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts aufweisen, beobachten kann.⁴

Diese und weitere neue Entwicklungen geben besonderen Anlass, sich mit den internationalen Dimensionen des europäischen Rechts und insbesondere des europäischen Verwaltungsrechts zu beschäftigen: Die EU tritt inzwischen selbstverständlich als außenpolitischer Akteur auf⁵ und hat in einigen Bereichen wie dem Außenwirtschaftsrecht längst eine bestimmende Rolle im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten erlangt⁶. Sie ist darüber hinaus in internationale Behördennetze-

* Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europäisches und Internationales Recht an der Leuphana Law School, Leuphana Universität Lüneburg, Direktor des Leuphana Competition & Regulation Institute und Honorary Professor of Law, University of Glasgow, School of Law.

- 1 S. aber *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 374 ff. am Beispiel der Gemeinsamen Handelspolitik; s. auch *C. Harlow*, European Administrative Law and the Global Challenge, in: *P. Craig/G. de Búrca* (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 1999, S. 261 ff.
- 2 Hierzu *J. P. Terhechte*, Das Verwaltungsrecht der Europäischen Union als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung – Entwicklungslinien, Prinzipien und Perspektiven, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 1 Rn 10 ff.
- 3 Hierzu etwa *Y. Dezalay*, The Big Bang and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field, in: *M. Featherstone* (Hrsg.), Global Culture – Nationalism, Globalization and Modernity, 1990, S. 279 ff.; am Beispiel der deutschen Rechtsordnung etwa *M. Payandeh*, Die Internationalisierung der Rechtsordnung als Herausforderung für die Gesetzesbindung, *RW* 2013, S. 397 ff.; s. auch *E. Schmidt-Äßmann*, Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, *Der Staat* 45 (2006), S. 315 ff.
- 4 S. EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454; EuGH, Gutachten 1/09 (Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123, Slg. 2011 I-1137.
- 5 Zur Entwicklung am Beispiel der GASP s. *J. P. Terhechte*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 23 EUV Rn. 3 ff.; *R. A. Lorz/V. Meurers*, Außenkompetenzen der EU, in: *A. von Arnald* (Hrsg.), Europäische Außenbeziehungen (EnzEuR Bd. 10), 2014, § 2 Rn. 6 ff.
- 6 Am Beispiel der Gemeinsamen Handelspolitik s. etwa *M. Bungenberg/C. Herrmann* (Hrsg.), Die Gemeinsame Handelspolitik nach Lissabon, 2011; *P. Eeckhout*, EU External Relations Law, 2. Aufl. 2011, S. 11 ff.; eingehend auch *W. Weiß*, Vertragliche Handelspolitik, in: *A. von Arnald* (Fn. 5), § 10.

werke eingebunden⁷ und ihre Beschlüsse (auch im Sinne von Verwaltungsent-scheidungen) erheben mitunter den Anspruch auf extraterritoriale Wirkung⁸. Sie ist umgekehrt an internationale Vorgaben gebunden bzw. hat die völkerrechtlich vermittelte Pflicht, internationales Recht umzusetzen.⁹

Hieraus ergeben sich sowohl aus der Sicht des europäischen Verfassungsrechts als auch aus der des europäischen Verwaltungsrechts zahlreiche Fragen: Welche unterschiedlichen internationalen Dimensionen sind hier von Relevanz? Wie ist der unionale Rechtsrahmen hinsichtlich seiner Öffnung für die internationale Ebene ausgestaltet? Welche konkreten Einflüsse üben etwa verschiedene internationale Organisationen, wie z.B. die WTO, die VN oder die NATO auf die EU bzw. das EU-Verwaltungsrecht aus? Was folgt aus dem Zusammenspiel mit internationalen Verträgen wie der EMRK oder der Aarhus-Konvention? Wie geht das europäische Verwaltungsrecht mit unterschiedlichen internationalen Phänomenen, wie z.B. dem der „Agencification“, um? Darüber hinaus ist auch von Interesse, ob das europäische Verwaltungsrecht seinerseits Impulse für die internationale Ebene aussendet, etwa im Rahmen des im Entstehen begriffenen Internationalen Verwaltungsrechts, hinsichtlich der sehr umstrittenen verwaltungsrechtlichen Standards in Freihandelsabkommen wie TTIP oder CETA oder hinsichtlich seiner Ausstrahlungswirkung in den bilateralen oder Assoziierungsbeziehungen der EU zu Drittstaaten. Diesen Fragestellungen gilt es im Folgenden weiter nachzugehen und so die internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts weiter zu entfalten.

II. Vielzahl der Dimensionen

1. Komparative Anlage des europäischen Verwaltungsrechts

Zunächst müssen schon die Entwicklung und die Struktur des europäischen Verwaltungsrechts in gewisser Weise als „international“ gelten, denn dieses Rechtsgebiet war in seiner Konzeption zum einen auf das Vorbild der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen angewiesen,¹⁰ hat aber zum anderen auch Impulse von außereuropäischen Rechtsordnungen aufgenommen.¹¹ Insofern lässt

7 Dazu *C. Möllers/J. P. Terhechte*, Europäisches Verwaltungsrecht und internationales Verwaltungsrecht, in: J. P. Terhechte (Fn. 2), § 40.

8 Am Beispiel des Kartellrechts s. *J. P. Terhechte*, Das internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, *ZaöRV* 68 (2008), S. 689 ff. (727 ff.).

9 S. EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), *ECLI:EU:C:1982:362*, Slg. 1982, 3641, Rn. 13; *E.-U. Petersmann*, Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?, *EuZW* 1997, S. 325 ff.; *C. Heidfeld*, Die dezentrale Durchsetzung des WTO-Rechts in der Europäischen Union, 2012, S. 45.

10 S. *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht im Werden – Einführung und Problemaufriss, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, S. 11 ff. (insb. 17 ff.); s. etwa zur Rechtssicherheit und zum Vertrauensschutz *J. Schwarze*, Der Schutz des Gemeinschaftsbürgers durch allgemeine Verwaltungsrechtsgrundsätze im EG-Recht, *NJW* 1986, S. 1067 ff. (1070 ff.).

11 S. zur „Notwendigkeit eines Blicks über die Grenzen“ früh *J. Schwarze*, Der Schutz des Gemeinschaftsbürgers (Fn. 10), S. 1067.

sich in Bezug auf das europäische Verwaltungsrecht durchaus von einer „komparativen Anlage“ sprechen, die bis heute auch in Fragen des methodischen Zugangs eine wichtige Rolle spielt (Stichwort: Methode der wertenden Rechtsvergleichung).¹² Letztlich sorgt dieser Umstand dafür, dass sich das europäische Verwaltungsrecht als eine Art *mixtum compositum* präsentiert, das stets offen für neue Entwicklungen ist, mit zunehmender Konsolidierung aber insbesondere auch stetig Impulse in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aussendet.¹³ Die komparative Anlage des europäischen Verwaltungsrechts umreißt zugleich eine Mammutaufgabe der Rechtspraxis, der sich etwa der EuGH und hier die Generalanwälte in mitunter großer Detailgenauigkeit stellen:¹⁴ Nämlich immer wenn es darum geht, die Existenz oder auch Nichtexistenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf der Ebene der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen festzustellen.¹⁵ Die Internationalität erweist sich hier in gewisser Weise als notwendige Vorstufe zur Supranationalität.

2. *Unionsrecht und internationales Recht*

Eine weitere internationale Dimension des europäischen Verwaltungsrechts liegt in seinen Verbindungslien zum internationalen Recht. Hier ist auf das wieder in den Brennpunkt des Interesses rückende Problem der innerunionalen Bedeutung des Völkerrechts hinzuweisen, das *Jürgen Schwarze* bereits 1983 eingehend analysiert hat.¹⁶ Insbesondere die derzeit zu beobachtende (potentielle) völkerrechtliche Umgehung vieler Grundprinzipien des europäischen Verwaltungsrechts zeigt,¹⁷ dass das Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht (wieder!) komplexer wird. Hier gilt es, den unionsrechtlichen Rahmen für das Verhältnis zum Völ-

- 12 Hierzu *J. Schwarze* (Fn. 1), S. 85 ff.; *T. von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 1 ff.; *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 1 Rn. 17; *I. Augsberg*, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 4 Rn. 10.
- 13 Hierzu etwa *A. Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998; *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1996; *M. Ruffert*, Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2007, S. 761 ff.; *C. Knill*, The Europeanisation of National Administrations, 2001.
- 14 S. etwa *GA Mischo*, Schlussanträge v. 21.02.1989 in den verbundenen Rsen. 46/87 und 227/88 (Hoechst), ECLI:EU:C:1989:73, Rn. 49 ff.; *GA Léger*, Schlussanträge v. 10.07.2001 in der Rs. C-353/99 P (Hautala), ECLI:EU:C:2001:392, Rn. 57 ff.; s. aber auch etwa das Ersuchen des EuGH an die Kommission, eine rechtsvergleichende Untersuchung anzustellen in EuGH, Rs. 155/78 (M./Kommission), ECLI:EU:C:1980:150, Slg. 1980, 1797, 1806 und Rn. 19.
- 15 Eingehend zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen *J. Schwarze* (Fn. 1), S. 62 ff.; *ders.*, Zwischen Tradition und Zukunft: Die Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze im Recht der Europäischen Union, DVBl 2011, S. 721 ff.; *H.-W. Rengeling*, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1977; *T. von Danwitz* (Fn. 12), S. 210 ff.; *G. Nolte*, General Principles of German and European Administrative Law? A Comparison in Historical Perspective, Modern Law Review 57 (1994), S. 191 ff.; *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 1 Rn. 26 ff.
- 16 S. *J. Schwarze*, Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen, EuR 1983, S. 1 ff., i. d. B., S. 193 ff.; s. auch jüngst *R. Uerpmann-Wittzack*, Völkerrecht als Ausweichordnung – am Beispiel der Euro-Rettung, in: *A. Hatje* (Hrsg.), Die Einheit des Unionsrechts im Zeichen der Krise, EuR-Biheft 2/2013, S. 49 ff.
- 17 S. etwa Vertrag zur Einrichtung eines Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), BGBl. 2012 II S. 1086; s. hierzu etwa *W. Frenz*, ESM-Vertrag europarechtskonform?!, EWS 2013, S. 27 ff.; *M. Nettesheim*, Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus, NJW 2013, S. 14 ff.

kerrecht zu bestimmen und zugleich die Grenzen, die das Unionsrecht für „völkerrechtliche Umgehungsmanöver“ zieht, deutlich zu benennen.¹⁸

3. Internationales Kooperationsverwaltungsrecht

Ein weiterer Strang der internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts wird durch die Einbindung der unionalen Verwaltungsakteure in internationale Behördennetzwerke verkörpert.¹⁹ Hier kommt es seit vielen Jahren zu vielfältigen Kooperationen, insbesondere zu einem ebenenübergreifenden bzw. internationalen Informationsaustausch.²⁰ Hiermit sind zahlreiche Fragen verbunden, etwa hinsichtlich des adäquaten Grundrechtsschutzes bei der Teilung von Informationen oder hinsichtlich der allgemeinen Befugnis staatlicher oder supranationaler Behörden, im Rahmen solcher internationalen Behördennetzwerke mitwirken zu dürfen.

4. Die Europäische Union als internationaler (Verwaltungs-)Akteur

Darüber hinaus waren die Europäischen Gemeinschaften seit ihrer Gründung am Völkerrechtsverkehr beteiligt und sind damit auch in zahlreichen Kontexten selbst als „internationaler Verwaltungsakteur“ aufgetreten.²¹ Folgerichtig enthält das Unionsrecht bis heute eigene Bestimmungen über das Verhältnis der EU zu internationalen Organisationen (s. Art. 220 AEUV). Die EU ist darüber hinaus Vollmitglied der WTO.²² Freilich können sich im Zusammenhang mit einer Mitgliedschaft der EU in anderen Internationalen Organisationen (IOs) aufgrund gemischter Kompetenzen oder der institutionellen Strukturen der jeweiligen IOs Probleme ergeben, die insbesondere in jüngerer Zeit rege diskutiert werden.²³

18 Hierzu unten III. 3. und IV. 5.

19 Dazu *C. Möllers*, Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler Standardsetzung, *ZaöRV* 65 (2005), S. 351 ff.

20 S. etwa zum Bereich des Wettbewerbsrechts *J. P. Terhechte* (Fn. 8), insb. S. 703 f.

21 *S. A. von Arnault*, Das System der Europäischen Außenbeziehungen, in: ders. (Fn. 5), § 1 Rn. 55 ff.

22 Ausführlich hierzu *C. Herrmann/T. Streinz*, Die EU als Mitglied der WTO, in: *A. von Arnault* (Fn. 5), § 11; *P. Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System, 3. Aufl. 2009; *A. Ott*, Der EuGH und das WTO-Recht: Die Entdeckung der politischen Gegenseitigkeit – altes Phänomen oder neuer Ansatz?, *EuR* 2003, S. 504 ff.; *dies.*, GATT und WTO im Gemeinschaftsrecht, 1997.

23 S. dazu *C. Kaddou* (Hrsg.), *The European Union in International Organisations and Global Governance: Recent Developments*, 2015; *J. Wouters/J. Odermatt/T. Ramopoulos*, The EU in the World of International Organisations: Diplomatic Aspirations, Legal Hurdles and Political Realities, in: *M. Smith/S. Keukeleire/S. Vanhoonacker* (Hrsg.), *The Diplomatic System of the European Union: Evolution, Change and Challenges*, 2016, S. 94 ff.; s. insbesondere zum Verhältnis der EU zu den VN *J. Scheffler*, Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen, 2011; *J. Wouters/A. Chané/J. Odermatt*, Improving the EU's Status in the UN and the UN System: An Objective Without a Strategy?, in: *C. Kaddou* (s.o.), S. 45 ff.

5. Internationale Dimensionen als Herausforderungen des Verwaltungsverbundes

Schließlich können internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts Umsetzungs- oder Transformationsprozesse nach innen bewirken und damit Herausforderungen für den europäischen Verwaltungsverbund darstellen.²⁴ In diesem Zusammenhang ist auf die Umsetzungspflichten hinzuweisen, die aus dem Völkervertragsrecht – bspw. aus dem Recht der WTO²⁵ oder der Aarhus-Konvention²⁶ – erwachsen.²⁷ Hier hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass es aufgrund unterschiedlicher Verwaltungstraditionen in den Mitgliedstaaten und der EU auch zu Schwierigkeiten bei der Umsetzung völkerrechtlicher Pflichten kommen kann. Wichtige Beispiele sind diesbezüglich die Umsetzung der Aarhus-Konvention²⁸ oder der Beitritt der Union zur EMRK²⁹, der schon heute alle Mitgliedstaaten der EU angehören, die EU selbst bislang aber nicht. Die hier zutage tretenden Divergenzen und unterschiedlichen Vorstellungen zwischen den Mitgliedstaaten und der unionalen Ebene sind daher als Herausforderungen für den europäischen Verwaltungsverbund zu verstehen, die eine enge Abstimmung nötig machen.³⁰

III. Rahmen des EU-Verfassungsrechts

Die internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts sind in den EU-Verträgen vorgeformt, die so in gewisser Weise einen „Moderationsrahmen“ für die Internationalisierung des EU-Verwaltungsrechts bilden. Es sei darauf hingewiesen, dass dieser Rahmen vergleichsweise konkret ausgestaltet ist. Er betrifft zwar vordergründig das Verhältnis der unionalen Rechtsordnung zum Völker-

24 S. hierzu grundlegend *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsdee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2006, S. 31 ff.; eingehend zum Begriff des Verwaltungsverbunds s. auch *T. Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, S. 11 ff.

25 S. hierzu *C. Heidfeld*, Die dezentrale Durchsetzung des WTO-Rechts in der Europäischen Union, 2012, S. 69 ff.; etwa am Beispiel des Zollrechts *T. Lyons*, The Interaction of Customs and Non-Tariff Barriers, in: *C. Herrmann/M. Krajewski/J. P. Terhechte (Hrsg.)*, European Yearbook of International Economic Law 2015, S. 19 (29 ff.).

26 S. zum Beispiel Deutschlands etwa *T. von Danwitz*, Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten, NVwZ 2004, S. 272 ff.; *L. Knopp*, Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz und Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, ZUR 2005, S. 281 ff.; zum Beispiel Ungarns s. *K. F. Rozsnyai*, Von Aarhus nach Budapest, DÖV 2015, S. 228 ff.

27 *J. P. Terhechte*, in: *J. Schwarze* (Fn. 5), Art. 216 AEUV, Rn. 21 f.

28 S. zur Umsetzung der Aarhus-Konvention auf mitgliedstaatlicher Ebene etwa *T. Bunge*, Rechtsbehelfe in Umweltangelegenheiten: Vorgaben der Aarhus-Konvention und deutsches Recht, NuR 2014, S. 605 ff.; auf unionaler Ebene *A. Guckelberger*, Die EG-Verordnung zur Umsetzung der Aarhus-Konvention auf der Gemeinschaftsebene, NuR 2008, S. 78 ff.

29 S. zu möglichen Spannungsfeldern auf mitgliedstaatlicher Ebene *W. Schaller*, Das Verhältnis von EMRK und deutscher Rechtsordnung vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK, EurR 2006, S. 656 ff.; auf Unionsebene s. etwa *M. Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß – Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, NJW 2015, S. 921 ff.; *D. T. Castán*, Die Öffnung des EU-Rechts für die Europäische Menschenrechtskonvention – Überlegungen anlässlich des Gutachtens 2/13 des Europäischen Gerichtshofs, DÖV 2016, S. 12 ff.

30 Zu den Problemen einer parallelen Mitgliedschaft eingehend *P. Hilpold* (Fn. 22), S. 217 ff.

recht, bei genauerer Betrachtung wird aber deutlich, dass viele Fragen gerade auch für das europäische Verwaltungsrecht von Interesse sind.

1. Grundsätzliches zum Verhältnis von Unionsrecht und Internationalem Recht

Art. 47 EUV verleiht der EU ausdrücklich die völkerrechtliche Rechtsfähigkeit.³¹ Sie ist damit ohne Zweifel in der Lage, völkerrechtliche Verträge abzuschließen oder internationalen Organisationen beizutreten.³² Dass sie den sich hieraus ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen muss, erscheint deshalb als Selbstverständlichkeit und ist zudem aus der Warte des Völkerrechts aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda*³³ abzuleiten. Auf der Ebene der EU folgt dies aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit.³⁴ Darüber hinaus sieht Art. 216 Abs. 2 AEUV ausdrücklich vor, dass die von der Union geschlossenen Übereinkünfte die Organe der Union und die Mitgliedstaaten binden.³⁵ Im Detail werfen die entsprechenden Verbindungen zwischen Völkerrecht und Unionsrecht viele Fragen auf, etwa hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit der jeweiligen völkerrechtlichen Abkommen³⁶ oder hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union beim Abschluss von Abkommen³⁷. In Bezug auf die Pflicht zur Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen und ihrer Einpassung in die nationalen Verwaltungsrechte können zudem komplexe Kompetenzarrangements Probleme verursachen, wie am Beispiel der Aarhus-Konvention zu sehen ist. Insgesamt zeigt sich so, dass das Verhältnis des EU-Rechts zum Völkerrecht insbesondere auch vor dem Hintergrund der Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten zu erheblichen Problemen führen kann. Dies wurde auch jüngst am Beispiel der lebhaften Diskussionen hinsichtlich der Kompetenzverteilung rund um den Abschluss des CETA überdeutlich.³⁸

31 S. dazu *J. P. Terhechte*, in: J. Schwarze (Fn. 5), Art. 47 EUV, Rn. 2 ff.; s. auch *W. Meng*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 47 EUV, Rn. 5 ff.

32 Eingehend dazu *J. P. Terhechte*, in: J. Schwarze (Fn. 5), Art. 47 EUV Rn. 8 f.

33 Ausführlich hierzu *K. Schmalenbach*, in: O. Dör/K. Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary, 2012, Art. 26 Rn. 23 ff.

34 S. EuGH, Rs. C-286/90 (Poulsen), ECLI:EU:C:1992:453, Slg. 1992, I-6019, Rn. 9; EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), ECLI:EU:C:1999:574, Slg. 1999, I-8395, Rn. 35.

35 *J. P. Terhechte*, in: J. Schwarze (Fn. 5), Art. 216 AEUV, Rn. 21 f.

36 Dahingehend behahend etwa EuGH, Rs. C-104/81 (Kupferberg), ECLI:EU:C:1982:362, Slg. 1982, 3641, Rn. 17 ff.; EuGH, Rs. C-12/86 (Demirel), ECLI:EU:C:1987:400, Slg. 1987, 3719, Rn. 14 ff.; im Hinblick auf das GATT- und WTO-Recht s. *E.-U. Petersmann* (Fn. 9).

37 Zu gemischten Abkommen s. *R. A. Lorz/V. Meurers*, Außenkompetenzen der EU, in: A. von Arnauld (Fn. 5), § 2, Rn. 38 ff.; zu den Vertragsschlusskompetenzen im Rahmen von TTIP und CETA *F. C. Mayer/M. Ermes*, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237 ff.; zur Entwicklung der auswärtigen Verbandskompetenz der EU *D. Thym*, Auswärtige Gewalt, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 441 ff. (452 ff.); s. zur Entwicklung der EU als außenpolitischer Akteur *A. Sari*, Between Legalisation and Organisational Development: Explaining the Evolution of EU Competence in the Field of Foreign Policy, in: P. J. Cardwell (Hrsg.), EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era, 2012, S. 59 ff.

38 S. S. Stöbener de Mora, Außenhandelsrecht: Kommissionsvorschlag zur Ratifizierung von CETA als gemischtes Abkommen, EuZW 2016, S. 523; *F. C. Mayer/M. Ermes*, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237 ff. (238 ff.); im Hinblick auf den Investitionsschutz s. *S. Mayr*, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investitionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, EuR 2015, S. 575 ff.; s. auch das ausstehende Gutachten 2/15 des EuGH zum Frei-

2. Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit

Grundsätzlich ist die Unionsrechtsordnung offen für internationale Einflüsse. Insbesondere im Verhältnis zum Völkerrecht findet der Grundsatz der völkerrechtskonformen Integration Anwendung, der seinen Niederschlag etwa in Art. 351 AEUV (Verhältnis des Unionsrechts zu früheren völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten) und Art. 220 AEUV (Verhältnis der EU zu internationalen Organisationen) gefunden hat.³⁹ In den letzten Jahren wird häufiger auch vom Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ gesprochen – und zwar auf der unionalen⁴⁰ und der nationalen⁴¹ Ebene. Letztlich wird durch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass die unionale Rechtsordnung breitflächig für internationale Einflüsse offen ist.

3. Grenzen der Inkorporation des Internationalen Rechts

Die Bindung des Unionsrechts an das Völkerrecht kennt Grenzen, die in den letzten Jahren deutlicher herausgearbeitet wurden. Vor allem aus der Warte des Gerichtshofes der EU sind in diesem Zusammenhang der Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts, das unionale Kompetenzarrangement, die Unionsgrundrechte sowie der „institutionelle Selbststand“ der Unionsorgane maßgeblich.⁴²

a) Autonomie

Kaum ein Grundsatz des Unionsrechts spielt für das Selbstverständnis der unionalen Rechtsordnung eine so große Rolle wie der Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts,⁴³ den der EuGH bereits früh in mehreren Urteilen geformt hat und der den „Selbststand“ des Unionsrechts im Verhältnis sowohl zum mitgliedstaatlichen Recht als auch zum Völkerrecht gewährleisten soll.⁴⁴ Die Autonomie des

handelsabkommen der EU mit Singapur sowie das erste CETA-Urteil des BVerfG v. 13.10.2016, 2 BvR 1386/16, BeckRS 2016, 52943.

39 *N. Lavranos*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Fn. 31), Art. 351 AEUV, Rn. 1; *C. Tietje*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettessheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 220 AEUV, Rn. 4; s. auch *E.-U. Petersmann* (Fn. 9), S. 327.

40 *S. D. Thym*, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Fn. 37), S. 441 ff. (458); *A. von Arnauld*, *Das System der Europäischen Außenbeziehungen*, in: ders. (Fn. 5), § 1 Rn. 104; s. auch *C. Timmermans*, *The EU and Public International Law*, European Foreign Affairs Review 1999, S. 181 ff. (185 ff.); kritisch zur Völkerrechtsfreundlichkeit der EU *J. Klabbers*, *Völkerrechtsfreundlich? International Law and the Union Legal Order*, in: P. Kourakos (Hrsg.), *European Foreign Policy: Legal and Political Perspectives*, 2011, S. 95 ff.

41 S. nur BVerfGE 111, 307, 317 f. – Görgülü; *M. Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 2009, S. 465 ff.; *S. Talmon*, Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht, *JZ* 2013, S. 12 ff.; s. auch die Beiträge in *T. Giegerich* (Hrsg.), *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren – Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft*, 2010, S. 73 ff.

42 Vgl. EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK I), ECLI:EU:C:1996:140, Slg. 1996, I-1759; EuGH, Gutachten 1/09 (Patentgericht) (Fn. 4); EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II) (Fn. 4); s. auch *C. Tomuschat*, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral/Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2015, S. 133 ff.

43 Hierzu eingehend etwa *R. Barents*, *The Autonomy of Community Law*, 2004.

44 Vgl. EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1; EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251; EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), ECLI:EU:C:

Unionsrechts drückt sich insbesondere im Vorrangprinzip⁴⁵ und der unmittelbaren Anwendbarkeit⁴⁶ des Unionsrechts aus;⁴⁷ diese Grundsätze haben die Gemeinschaften und heute die EU schon anfänglich aus den klassischen Bahnen des Völkerrechts herauskatapultiert und dafür gesorgt, dass die Union in vielen Bereichen Sonderwege einschlagen konnte.⁴⁸ Mit den Worten des Hamburger Altmeisters des Europarechts *Hans Peter Ipsen*: „Vorrang und Durchgriff (...) sind die entscheidenden Faktoren zur Absetzung der Vergemeinschaftung von überliefelter völkerrechtlicher Kooperation, soweit es um die normative Bindung der Staaten und ihrer Angehörigen an das Ziel der Staatenverbindung geht“.⁴⁹

Bedenkt man, dass sich in der Frage der Autonomie der Union letztlich ihr politisches wie rechtliches Selbstverständnis spiegelt, so verwundert es nicht, dass der EuGH gerade in den letzten Jahren die Autonomie regelmäßig heranzieht, um internationale Einflüsse auf die unionale Rechtsordnung abzumildern, wie dies besonders im jüngsten Gutachten des EuGH zum anvisierten Beitritt zur EMRK⁵⁰ deutlich wurde. Diese starke Betonung der Autonomie der unionalen Rechtsordnung, die auch für das europäische Verwaltungsrecht eine besondere Rolle spielen muss, ist nicht ohne Kritik geblieben.⁵¹

b) Kompetenzfragen

Eine weitere Grenze für die Öffnung des Unionsrechts bzw. für seine internationalen Dimensionen liegt in den speziellen unionalen Kompetenzarrangements. Nur soweit der Union durch die Verträge Kompetenzen eingeräumt worden sind,⁵² kann sie sowohl nach innen als auch – für den hier thematisierten Zusam-

1970:114, Slg. 1970, 1125, Rn. 3; EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK I) (Fn. 42); EuGH, Gutachten 1/09 (Patentgericht) (Fn. 4); EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II) (Fn. 4); *B. de Witte*, European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?, ZÖR 2010, S. 141 ff.; *M. Nettesheim*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Fn. 40), Art. 1 AEUV, Rn. 60 ff.

45 S. bereits EuGH, Rs. 6-64 (Costa/ENEL) (Fn. 44); EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II) (Fn. 4), Rn. 166; s. auch *J. P. Terhechte*, Der Vorrang des Unionsrechts, JuS 2008, S. 403 ff.; *A. Funke*, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts – Einige Problemfälle und ein Präzisierungsvorschlag, DÖV 2007, S. 733 ff.

46 S. bereits EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend & Loos) (Fn. 44), 24 ff.; *S. Prechal*, Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union, in: C. Barnard (Hrsg.), The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, 2007, S. 35 ff.; ausführlich hierzu *C. Wohlfahrt*, Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts, 2016, S. 24 ff.

47 Hierzu auch *C. Eeckhout*, Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?, ELJ 2012, S. 230 ff.

48 S. hierzu *J. W. van Rossem*, The Autonomy of EU Law: More is Less?, in: R. A. Wessel/S. Blockmans, (Hrsg.), Between Autonomy and Dependence – The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations, 2013, S. 13 ff. (15 ff.).

49 *H. P. Ipsen*, Zur Tragfähigkeit der Verfassungsprinzipien der Europäischen Gemeinschaft, in: ders., Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien, 1984, S. 31 ff. (43).

50 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II) (Fn. 4); dazu *J. P. Terhechte*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Fn. 31), Vorb. EU-GRCh Rn. 13.

51 S. etwa *M. Wendel*, (Fn. 29), S. 923; *P. Eeckhout*, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue – Autonomy or Autarky?, Jean Monnet Working Paper 01/15, S. 15 ff.; *B. de Witte/S. Imamovic*, Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court, European Law Review 2015, S. 683 ff.; zurückhaltend auch *A. Voßkuhle*, Menschenrechtsschutz durch die Europäischen Verfassungsgerichte, RdA 2015, S. 336 ff. (342).

52 S. zur Kompetenzverteilung *M. Nettesheim*, Kompetenzen, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Fn. 37), S. 389 ff.; *P. Eeckhout*, EU External Relations Law, 2. Aufl. 2011; zur alten Rechtslage s. *C. Trüe*, Das System der EU-

menhang noch wichtiger – nach außen tätig werden.⁵³ Für das europäische Verwaltungsrecht bzw. für internationale Verwaltungskooperationen liegt also dort eine vermeintlich eindeutige Grenze, wo eine solche Kooperation nicht vom unionalen Kompetenzarrangement gedeckt ist. Tatsächlich neigen die EU-Institutionen aber seit jeher zu einer extensiven Handhabung der entsprechenden Kompetenzen.⁵⁴ Dies kann sowohl Rechtsschutzprobleme als auch grundsätzliche Fragen der Zuständigkeitsverteilung aufwerfen.⁵⁵

c) Grundrechte

Spätestens die Urteile des EuGH zu den Fragen rund um die sog. *smart sanctions* der VN und die entsprechenden Umsetzungsakte der Union haben gezeigt, dass die internationale Öffnung der EU auch Risiken für den Einzelnen mit sich bringen kann, womit die Frage nach einem adäquaten Grundrechtsschutz aufgeworfen ist.⁵⁶ Der EuGH hat hier gerade in den letzten Jahren klare Anforderungen formuliert, die z.T. durch den Lissabonner Vertrag Eingang in das primäre Unionsrecht gefunden haben (vgl. etwa Art. 275 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 40 EUV). Allerdings wird insbesondere hinsichtlich der defensiven Rechtsprechung des EuGH durchaus zu Recht ein stärkeres Eintreten der EU für Grund- und Menschenrechte auf der internationalen Bühne gefordert.⁵⁷

d) „Institutioneller Selbststand“

Schließlich sei auf eine weitere Grenze hingewiesen, die insbesondere in der Rechtsprechung des EuGH stets aufleuchtet und die als „institutioneller Selbststand“ bezeichnet werden könnte. Internationalisierungsprozesse sind insbesondere für den EuGH keine neuen Entwicklungen, und bezogen auf seine eigene Stellung im institutionellen System der EG/EU hat der EuGH bereits 1976 klargestellt, dass der Übertragung von Kompetenzen auf die internationale Ebene Grenzen gesetzt sind.⁵⁸ Angesichts der hier formulierten Kriterien konnte etwa das

Kompetenzen vor und nach dem Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrags, ZaöRV 2004, S. 391 ff.; *B. Herchenhan*, Kompetenzabgrenzung zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten, BayVBI 2003, S. 649 ff.

53 Vgl. EuGH, Rs. 22/70 (AETR), ECLI:EU:C:1971:32, Slg. 1971, 263, 274 f.; EuGH, Gutachten 2/91 (ILO), ECLI:EU:C:1993:106, Slg. 1993 I-1061, Rn. 7 ff.; s. auch *R. Mögele*, in: *R. Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 216 AEUV, Rn. 12 ff.; *M. Hahn/N. Dudenhöfer*, Auswärtige Annexkompetenzen interner Politiken, in: *A. von Arnauld* (Fn. 5), § 15; *M. Cremona*, EU External Relations and the Law, in: *D. Patterson/A. Södersten* (Hrsg.), A Companion to European Union Law and International Law, 2016, S. 373 ff.; s. auch die Beiträge in *P. J. Cardwell* (Hrsg.), EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era, 2012.

54 S. nur jüngst am Beispiel der Freihandelsabkommen der EU; in diesem Zusammenhang zu CETA *S. Mayr* (Fn. 38); zu TTIP *W. Weiß*, Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen am Beispiel des TTIP, DÖV 2016, S. 537 ff.

55 Ausführlich hierzu *P. Craig/G. de Búrca*, EU Law, 6. Aufl. 2015, S. 73 ff.

56 Vgl. EuGH, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (Kadi I), ECLI:EU:C:2008:461, Slg. 2008 I-6351; s. auch EuGH, Rs. C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P (Kadi II), ECLI:EU:C:2013:518; s. auch Fn. 51 m. w. Nachw.

57 *S. A. von Bogdandy*, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band XI (Internationale Beziehe), 2013, § 232 Rn. 39; s. auch *A. von Arnauld*, Der Weg zu einem „Solange I ½“, EUR 2013, S. 236 ff. (insb. 245 f.).

58 EuGH, Gutachten 1/76 (Stillegungsfonds für die Binnenschifffahrt), ECLI:EU:C:1977:63, Slg. 1977, 741.

Gutachten des EuGH zu einem Patentgerichtssystem auf völkerrechtlicher Grundlage nicht wirklich überraschen.⁵⁹

Die Unionsinstitutionen sichern angesichts des internationalen Einflusses in gewisser Weise ihren Selbststand und damit ihre Bedeutung für das Unionssystem, wenn sie Grenzen für die Übertragung von Aufgaben auf die internationale Ebene formulieren. Hierbei erinnert dieser Ansatz in eigentümlicher Weise an die Grenzziehungen, die etwa das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil für die Übertragung von Kompetenzen auf die EU vorgenommen hat.⁶⁰

IV. Einflüsse des Internationalen Rechts auf das europäische Verwaltungsrecht

1. Die EU und internationale Organisationen

Die Mitgliedschaft der EU in internationalen Organisationen bzw. ihre Beziehungen zu internationalen Organisationen weisen verschiedene administrative Dimensionen auf.⁶¹ In den letzten Jahren wurde etwa das Verhältnis der EU zu den VN intensiv diskutiert, wobei insbesondere die Umsetzung der sog. smart sanctions durch die EU zwischen europäischem Verfassungs- und Verwaltungsrecht steht.⁶² Art. 220 AEUV enthält darüber hinaus eine eigene Bestimmung, die das entsprechende Verhältnis der EU zu internationalen Organisationen regelt.⁶³ Dort geht es auch um verwaltungsrechtliche Fragestellungen, etwa bei der notwendigen Abstimmung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten. Insgesamt scheint hier im Lichte der Sicherung der Autonomie des Unionsrechts mehr Struktur erforderlich zu sein.⁶⁴

59 EuGH, Gutachten 1/09 (Patentgericht) (Fn. 4); hierzu *J. P. Terhechte*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Fn. 39), Art. 262 AEUV Rn. 11 f.; *M. Müller*, Die Errichtung des Europäischen Patentgerichts – Herausforderung für die Autonomie des EU-Rechtssystems?, EuZW 2010, S. 851 ff.

60 BVerfGE 123, 267; hierzu *J. P. Terhechte*, Souveränität, Dynamik und Integration – making up the rules as we go along? – Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, EuZW 2009, S. 724 ff.

61 S. etwa *J. Scheffler* (Fn. 23), S. 390.

62 S. etwa *A. von Arnault* (Fn. 57); *H. Sauer*, Rechtsschutz gegen völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht? – Die Terroristenlisten vor dem EuGH, NJW 2008, S. 3685 ff.; *S. Neudorfer*, Antiterrormaßnahmen der Vereinten Nationen und Grundrechtsschutz in der Union – Die Zuständigkeit der Gemeinschaftsgerichte zur Kontrolle gemeinschaftsrechtlicher Umsetzungskakte von UN-Maßnahmen gegen die Taliban und Al Qaida, ZaöRV 2009, S. 979 ff.; *S. Schmahl*, Effektiver Rechtsschutz gegen „targeted sanctions“ des UN-Sicherheitsrats?, EuR 2006, S. 566 ff.

63 Hierzu *K. Osteneck*, in: *J. Schwarze* (Fn. 5), Art. 220 AEUV Rn. 3 ff.; zur älteren Rechtslage s. *F. Hoffmeister*, *Outsider or Frontrunner? – Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organisations and Treaty Bodies*, CMLR 2007, S. 41 ff.

64 S. etwa zu den Kooperationspflichten im Rahmen der EU-Außenkompetenzen *J. Scheffler* (Fn. 23), S. 148 ff.

2. Die EU als Partner internationaler Verträge

Die EU kann auf der Grundlage spezieller Ermächtigungen internationalen Abkommen beitreten bzw. diese abschließen.⁶⁵ Prominente Beispiele hierfür sind etwa die Aarhus-Konvention oder der momentan stockende Beitritt der EU zur EMRK. Letzterer scheint sich zu einem echten Problemfall zu entwickeln, obwohl die vertraglichen Grundlagen eindeutig sind: Gem. Art. 6 Abs. 1 EUV hat die EU die Pflicht, der EMRK beizutreten. Mit anderen Worten: Das primäre Unionsrecht enthält einen eindeutigen „Öffnungsbefehl“ für die unionale Ebene, der durch den EuGH im Zeichen der Autonomie konterkariert wird.⁶⁶ Natürlich hätte ein formaler Beitritt der EU auch Folgen für das europäische Verwaltungsrecht. Schon heute wird der EMRK vom EuGH in ständiger Rechtsprechung eine „erhebliche Bedeutung“ attestiert, etwa wenn es um die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze für den Vollzug des Unionsrechts geht.⁶⁷ Einzelne Bestimmungen der EMRK, wie z.B. das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK), sind so auch für das europäische Verwaltungsrecht prägend geworden.⁶⁸ Die gegenwärtigen Auseinandersetzungen zeigen aber deutlich, dass die EU nicht ohne Einpassungsleistungen in das EMRK-System integriert werden kann, der Grundsatz der Autonomie spielt dabei eine erhebliche Rolle.

Ein weiteres prominentes Beispiel für die internationalen Dimensionen sind der Beitritt zur und die Wirkungen der sog. Aarhus-Konvention, der sowohl die EG als auch die damaligen Mitgliedstaaten der EG beigetreten sind.⁶⁹ Sie verkörpert aus der Sicht des Unionsrechts daher ein sog. gemischtes Abkommen.⁷⁰ Die Konvention hat im Wesentlichen Informations- und Beteiligungsrechte im Umweltverfahren zum Gegenstand, die sowohl für das unionale Verwaltungsrecht als auch für das nationale (insbesondere deutsche Verwaltungsrecht) erhebliche Anpassungen nach sich gezogen haben.⁷¹ Die gebotene Umsetzung der Konvention ist bis heute Gegenstand von Auseinandersetzungen – auch zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten, die teils zögerlich auf anstehende Umsetzungen der nationalen Verwaltungsrechtssysteme reagieren.⁷²

65 S. Art. 218 Abs. 2 AEUV; dazu *M. Bungenberg*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Fn. 31), Art. 218 AEUV, Rn. 34 ff.

66 S. EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II) (Fn. 4); hierzu auch *M. Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330 ff.

67 S. nur EuGH, Rs. 44/79 (Hauer), ECLI:EU:C:1979:290, Slg. 1979, 3727, Rn. 15; s. auch *J. Schwarze* (Fn. 1), S. 721 ff.; *A. Hatje*, in: *J. Schwarze* (Fn. 5), Art. 6 AEUV, Rn. 15 ff.

68 S. nur EuGH, Rs. 98/79 (Pecastaing), ECLI:EU:C:1980:32, Slg. 1980, 691 Rn. 21 f.; Rs. 341/04 (Eurofood), ECLI:EU:C:2006:281, Slg. 2006, I-3813, Rn. 65; *A. Hatje*, in: *J. Schwarze* (Fn. 5), Art. 6 AEUV, Rn. 31.

69 S. Beschluss 2005/370/EG des Rates vom 17.2.2005.

70 *T. von Danwitz* (Fn. 26), S. 276 f.; zu gemischten Verträgen im Umweltrecht s. etwa *J. Steyrer*, Gemischte Verträge im Umweltrecht – die Folgen geteilter Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten, ZUR 2005, S. 343 ff.; ausführlich zu gemischten Abkommen *D. Engbrink*, Die Kohärenz des auswärtigen Handelns der Europäischen Union, 2014, S. 204 ff.

71 S. hierzu *T. Bunge* (Fn. 28); *A. Guckelberger* (Fn. 28).

72 Dazu *S. Schlacke*, Zur fortschreitenden Europäisierung des (Umwelt-)Rechtsschutzes, NVwZ 2014, S. 11 ff.

3. Internationalisierung der Referenzgebiete des europäischen Verwaltungsrechts

Insbesondere die Referenzgebiete des europäischen Verwaltungsrechts weisen starke Internationalisierungstendenzen auf.⁷³ Vielleicht lassen sich bestimmte Entwicklungen sogar besser an einzelnen Referenzgebieten festmachen, wie etwa im Bereich des Währungs-,⁷⁴ Kartell-⁷⁵ oder Vergaberechts.⁷⁶ In diesen Bereichen gibt es internationale Verträge, zahlreiche Kooperationen zwischen staatlichen, supranationalen und internationalen Behörden sowie Konvergenzentswicklungen, die auch das Unionsrecht prägen.⁷⁷ Hier bilden sich mitunter Ansätze für gemeinsame materielle Standards heraus, wie auch beträchtliche Angleichungstendenzen in den jeweiligen Verfahrensabläufen und -standards beobachtet werden können.⁷⁸ Insoweit sind die internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts immer auch für die Fortentwicklungen und Innovationen in seinen Referenzgebieten von Bedeutung.

4. Agencification und internationale Verfahrensstandards

Jenseits der völkervertragsrechtlichen Internationalisierung gibt es weitere Phänomene, die dazu führen, dass das europäische Verwaltungsrecht zunehmend internationale Dimensionen aufweist. Dies betrifft zunächst die Verwaltungsorganisation: Hier sei etwa auf das jedenfalls gängiger Vorstellung nach enge Verbindungen zum US-Recht aufweisende Phänomen der Agencification hingewiesen.⁷⁹ Dieses Schlagwort umschreibt den Umstand, dass autonomen oder zumindest weitgehend unabhängigen sog. Regulierungsagenturen eine immer wichtigere Rolle bei der Unionsverwaltung zukommt.⁸⁰ Die Anzahl der hier in Betracht zu ziehenden Agenturen ist inzwischen fast unüberschaubar geworden⁸¹ und es ist an der Zeit, eingehend über die Konsequenzen dieses Agenturwesens nachzudenken.⁸² In den USA erfüllen *agencies* eine spezielle Funktion und sind in ein aus-

73 Ausführlich dazu *J. P. Terhechte* (Fn. 2), Rn. 53 ff.

74 Eingehend dazu etwa *J. Hoffmann*, Europäisches Währungsverwaltungsrecht, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 27.

75 Eingehend dazu *W. Weiß*, Europäisches Wettbewerbsverwaltungsrecht, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 20.

76 Eingehend dazu *F. Wollenschläger*, Europäisches Vergabeverwaltungsrecht, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 19.

77 S. dazu die Beiträge von *M. Bungenberg*, Internationalisierung des europäischen Vergaberechts, i. d. B., S. 183 ff. und *M. Potacs*, Internationalisierung des unionalen Währungsverwaltungsrechts, i. d. B., S. 173 ff.

78 Eingehend zu solchen Konvergenzentswicklungen im Verfahrensrecht am Beispiel des Kartellrechts *J. P. Terhechte* (Fn. 8); eingehend dazu die Beiträge in *J. P. Terhechte* (Hrsg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, 2008.

79 Dazu kritisch *S. Augsberg*, Agencification der Unionsverwaltung, i. d. B., S. 119 ff.

80 S. hierzu *C. Möllers/J. P. Terhechte*, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 40 Rn. 13; *M. Nettesheim*, in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim* (Fn. 39), Art. 13 EUV, Rn. 41 f.; *D. Levi-Faur*, Regulatory Networks and Regulatory Agencification: Towards a Single European Regulatory Space, *Journal of European Public Policy* 2011, S. 810 ff.

81 S. hierzu etwa *M. Wittinger*, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(en)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, *EuR* 2008, S. 609 ff.; *C. Görtsch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, 2009; eingehend auch *S. Augsberg*, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 6 Rn. 38 ff.

82 Hierzu *S. Augsberg* (Fn. 79).

gewogenes Gewaltenteilungsschema eingepasst – hier gibt es aus der Warte des Unionsrechts Nachholbedarf.⁸³

Darüber hinaus trägt das Internationale Recht aller Voraussicht nach dazu bei, Verfahrensstandards auf der Ebene der EU neu auszurichten. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang die Etablierung neuer Rechtsschutzformen (etwa im Rahmen kollektiven Rechtsschutzes)⁸⁴ oder ganz neue Arrangements des Rechtsvollzugs wie der aus dem US-Recht stammende Ansatz des *private enforcement* im Kartellrecht⁸⁵.

5. Internationales Recht als Ausweichordnung?

Eine sicher nicht unproblematische Entwicklung für die unionale Rechtsordnung besteht in dem zu verzeichnenden Trend hin zu „völkerrechtlichen Ausweicharrangements“, die helfen sollen, innerunionale Problemlagen zu beheben. *Robert Uerpman-Wittzack* spricht hier treffend vom „Völkerrecht als Ausweichordnung“.⁸⁶ Aus der Perspektive des europäischen Verfassungsrechts bzw. aus der Sicht des „Rechtsstaatsprinzips“ sind dies äußerst bedenkliche Manöver. Zwar kennt das Unionsrecht schon seit langer Zeit verschiedene Formen der sog. differenzierten Integration.⁸⁷ Dass aber das kompetenzielle Arrangement der Union als zu eng empfunden und infolgedessen jenseits der europäischen Verträge agiert wird, ist auch aus der Perspektive des europäischen Verwaltungsrechts inakzeptabel. Alle Formen differenzierter Integration führen fast zwangsläufig zu Gefahren für den Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts – ein kardinales Grundprinzip des europäischen Verwaltungsrechts wird so nicht unerheblichen Gefahren ausgesetzt.

83 S. etwa *M. Scholten/M. van Rijsbergen*, The Limits of Agencification in the European Union, *German Law Journal* 15 (2014), S. 1223 ff.

84 Hierzu *J. Montag*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Gesetzentwurf zur Einführung von Gruppenklagen, *ZRP* 2013, S. 172 ff.; *A. Stadler*, Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz, *ZfPW* 2015, S. 61 ff.

85 S. dazu etwa *M. Gebauer/A. Staudinger*, Zivilrechtliche und zivilprozessuale Prinzipien, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 78), § 7 Rn. 5 ff.; *J. Basedow/J. P. Terhechte/L. Tichý* (Hrsg.), *Private Enforcement of Competition Law*, 2011; vergleichend etwa *D. H. Ginsburg*, Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe, *Journal of Competition Law and Economics* 2005, S. 427 ff. (insb. 435 ff.).

86 *R. Uerpman-Wittzack*, Völkerrecht als Ausweichordnung – am Beispiel der Euro-Rettung, in: *A. Hatje* (Fn. 16), S. 49 ff.

87 Hierzu etwa jüngst *U. Becker*, Die Entwicklung der differenzierten Integration, in: ders./*A. Hatje/M. Potacs/N. Wunderlich* (Hrsg.), *Verfassung und Verwaltung in Europa*, *FS J. Schwarze*, 2014, S. 790 ff.; *D. Thym*, Flexible Integration: Garant oder Gefahr für die Einheit und Legitimation des Unionsrechts?, in: *A. Hatje* (Fn. 16), *EuR-Beiheft* 2/2013, S. 23 ff.; s. auch *B. Martenzuk*, Die differenzierte Integration und die föderale Struktur der Europäischen Union, *EuR* 2000, S. 351 ff.

V. Ausstrahlungswirkung des Unionsrechts auf die internationale Ebene

1. Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht

Das Verhältnis des europäischen Verwaltungsrechts zum momentan im Entstehen begriffenen Internationalen Verwaltungsrecht ist bislang nur vereinzelt Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung.⁸⁸ Das Internationale Verwaltungsrecht, das immer seltener als Kollisionsrecht⁸⁹ begriffen wird, sondern als im Kern auf dem Völkerrecht fußende Rechtsmaterie konzipiert ist, kann von der europäischen Ebene viel lernen, wobei es hier entscheidend darauf ankommt, was als Internationales Verwaltungsrecht gelten soll.⁹⁰ Momentan lässt sich jedenfalls insbesondere in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft eine gewisse Einseitigkeit bei der Bestimmung dessen, was das Internationale Verwaltungsrecht ist und ausmacht, erkennen.⁹¹ Hier muss seitens der Europarechtswissenschaft und im Sinne eines Wettbewerbs der Ideen deutlich gemacht werden, dass auch das europäische Verwaltungsrecht einiges beizusteuern hat, etwa wenn es darum geht, unterschiedliche Verwaltungskulturen sichtbarer zu machen oder die einheitliche Anwendung des Rechts sicherzustellen.

2. Verwaltungsrechtliche Standards in internationalen Abkommen

Jenseits der ebenenübergreifenden Systembildung im Sinne eines „internationalisierten europäischen Verwaltungsrechts“ bzw. eines Internationalen Verwaltungsrechts oder Global Administrative Law ist auch zu beobachten, dass in diversen internationalen Abkommen zunehmend administrative Standards festgelegt werden.⁹² Ein Beispiel hierfür sind die avisierten und heftig diskutierten Freihandelsabkommen zwischen der EU und Kanada (CETA) bzw. der EU und den Vereinigten Staaten (TTIP) und die hierin niedergelegten Standards und insbesondere die

88 S. aber C. Möllers/J. P. Terhechte, in: J. P. Terhechte (Fn. 2), § 40; A. von Bogdandy/D. Zacharias, Zum Status der Weltkulturerbekonvention im deutschen Rechtsraum – Ein Beitrag zum internationalen Verwaltungsrecht, NVwZ 2007, S. 527 ff.; zur Programmatik N. Krisch/B. Kingsbury, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, EJIL 17 (2006), S. 1 ff.

89 So noch K. Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. I-IV, 1910-1936; hierzu C. Ohler, Die Kollisionsordnung des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2006, S. 33 ff.

90 Vgl. C. Möllers/J. P. Terhechte, in: J. P. Terhechte (Fn. 2), § 40 Rn. 6 ff.

91 C. Möllers/J. P. Terhechte, in: J. P. Terhechte (Fn. 2), § 40 Rn. 4 f.; s. nur R. B. Stewart, U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?, Law and Contemporary Problems 68 (2005), S. 63 ff.; C. Harlow, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, EJIL 17 (2006), S. 187 ff.; B. Kingsbury/N. Krisch/Richard B. Stewart, Law and Contemporary Problems 68 (2005), S. 15 ff.; N. Krisch/B. Kingsbury (Fn. 88); B. Kingsbury, The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law, EJIL 20 (2009), S. 23 ff.

92 S. etwa Art. 21.4 TPP (Committee on Cooperation and Capacity Building); Kapitel 25 TPP (Regulatory Coherence); Kapitel 21 CETA (Regulatory Cooperation); Kapitel 27 (Transparency); s. auch R. T. Bull/N. A. Mahboubi/R. B. Stewart/J. B. Wiener, New Approaches to International Regulatory Cooperation: The Challenge of TTIP, TPP, and Mega-Regional Trade Agreements, Law and Contemporary Problems 78 (2015), S. 1 ff.; J. B. Wiener/A. Alemanno, The Future of International Regulatory Cooperation: TTIP as a Learning Process Toward a Global Policy Laboratory, Law and Contemporary Problems 78 (2015), S. 103 ff.

sog. *regulatory cooperation*.⁹³ Neben den Diskussionen um die Frage, wie die entsprechenden Streitschlichtungsmechanismen ausgestaltet werden sollen,⁹⁴ muss der Frage der administrativen Umsetzung der entsprechenden Abkommen viel mehr Aufmerksamkeit zuteilwerden, als es bisher der Fall ist.

3. Ausstrahlung des EU-Verwaltungsrechts

Schließlich sei noch auf die „Ausstrahlungswirkung“ des EU-Verwaltungsrechts hingewiesen, die etwa im Rahmen der unionalen Nachbarschaftspolitik (Art. 8 EUV)⁹⁵ oder in den besonderen Beziehungen im Rahmen des Beitritts zur Europäischen Union (Art. 49 EUV)⁹⁶ beobachtet werden kann. So hat sich etwa bei der sog. Ost-Erweiterung der EU im Jahre 2004 gezeigt, dass viele Staaten des ehemaligen Ostblocks ganze „Verwaltungsarrangements“ mehr oder weniger unverändert in das nationale Recht übernommen haben, ohne dass hierzu vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten eine Verpflichtung bestanden hätte.⁹⁷

VI. Künftige Forschungsfelder

Die internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts werfen schließlich auch Fragen für die zukünftige Gestaltung der europäischen Rechtsordnung auf und verkörpern damit auch wichtige Aufgaben der Rechtswissenschaft. Hierbei lassen sich erste Fragestellungen und Forschungsaufgaben schon heute ausmachen:

1. Internationalisierungsfragen sind zugleich Methodenfragen, insofern muss etwa der rechtsvergleichenden Methode große Aufmerksamkeit gewidmet werden.⁹⁸ Hierbei kann es nicht (mehr) nur um den innerunionalen Rechtsvergleich gehen, sondern insbesondere auch um die Erforschung der verwal-

93 Hierzu *R. T. Bull/N. A. Mahboubi/R. B. Stewart/J. B. Wiener* (Fn. 92); zur Regulierungskooperation in TTIP *A. Alemanno*, The Regulatory Cooperation Chapter of the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Institutional Structures and Democratic Consequences, *JIEL* 18 (2015), S. 625 ff.

94 S. hierzu *P. S. Stöbener de Mora*, Investitionsschutzrecht: Änderungen an CETA zur Einführung eines Investitionsgerechtsgerichtshofs, *EuZW* 2016, S. 203; *S. Wiliske/L. Markert/L. Bräuninger*, Entwicklungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Jahr 2014 und Ausblick auf 2015, *SchiedsVZ* 2015, S. 49 ff. (63 ff.); *J. Trappe*, Schiedsgericht und TTIP – ein Bericht, *SchiedsVZ* 2015, S. 235 ff.; *F. J. Garcia/L. Ciko/A. Gaurav/K. Hough*, Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law, *JIEL* 18 (2015), S. 861 ff.

95 Ausführlich hierzu *M. Kotzur*, Europäische Nachbarschaftspolitik, in: *A. von Arnould* (Fn. 5), § 7.

96 Ausführlich hierzu *K. Schmalenbach*, Assozierung und Erweiterung, in: *A. von Arnould* (Fn. 5), § 6, insb. Rn. 48 ff.

97 Eingehend dazu am Beispiel des Kartellrechts *J. P. Terhechte*, Die Ausstrahlung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Beitrittskandidaten am Beispiel des Wettbewerbsrechts, *EWS* 2002, 560 ff.

98 S. dazu die Beiträge von *I. Augsberg*, Let us Compare Methodologies – Methodenvergleichung und europäisches Verwaltungsrecht, i. d. B., S. 29 ff.; *M. Fehling*, Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht, i. d. B., S. 59 ff. und *C. D. Classen*, Zur heutigen Bedeutung der Rechtsvergleichung für das europäische Verwaltungsrecht, i. d. B., S. 79 ff.

- tungsrechtlichen Arrangements außerhalb der EU im Sinne eines wahren „Comparative Administrative Law.“⁹⁹
2. Es muss – unmittelbar damit verbunden – vermehrt nach Voraussetzungen und Bedingungen sog. *legal transplants* gefragt werden. Unter welchen Voraussetzungen bietet sich eine Übernahme neuer administrativer Konzepte in die unionale Rechtsordnung an? Wo liegen hier die Grenzen?¹⁰⁰
 3. Auf der allgemeinen Ebene muss mehr Energie in die Erforschung der Zusammenhänge von Unionsrecht und Völkerrecht investiert werden. So kann das europäische Verwaltungsrecht etwa im Zuge der Debatte über Zuschnitt und Aufgaben eines Internationalen Verwaltungsrechts wichtige Grundlagen beisteuern.
 4. Umgekehrt muss auch danach gefragt werden, welche Rolle die Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts für die mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechte spielen wird. Am Beispiel der Aarhus-Konvention zeigt sich, dass die internationale Verflechtung des europäischen Verwaltungsrechts auch zu erheblichen Umbauten und Verschiebungen in den nationalen Verwaltungsrechtsregimen führen kann. Die Diskussion rund um den Abschluss des CETA zeigt überdies, dass mit solchen Entwicklungen häufig Ängste und Abwehrreflexe verbunden sind, die womöglich abgebaut werden können.

Insgesamt zeigt sich, dass die internationalen Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts viele neue Impulse bei der Erforschung dieses wichtigen Gebiets innerhalb der Europarechtswissenschaft aussenden können. In den letzten Jahren sind viele Rechtsinstitute des europäischen Verwaltungsrechts sowie seine Rolle für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und für die Verbundanlage der EU Gegenstand wichtiger Forschungsarbeiten gewesen. Diese Forschung hat zu einer nachhaltigen Konsolidierung des europäischen Verwaltungsrechts beigetragen, die so die unverzichtbare Grundlage für eine Weitung der Beobachtungsperspektive und eine Konzentration auf äußere Einflüsse bildet. Nun gilt es, diesen Weg einzuschlagen.

VII. Fazit

Das europäische Verwaltungsrecht und die europäische Verwaltungsrechtswissenschaft sind in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung durch eine „Introvertiertheit“ geprägt. Die – vielfältigen – internationalen Dimensionen dieses Rechtsgebiets und insbesondere seine Verbindungen zum internationalen Recht stehen deshalb auch nur selten im Fokus entsprechender Forschungsbemühungen. Hier ist ein Perspektivwechsel angezeigt, und schon die aktuellen Diskussionen rund um die

99 Dazu etwa *S. Rose-Ackerman/P. Lindseth* (Hrsg.), Comparative Administrative Law, 2011.

100 Hierzu *F. C. Mayer*, Europäisches Verwaltungsrecht und nationales Verfassungsrecht, in: *J. P. Terhechte* (Fn. 2), § 8 Rn. 20 ff.

Unterzeichnung des CETA lassen erahnen¹⁰¹, dass Fragen der Internationalisierung in den nächsten Jahren verstärkt auch zum Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion im europäischen Verwaltungsrecht werden dürften. Hierbei wird es zum einen darum gehen, die grundlegenden rechtlichen Innovationen, die das europäische Verwaltungsrecht geprägt haben, zu bewahren, und zum anderen seine Offenheit gegenüber Entwicklungen auf der internationalen Ebene zu sichern. Schließlich vermag das EU-Verwaltungsrecht zumindest potentiell in vielen internationalen Diskursen eine Vorreiterrolle zu spielen. In den entsprechenden Untersuchungen zum Internationalen Verwaltungsrecht (bzw. Global Administrative Law) wird das bislang nicht immer beachtet, was den zu verzeichnenden Forschungsbedarf letztlich nur noch einmal unterstreicht.

101 Dazu o. Fn. 38.

Internationalisierung und Methoden des europäischen Verwaltungsrechts

Let Us Compare Methodologies

Methodenvergleichung und Europäisches Verwaltungsrecht

*Ino Augsberg, Kiel**

I. Einleitung

1. Das Ausgangsproblem

Vor zwanzig Jahren hat Jürgen Schwarze eine große rechtsvergleichende Studie präsentiert,¹ die mit Blick auf die verwaltungsrechtlichen Ordnungen aller Mitgliedsländer der damaligen Europäischen Gemeinschaft zu dem Befund kam, dass eine zunehmende Konvergenz dieser Ordnungen festzustellen sei.² Nahezu zeitgleich stellte Pierre Legrand aus stärker theoretischer Perspektive eine These auf, die Schwarzes Position diametral entgegengesetzt war: Die europäischen Rechtsordnungen, so Legrand mit Blick primär auf die aus seiner Sicht maßgebliche Unterscheidung von civil law und common law, hätten sich in der Vergangenheit einander nicht angenähert, sie näherten sich auch gegenwärtig nicht einander an, und sie würden sich auch künftig niemals einander annähern.³ Während Schwarze, in Anknüpfung an die eigenen Pionierarbeiten zur allmählichen Entstehung eines „Europäischen Verwaltungsrechts“⁴, aus dieser Entwicklung resultierende Rückkopplungseffekte auf der Ebene des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts notierte, in Gestalt beobachteter einzelner Institute und Verfahrensweisen, die nunmehr dem Recht der Gemeinschaft wie dem Recht der Mitgliedstaaten gemeinsam seien, verneinte Legrand aus grundsätzlichen Erwägungen die Möglichkeit eben solcher Effekte. Wo der eine mit Hilfe rechtsvergleichender Analysen die Annäherung konstatierte,⁵ stellte der andere mit Blick auf die behauptete Unmöglichkeit der Annäherung zugleich den Sinn derartiger Vergleichsprojekte in Frage.⁶

* Prof. Dr. Dr. Ino Augsberg ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 Vgl. J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1996.

2 Vgl. zusammenfassend auch J. Schwarze, Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten, DVBl 1996, S. 881 ff.

3 Vgl. P. Legrand, European Legal Systems are not Converging, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), S. 52 ff.

4 Vgl. J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982; ders., *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 Bde., 1988.

5 Vgl. Schwarze, Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten (Fn. 2); in der Grundrichtung ebenso etwa Thomas von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 128 ff.

6 Vgl. in der Tendenz vorsichtiger, mit der Forderung nach einer „kulturellen“ Einbettung der Rechtsvergleichung, P. Legrand, *Le droit comparé*, 1999, passim (deutlich etwa S. 119: „La comparaison des droits sera CULTURELLE ou ne sera pas.“); ähnlich G. Frankenberg, *Kritische Vergleiche. Versuch, die Rechtsverglei-*

Im Folgenden möchte ich die Diskrepanz dieser beiden Behauptungen zum Anlass nehmen, eine Position zu entwickeln, von der her die Gegensätzlichkeit als solche besser verständlich wird. Es geht also nicht darum, beide Verständnisvarianten gegeneinander auszuspielen. Noch weniger ist mein Ziel, einen „Sieger“ innerhalb der Auseinandersetzung zu bestimmen oder gar den Gegensatz in einem vorgeblich höheren Dritten aufzulösen. Es geht zunächst lediglich darum, die Auseinandersetzung in ihren Möglichkeitsbedingungen besser nachzuvollziehen, das heißt deutlich zu machen, weshalb beide Ansätze zugleich – und nicht nur entweder der eine oder der andere – plausibel erscheinen können. Erst in einem zweiten Schritt möchte ich dann auch eine pragmatische Lösung vorschlagen, wie die Spannung zwischen beiden Konzeptionen zumindest umgangen werden könnte.

2. Methodenvergleichung als Lösungsansatz

Die gesuchte ein besseres Verständnis des Konflikts ermöglichende Position lässt sich in einem ersten Schritt ex negativo verdeutlichen. Wenn im Kontext einer Beschäftigung mit der Rechtsvergleichung von Methode die Rede ist, sind typischerweise zwei unterschiedliche Aspekte gemeint: Entweder verweist die Inbezugnahme darauf, dass die Rechtsvergleichung selbst Teil der juristischen Methode ist oder zumindest werden soll – etwa im Sinne von Häberles ebenso berühmter wie umstrittener These von der Rechtsvergleichung als „fünfter Auslegungsmethode“.⁷ Oder man möchte mit dem Hinweis auf die Methodenfrage zum Ausdruck bringen, welchen speziellen – und noch einmal subspezialisierten, mit Bezug auf die einzelnen Rechtsgebiete und auf Binnendifferenzierungen innerhalb dieser Gebiete näher bestimmten – methodischen Anforderungen die Rechtsvergleichung selbst, damit sie gelingt, zu genügen hat.⁸ Es geht also entwe-

chung zu beleben, in: *ders.*, Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, 2003, S. 299 ff.

7 Vgl. P. Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, S. 913 ff.; speziell zur Relevanz dieser Methode im Europäisierungsprozess *ders.*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, S. 63, 250 ff. Zur daran anknüpfenden Diskussion etwa U. Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 2 Rn. 61 ff. Ausdrücklich gegen eine Eigenständigkeit argumentierend, stattdessen die Einordnung als Element der teleologischen Auslegung bejahend C. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021 ff. Grundsätzliche Skepsis gegenüber der Einbeziehung in den Auslegungsprozess äußern C. Höpfner/B. Rüthers, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), S. 1 ff. (16).

8 Vgl. für das öffentliche Recht etwa Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht (Fn. 7); A. Tschentscher, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht, JZ 2007, S. 807 ff.; umfassender Überblick zu verschiedenen Ansätzen bei C.-D. von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, 2015, S. 292 ff.; mit Bezug speziell auf das Verwaltungsrecht C. Schönberger, Verwaltungsrechtsvergleichung, in: A. von Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber (Hrsg.), IPE, Bd. IV: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, 2011, § 71 Rn. 17 ff.; zum Verfassungsrecht *ders.*, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, VRÜ 43 (2010), S. 6 ff.; ferner G. Frankenberg, Comparative Constitutional Law, in: M. Bussani/U. Mattei (Hrsg.), Cambridge Companion to Comparative Law, 2012, S. 171 ff.; jetzt auch, mit hohem erkenntnistheoretischen Anspruch aus sozialwissenschaftlich informierter Sicht, R. Hirschl, Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law, 2014; kritisch dazu A. v. Bogdandy, Zur Sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschls

der um Rechtsvergleichung als Methode oder um die Methode der Rechtsvergleichung.⁹

Beides ist nicht mein Anliegen. Ich möchte vielmehr gegenüber diesen üblichen Formen der Auseinandersetzung die Akzente ein wenig verschieben und fragen, inwieweit die Möglichkeit der Rechtsvergleichung, im Sinne einer methodisch geordneten Analyse von Ähnlichkeiten und Differenzen verschiedener Rechtsordnungen,¹⁰ davon abhängt, dass zunächst einmal die in den zu untersuchenden Rechtsordnungen jeweils in Anschlag gebrachten Methodiken mitsamt ihrer etwaigen Unterschiede und Gemeinsamkeiten geklärt werden. Ein solcher Methodenvergleich, so meine These, ist die Bedingung der Möglichkeit eines gehaltvollen Rechtsvergleichs. Diese These ist keineswegs neu;¹¹ sie erscheint mir in den gegenwärtigen Debatten aber unterrepräsentiert.¹²

3. Sonderprobleme dieses Ansatzes

Dass der Methodenvergleich selbst möglich und sogar notwendig ist, versteht sich allerdings nicht von selbst. Dabei geht es nicht nur um die aus der Perspektive auf die allgemeine Rechtsvergleichung bekannte Grundsatzproblematik, ob ein derartiger Vergleich überhaupt durchführbar oder vielmehr, wie insbesondere eine als „postmodern“ bezeichnete Ansicht behauptet, aus prinzipiellen Gründen zum

Comparative Matters, in: *Der Staat* 55 (2016), S. 103 ff. Für das Zivilrecht nur *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996.

- 9 Vgl. zu dieser Problematik mit dem Schwerpunkt auf Fragen des europäischen Verwaltungsrechts auch den Beitrag von *M. Fehling*, i. d. Bd. Umfassend zum Methodenproblem ferner *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 7), § 3.
- 10 Vgl. zu dem jeden Vergleich kennzeichnenden Erfordernis einer gleichzeitigen Betrachtung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden etwa *Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute (Fn. 8), S. 25; *ders.*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 8), Rn. 51.
- 11 Vgl. vielmehr grundlegend die monumentale Arbeit von *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5 Bde., 1975 ff., programmatisch zum Erfordernis einer Methodenvergleichung schon *ders.*, Gedanken zu einer rechtsvergleichenden Methodenlehre, in: Recht im Wandel. Beiträge zu Strömungen und Fragen im heutigen Recht, Festschrift „Hundertfünfzig Jahre Carl Heymann Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1815–1965“, 1965, S. 141 ff., wiederabgedruckt in *ders.*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, a.a.O., Bd. IV: Dogmatischer Teil, Anhang II, S. 693 ff. Zur Problematik umfassend (unter ausdrücklicher Einbeziehung des Aspekts der „Rechtskultur“) *S. Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, 2001, *passim*, zum Vergleich v.a. S. 1255 ff.; ferner *G. Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009. Zum Grundkonflikt auch *L. Michael*, Methodenvergleichung zwischen den Disziplinen des Rechts als Aufgabe der Rechtstheorie, in: *B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk* (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 267 ff.
- 12 Vgl. etwa die beiden im Übrigen programmatisch konzipierten Beiträge von *Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute (Fn. 8), und Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 8), in denen das Thema jeweils nicht einmal am Rande vorkommt. S. jetzt aber auch *ders.*, Der „German Approach“: Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, S. 2 ff., wo die Methodenfrage im Sinne eines spezifisch deutschen „Habitus“ deutlicher im Fokus steht (zugleich allerdings enger auf einen Vergleich „nicht [...] von Rechtsordnungen, sondern von Rechtswissenschaften“ bezogen ist). Einen dem expliziten Methodenvergleich zumindest verwandten Ansatz bietet die Forderung nach einer Berücksichtigung der juristischen „Vorverständnisse“, die *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (Fn. 8), S. 5, erheben. Eine deutliche Nähe besteht zudem zu dem Konzept einer „kontextuellen Rechtsvergleichung“ bei *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 7), § 3 Rn. 146 ff.

Scheitern verurteilt ist.¹³ Wenngleich es mit dieser allgemeinen (und im Gegensatz der Positionen von Schwarze einer- und Legrand andererseits schon etwas näher konkretisierten) Problematik Überschneidungsbereiche gibt, insofern es in beiden Perspektiven um die Möglichkeitsbedingungen des Vergleichens geht, steht speziell mit Blick auf die Methodenfrage noch eine andere, dem um Ähnlichkeits- bzw. Differenzhypthesen kreisenden Grundsatzstreit¹⁴ vorgelagerte Frage im Raum: Die Vergleichsperspektive setzt voraus, dass es überhaupt etwas zu vergleichen gibt, das heißt, dass die in den Rechtsordnungen zugrunde gelegten Methoden – und ggf. noch kleinteiliger: die methodischen Verfahren innerhalb einzelner Subdisziplinen der jeweiligen Rechtsordnungen, etwa im Zivil- im Unterschied zum Öffentlichen Recht,¹⁵ und evtl. sogar innerhalb dieser Subdisziplinen, beispielsweise als Differenz zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht¹⁶ – sich tatsächlich voneinander unterscheiden und nicht stets ein und daselbe, gewissermaßen nur an unterschiedlichen Objekten zum Einsatz gebrachte Verfahren bezeichnen. Die Perspektive impliziert also, dass (entgegen dem landläufigen deutschen Sprachgebrauch) „juristische Methode“ im Plural gedacht werden kann, sogar so gedacht werden muss, und nicht im Gegenteil lediglich auf die Notwendigkeit verweist, eine *prima facie* festzustellende Vielzahl praktizierter Verfahren auf die eine einzige „richtige“ Methode zurückzuführen.¹⁷ Statt um Ähnlichkeit vs. Differenz geht es um Identität oder Differenz. Beide Fragen bauen aufeinander auf: Nur wenn das eine Problem sich zu Gunsten der Pluralität entscheiden lässt, stellt sich überhaupt die Frage nach etwaigen Ähnlichkeiten respektive Differenzen – und erst dann kann nach Möglichkeiten und Grenzen einer Harmonisierung der unterschiedlichen Methoden und dem Einfluss etwaiger Kon-

13 Vgl. als Überblick zum Problem *D. Richers*, Postmoderne Theorien in der Rechtsvergleichung?, *ZaöRV* 67 (2007), S. 509 ff.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 7), § 3 Rn. 23 ff., 144 f.

14 Vgl. zusammenfassend zur Debatte mit Blick auf das öffentliche Recht *Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute (Fn. 8), S. 23 ff., und *ders.*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 8), Rn. 17 ff.

15 Vgl. speziell zum Zivilrecht etwa *J. Schapp*, Methodenlehre des Zivilrechts, 1998. Zur Differenz beider Perspektiven die Beiträge in M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008. Rechtsvergleichend kann man aber auch feststellen, dass diese Form der Differenzierung ihrerseits keineswegs allgemeinverbindlich ist und von anderen Rechtsordnungen so nicht geteilt wird; dazu mit Blick auf die US-amerikanische Situation nur *O. Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1999.

16 Vgl. mit Blick speziell auf das (europäische) Verfassungsrecht etwa *P. Dann*, Überlegungen zu einer Methodik des europäischen Verfassungsrechts, in: Y. Becker u.a. (Hrsg.), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa, 2005, S. 161 ff.; mit Bezug auf das Verwaltungsrecht *C. Möllers*, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Alßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. I: Methoden – Maßstäbe – Aufgabe – Organisation, 2. Aufl. 2012, § 3; *I. Augsberg*, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 4.

17 Vgl. zum Problem charakteristisch die vorgegebene Fragestellung zu dem Referat von *A. von Arnault*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, in: VVDStRL 74 (2015), S. 39 ff., die trotz der implizierten Notwendigkeit einer Erweiterung des Kanons am vertrauten Singular festhält. Arnault selbst unterläuft diese Vorgabe allerdings direkt, indem er gleich zu Beginn seines Referats den irreduziblen „Pluralismus der Methoden“ betont (a.a.O., S. 41 ff.). Demgegenüber verweist *F. Reimer*, Was ist die Frage, auf die die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?, in: *ders.* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 11 ff. (22), auf die „Gefahr einer Bildung disperater Teilmethodiken; die integrative Wirkung einer einheitlichen Methodenlehre – die Differenzierungen ja nie ausschließt – geht verloren.“

vergenzbewegungen oder fortbestehender Divergenzen auf Rechtsvergleich und Rechtsentwicklung im Allgemeinen gefragt werden.¹⁸

4. Gang der Darstellung

Ich möchte die damit angesprochene Spannung zwischen einem konzeptionellen Methodenpluralismus und einem dem entgegengesetzten Methodenmonismus im Folgenden zunächst anhand der Honeywell-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts näher erläutern und vor allem in ihrer zumal kompetenziellen Dimension problematisieren (II.), um dann in einem zweiten Schritt anhand von drei Untersuchungsfeldern – Völkerrecht, europäisches Vertragsrecht und europäisches Verwaltungsrecht – nach möglichen Effekten eines Methodenpluralismus zu suchen, die diesen als der Rechtsvergleichung im engeren Sinne zugrunde liegendes und als solches unhintergehbaren Phänomen plausibilisieren können (III.). Nachdem ich in einem kurzen Zwischenschritt die Bedeutung der insoweit festgestellten Methodendifferenz aus wissenschaftstheoretischer Sicht näher bestimmt habe (IV.), ziehe ich die aus dem Vorhergehenden folgenden Schlüsse für die Möglichkeit eines Methoden- und daran anschließend dann auch eines Rechtsvergleichs insbesondere, aber nicht nur, auf der Ebene des europäischen Verwaltungsrechts (V.). Ein abschließendes Fazit fasst den Grundgedanken noch einmal zusammen und deutet zumindest knapp an, in welche Richtung die skizzierte Perspektive weiterentwickelt werden könnte (VI.).

II. Zwei Grundprobleme der juristischen Methodenlehre

1. Methodenmonismus oder Methodenpluralismus?

In seiner Honeywell-Entscheidung¹⁹ bestimmt das Bundesverfassungsgericht nicht nur grundsätzlich erneut das Verhältnis der eigenen Rechtsprechung zu jener des EuGH. Es konstatiert in denkwürdiger Weise zudem, was aus seiner Sicht die sog. juristische Methode ausmacht und wer zu ihrer näheren Ausgestaltung und Fortentwicklung berufen ist.²⁰ Im Gegenhalt zum EuGH und dessen eigener Methodik, deren Existenz das Verfassungsgericht in einer bemerkenswerten Be-

18 Vgl. zu einer solchen Zusammenführung nicht als Befund des gegenwärtigen Zustands, sondern als Projekt dagegen S. Vogenauer, Eine gemeinsame Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm, ZEuP 2005, S. 234 ff.; ferner T. M. J. Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration. Zur Notwendigkeit einer europäischen Gesetzgebungs- und Methodenlehre, 1999, S. 47 ff., der charakteristischerweise dennoch zwischen den Aspekten einer „Methodenlehre für europäische Gerichte“ (a.a.O., S. 55 ff.) und den „Anforderungen an die nationale juristische Dogmatik“ (a.a.O., S. 66 ff.) unterscheidet und nur statuiert, dass „als Ziel eine Annäherung der Methoden und Techniken der einzelnen Rechtskreise anzustreben ist“ (a.a.O., S. 67, mit Verweis auf Hein/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts [Fn. 8], S. 265).

19 BVerfGE 126, 286.

20 Vgl. zu dieser Entscheidung als Ausgangspunkt einer Methodendebatte auch von Arnould, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität (Fn. 17), S. 39 ff. Allg. zur Relevanz der verfassungsrechtlichen (bzw. verfassungsgerechtlichen) Methodologie als implizite „Kompetenz-

wegung großzügig konzidiert, aber zugleich zu erkennen gibt, dass diese Großzügigkeit Grenzen kennt, wird der Absolutheitsanspruch des eigenen Verfahrens sowohl relativiert wie, unter charakteristischer Inbezugnahme der externen Verstärkungsreferenz „Wissenschaft“, letztlich doch wieder in die bekannten Rechte eingesetzt. Nachdem das Verfassungsgericht zunächst dem EuGH „die Rechtsfortbildung im Wege methodisch gebundener Rechtsprechung“ zugestanden hat,²¹ macht es in einem zweiten Schritt deutlich, dass die genannte einschränkende Bindungswirkung nicht etwa als Ergebnis der eigenen, nationalen Methodik zu verstehen ist. Vielmehr seien „die unionseigenen Methoden der Rechtsfindung, an die sich der Gerichtshof gebunden sieht und die der ‚Eigenart‘ der Verträge und den ihnen eigenen Zielen Rechnung tragen [...] zu respektieren“²². Die genaue Formulierung ist bemerkenswert: Durch die ausdrückliche Erwähnung der Innenansicht des EuGH, der auf einer eigenen Methodik insistiert,²³ wird die nationale Perspektive gegenüber der eigenen Position auf Abstand gehalten. Insbesondere die Verwendung der An- und Abführungszeichen teilt mit, dass hier eine partikulare Sicht, kein selbstverständlicher juristischer Gemeinplatz vorgestellt werden soll. Damit deutet sich schon hier stilistisch an, was im weiteren auch auf der inhaltlichen Ebene geschehen wird. Deutlich wird das bereits im folgenden Satz: Im Rahmen des zu praktizierenden Respekts gegenüber den auf der „Eigenart“ des Unionsrechts beruhenden Methoden habe, so fährt das Bundesverfassungsgericht scheinbar noch großzügiger fort, der „Gerichtshof Anspruch auf Fehlertoleranz.“²⁴

Auch diese Konzession ist doppelbödig: Man weiß es in Karlsruhe demnach zwar besser, gesteht dem anderen Gericht aber ein Stück eigenen Unvermögens zu. Der EuGH darf von Rechts wegen irren, aber dass dieser Rechtszustand als solcher, das heißt der rechtlich anerkannte Rechtsirrtum, besteht, darüber befindet das deutsche Verfassungsgericht. Im schlussendlich formulierten Ergebnis wird der ambivalente Charakter der Anerkenntnis dessen, was als unionseigene Methode bezeichnet wird, manifest. So deutlich das Verfassungsgericht die Eigenständigkeit dieser Methode (genauer: der Methoden) konzidiert, so sehr stellt es zugleich klar, dass die Konzession nur bedingt erfolgt und widerrufen werden kann, sofern ein vom Gericht festgestellter – wenngleich nicht von ihm selbst gezogener – Rahmen der noch als zulässig erachteten Auseinandersetzung verlassen wird. Ein zwar nicht explizit als solches ausgewiesenes, in der Sache aber eindeutig erkennbares, jetzt methodologisch gewendetes „Solange“-Kriterium konstituiert die Selbstbeschreibung des Gerichts in funktionaler Hinsicht.

Kompetenz“ des Bundesverfassungsgerichts *K. Schlaich/S. Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Aufl. 2015, Rn. 14.

21 BVerfGE 126, 286 (305).

22 BVerfGE 126, 286 (307).

23 Vgl. grundlegend EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1251; Rs. 26/62 (van Gent & Loos), Slg. 1963, 1; Rs. 11/70 (internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125.

24 BVerfGE 126, 286 (307).

„Daher ist es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, bei Auslegungsfragen des Unionsrechts, die bei methodischer Gesetzesauslegung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen können, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen.“²⁵

An dieser Stelle interessiert mich weniger die darin liegende allgemeine Positionierung, das heißt die bekannte Selbstbehauptungsstrategie des nationalen Verfassungsgerichts gegenüber dem seinerseits auf Suprematie pochenden Gerichtshof der Union.²⁶ Mir geht es um die Differenzierung zwischen unionaler und nationaler Rechtsmethodik einerseits und den Unterschied von Wissenschaft und Praxis in der Konstitution dessen, was als Methode anerkannt wird, andererseits. Auf der einen Seite gesteht das Bundesverfassungsgericht dem EuGH – der hier mit der Wendung „unionseigen“, gewissermaßen totum pro parte, adressiert sein dürfte – zu, eine eigenständige Methodik nicht nur zu gebrauchen, sondern dafür wohl auch, so steht zu vermuten, selbst (weiter) zu entwickeln. Auf der anderen Seite nimmt es die Möglichkeit einer Überprüfung dieser unionalen Methode jedenfalls in besonders schwerwiegenden Fällen in Anspruch. Der zunächst scheinbar anerkannte Methodenpluralismus – ausdrücklich hieß es entsprechend in einer früheren Entscheidung zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, der „Begriff des europäischen Rechts“, den das nationale Gericht mit Blick auf eine mögliche Vorlagepflicht zu beachten habe, umfasse „nicht nur materielle Rechtsnormen, sondern auch die Methodenwahl“²⁷, also eine Auswahl aus einem als grundsätzlich vielfältig anerkannten Methodenarsenal – wird damit letztlich wieder auf ein monistisches Verständnis zurückgeführt, in dem Abweichungen als Fehler erkannt und eben deswegen nur bis zu einem gewissen Grade ertragen werden können. Der terminologische Wechsel, der vom zunächst ausgedrückten „Respekt“ gegenüber den EuGH-Entscheidungen auf „Toleranz“ umschaltet, bringt dieses Verständnis semantisch präzise auf den Punkt: Respekt meint Anerkenntnis eines anderen in dem Sinne, dass dieses andere, etwa die vom eigenen Entwurf abweichende Methodenkonzeption, als grundsätzlich gleichwertig betrachtet wird. Toleranz dagegen ist die Bereitschaft zur praktischen Duldung oder Hinnahme des anderen – sei's als Gegenstand, Person oder Verfahren –, ohne von der Überzeugung abzulassen, dass dieses andere gemessen an den eigenen Maßstäben falsch ist.²⁸ Strukturell entspricht das so etablierte Modell dem Verfahren, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Verhältnis zwischen der deutschen Fachgerichtsbarkeit und dem EGMR kennzeichnen soll: Die deutschen

25 BVerfGE 126, 286 (307).

26 Vgl. zusammenfassend zu diesem Konflikt etwa *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht (Fn. 20), Rn. 358 ff.

27 BVerfG(K), NJW 2001, 1267 (1268).

28 Vgl. zu diesem Toleranzverständnis etwa *R. Bubner*, Zur Dialektik der Toleranz, in: R. Forst (Hrsg.), Toleranz im Konflikt. Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs, 2003, S. 45 ff. (59); in juristischer Perspektive daran anschließend *K.-H. Ladeur/I. Augsberg*, Toleranz – Religion – Recht. Die Herausforderung des „neutralen“ Staates durch neue Formen von Religiosität in der postmodernen Gesellschaft, 2007, S. 28 ff.

Gerichte sind danach im Rahmen einer grundgesetzlich gebotenen „völkerrechts-freundlichen Auslegung“ des nationalen Rechts gehalten, sich im Sinne einer „Berücksichtigungspflicht“ auch mit der die völkerrechtlichen Verpflichtungen konkretisierenden EGMR-Judikatur auseinanderzusetzen und deren Lesart der menschenrechtlichen Schutzmechanismen als grundsätzlich verbindlich für die eigene Entscheidungstätigkeit einzustufen.²⁹ Ihnen steht es im Rahmen dieser Aus-einandersetzung aber ebenso grundsätzlich frei, vor dem Hintergrund einer eigenen Auslegung des deutschen Verfassungsrechts und einer ausdrücklichen Be-schäftigung mit der durch den EGMR konkretisierten internationalen Rechtslage, zu von der EGMR-Judikatur abweichenden Ergebnissen zu gelangen, wenn und insoweit das vom Grundgesetz her geboten erscheint. Die deutschen Fachgerichte sollen also die andere – in diesem Fall: internationale – Gerichtsbarkeit ernst nehmen; sie müssen sich ihr aber nicht im Sinne einer nicht weiter hinterfragbaren Letztentscheidungskompetenz unterordnen. Ob und inwieweit diesem Berück-sichtigungsgebot Genüge getan respektive eine vertretbare eigene Auslegung ge-funden wurde, entscheidet dann wiederum das (damit seinerseits erneut als derar-tige Letztentscheidunginstanz fungierende) Bundesverfassungsgericht. Als mate-rieller Gedanke steht hinter diesem kompetenziellen Lösungsmodell eine Gefahr, deren Abwehr das Gericht sich selbst als Aufgabe zuweist: „Grenzen der völker-rechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Sie darf [...] nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz einge-schränkt wird.“³⁰

2. Wissenschaft oder Rechtsprechung als Letztinstanz in Methodenfragen?

Bemerkenswerterweise traut sich das Verfassungsgericht allerdings im Verhältnis zum EuGH offenbar nicht zu, die in einem solchen Methodenmonismus erforder-liche Rolle des Hüters der einzig wahren juristischen Methode allein aus eigener Kraft zu besetzen und gegen konkurrierende Hegemonialansprüche zu verteidi-gen. Während es sich im nationalen Verfassungsbereich schon sehr früh mit

29 Vgl. BVerfGE 111, 307 (324 f.; s. auch Ls 1); zum Ganzen näher etwa *H. Sauer*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur. Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *ZaöRV* 65 (2005), S. 35 ff. (47 ff., 54); *H.-J. Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, *EuGRZ* 2004, S. 683 ff.; allg. zur Berücksichtigungspflicht ferner etwa *L. Vellechner*, Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel. Zu den innerstaatlichen Wirkungen von völkerrechtlichen Verträgen und Entscheidungen internationaler Gerichte, insbesondere bei der Auslegung und Anwendung von Grundrechten, in: *N. Matz-Lück/M. Hong* (Hrsg.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, 2011, S. 109 ff. Allg. zum Umgang der deutschen Fachgerichtsbarkeit mit dem Völkerrecht und der Rolle des Bundesverfassungsgerichts *A. von Arnould*, *Public International Law and the Role of Federal Courts in Germany*, in: *Société française pour le droit international* (Hrsg.), *Les pratiques comparées du droit international en France et en Allemagne/Comparative Interna-tional Law Practice in France & Germany*, 2011, S. 11 ff.

30 BVerfGE 128, 326 (371). Das Verfassungsgericht beeilt sich dann zwar, sogleich hinzuzufügen, dass eine sol-che Einschränkung auch von der EMRK (genauer: Art. 53 EMRK) selbst ausgeschlossen wird. Diesem Argu-ment dürfte aber nur ein komplementäres, nicht konstitutives Gewicht zukommen. Das entsprechende Ver-ständnis des Art. 53 EMRK wird jedenfalls wiederum nur mit einem Verweis auf die eigene frühere Judikatur (BVerfGE 111, 307 [317]) begründet.

scheinbarer Selbstverständlichkeit die Rolle als „maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung“ und „verbindliche Instanz in Verfassungsfragen“ zugesprochen hat,³¹ gibt das Gericht in der Konfrontation mit dem EuGH nicht nur diese singuläre Position auf. Es verlässt sogar die ansonsten für seine – zumindest jüngere³² – Rechtsprechung so charakteristische weitgehend selbstreferenzielle Argumentationsstrategie, die zur Begründung eigener Entscheidungen vorwiegend eigene Entscheidungen heranzieht.³³ Stattdessen nimmt das Verfassungsgericht unverhofft, wie auf einen *deus ex machina*, auf eine anonym bleibende Instanz „Wissenschaft“ Bezug, deren interne Diskurse (genauer: der von diesen Diskursen konstituierte „Rahmen“) nun als letztlich entscheidender Prüfstein und damit als Garant der „richtigen“ Methode fungieren sollen.³⁴

Natürlich kann man diese Inbezugnahme als ein strategisches Manöver lesen, das zwar formal eine scheinbar neutrale Instanz zur Verstärkung der eigenen Position anführt, aber damit de facto nur wieder den eigenen Letztentscheidungsanspruch durchsetzen will. Eine derartige kritische Erklärung verkennt aber das in dem skizzierten Manöver steckende eigentliche Problem. Durch die Referenz auf den „rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen“ wird eine Debatte wiedereröffnet, die in der Zuordnung der Methode(n) an die beiden Gerichte bereits entschieden schien: Handelt es sich bei der Festsetzung der sog. juristischen Methode – was immer dann im Einzelnen davon umfasst sein mag – um eine weitgehend deskriptive, deswegen der Wissenschaft überlassene, oder aber um eine primär präskriptive, deswegen vor allem den zur Rechts(fort)bildung berufenen Instanzen zugewiesene Aufgabe?³⁵ Ist die juristische Methode „richtig“ – das heißt: nicht fehlerbehaftet – im Sinne von: „wissenschaftlich wahr“? Oder meint „richtig“ hier: „den normativen Vorgaben entsprechend“? Und was besagt diese mögliche Zu-

31 Vgl. BVerfGE 40, 88 (93, 94). Sehr deutlich auch BVerfGE 69, 112 (117 f.), wo das Gericht die eigene „Zuständigkeit zur letztverbindlichen Auslegung des Verfassungsrechts“ konstatiert.

32 Vgl. zum Rekurs auf ausländische Verfassungstexte und Verfassungsjuridikatur in der frühen Rechtsprechung des Gerichts *J. M. Mössner*, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974), S. 193 ff.

33 Vgl. allg. zum zunehmend selbstreferentiellen Verfahren der Rechtsprechung *T. Vesting*, Rechtstheorie. Ein Studienbuch, 2007, Rn. 297; mit besonderem Augenmerk auf der verfassungsgerichtlichen Judikatur ebenso etwa *O. Lepsius*, Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstdiskussion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff. (76 f.); *Schönberger*, Verfassungsvergleichung heute (Fn. 8), S. 16 Fn. 35; sowie *M. Jestaedt*, Zitat und Autorität. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: S. Detterbeck/J. Rozek/C. von Coelln (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit. Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, 2009, S. 513 ff.

34 In der etwas späteren Entscheidung „EGMR Sicherheitsverwahrung“ klingt eine entsprechende Referenz allenfalls implizit mit: „Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese *nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation* nicht mehr vertretbar erscheint“ (BVerfGE 128, 326 [327, Ls. 2], meine Hervh.).

35 Vgl. zu dieser Differenzierung etwa *C. Wendehorst*, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, *RabelsZ* 75 (2011), S. 730 ff. (732 ff.). Mit Bezug auf die unionale Methodik *A. Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre. Die begrifflichen und („fuzzy“)logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 30 f., 561, der entsprechend zwischen der aus der Praxis des EuGH abgeleiteten Methode und einer dieser Praxis normativ gegenübergestellten, von der Wissenschaft erarbeiteten „richtigen“ Methode unterscheiden will. Ausdrücklich für eine „normative Methodenlehre“, die „die Normativität einer Methodenlehre für eine bestimmte Rechtsordnung aus eben dieser Rechtsordnung selbst herleitet“, auch *S. A. E. Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 6.

ordnung für die Frage nach einem pluralistischen oder monistischen Verständnis dessen, was innerhalb der deutschen Rechtstradition üblicherweise im Singular als „die juristische Methode“ auftritt?³⁶

Dass die Zuweisung der Fragestellung an „die Wissenschaft“ dabei für mehr Eindeutigkeit sorgen könnte, steht allerdings schon im Ansatz kaum zu vermuten. Auch (und gerade) die wissenschaftliche Interpretation der Interpretation ist ebenso vielfältig wie umstritten.³⁷ Die durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommene vorsichtige Inanspruchnahme lediglich des wissenschaftlichen „Diskussionsrahmens“, und nicht etwa fixer Diskussionsergebnisse, trägt diesem Umstand erkennbar Rechnung. Aber immerhin verlaufen die die wissenschaftliche Auseinandersetzung bestimmenden Differenzen (auch) quer zu den nationalstaatlich fixierten Grenzen;³⁸ sie deuten damit darauf hin, dass der „methodologische Nationalismus“ nicht das letzte Wort haben muss.³⁹

36 Vgl. zum Problem etwa, wenigstens implizit für eine Pluralisierung der Methoden argumentierend, *J. Rückert*, Vom ‚Freirecht‘ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, *ZRGGA* 125 (2008), S. 199 ff. (247): „Das Zwangsschwert der richterlich-staatlichen Gewalt muß nach anderen Regeln geführt werden als die Sache der Wissenschaft. Juristische Methodenfragen müssen daher als Verfassungsfragen behandelt werden, nicht als bloße Erkenntnisprobleme einer Wissenschaft, die zugleich Praxis sein will. In diesem zugleich praktischen Anspruch war immer schon das idealistische Ideal einer Einheit von Theorie und Praxis in der wahren Erkenntnis des Richtigen festgehalten. Diese Voraussetzung erscheint unhaltbar – und damit die Verknüpfung unter einer Methode und Wahrheit.“ Prägnant auch *ebd.*, S. 254: „Rechtspraktische Methodenfragen sind [...] Verfassungsfragen. Unabhängig davon sind die wissenschaftstheoretischen Grundbedingungen von Jurisprudenz als moderne Wissenschaft.“ Prägnant auch der Hinweis von *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, S. 121: „Die methodologische Besinnung auf sogenannte ‚Prinzipien der Rechtsfindung‘ hat die Autonomie der Justiz in der Beurteilung von korrekten und inkorrekten Rechtsfindungsmethoden ermöglicht und erhalten. Ihr praktischer Ausdruck ist noch heute die Revisibilität von Urteilen, denen eine nachweisliche Verletzung von Auslegungsgrundsätzen zugrundeliegt, wegen ‚unrichtiger Anwendung des Gesetzes‘.“

37 Vgl. zu diesem Befund wiederum nur das Referat von *Arnauld*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität (Fn. 17), S. 41 ff. Das Problem betrifft auch den Versuch, gegenüber einer offenbar unmöglichen Universalhermeneutik eine den kulturell geprägten und damit differenzierten Auslegungsverfahren zugrunde liegende gemeinsame semiotische Ebene, im Sinne der Strukturdifferenz Signifikant/Signifikat, zu postulieren (so jüngst *S. Lenski*, Rechtsvergleich als Sprach- und Kulturvergleich – ein semiotisches Modell, Rechtstheorie 45 [2014], S. 451 ff.). Ein solcher Ansatz verkennt, dass auch diese Differenz keineswegs so stabil ist wie behauptet, sondern sich zumindest an den Rändern Auflösungsscheinungen beobachten lassen. Vgl. dazu näher *A. Koschorke*, Wahrheit und Erfindung. Grundzüge einer Allgemeinen Erzähltheorie, 2012, S. 54 f.

38 Vgl. *H. Fleischer*, Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven, *RabelsZ* 75 (2011), S. 700 ff. (705 f.), mit Verweis auf die Differenzen zwischen einer an Gadamer, Wittgenstein oder Derrida geschulten Hermeneutik.

39 Vgl. *Fleischer*, Europäische Methodenlehre (Fn. 38), S. 706, mit Verweis auf die entsprechende Kritik durch *C. Jörges*, Europäisierung als Prozess: Überlegungen zu einer Vergemeinschaftung des Privatrechts, in: *Festschrift für Andreas Heldrich*, 2005, S. 205 ff. (206). (Nur) in diesem – eingeschränkten – Sinne ist die Rede von einer für die „anderen Wissenschaftsdisziplinen“ charakteristischen „universellen“ Arbeitsweise berechtigt, zu deren Aneignung das komparatistische Verfahren dann endlich auch die Rechtswissenschaft befähigen soll (vgl. *K.-P. Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, *DÖV* 1999, S. 1017 ff. [1029]). Zur Aufgabe der Rechtsvergleichung, den Boden für eine „universale Rechtswissenschaft“ zu bereiten, auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (Fn. 8), S. 46.

III. Drei exemplarische Konstellationen zur Verdeutlichung

Damit überkreuzen sich in der Honeywell-Entscheidung zwei Grundsatzprobleme der juristischen Methodik: Diese Methode ist entweder im Singular oder im Plural zu denken, und sie kann entweder stärker präskriptiv als Vorgabe der jeweiligen Rechtsordnung oder stärker deskriptiv als von der Wissenschaft festzustellende allgemeine Qualität rechtlichen Denkens verstanden werden. Diese sich überkreuzenden Problemkonstellationen lassen sich an den drei Feldern Völkerrecht (1.), europäisches Vertragsrecht (2.) und, im vorliegenden Kontext besonders interessierend, europäisches Verwaltungsrecht (3.) näher exemplifizieren und konkretisieren.

1. Völkerrecht

Das Völkerrecht scheint am deutlichsten für eine normative Problemlösung der Methodenfrage zu optieren. Entscheidender Akteur ist dabei nicht die Judikative; deren Vorgehen wird vielmehr auf explizite Vorgaben der normsetzenden Ebene zurückverwiesen. Die Art. 31–33 der Wiener Vertragsrechtskonvention benennen Anforderungen an die Auslegung des Völkerrechts, die zunächst und primär die internationalen Gerichte, insbesondere IGH und EGMR, betreffen, aber wenigstens mittelbar auch für die nationalen Gerichte, die mit der Anwendung von Völkerrecht beschäftigt sind, relevant werden können.⁴⁰ Pluralistische, zum Vergleich herausfordernde Konstellationen sind damit scheinbar kein Thema. Dank ihrer einheitlichen normativen Verankerung ist die völkerrechtliche Methode nicht plural.

So klar die normative Regelung erscheint, so deutlich sind jedoch die Unterschiede, die sich in der Praxis der Rechtsanwendung zeigen. Das gilt bereits für die Ebene der Rechtsprechung von IGH und EGMR, erst recht aber für die Rechtsanwendung durch die nationalen Gerichte.⁴¹ Will man hier nicht nur, ob bewusst oder unbewusst am Werk, Vorurteile zugunsten des jeweiligen eigenen Staats erkennen, also ein letztlich politisches Motiv unterstellen, das die genuin juristische Entscheidungsfindung überlagert und korrumptiert, impliziert dieser Unterschied

40 Vgl. zum Problem, ob das Völkerrecht nur an den Ergebnissen, aber nicht den Verfahren der nationalen Gerichte interessiert ist, näher *M. Waibel*, *Principles of Treaty Interpretation: Developed for and Applied by National Courts?*, in: H. P. Aust/G. Nolte (Hrsg.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts. Uniformity, Diversity, Convergence*, 2016, S. 9 ff. Allg. zur Auslegung im Völkerrecht nur *A. von Arnauld*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2014, Rn. 224 ff.; ausführlich (und ausdrücklich auch über den engeren Fokus der Wiener Regelungen hinausgehend) jetzt die Beiträge in *A. Bianchi/D. Peat/M. Windsor* (Hrsg.), *Interpretation in International Law*, 2015.

41 Vgl. die Beiträge in *Aust/Nolte* (Hrsg.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts* (Fn. 40); zum Problem ferner bereits *H. P. Aust/A. Rodiles/P. Staubach*, *Unity or Uniformity? Domestic Courts and Treaty Interpretation*, *Leiden Journal of International Law* 27 (2014), S. 75 ff. Speziell mit Bezug auf die deutsche Situation ferner *von Arnauld*, *Public International Law and the Role of Federal Courts in Germany* (Fn. 29). Zum noch weitergehenden Problem der „Fragmentierung“ der Normanwender *M. Waibel*, *Interpretive Communities in International Law*, in: *Bianchi/Peat/Windsor* (Hrsg.), *Interpretation in International Law* (Fn. 40), S. 147 ff.

in der Sache, das heißt in den Entscheidungsergebnissen, einen Unterschied in der Art und Weise der Rechtsanwendung, also der Methode. Statt von der einen völkerrechtlich richtigen und zulässigen Methode ist damit doch von Methoden in der Mehrzahl zu handeln. Wer eine stärkere Homogenisierung des Rechts anstrebt, muss danach hier ansetzen und an der Differenz der Methodenkonzeptionen arbeiten.

Dieser Befund steckt ersichtlich hinter der Idee, die einheitliche Anwendung des Völkerrechts erfordere eine „gemeinsame Sprache“, die, so sie nicht bereits als gegeben erachtet wird, zumindest pro futuro entwickelt werden müsse.⁴² Der offenbar illusorische Charakter der Idee (die in der Praxis allenfalls eine Lösung nach dem von Werner von Simson einst für den Bereich der Europäischen Gemeinschaft ironisch konstatierten Muster, es gebe in Brüssel nur zwei Sprachen: „gutes und schlechtes Französisch“⁴³, jetzt auf den anglophonen Bereich übertragen, erwarten lässt) demonstriert dabei zunächst nur die Größe des Problems und die Dringlichkeit seiner Lösung. Er lässt aber noch eine erweiterte Deutung zu: Was hier „Sprache“ genannt wird, dürfte nicht wörtlich als Plädoyer für eine (einzige) neue *lingua franca* gemeint sein, die aller Voraussicht nach weder faktisch noch politisch durchsetzbar wäre. Der Ausdruck ist eher metonymisch zu verstehen und sollte dementsprechend analog zu den hier versuchten Problembeschreibungen als „Methode“ gelesen werden, das heißt als Ensemble gemeinsamer Verfahren und Techniken, die den nationalen Bias überwinden helfen.⁴⁴ Wie auch immer man sich dazu verhält: Der bloße Umstand, dass eine solche Lösungsstrategie überhaupt für erforderlich erachtet wird, indiziert die Insuffizienz einer ausschließlich durch abstrakt-generelle Bestimmungen begründeten Methodologie. Er verweist auf die Probleme, die sich bei der Umsetzung von Normen stellen, die selbst die Umsetzung von Normen steuern sollen.

Die Verknüpfung mit dem allgemeinen Sprachproblem lässt sich insofern noch in einer weiteren Hinsicht fruchtbar machen. Danach bildet der Versuch einer normativen Regelung des Interpretationsproblems eine Variante der im Bereich der Sprachphilosophie vor allem durch Ludwig Wittgenstein bekannt gemachten Problematik, dass jede Anwendung einer Regel auf eine weitere, eben diese Anwendung anleitende Regel verweist – und damit die Gefahr eines infiniten Regresses impliziert.⁴⁵ Folgt man Wittgenstein nicht nur bezüglich der Problembeschrei-

42 Vgl. H. P. Aust, Between Universal Aspiration and Local Application: Concluding Observations, in: ders./Nolte (Hrsg.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts* (Fn. 40), S. 333 ff. (334 f.), mit Bezug auf die weitgehende, bereits das Völkerrecht selbst als eine solche „common language“ betrachtende Sicht bei T. Kleinlein, *The Language of Public International Law*, in: Société française pour le droit international (Hrsg.), *Droit international et diversité des cultures juridiques/International law and diversity of cultures*, 2008, S. 199 ff.

43 Zitiert nach J. P. Terhechte, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), *Europarecht / European Law / Droit Européen*. Textsammlung / Text Collection / Recueil des textes, 2012, S. 5 ff. (5).

44 Vgl. Aust, Between Universal Aspiration and Local Application (Fn. 42), S. 334 ff., der die Funktion dieser „common language“ in einen unmittelbaren Zusammenhang mit den „rules of interpretation“ stellt.

45 Vgl. L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, in: ders., *Schriften*, Bd. 1, 1963, 87, 198; zum Problem auch ders., *Schriften*, Bd. 3: Ludwig Wittgenstein und der Wiener Kreis. Gespräche, aufgezeichnet von F.

bung, sondern auch hinsichtlich des von ihm vorgeschlagenen Lösungsansatzes,⁴⁶ dann ist der entsprechenden Schwierigkeit nicht durch Verweis auf sich scheinbar wie von selbst verstehende Regeln einer allgemeinen Hermeneutik beizukommen.⁴⁷ Das Problem der expliziten Methodenregelung kann nicht durch Verweis auf je schon in Geltung stehende implizite „rules of interpretation“ gelöst werden.⁴⁸ Der drohende infinite Regress ist vielmehr, Wittgenstein zufolge, allein durch einen rigorosen Praxisbezug zu unterbrechen. „Praxis“ bezeichnet dabei „einen ständigen Gebrauch, eine Gepflogenheit“⁴⁹: An die Stelle abstrakter Regeln treten konkrete Beispiele und Übung.⁵⁰ Die so verstandene Praxis lässt sich zwar theoretisch reflektieren und gegebenenfalls mit Blick auf etwaige Inkonsis-

Waismann. Aus dem Nachlaß hrsg. v. B. F. McGuiness, 1967, S. 154 f. Instruktiv dazu *M. Kober*, Gewißheit als Norm. Wittgensteins erkenntnistheoretische Untersuchungen in „Über Gewißheit“, 1993, S. 161 ff.

46 Vgl. für einen entsprechenden Versuch, Wittgensteins Position für die Rechtsmethodologie fruchtbar zu machen, bereits *G. Roellecke*, Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Wittgensteins, in: T. Ritterspach (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 323 ff.; sowie *K.-H. Ladeur/I. Augsberg*, Auslegungsparadoxien. Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation, Rechtstheorie 36 (2005), S. 143 ff.

47 Vgl. so dagegen etwa *Wendehorst*, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen (Fn. 35), S. 733 f. Im Gegensatz dazu lässt sich auch mit Blick auf die hermeneutische Tradition auf dem Unterschied von Regel und Regelanwendung insistieren: Friedrich Schleiermacher zufolge macht gerade diese Differenz den Kunstcharakter des hermeneutischen Verfahrens aus, der es von einem bloß mechanischen Automatismus unterscheidet. Vgl. *F. D. E. Schleiermacher*, Hermeneutik und Kritik, hrsg. v. M. Frank, 1977, S. 81: „Das volle Geschäft der Hermeneutik ist als Kunstwerk zu betrachten, aber nicht, als ob die Ausführung in einem Kunstwerk endigte, sondern so, daß die Tätigkeit nur den Charakter der Kunst an sich trägt, weil mit den Regeln nicht auch die Anwendung gegeben ist, d. i. nicht mechanisiert werden kann.“ Zur Notwendigkeit, im hermeneutischen Diskurs die Anwendung mitzubedenken, ferner mit ausdrücklicher Orientierung am juristischen Verfahren *H.-G. Gadamer*, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, in: *ders.*, Gesammelte Werke Bd. 1: Hermeneutik I, 1990, S. 312 ff., 330 ff.

48 Vgl. aus juristischer Perspektive in diesem Sinne bereits *F. C. von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 211: „Die Auslegung ist eine Kunst, und die Bildung zu derselben wird durch die trefflichen Muster aus alter und neuer Zeit, die wir in reichem Maße besitzen, gefördert. Ungleich mangelhafter ist dasjenige, was bis jetzt als Theorie derselben aufgestellt worden ist. [...] allein es ist wichtig, daß man sich über den Wert einer solchen Theorie überhaupt, auch der besten, nicht täusche. Denn diese Kunst läßt sich eben so wenig, als irgend eine andere, durch Regeln mitteilen oder erwerben.“ Ganz ähnlich mit Bezug auf die Quellenbenutzung schon ebd., S. XLV, mit der Schlussfolgerung: „vorzüglich aber müssen wir durch eigene Übung den Tact zu gewinnen suchen, der uns den rechten Weg finden lehrt.“ Zur etwaigen Beeinflussung Savignys durch Schleiermacher, die von Gadamer vermutet wird (vgl. *Gadamer*, Wahrheit und Methode [Fn. 47], S. 332), näher *R. Gröschner*, Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis, 1982, S. 104 ff., der diese Vermutung überzeugend zurückweist. Dass es derartig für sich stehende „rules of interpretation“ nicht geben kann, macht auch Legrand deutlich, der auf die Notwendigkeit verweist, auch solche Metaregeln des Rechts aus ihrem sozio-kulturellen Kontext heraus zu verstehen (vgl. *Legrand*, European Systems are not Converging [Fn. 3], S. 57).

49 *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (Fn. 45), § 198.

50 Vgl. *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (Fn. 45), §§ 198 ff. Prägnant für eine rechtstheoretische Sicht ferner *ders.*, Über Gewißheit, hrsg. v. G. E. M. Anscombe u. G. H. v. Wright, 1971, 139: „Um eine Praxis festzulegen, genügen nicht Regeln, sondern man braucht auch Beispiele. Unsere Regeln lassen Hintertüren offen, und die Praxis muß für sich selbst sprechen.“ Der Sache nach findet sich eine entsprechende Überlegung schon bei Kant: „Wenn der Verstand überhaupt als das Vermögen der Regeln erklärt wird, so ist die Urteilskraft das Vermögen unter Regeln zu subsumieren, d. i. zu unterscheiden, ob etwas unter einer gegebenen Regel (*casus datae legis*) stehe, oder nicht. Die allgemeine Logik enthält gar keine Vorschriften für die Urteilskraft, und kann sie auch nicht enthalten. Denn *da sie von allem Inhalte der Erkenntnis abstrahiert*, so bleibt ihr nichts übrig, als das Geschäft, die bloße Form der Erkenntnis in Begriffen, Urteilen und Schlüssen analytisch auseinander zu setzen, und dadurch formale Regeln allen Verstandesgebrauchs zustande zu bringen. Wollte sie nun allgemein zeigen, wie man unter diese Regeln subsumieren, d. i. unterscheiden sollte, ob etwas darunter stehe oder nicht, so könnte dieses nicht anders, als wieder durch eine Regel geschehen. Diese aber erfordert eben darum, weil sie eine Regel ist, aufs neue eine Unterweisung der Urteilskraft, und so zeigt sich, daß zwar der Verstand einer Belehrung und Ausrüstung durch Regeln fähig, Urteilskraft aber ein beson-

tenzen etc. kritisieren. Sie kann aber durch theoretische Überlegungen ebenso wenig vollständig ersetzt wie durch normative Vorgaben umfänglich prädeterminiert werden.

Respezifiziert für die Aufgabe der wissenschaftlichen Methodenlehre im engeren Sinne – das heißt die auf konkrete Entscheidungstätigkeit bezogene, nicht genuin wissenschaftstheoretische Reflexion – besagt diese zunächst allgemein sprachphilosophische Überlegung, dass jene Aufgabe nur darin besteht, die Methode der Praxis auf den Begriff zu bringen. Das entsprechende Verfahren beschränkt sich dann allerdings nicht auf die Notwendigkeit, implizites in explizites Wissen zu transformieren. Es schließt auch die kritische Funktion ein, die tatsächliche Methode der Praxis von dem zu unterscheiden, was die Praxis fälschlicherweise für die eigene Methode hält.⁵¹ Dennoch bleibt es bei einem grundsätzlichen Vorrang des praktischen Umgangs mit Rechtsproblemen und den Versuchen ihrer Auflösung. So sehr die normative Problemlösung auf der abstrakt-generellen Ebene der Normsetzung scheitert, so sehr greift sie demnach auf der konkret-individuellen Ebene der Rechtsanwendung durch.

Mit Blick auf die Frage nach der Einheit oder Vielfalt von Methode besagt das, dass das Einheitsideal zumindest im ersten Zugriff verabschiedet werden muss. Die Vielfalt der Entscheidungspraxen bedingt eine korrelative Vielfalt der Methodenentwürfe. Das schließt Konvergenzbewegungen in dem einen wie dem anderen Bereich nicht aus, macht aber deutlich, dass es sich dabei um einen langwierigen, voraussetzungsreichen Prozess handelt, der kaum voluntativ über politische Entscheidungsprozesse und ihnen nachfolgende normative Regelungen gesteuert werden kann. Eine Angleichung der justiziellen Praxen ist eher inkrementell, als allmählicher Lernvorgang, in dem gegenseitiges Vertrauen aufgebaut werden muss, zu begreifen.

Insbesondere (aber nicht nur) mit Blick auf das Völkerrecht kann man die Perspektive aber auch noch einmal umkehren und fragen, ob bzw. in welchem Maße eine Vereinheitlichung der Rechtsprechungspraxen überhaupt wünschenswert wäre.⁵² Immerhin besteht die Möglichkeit, die Pluralität der Lösungsansätze nicht allein in ihren jeweiligen einzelnen Erscheinungsformen zu betrachten und dann als störrisches Verharren in nationalen Stereotypen zu begreifen. Der Pluralismus könnte in einer umfassenderen Perspektive ebenso sehr als Fundus etwaiger Neuerungen und möglicherweise hilfreicher Interpretationsvarianten verstanden werden, der durch die weitgehende Homogenisierung der Entscheidungspraxis verloren ginge.

deres Talent sei, welches gar nicht belehrt, sondern nur geübt sein will“ (*I. Kant*, Kritik der reinen Vernunft, B 171 f.).

51 Vgl. zu dieser Differenz *C. Schmitt*, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 2. Aufl. 1969, S. 45: „Aber zum Glück ist die Methode der Praxis besser als das, was die Praxis für ihre Methode hält.“ Zur gewissen Nachträglichkeit der Theoriebildung gegenüber der „Kunst“ der Auslegung bereits von *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1 (Fn. 48), S. 211.

52 Vgl. zusammenfassend zur entsprechenden Debatte – mit allerdings einer eigenen Akzentsetzung eher zugunsten einer bestimmten Vereinheitlichung – *Aust*, Between Universal Aspiration and Local Application (Fn. 42), S. 345 f.

2. Europäisches Vertragsrecht

Das damit angesprochene Problem lässt sich in einem anderen Bereich, in dem eine zentral gesteuerte Vereinheitlichung des Rechts ausdrücklich versucht wurde (und, wenngleich nicht mehr in der ursprünglich beabsichtigten Form, noch wird),⁵³ näher studieren. Im Kontext der Entwicklung eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts⁵⁴ ist ein allgemeines Problem, das zunächst mit Bezug auf die Anwendung fremden Rechts im Rahmen des IPR erkannt wurde, neu belebt worden: die grundsätzliche Tendenz der nationalstaatlichen Gerichte, „heimwärts zu streben“, das heißt ihre Auslegung des fremden Rechts möglichst eng an den Maßstab des nationalen Rechts und dessen Methodik anzulehnen.⁵⁵ Zu den vorgebrachten Gegenargumenten gegenüber den Entwürfen zählte die Behauptung, die nationalen Gerichte würden in der Auslegung und Anwendung dieses Rechts ohnehin zu divergierenden, möglicherweise sogar beinahe gegensätzlichen Ergebnissen gelangen. Damit wurden hier unterschiedliche Rechtskulturen ausdrücklich als Grund genannt, weshalb eine Vereinheitlichung des Rechts selbst dann scheitern muss, wenn sie in Gestalt einer Kodifikation erfolgt. Da diese Argumentation auch von denjenigen vorgetragen wurde, die die Vereinheitlichungsversuche grundsätzlich unterstützten,⁵⁶ kann der Einwand nicht als bloß strategisch motiviert gelesen werden. Auch hier zeigt sich somit eine Diskrepanz zwischen dem in Textform niedergelegten scheinbar einheitlich verbindlichen Normprogramm und seiner Applikation in konkreten Fallentscheidungen. Und erneut ist das Problem nicht einfach dadurch zu lösen, dass auch hinsichtlich der Methodenfrage, also analog zu den Art. 31–33 der Wiener Vertragsrechtskonvention, gemeinsame normative Bestimmungen verabschiedet werden, die eine „einheitliche Auslegung des Regelwerks der Union“ gewährleisten sollen.⁵⁷ Denn diese Bestimmungen müssen ihrerseits gelesen, ausgelegt und angewandt werden, und dies wiederum auf der Ebene der nationalstaatlichen Fachgerichtsbarkeit. Das Ausgangsproblem wird so nur verschoben, nicht beseitigt.

53 Vgl. allg. zur Angleichungsidee *M. Gebauer/C. Teichmann*, Methoden und Formen europäischer Rechtsangleichung, in: dies. (Hrsg.), *Enzyklopädie des Europarechts*, Bd. 6: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2015, § 1 Rn. 1 ff.

54 Vgl. zum Kontext der Gesamtdebatte etwa die Beiträge B. Gsell/C. Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, 2009; sowie M. Gebauer/T. Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl. 2010. Zum umfassenderen Projekt eines europäischen Zivilgesetzbuchs etwa *Möllers*, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration* (Fn. 8), S. 10 ff.

55 Vgl. zu diesem Phänomen allg. etwa *G. Kegel/K. Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9. Auf. 2004, S. 143 ff.; *J. Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, § 7 I.

56 Vgl. etwa die mit Bezug auf die von der Kommission in Auftrag gegebene „Machbarkeitsstudie“ aus dem Jahr 2011 (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf) abgegebene „Stellungnahme der deutschen IHK der Durchführbarkeitsstudie einer von der EU-Kommission eingesetzten Expertengruppe zum Europäischen Vertragsrecht“, abrufbar unter: <http://www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/eu-internationales-recht/recht-der-europaeischen-union/archiv-positionen-europa-11-13>, S. 24.

57 Vgl. in diesem Sinne dagegen etwa den Erwägungsgrund 5 der VO (EU) 596/2014 (ABl. 2014 L 173/1) gegen Marktmisbrauch; dazu auch den Beitrag von *C. D. Classen* i. d. Bd., bei Fn. 11. Zum Konflikt zwischen „neuer, am *effet utile* orientierter europäischer Methodik und verwurzelter nationaler Rechtsmethodologie“ auch *H. Rösler*, Aufgaben einer europäischen Rechtsmethodenlehre, *Rechtstheorie* 43 (2012), S. 495 ff. 8497).

Weil zugleich aber (an)erkannt wird, dass eine vollständig „autonome“, das heißt von jeder Prägung durch ein nationales Vorverständnis freie Interpretation des Unionsrechts weder möglich noch sogar auch nur wünschenswert wäre,⁵⁸ bleibt als Ausweg nur die bewusste Reflexion auf das eigene Vorverständnis, also ein komparatives Verfahren, das die Diskrepanz zwischen der eigenen und einer tatsächlich „autonomen Interpretation“ in Rechnung stellt. Auf diesem Wege lässt sich zwar das eigene Auslegungsergebnis kritisch beobachten und eventuell teilweise korrigieren. Das Ziel einer vollständig „autonomen Interpretation“ bleibt aber unerreichbar.⁵⁹

3. Europäisches Verwaltungsrecht

Damit ist für den Bereich des Privatrechts bereits angedeutet, was der ehemalige EuGH-Richter Leif Seivón für den gesamten Bereich des Europarechts einmal in die allenfalls halb scherzhafte Aussageform gebracht hat, es gebe „nur die eine anerkannte Methodik zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aber wir wenden sie alle unterschiedlich an.“⁶⁰ In diesem Befund spiegelt sich genau jene Ambivalenz von Methodenpluralismus und Methodenmonismus wider, die auch die Aussagen der Honeywell-Entscheidung charakterisiert. Es gibt nur eine richtige Methode – aber die Anwendungspraxen, das heißt die Methoden der Methode, divergieren. Auch hier gilt demnach, dass es nicht ausreicht, die Rechtsangleichung durch eine ausschließlich materiell verstandene Rechtsvergleichungsperspektive zu ergänzen.⁶¹ Der Vergleich muss sich ebenso auf die Methodenfrage beziehen. Der Bereich des europäischen Verwaltungsrechts bietet für die bislang skizzierte Fragestellung insofern eine interessante Kontrastfolie, als sich hier einerseits rechtsvergleichende Beobachtungen zur Konvergenz der nationalen Rechtsordnungen nicht nur durch die Wissenschaft, sondern auch durch die Rechtsprechung und die Legislative finden, obwohl allgemeine ausdrücklich normative Bestimmungen weder zum Rechtsvergleich selbst noch zu allgemeinen Fragen der Methodik bestehen. Zugleich wird andererseits auch hier diagnostiziert, dass selbst bei Vorliegen formal einheitlicher Rechtsgrundlagen die Rechtskonkretisierung innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten stark divergiert.⁶² Der Vollzug des Unionsrechts, konstatiert entsprechend etwa Claus Dieter Classen, sei

„trotz auch, aber nicht nur durch die europäische Rechtsharmonisierung bewirkter Annäherungen wesentlich national geprägt. Mit anderen Worten: Der Prozess der Rechtskon-

58 Vgl. C. Baldus/T. Raff, Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 6 (Fn. 53), § 3 Rn. 9.

59 Gebauer/Teichmann, Methoden und Formen europäischer Rechtsangleichung (Fn. 53), Rn. 68.

60 Zitiert nach N. Colneric, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, S. 225 ff. (230).

61 Vgl. dazu im Überblick jüngst etwa von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht (Fn. 8), S. 217 ff.

62 Vgl. dazu etwa den Beitrag von C. D. Classen, i. d. Bd., sub II, der auch konkrete Beispiel zum Problem benennt. Zur Thematik ferner die Beiträge in J. Schwarze/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, EuR-Beih 1/1998, 1998.

kritisierung im Rahmen der Rechtsanwendung durch nationale Verwaltungen und nationale Richter wird maßgeblich – und dementsprechend unterschiedlich – von nationalen Denkstrukturen mitgeprägt.“⁶³

Das wirft die Frage auf, ob die Rechtsvergleichung Teil des Problems ist, weil die „nationalen Denkstrukturen“ ihrer Möglichkeit entgegenwirken, oder ob sie Teil von dessen Lösung sein kann.⁶⁴

Die zentrale Rolle der Rechtsvergleichung für die Entwicklung des Unionsrechts haben insbesondere die Arbeiten Jürgen Schwarzes immer wieder herausgearbeitet.⁶⁵ Vor dem Hintergrund des eigenen Rechtsprechungsauftrags einerseits und noch lückenhafter Regelungsgrundlagen andererseits diente das rechtsvergleichende Vorgehen dem EuGH vor allem in den ersten Jahrzehnten des Integrationsprozesses dazu, rechtsfortbildend eigene Rechtsgrundsätze zu entwickeln und diese zugleich durch die rechtsvergleichende Arbeit soweit an die nationalstaatlichen Rechtsordnungen zurückzukoppeln, dass ihre hinreichende Akzeptanz möglich schien.⁶⁶ Das besagt nicht, dass in dem Maße, in dem sich in der Folgezeit die eigene Rechtsetzung der Union immer weiter verdichtet hat und damit für Lückenfüllung immer weniger Bedarf besteht, auch die Rechtsvergleichung entbehrlich geworden ist. Ihre Aufgabe verlagert sich nun allerdings stärker in den Bereich von Auslegungsfragen hinein.⁶⁷

Bemerkenswerterweise findet sich trotz dieser hohen praktischen Bedeutung der Rechtsvergleichung ein expliziter Auftrag zum Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Unionsrecht nur für spezielle Rechtsgebiete. Zu nennen ist neben den entsprechenden Bestimmungen zu den Unionsgrundrechten (Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 4, 53 GrCh) insbesondere die außervertragliche Haftung der Union für das Handeln ihrer Bediensteten gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV, insofern die Norm die allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gemeinsamen Rechtsgrundsätze in Bezug nimmt.⁶⁸ Ungeachtet dessen hat der EuGH schon sehr früh gerade für den Bereich des Verwaltungsrechts geltend gemacht, dass die

63 C. D. Classen, i. d. Bd., sub II.1. Vgl. gleichsinnig den Beitrag von M. Fehling, i. d. Bd., sub III. 3., der mit Bezug auf die nationalen Gerichte konstatiert: „Ihr Verständnis des Unionrechts wird notwendig durch die heimische Rechtsskultur beeinflusst.“

64 Vgl. für letzteres in der Tendenz den Beitrag von C. D. Classen, i. d. Bd.

65 Vgl. vor allem J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl. 2005.

66 Vgl. grundlegend GA *Lagrange*, Rs. 3/54 (Assider), Slg. 1954/55, 151 (158 ff.) und v.a. EuGH, verb. Rs. 7/56, 3/57, 7/57 (Algera), Slg. 1957, 83, 117 ff. Allg. zur Relevanz der Rechtsvergleichung etwa auch J.-P. Schneider, Verwaltungsrecht in Europa: Einleitende Bemerkungen zur Verwaltungsrechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 1, 2007, S. 25 ff. (27); A. Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, 2013, S. 63 ff. Zu einem weiteren entscheidenden Effekt der Rechtsvergleichung Schönberger, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 8), Rn. 8: „Besonders innerhalb der Europäischen Union versteht sich die verwaltungsrechtliche Rechtsvergleichung heute [...] häufig als Vorbereitung für eine gewisse Harmonisierung der Verwaltungsrechte der Mitgliedstaaten untereinander.“

67 Vgl. zu dieser Entwicklung ausführlich den Beitrag von M. Fehling, i. d. Bd. Eine sogar noch steigenden Bedeutung der horizontalen Rechtsvergleichung bejahend ferner Rösler, Aufgaben einer europäischen Rechtsmethodenlehre (Fn. 57), S. 498 ff.

68 Vgl. dazu im Überblick I. Augsberg, Die Schadensersatzklage, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 3, § 12, 2014, Rn. 4 m.w.N.;

Grundfragen in diesem Gebiet „unter Berücksichtigung der in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten anerkannten Regeln“ zu entscheiden seien.⁶⁹

Anhand eben dieser EuGH-Judikatur lässt sich zugleich aber die Schwierigkeit eines „wertfreien“, rein „objektiven“ Vergleichs, der die zahlreichen nationalen Rechtsordnungen unverfälscht gemäß ihrer jeweiligen Eigenlogiken zu Wort kommen lässt, anschaulich demonstrieren. Genauer gesagt wird diese Schwierigkeit gewissermaßen ex negativo deutlich, nämlich in ihrer strategischen Umgebung: Der Gerichtshof intendiert ausdrücklich keine neutrale Zusammenstellung der nationalen Konzeptionen, um daran anknüpfend deren kleinsten gemeinsamen Nenner als Maßstab des eigenen Urteilens zu bestimmen. Es geht vielmehr um eine „wertende Rechtsvergleichung“, die „die speziellen Vertragsziele und die Besonderheiten der Gemeinschaftsstruktur berücksichtigt“⁷⁰. Damit löst der EuGH das Problem des Methodenpluralismus gewissermaßen zur anderen Seite hin auf: Statt die Bedingtheit der eigenen Perspektive durch umständliche Methodenreflexion in ihren limitierenden Effekten möglichst gering zu halten, optiert er entschieden für die selektive Betrachtung, die von vorneherein unter einer spezifischen Zwecksetzung – letztlich der Wirksamkeit des Unionsrechts – agiert und deshalb unter mehreren zur Auswahl stehenden Rechtsmodellen entschlossen das „fortschrittlichste“ bestimmen und für die eigene Sache fruchtbar machen kann.⁷¹ Mögliche Unterschiede der Anwendung eines Rechtsgedankens durch die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen können vor diesem Hintergrund weitgehend vernachlässigt werden, weil es nicht um die gewissermaßen originalgetreue Rekonstruktion dieses Gedankens in seinem ursprünglichen Verwendungszusammenhang geht, sondern nur der funktionale Mehrwert des Konzepts im neuen Kontext des Unionsrechts in Frage steht.⁷²

Dieses Verfahren kann man natürlich kritisieren und fragen, woher denn die Kriterien zur Beurteilung der Fortschriftlichkeit oder Rückschrittlichkeit der einen oder anderen Rechtsordnung stammen sollen. Dieser Kritik zufolge wird hier durch die scheinbare rechtsvergleichende Arbeit ein tatsächlich vorliegender politischer Dezisionismus kaschiert. Die Rechtsvergleichung werde lediglich „funk-

ausführlich *W. Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts, 2003, S. 16 ff.

69 EuGH, verb. Rs. 7/56, 3/57, 7/57 (Algeria), Slg. 1957, 83, 119. Vgl. zu diesem Verfahren auch den Beitrag von *M. Fehling* i. d. Bd., sub II; zur heutigen Relevanz des Vorgehens ferner den Beitrag von *C. D. Classen*, i. d. Bd.

70 So der Schlussantrag des GA *Roemer* in der Rs. Schöppenstedt, Slg. 1971, 975, 990. Vgl. zu diesem Verfahren auch den Beitrag von *M. Fehling* i. d. Bd., sub II; ausführlich ferner *A.-Z. Steiner*, Die außervertragliche Haftung der Europäischen Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV für rechtswidriges Verhalten, 2015, S. 35 ff.

71 Vgl. so ausdrücklich der GA *Lagrange*, Rs. Rs. 14/61 (Hoogoovens), Slg. 1962, 557, 569 ff.

72 Vgl. ausdrücklich eine entsprechende Praxis auch für die nationalstaatlichen Gerichte fordernd *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (Fn. 8), S. 75: „Ebenso wie dem EuGH, wird man auch den nationalen Gerichten das Recht zugestehen müssen, im Rahmen der rechtsvergleichenden Auslegung die Rechtsordnung heranzuziehen, die dem bisherigen Auslegungsergebnis entspricht. Denn als Rechtserkenntnisquelle dient die Rechtsvergleichung ausschließlich als Begründungshilfe, ohne an die Rechtsansicht der Mehrheit anderer Rechtsordnungen gebunden zu sein.“

tionalisiert“, um bereits vorab feststehende Ziele zu erreichen.⁷³ Eine solche Kritik hat für sich genommen recht. Sie verkennt aber zugleich, dass der EuGH damit jenem möglichen Effekt der Rechtsvergleichung entgeht, der die einheitliche Anwendung des Völkerrechts wie des europäischen Vertragsrechts so problematisch erscheinen lässt. Durch eine klare Verlagerung der scheinbar neutral-de skriptiven Vergleichs- auf die normativ-autoritäre Ebene wird Einheit nicht erkannt, sondern postuliert – aber eben nicht durch eine noch weiter anwendungs- und konkretisierungsbedürftige Norm, sondern durch die Rechtsprechungspraxis eines Gerichts, das der eigenen Auffassung unmittelbar zur Durchsetzung verhelfen kann, indem es den vielberufenen „dialogue des juges“⁷⁴ zum Diktat modifiziert. Damit ist der Fluchtpunkt einer Perspektive benannt, in der Methode als rein normatives Phänomen erscheint.

IV. Zwischenspiel: Zum Status der Methode

1. Gegenstandserzeugende oder gegenstandserzeugte Methode?

Alle drei skizzierten Bereiche indizieren eine festzustellende Pluralität der Rechtsanwendungsprozesse, die sich in unterschiedlichen Entscheidungsergebnissen auswirkt. Offenbar weisen die unterschiedlichen nationalstaatlichen Rechtsordnungen nicht nur unterschiedliche materielle Rechtsnormen, sondern, tieferliegend, auch unterschiedliche Grundverständnisse hinsichtlich der Frage auf, wie diese Normen methodisch zu handhaben, das heißt in konkrete Entscheidungsergebnisse umzusetzen sind. Während im Völkerrecht und im europäischen Vertragsrecht die Pluralität allerdings eher als Hemmnis wahrgenommen wird, für dessen Überwindung noch nach adäquaten Lösungen gesucht wird, wird sie im europäischen Verwaltungsrecht zugunsten des unionseigenen Problemzugriffs überspielt.

Die Bedeutung der speziell methodologischen Fragen ist damit aber erst gewissermaßen induktiv angezeigt, nicht schon grundsätzlich geklärt. Eine solche Klärung muss von zwei alternativen Konzeptionen dessen ausgehen, was Methode heißen und als solche leisten soll. Von der Diskussion dieser abstrakten Methodenbegriffe her sind dann die etwaigen Konsequenzen für die speziell juristische Methodenlehre zu ziehen.⁷⁵

73 Vgl. M. Poiares Maduro, Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, European Journal of Legal Studies 1 (2007), S. 1 ff. (6).

74 Vgl. zur Herkunft der Wendung Franz C. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 154; zur damit benannten Figur ausführlich ferner die Beiträge in B. Hess/S. Ménetrey (Hrsg.), *Les dialogues des juges en Europe*, 2014. Instruktiv mit Bezug speziell auf die Verfassungsgerichtsbarkeit ferner M. Wendel, Comparative reasoning and the making of a common constitutional law: EU-related decisions of national constitutional courts in a transnational perspective, International Journal of Constitutional Law 11 (2013), S. 981 ff.

75 Vgl. zur Differenzierung zwischen gegenstandserzeugender und gegenstandsbestimmter Methode aus juristischer Sicht etwa O. Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, S. 171 ff.

Nach dem ersten Modell kann zwischen einer Methode und ihrem Gegenstand sauber unterschieden werden, etwa in dem Sinne, dass der methodisch geordnete Zugriff den Gegenstand besonders prägnant und deutlich hervortreten lässt. Eine adäquate, problemangemessene Methodik passt sich danach den Eigenheiten ihres Gegenstandes an, macht diese verständlich und damit für Folgeoperationen anschlussfähig. Die Methode folgt somit weitgehend ihrem Gegenstand. Wenn dieser sich verändert – also im juristischen Bereich etwa die materiellen Entscheidungsgrundlagen ausgetauscht werden –, muss auch die Methodologie diesen Veränderungen Rechnung tragen. Die Methode ist durch ihren Gegenstand bestimmt; sie folgt ihm in gewissem Sinne nach.

Die Gegenposition zu einer derartigen durch ihr Untersuchungsobjekt bestimmten, also gegenstandskonstituierten Methodik ist als gegenstandskonstituierende Methodik bekanntgeworden. Danach bestimmt erst die Methode über das, was überhaupt Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis werden kann. Dieser auf den Neukantianismus zurückgehende Ansatz⁷⁶ wurde in die Rechtswissenschaft vor allem durch Hans Kelsen eingeführt, der etwa in seiner Widerlegung der Jellinek'schen Zwei-Seiten-Lehre⁷⁷ darauf insistiert hat, dass die juristische Betrachtungsweise ausschließlich einen juristischen Erkenntnisgegenstand bedingt und deshalb nicht einfach mehrere wissenschaftliche Methoden synkretistisch kombiniert werden können.⁷⁸ Der Ansatz lässt sich aber auch jenseits seines neukantianischen Entstehungskontextes plausibilisieren, etwa mit Verweis auf jene wissenschaftstheoretischen Konzeptionen des 20. Jahrhunderts, die herausgearbeitet haben, dass selbst der naturwissenschaftliche Erkenntnisfortschritt nicht in der Form sukzessive anwachsender Erkenntnisse über ein festes Gegenüber namens „Welt“, „Natur“ oder „Tatsachen“ besteht, sondern sich im Gegenteil im jeweiligen Neuentwurf dessen vollzieht, was methodisch, das heißt bei Zugrundelegung der eigenen speziellen Erkenntnisverfahren und -kategorien, als „Welt“, „Natur“ oder „Tatsachen“ in den Blick geraten kann.⁷⁹

Stellt man diese Perspektive in Rechnung, dann ist die juristische Methode nichts, was nachträglich zur besseren Erfassung des Erkenntnisobjekts „Recht“ hinzutritt

76 Vgl. prägnant etwa E. Lask, Rechtsphilosophie, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, I. Bd., 1923, S. 275 ff. (308): „Unter erkenntnistheoretischen Gesichtspunkten gilt die Wirklichkeit als ein Erzeugnis kategorialer Synthesen. Die Methodologie überträgt diesen kopernikanischen Standpunkt auf die Schöpfungen der einzellwissenschaftlichen Auslesefähigkeit und sieht z.B. in den Atomen und Naturgesetzen Produkte der naturwissenschaftlichen, in den Ereignissen der Weltgeschichte, in den rechtlichen, staatlichen und wirtschaftlichen Phänomenen Produkte der kulturwissenschaftlichen Begriffsbildung.“.

77 Vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914; hrsgg. v. W. Jellinek, S. 10 f.

78 Vgl. H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 6 f.; *ders.*, Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik, in: H. Klcatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 1, 1968, S. 96 ff.; ausführlich zum Gesamtproblem *ders.*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 2. Aufl. 1928 (2. Neudruck 1981).

79 Vgl. T. S. Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions, 2. Aufl. 1970. Grundlegend zuvor bereits L. Fleck, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv, 1935 (Nachdruck 1980). Daran anschließend aus juristischer Sicht etwa A. Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, 16./17. November 2001, 2002, S. 171 ff. (185 f.).

und dabei selbst weitgehend durch dessen Eigenheiten und Strukturen geprägt bleibt. Im Gegenteil: Was Recht als normative Sollensordnung ist, wird nur und ausschließlich in dieser methodisch geschulten Perspektive überhaupt sichtbar. Andere Betrachtungsweisen dagegen, etwa sozialwissenschaftliche oder psychologische, erkennen nur Kausalzusammenhänge; sie können demnach etwa fragen, welche Auswirkungen ein gutes oder weniger erfreuliches Frühstück auf das Entscheidungsverhalten eines Richters hat,⁸⁰ aber nicht, ob dessen Entscheidung normativ richtig war.⁸¹ Wer das Recht nicht bloß als Teilbereich empirisch erfahrbarer Kausalzusammenhänge, sondern als ein distinktes Phänomen, im Sinne eines operativ wirksamen, ausschließlich aufgrund seiner eigenen Kategorien prozedierenden Geschehens, begreifen will, muss die „Selbstbejahung“ des Rechts mitmachen⁸² – und das heißt, er muss jene spezifisch rechtliche Perspektive einnehmen, die historisch unter dem Namen „juristische Methode“ bekannt geworden ist und in einer aktualisierten Lesart möglicherweise zumindest insoweit ihre Relevanz behaupten kann, als die entsprechenden Verfahren zwar nicht länger als allein entscheidende Technik zur Herstellung juristischer Entscheidungen, aber doch zu ihrer Darstellung im Sinne der Selbstpräsentation des Rechts zu verstehen sind.⁸³

2. Methode und Rechtscode – die Möglichkeit der Rechtsvergleichung aus systemtheoretischer Sicht

Allerdings ist gerade dann eine differenzierende Klarstellung erforderlich, was in dieser Hinsicht juristische Methode genannt wird. Im systemtheoretischen Vokabular ausgedrückt, kann es sich dabei einmal um die grundsätzliche Operationalisierung des Rechtscodes, also die Anwendung der Unterscheidung von Recht/Unrecht, handeln.⁸⁴ Damit grenzt sich das entsprechende Verfahren von anderen, nicht-rechtlichen Verfahren ab, etwa solchen der Wirtschaft oder der Politik, die ihrerseits anderen, für sie speziellen Binärstrukturen folgen. Zum anderen kann es sich bei der juristischen Methode um unterschiedliche Arten der Operationalisierung dieses allgemeinen Codes handeln. Die durch die Methode erbrachte Abgrenzungsleistung bezieht sich dann nicht auf andere funktional spezifizierte Systembereiche, sondern auf unterschiedliche „Rechtskulturen“⁸⁵ etwa, um nur das

80 Vgl. dazu – die entsprechende Perspektive allerdings eher karikierend – *A. Kozinski*, What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making, *Loyola Los Angeles Law Review* 26 (1992-93), S. 993 ff.; eine ernsthafte Analyse in dieser Richtung bieten etwa *S. Danziger/J. Levav/L. Avnaim-Pesso*, Extraneous factors in judicial decisions, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 108 (2011), S. 6889 ff.

81 Vgl. in diesem Sinne sehr deutlich schon *H. Kantorowicz*, Der Begriff des Rechts, o.J. (1957), S. 34 f.

82 Vgl. mit Bezug speziell auf die Anforderung der Rechtsvergleichung *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 13.

83 Vgl. für eine entsprechende Lesart *I. Augsberg*, Rechtswirklichkeiten, in denen wir leben. New Legal Realism und die Notwendigkeit einer juristischen Epistemologie, *Rechtstheorie* 46 (2015), S. 71 ff.

84 Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (Fn. 82), S. 165 ff.

85 Vgl. zu dieser Begrifflichkeit *M. T. Fögen/G. Teubner*, Rechtstransfer, Rechtsgeschichte 7 (2005), S. 38 ff. (41 ff., v.a. 42: Rechtskultur als „spezifische Form der Episodenverknüpfung im Recht“, als „eigentümliche Verknüpfung von rekursiven Operationen der Selbstbeobachtung, die in einem pfadabhängigen Prozess zu einer eigensinnigen Rechtskultur evolviert.“). Zu diesem Begriffsverständnis ferner bereits *G. Teubner*,

bekannteste Beispiel zu nennen, jene Kulturen, die sich entlang der Unterscheidung common vs. civil law konstituieren.⁸⁶ Rechtsmethode im engsten Sinne meint dann die ausdrückliche Kultivierung dieser Kulturen, das heißt die reflexive Wendung auf die jeweiligen speziellen Entscheidungsstrategien, die nun systematisiert, schematisiert und normativ verbindlich gesetzt werden. Nur in diesem eine implizite Praxis bereits voraussetzenden Sinn lässt sie sich als ein sekundäres Phänomen beschreiben.

Die Rechtsvergleichung im klassischen Verständnis orientiert sich offensichtlich an Methodendifferenzen im letztgenannten Sinn. Die Staatsgrenzen der national-staatlich bestimmten Rechtsbereiche bilden keine Systemdifferenzen; sie bezeichnen lediglich innerhalb des einen weltweiten Rechtssystems bestehende Binnenunterscheidungen, die sich als „Rechtskulturen“ in ihren Unterschieden und Gemeinsamkeiten näher bestimmen lassen.⁸⁷ Wer die spezifischen Probleme der Rechtsvergleichung mit Bezug auf die Theorie funktionaler Differenzierung erläutern will, geht daher fehl.⁸⁸ Positiv gewendet besagt das: Von einem für die systemtheoretische Perspektive üblichen Hinweis auf die Unmöglichkeit des direkten kommunikativen Transfers zwischen unterschiedlichen Systemen⁸⁹ wird die Möglichkeit des Rechts- wie eines diesem vorangehenden Methodenvergleichs nicht betroffen. Dass anstelle etwaiger Import-Export-Konstellationen, wie sie vor allem in der metaphorischen Rede von „legal transplants“ zum Ausdruck kommen mögen,⁹⁰ eine andere Begrifflichkeit Verwendung finden soll, ändert daran nichts. Allerdings leistet es einer gewissen Unklarheit Vorschub, wenn diese terminologische Umstellung nun ihrerseits auf einen Begriff rekurriert, der im üblichen Luhmannschen Verständnishorizont den indirekten, nur über die Banne der autopoietischen Geschlossenheit verlaufenden Modus zwischen System und Systemumwelt erfolgender Kontakt- und Transferprozesse Rechnung

Rechtsirritationen. Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes, in: G. Dux/F. Welz (Hrsg.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne. Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, 2001, S. 351 ff. Umfassend zum Begriff und seinen Problemen nunmehr auch P. Mankowski, *Rechtskultur*, 2016.

86 Vgl. zu einem entsprechenden Gebrauch des Begriffs „legal culture“ etwa *Legrand*, *European Legal Systems are not Converging* (Fn. 3).

87 Vgl. *Fögen/Teubner*, *Rechtstransfer* (Fn. 85), S. 45: „Nationale Rechtsordnungen sind nur Fraktionierungen eines einheitlichen Weltrechtssystems. Hier wirken die Grenzbarrieren der nationalen Rechtskultur und der nationalen Gerichtshierarchien.“ Instruktiv auch der Bezug auf Legrands Gebrauch des Begriffs mit dem Hinweis, dass die seinem Befund zugrunde liegenden Differenzen der Rechtskulturen „mit unterschiedlichen Graden der Ausdifferenzierung des Rechtssystems zusammenhängen“ (a.a.O., S. 42).

88 Vgl. zu einem entsprechenden zumindest missverständlichen Erläuterungsversuch etwa *Sommermann*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa* (Fn. 39), S. 1017: „Was ist [...] das Besondere an der Rechtsvergleichung? Aus der Sicht der Systemtheorie lautet die Antwort: Die Rechtsvergleichung überschreitet Systemgrenzen. Sie vergleicht verschiedene Rechtssysteme, vornehmlich nationale Rechtsordnungen.“

89 Vgl. *Fögen/Teubner*, *Rechtstransfer* (Fn. 85), S. 44: „Von Transfer über Systemgrenzen kann keine Rede sein, nur von Rekonstruktion in anderen Systemkontexten.“ Allg. ferner etwa G. *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 97 ff.

90 Vgl. etwa *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (Fn. 7), § 1 Rn. 32, mit Bezug auf die bereits „klassische“ Studie von A. *Watson*, *Legal Transplants – An Approach to Comparative Law*, 2. Aufl. 1993.

trägt.⁹¹ Die Rede von den „Rechtsirritationen“⁹² muss insofern relativiert werden. Sie weist aber zutreffend darauf hin, dass der Kontakt zwischen den Rechtskulturen zwar aufgrund der gemeinsamen Codenutzung nicht bereits grundsätzlich ausgeschlossen ist, ebenso wenig jedoch einfach vorausgesetzt werden kann. Er muss in seinen jeweiligen Möglichkeitsbedingungen und -grenzen rekonstruiert werden.

3. Erweiterung des Methodenbegriffs: Realitätskonstruktionen des Rechts

Die systemtheoretische und die konstruktivistische Perspektive⁹³ bedingen darüber hinaus eine andere entscheidende Erweiterung dessen, was als juristische Methode zu gelten hat. Gegenüber der traditionellen Position, die darunter vorwiegend eine spezielle Auslegungslehre verstand, wird nun – und zwar gerade anhand des nationalen wie des unionalen Verwaltungsrechts und der sich hier stellenden Probleme⁹⁴ – deutlich, wie große Bedeutung auch eine methodisch geschulte Aufarbeitung des den juristischen Tatbeständen zugrunde gelegten Sachverhalts hat. Methode meint in diesem Kontext immer auch: Realitätskonstruktion.⁹⁵ Die jeweilige „Rechtskultur“ entscheidet nicht nur darüber, wie eine Norm auf einen bestimmten Sachverhalt appliziert wird; sie ist auch dafür verantwortlich, was überhaupt als relevanter Sachverhalt in den Blick geraten kann.⁹⁶ Diese konstruktivistische Perspektive strahlt wieder auf das Verständnis dessen zurück, was die juristische Methode im klassischen Sinn sprachlicher Auslegung zu leisten imstande ist: In dem Maße, in dem keine verbindlichen Referenzpunkte qua „realer Gegenstände“ unterstellt werden können, auf die sich die sprachliche Kommunikation bezieht, sinkt nicht nur die Wahrscheinlichkeit von Übereinstimmungen zwischen den unterschiedlichen (Rechts-)Kulturen.⁹⁷ Es entfällt zudem die Möglichkeit, in diesen sprachexternen Referenzen einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt für Übersetzungsleistungen zwischen den Sprachen zu konstatieren. Sprachliche Verständigung kann danach nicht über objektbezogene Anzeigen verlaufen und als Tätigkeitsfeld nur die unterschiedliche Bezeichnung im Übrigen

91 Vgl. etwa *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (Fn. 82), S. 276 f.: „Die Umwelt mag das Rechtssystem irritieren und Störungen im Rechtsempfinden auslösen; aber schon solche Irritationen sind systeminterne Formen der Problemstellung, und die Lösungen sind natürlich an das gebunden, was man im Rahmen des geltenden Rechts konstruieren zu können glaubt.“

92 Vgl. *Teubner*, Rechtsirritationen (Fn. 85).

93 Vgl. zum Zusammenhang der beiden Perspektiven etwa *N. Luhmann*, Das Erkenntnisprogramm des Konstruktivismus und die unbekannt bleibende Realität, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven, 4. Aufl. 2009, S. 31 ff.

94 Vgl. *Augsberg*, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts (Fn. 16), Rn. 15 ff.

95 Vgl. *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen, 2014, S. 288 ff. Allg. zur Realitätskonstruktion im Recht etwa *N. Luhmann*, Closure and Openness: On Reality in the World of Law, in: *G. Teubner* (Hrsg.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, 1988, S. 335 ff.

96 Vgl. dazu in Abgrenzung von der Luhmannschen Perspektive und mit Bezug auf Robert Covers Konzept des „Nomos“ näher *I. Augsberg*, Observing (the) Law: The „Epistemological Turn“ in Public Law and the Evolution of Global Administrative Law, in: *P. Jurcys/P. F. Kjaer/R. Yatsunami* (Hrsg.), Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere, 2013, S. 11 ff.

97 Vgl. so zu Recht *Lenski*, Rechtsvergleich als Sprach- und Kulturvergleich (Fn. 37), S. 461.

identischer Gegenstände ausweisen. Sie muss früher ansetzen und noch die Divergenz der konstruierten Gegenstände und der ihnen zugrunde liegenden Konstruktionsverfahren in die eigene Aufgabenstellung integrieren.

V. Konsequenzen

1. Methodenvergleich als Voraussetzung des Rechtsvergleichs

Auf die Aufgabe der Rechtsvergleichung bezogen heißt das: Ohne Kenntnis der jeweiligen Methodiken lassen sich die etwaigen Unterschiede und Gemeinsamkeiten von verschiedenen Rechtsordnungen nicht feststellen. Die bloße Durchforstung fremder Vorschriften im Licht der eigenen Methodik reicht nicht aus, um gerade die Fremdheit der fremden Norm adäquat erfassen zu können. Ein derartiges Vorgehen dürfte im Gegenteil eher dazu führen, die Eigenart des anderen Verfahrens perspektivisch verkürzt und damit fehlerhaft wahrzunehmen. Diese Erkenntnis ist insofern keineswegs neu, als sie wenigstens implizit in den meisten bisherigen Darstellungen zur Methodik der Rechtsvergleichung bereits enthalten ist; sie findet sich etwa in Stichwörtern wie einer zu gewährleistenden hinreichenden Kontextsensibilität (mit Bezug sowohl auf das Recht wie auch auf andere Faktoren, etwa Wirtschaft oder Kultur), einer historischen Einordnung und der Berücksichtigung spezifischer Semantiken, deren Aufklärung jenseits bloß lexikalischer Übereinstimmungen den jeweiligen konkreten Sprachgebrauch zugrunde legen muss.⁹⁸ Auch und gerade im Prozess der Rechtsvergleichung gibt es „false friends“, vor deren scheinbar vertrauter Gestalt gewarnt werden muss – das bekannte, fast bis zum Überdruss strapazierte, aber eben auch sehr illustrative Beispiel des „acte administratif“ demonstriert das anschaulich.⁹⁹ Schon die gegenwärtig dominierende „funktionale“ Methode der Rechtsvergleichung lässt sich vor diesem Hintergrund als Versuch kennzeichnen, den Blick zu öffnen „auf den Unterschied zwischen gelehrtem und gelebtem Recht („law in the books“ und „law in action“), auf rechtskulturelle Einflüsse, auf Verständnis, Bedeutung und Tragweite einer im Ausland vorgefundenen Lösung sowie auf die mögliche Bedeutung auch außerrechtlicher Aspekte, die die Lösung realer Probleme beeinflussen oder überhaupt erst bieten.“¹⁰⁰

98 Vgl. mit Bezug auf einen „textualistischen“ und einem demgegenüber erweiterten „kontextualistischen“ Ansatz (letzterer unterschieden in eine engere und eine erweiterte Verständnisvariante) Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa (Fn. 39), S. 1021 f.; aus semiotischer Perspektive zum Übersetzungsproblem Lenski, Rechtsvergleich als Sprach- und Kulturvergleich (Fn. 37), S. 462 ff. Zum Gesamtproblem ferner Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 7), § 3. Für eine radikale Lösung im Sinne einer Vereinheitlichung der Rechtssprache – qua Verwendung des Englischen auch durch deutsche Juristen, zumindest im Kontext bereits harmonisierter Rechtsgebiete – Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (Fn. 18), S. 82 ff., v.a. 86 f.

99 Vgl. etwa Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa (Fn. 39), S. 1021 f.

100 Kischel, Rechtsvergleichung (Fn. 7), § 1 Rn. 16, der in diesem erweiterten Sinn die funktionale Betrachtung als „Metapher für die grundlegenden Fragen und Lösungen der modernen Rechtsvergleichung“ bezeichnet.

Das heißt nicht, dass jeder Versuch einer stärkeren Universalisierung der Methode und damit das gesamte Projekt einer Vereinheitlichung traditionell unterschiedener Rechtskreise von vorneherein vergeblich ist.¹⁰¹ Die skizzierten Zusammenhänge weisen aber darauf hin, dass ein entsprechendes Vorhaben durch die methodischen Eigenheiten immer schon unterlaufen wird und auch weiterhin unterlaufen werden wird. Eben wegen dieser Eigenheiten der Methodik und ihrer für die Vereinheitlichungsabsicht subversiven Effekte muss der Vergleich früher ansetzen: Aus der eigenen methodischen Haut kommt zwar niemand heraus. Die bewusste Reflexion der Begrenzt- und Bedingtheit der eigenen Perspektive kann aber dazu beitragen, diese Grenzen zumindest ein Stück weit auch zu übersteigen.¹⁰²

Auch die Vereinheitlichungsidee muss dann primär hier ansetzen: Statt Konflikte zwischen Rechtsordnungen vorwiegend als materielle oder formell-kompetenzielле Auseinandersetzungen zu begreifen, muss sie auf die dahinter stehenden methodologischen Differenzen achten. Positiv gewendet sind dementsprechend scheinbar materielle Konvergenztendenzen zugleich als Angleichungen der Methode zu lesen. In diesem Sinne lässt sich etwa der viel diskutierte Siegeszug des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch als Methodenphänomen, das heißt mit Bezug auf das zugrunde liegende Abwägungsregime als neues methodologisches Paradigma deuten,¹⁰³ das sich der klassischen Subsumtionslogik wenn nicht entgegen-, so doch zumindest an die Seite stellt.¹⁰⁴ Diese Entwicklung mag man kriti-

Vgl. zur Kritik des funktionalen Ansatzes aber ebd., § 3 Rn. 5 ff. Instruktiv zu den vielfältigen Formen des nur scheinbar einheitlichen funktionalistischen Modells ferner *R. Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, S. 339 ff.

- 101 Vgl. vielmehr ausdrücklich für eine solche Möglichkeit *A. von Arnould*, Theorie und Methode des Grundrechtschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Europarecht Beiheft 1, 2008, S. 41 ff. (56 f.).
- 102 Vgl. in der Tendenz ähnlich, aber noch stärker die Verständnismöglichkeit des fremden Rechts hervorhebend *Lenski*, Rechtsvergleich als Sprach- und Kulturvergleich (Fn. 37), S. 465 f.
- 103 Vgl. als historischen Rückblick auf die Genese der Figur seit dem frühen 20. Jahrhundert – allerdings nur im deutschen Kontext – *J. Rückert*, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, JZ 66 (2011), S. 913 ff.; speziell zur Entwicklung unter dem Grundgesetz *C. Bumke*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Beispiele für eine rechtssimmanente Innovation im Recht, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, 2016, S. 117 ff. (124 ff.). Zum Status des Verhältnismäßigkeitsprinzips als sog. „Exportschlager“ der deutschen Grundrechtsdogmatik *J. Saurer*, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundgesetzes, Der Staat 51 (2012), S. 3 ff.; *C. Knill/F. Becker*, Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union, Die Verwaltung 36 (2003), S. 447 ff.; zum Einsatz im Völkerrecht jetzt die Beiträge in B. Baade u.a. (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht, 2016. Allg. zum Phänomen umfassend die Beiträge in M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015.
- 104 Vgl. im Sinne einer Ergänzung des Subsumtionsmodells *R. Alexy*, Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein. 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000, 2003, S. 771 ff. (771 f.); *ders.*, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, Ratio Juris 16 (2003), S. 433 ff.; *J.-R. Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 18.

sieren;¹⁰⁵ man muss sie jedoch auch für diese Kritik als spezifisches Methodenphänomen begreifen.¹⁰⁶

2. Rechtsmethode(n) und/als Rechtskultur(en)

Der Hinweis auf das Erfordernis eines Methodenvergleichs lässt sich vor diesem Hintergrund als Plädoyer dafür verstehen, gegenüber der Radikalität einer – ob zu Recht oder Unrecht – als „postmodern“ bezeichneten Skepsis gegenüber der Möglichkeit des Vergleichs einerseits¹⁰⁷ und einer insbesondere im zivilistischen Kontext unbefangen als eigenes Vorurteil in Anspruch genommenen *praesumtio similitudinis* andererseits¹⁰⁸ einen Mittelweg zu suchen, der zwar Ungleichheit der nationalstaatlich bestimmten Perspektiven als Ausgangsbasis unterstellt, aber diesen Zustand als im Zuge eines inkrementellen Lernprozesses grundsätzlich veränderbar begreift.¹⁰⁹ An die Stelle eines (vor allem: historisch) umfassenden und in diesem Sinne nicht miteinander vermittelbaren Kulturbegriffs tritt ein pragmatisches Verständnis von „Rechtskultur“, das den Bezug zu den Eigenheiten einer spezifischen *interpretive community* (und das heißt zugleich: den spezifischen Limitierungen, die zwangsläufig mit den dieser *community* eigenen Lektüre- und Interpretationspraxen einhergehen) wahrt,¹¹⁰ aber zugleich unterstellt, dass diese Eigenheiten im Gegenhalt zu den reflexiv gehandhabten eigenen Besonderheiten (und damit verbunden wiederum: den unumgehbar eigen Limitationen) nicht völlig unverständlich und auch nicht auf ewig unverändert bleiben müssen.¹¹¹ An Legrands eigener Position ließe sich das näher demonstrieren: Sie setzt einen Vergleich der Rechtskulturen voraus, die sich demnach nicht gänzlich inkommensurabel gegenüberstehen, sondern noch in ihrer konstatierten Unvereinbarkeit auf-

105 Vgl. zur allg. Kritik fröh B. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, v.a. S. 151ff.; sehr deutlich ferner K.-H. Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, 2004. Zur Universalisierungstendenz aus jüngerer Zeit P. Reimer, „... und macht zu Jüngern alle Völker“? Von „universellen Verfassungsprinzipien“ und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte, *Der Staat* 52 (2013), S. 27 ff.

106 Vgl. im Sinne einer wechselseitigen Implikation von Verhältnismäßiggrundsatz einerseits und der dem Abwägungsverfahren zugerunde gelegten Prinzipientheorie andererseits nur R. Alexy, Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit, *AÖR* 140 (2015), S. 497 ff. (501). Zu einer entsprechenden Sicht, die am Verhältnismäßigkeitsprinzip als methodischem Verfahren wiederum das darin enthaltene rechtskulturelle und grundrechts-theoretische Erbe hervorhebt, von Arnauld, Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa (Fn. 101), S. 54 f., mit Bezug u.a. auf M. Ross, Behind Proportionality: The Cultural and Constitutional Context, in: M. Andenas (Hrsg.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, 1998, S. 83 ff.

107 Vgl. Legrand, *Le droit comparé* (Fn. 6).

108 Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts (Fn. 8), S. 39.

109 Vgl. von Arnauld, Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa (Fn. 101), S. 56 f.

110 Vgl. dazu allg. näher S. Fish, Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities, 1982. Aus völkerrechtlicher Sicht Waibel, Interpretive Communities in International Law (Fn. 41), S. 148 ff.

111 Vgl. ähnlich mit Bezug auf die mit den Nationalsprachen eng verknüpften unterschiedlichen „juristischen Denkstile“ Möllers, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (Fn. 18), S. 86 f.; mit Bezug auf den allg. Zusammenhang der Rechtsvergleichung mit einem Sprach- und Kulturvergleich Lenski, Rechtsvergleich als Sprach- und Kulturvergleich (Fn. 37), S. 465 f., unter Betonung der nicht speziell rechtlichen, sondern allgemein sprachlich-kulturell geprägten Vorverständnisse. Allg. zum Rechts- als Kulturvergleich grundlegend P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 2009, S. 463 f.

einander bezogen werden.¹¹² Hieran können weitergehende rechtsvergleichende Untersuchungen anknüpfen.

Entsprechende Untersuchungen müssen allerdings (anders als insbesondere im europäischen, aber ebenso auch im internationalen und auch transnationalen Kontext bisweilen vertreten¹¹³) keinesfalls zwangsläufig oder auch nur normativ wünschenswert auf eine sukzessive Harmonisierung der Perspektiven hinauslaufen. Der Vergleich kann ebenso gut nur eine genauere Sicht auf die fortbestehenden Differenzen ermöglichen.¹¹⁴ Das eigene Vorgehen reflexiv thematisierende Strategien könnten hier sogar ein ausgezeichnetes Anwendungsobjekt erhalten: Möglicherweise bildet noch die Sehnsucht nach der Harmonisierung das Produkt einer rechtskulturellen Eigenheit, hinter der noch immer ein Ideal des Rechts als Buch steht, das sich seinerseits letztlich einem pandektistischen (und zugleich zumindest latent romantischen) Erbe verdankt.¹¹⁵ Eine der eigenen Methoden bewusste Rechtsvergleichung muss sich dementsprechend fragen, inwieweit eine auf Harmonisierung zielende Komparatistik etwas anderes ist als die Fortsetzung des pandektistischen Projekts mit anderen Mitteln – also eine sehr spezifische, gerade nicht ohne weiteres universalisierbare Tradition impliziert.¹¹⁶ Dass es aus deutscher Sicht immer noch als unabdingbar für die Akzeptanz des Europarechts erachtet wird, „dass die dortigen Regelungen [...] als Teile eines weitgehend logischen und folgerichtigen, aus den nationalen Rechtsordnungen organisch herausgewachsenen Systems erscheinen“¹¹⁷, könnte zu denken geben. Möglicherweise liegt eine spezifische Weise des „Heimwärtsstrebens“ nicht allein der Gerichte, sondern ebenso der Wissenschaft darin, dass eine an System und Einheitsidealen geschulte Jurisprudenz dazu tendiert, eben diese Phänomene in dem zu erkennen, was sie beobachtet – etwa, indem sie typische Erscheinungsformen der modernen Gesellschaft im Schema „Fragmentierung“ zu fassen versucht und sie damit, aller vordergründigen Pluralismusaffinität zum Trotz, immer noch vor dem Hinter-

112 Vgl. ähnlich die Kritik an einer starken „Differenzideologie“ *Schönberger*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 8), Rn. 18.

113 Vgl. mit Bezug auf das Unionsrecht nur *Schönberger*, Verwaltungsrechtsvergleichung (Fn. 8), Rn. 8; zum transnationalen Bereich (mit Bezug allerdings vorwiegend auf materielle Aspekte) etwa *L. Vellechner*, Responsiver Rechtspluralismus. Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts, *Der Staat* 51 (2012), S. 559 ff. (579), dem zufolge durch „wechselseitige Beobachtung und Übernahme fremder Normen [...] sich die verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen, völkerrechtlichen Regimes und transnationalen Regelungsarrangements allmählich aneinander anpassen.“

114 Vgl. in diese Richtung mit Blick auf eine weitergehende Konvergenz ausschließende „spezifische Kontextbedingungen“ *Knill/Becker*, Divergenz trotz Diffusion? (Fn. 103), S. 481.

115 Vgl. dazu näher *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 33), S. 154, der mit Bezug auf *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. 1967 (Nachdruck 1996), S. 446, darauf verweist, dass das Gesetzbuch historisch gesehen gegenüber Windscheids Pandektenlehrbuch bereits das Produkt einer Ausdifferenzierung, also einer Aufspaltung der Einheit, bildete, die nun klar zwischen Gesetz, höchstrichterlicher Entscheidung, Kommentar und Lehrbuch trennt. Zum romantischen Erbe der deutschen (Staats-)Rechtswissenschaft auch *Schönberger*, Der „German Approach“ (Fn. 12), S. 2 f., 19 ff. Instruktiv aber auch *ders.*, Verfassungsvergleich (Fn. 8), S. 16, wo auf die Möglichkeit hingewiesen wird, gerade die „Annahme, das jeweilige Recht befindet sich auf seinem spezifischen, ganz besonderen Eigenweg“, benenне ein romantisches Erbe.

116 Vgl. zu diesem allg. Problem näher *R. Zimmermann*, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, *JZ* 1992, S. 8 ff.

117 *M. Fehling*, i. d. Bd., sub II. 4.

grund angeblich einstmals gegebener Einheit wahrnimmt.¹¹⁸ In umgekehrter Richtung gilt dann Entsprechendes: Eine primär auf die Technik des *distinguishing* – im Rechtlichen ebenso wie, vielleicht sogar insbesondere, im Tatsächlichen¹¹⁹ – orientierte Rechtswissenschaft und -praxis mag dazu neigen, die Differenzen zu betonen.

„Rechtsmethode“ bezeichnet in dieser Perspektive nicht länger eine universale Lektüretechnik, die das entsprechend universal konzipierte Buch des Rechts entschlüsseln hilft. Die Methode fungiert nun vielmehr nur als ein anderer Name für jene spezifische Form der Rechtskultur, die weder in einem allgemeinen Kulturrekonzept aufgeht¹²⁰ noch ein bloß nachträgliches, durch einen vorgängigen substantiellen Rechtsbegriff erst verursachtes Phänomen benennt, sondern erst das ermöglicht, was als Recht in einer bestimmten Eigenart erscheinen und dargestalt mit einem anderen Recht verglichen werden kann. Als solche ist sie weder auf Auslegungsverfahren im engeren Sinne noch auf komplementär hierzu konzipierte Abwägungsraisons zu reduzieren, sondern umfasst insbesondere auch spezifisch juristische „Weisen der Welterzeugung“, das heißt jene Verfahren, mit deren Hilfe das Recht sich die den eigenen Rechtsanwendungsprozessen zugrunde liegenden sogenannten Tatsachen selbst schafft.¹²¹

Aus all diesen Gründen ist „die“ juristische Methode dann nicht länger im Singular einer einzigen feststehenden Gegebenheit, sondern nur noch im Plural sich selbst begründender, das heißt rechtfertigender Praxen zu denken¹²² – und das heißt in einer Mehrzahl, die sowohl hinsichtlich der charakteristischen Differenzen wie der gleichwohl zu konstatiertenden Gemeinsamkeiten zum Vergleich auffordert.

VI. Ausblick

„Let Us Compare Mythologies“ lautet der Titel des ersten Gedichtbandes, den der kanadische Singer-Songwriter Leonard Cohen im Jahr 1956 veröffentlicht hat, also ein Jahr vor der Unterzeichnung der Römischen Verträge, dem Gründungsakt der Europäischen Gemeinschaften. Indem ich auf diesen Band und zugleich auf

¹¹⁸ Vgl. zur entsprechenden Rede von einer „Fragmentierung des gesellschaftlichen Ganzen“ etwa G. Teubner, Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, S. 19. Kritisch gegenüber dieser Rhetorik F. Steinhauer, Gerechtigkeit als Zufall. Zur rhetorischen Evolution des Rechts, 2007, S. 111 f.

¹¹⁹ Vgl. Legrand, European Legal Systems are not Converging (Fn. 3), S. 68 ff.

¹²⁰ In einer entsprechenden zu starken Generalisierung des kulturellen Kontextes liegt m.E. ein Problem des Legrandschen Ansatzes: „Specifically, rules and concepts do little to disclose that legal systems are but the surface manifestations of legal cultures, and, indeed, of culture *tout court*“ (Legrand, European Legal Systems are not Converging [Fn. 3], S. 56).

¹²¹ Vgl. zu diesem Zusammenhang von Recht und Faktenkonstitution L. Rosen, Law as Culture. An Invitation, 2006, S. 68. Ähnlich mit Bezug auf die Behauptung einer bloßen dem Recht vorhergehenden „Faktizität“ Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht (Fn. 75), S. 171 ff. Zu den verschiedenen Formen juristischer Realitätskonstruktion Augsberg, Rechtswirklichkeiten, in denen wir leben (Fn. 83).

¹²² Vgl. ähnlich von Arnauld, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität (Fn. 17).

seinen Autor, dessen Name auf ein altes Priestergeschlecht und die ihm spezifischen Arten des Umgangs mit einer als heilig verstandenen, aber eben deswegen doch gerade nicht dem irdisch-endlichen hermeneutischen Zugriff entzogenen Schrift verweist,¹²³ Bezug nehme, möchte ich nicht nur andeuten, dass die Wahl einer spezifischen Methode und die Annahme eines bestimmten (Gründungs-)Mythos – eine Annahme, die so deutlich in der Verknüpfung der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften mit jener so symbolträchtigen Referenz „Rom“¹²⁴ zum Ausdruck kommt, die gerade für Juristen den Fluchtpunkt nostalgischer Sehnsüchte nach einer Universalität des Rechts markiert, deren wenigstens mittelbare Wiedergewinnung auf komparativen Wegen angestrebt wird¹²⁵ –, enger miteinander zusammenhängen, als die übliche Zuordnung im Sinne eines wissenschaftlich rationalen Prozesses einerseits und eines eher irrational-emotionalen Geschehens andererseits nahe legen mögen. Deutlich werden soll durch die Inbezugnahme vielmehr zugleich, dass der Methodenvergleich im rein binnjuristischen Bereich nicht sein Bewenden haben muss. Im Gegenteil: Er kann (und sollte) darüber hinausgreifend fortgesetzt werden, das heißt die Methodenkulturen anderer, scheinbar klar abgegrenzter Disziplinen einbeziehen.¹²⁶ Aber eben weil das so ist, gilt auch und gerade für die interne rechtliche Sphäre: *Let us compare methodologies.*

123 Vgl. allg. zur Auslegungslehre des Midrasch etwa *E. Berkowitz*, *Not in Heaven: The Nature and Function of Halakha*, 1983. Sehr deutlich zum irdisch-endlichen Status des Verfahrens auch *D. Boyarin*, *Intertextuality and the Reading of Midrash*, 1994, S. 34: “Meaning is not in heaven, not in a voice behind the text, but in the house of midrash, in the voices in front of the text.”

124 Vgl. dazu *C. Vismann*, *Unentrinnbares Rom?*, in: *dies.*, *Das Recht und seine Mittel. Ausgewählte Schriften*, 2012, S. 21 ff., v.a. S. 27: „Der Name Rom steht für Referenz.“

125 Vgl. klassisch *R. von Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Erster Teil, 6. Aufl. 1907, S. 14 f.: „Die formelle Einheit der Wissenschaft, wie sie einst durch die Gemeinsamkeit ein und desselben Gesetzbuches für den größten Teil Europas gegeben war, jenes Zusammenarbeiten der Jurisprudenz der verschiedensten Länder an demselben Stoff und derselben Aufgabe ist mit der formellen Gemeinschaft des Rechts für immer dahin; die Rechtswissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft! Aber es hängt nur von ihr selber ab, jene Schranken zu überspringen und den Charakter der Universalität, den sie solange besaß, in einer anderen Form als vergleichende Jurisprudenz sich für alle Folgezeit zu sichern.“ Darauf ausdrücklich affirmativ anschließend *Sommermann*, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa* (Fn. 39), S. 1029. Näher zu Jherings Position *R. Meyer-Pritzl*, *Rudolf von Jhering – Die welthistorische Mission Roms: Die Überwindung des Nationalitätsprinzips durch die Idee der Universalität*, in: *A. von Arnould/I. Augsberg* (Hrsg.), *350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, 2016 (i. Vorb.).

126 Auch in dieser Hinsicht bilden *Fikentschers* Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung (Fn. 11) den Maßstab der Dinge. Vgl. entsprechend mit Bezug auf die allgemeine Rechtsvergleichung, die sich ebenso wenig auf rein rechtliche Aspekte beschränken soll, *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung* auf dem Gebiete des Privatrechts (Fn. 8), S. 14. Tendenziell gegen eine Perspektiverweiterung dagegen *Richters*, *Postmoderne Theorien in der Rechtsvergleichung?* (Fn. 13), S. 522 ff. Folgt man der eher positiven Sicht, könnte in den Forderungen ein Ansatzpunkt auch für vergleichende Studien zu juristischen und außerjuristischen Methodologien gesehen werden. Vgl. dafür etwa – mit Bezug vor allem auf Rechts- und Literaturwissenschaft sowie die Psychoanalyse – die Beiträge in *S. Lüdemann/T. Vesting* (Hrsg.), *Was heißt Deutung? Verhandlungen zwischen Recht, Literaturwissenschaft und Psychoanalyse*, 2016 (i.E.).

Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht

*Michael Fehling, Hamburg**

I. Einführung

Die Entwicklung des Europarechts ist untrennbar mit der Rechtsvergleichung verbunden.¹ Man kann dies aus dem Blickwinkel der Methodenlehre im engeren Sinne analysieren und insbesondere nach der richtigen Handhabung und dem Verhältnis der Rechtsvergleichung zu den klassischen Canones und anderen Mitteln der Auslegung² sowie der Rechtsfortbildung fragen.³ Hinzu kommt die logisch vorgelagerte, aber mit methodischen Überlegungen im weiteren Sinne letztlich eng verflochtene Frage, zu welchen Zwecken die Rechtsvergleichung im Europarecht eingesetzt werden kann und was sie dabei jeweils zu leisten vermag. In diesem erweiterten, alle genannten Aspekte einschließenden Sinne fragt der folgende Beitrag nach der Rolle der Rechtsvergleichung im Europarecht (II.) und den Veränderungen, die diese Rolle im Zuge der Ausdifferenzierung des Unionsrechts und der beteiligten Akteure (III.) sowie der zunehmenden Internationalisierung (IV.) erfährt.

1. Zwecke der Rechtsvergleichung im Europarecht

Die Rechtsvergleichung besitzt für das Europarecht in mehrfacher Hinsicht eine hohe Bedeutung. In erster Linie ist die Weiterentwicklung des Unionsrechts mittels wertender Vergleichung des Rechtszustandes in den Mitgliedstaaten zu nen-

* Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, Hamburg. Für wertvolle Unterstützung bei der Recherche und den Nachweisen danke ich meinen wiss. Mit. *Lisa Hamacher, Jens Kollat und Sandra Wilbert*.

1 Klassisch dazu *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005 (1. Aufl. in zwei Bänden 1988), S. 74 ff.; der „Prozess der Herausbildung des europäischen Verwaltungsrechts auf der Basis gemeinsamer Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten [ist auch] in den letzten anderthalb Jahrzehnten nicht zum Stillstand gekommen“, a.a.O. S. CXVIII. Vgl. zur Entwicklung ferner etwa *P. Pescatore*, Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison de droits des États membres, Revue internationale des droit compare 1980, S. 337 ff.; *K. Lenaerts*, Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, 52 (2003) International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), S. 873 ff.; zur Rechtsvergleichung im Europarecht auch *A. Bredima*, Comparative Law in the Court of Justice of the European Communities, in: Keeton/Schwarzenberger (Hrsg.), The Year Book of World Affairs 1978, S. 320 ff.

2 Von der Rechtsvergleichung als „fünfter Auslegungsmethode“ spricht *P. Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, S. 913 (916 ff.), allerdings nicht auf das Europarecht bezogen und das Verhältnis zu den anderen Canones nur andeutend: „mindestens einen fünften, wenn nicht vor deren Platz“; im Anschluss *U. Kischel*, Rechtvergleichung, 2015, § 2 Rn. 61 ff., dabei vor der Vernachlässigung der kulturellen Unterschiede warnend; allgemeiner schon *K. Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50), S. 5 ff. Gegen eine Berücksichtigung bei der Auslegung etwa *C. Höpfner/B. Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), S. 1 (16 f.).

3 Dies ist freilich auf europäischer Ebene ein besonders schwieriges Unterfangen, weil die Methodendiskussion weiterhin national massiv divergiert; vgl. dazu aus zivilistischer Perspektive nur *S. Vogenauer*, Eine gemeinsameuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm, ZEuP 2005, S. 234 (240 ff.).

nen. Dieser Aspekt wird auch im Folgenden im Vordergrund stehen. Dabei kann die wertende Rechtsvergleichung nicht nur der Rechtsfortbildung, sondern auch der Auslegung vorhandenen Sekundärrechts oder der Vorbereitung neuer rechts-harmonisierender europäischer Gesetzgebung dienen.⁴ Sowohl die Rechtswissenschaft als auch die Gerichtspraxis (namentlich des EuGH) sowie die am Gesetzgebungsprozess beteiligten europäischen Organe (besonders die Kommission mit ihrem juristischen Dienst) sind immer wieder so vorgegangen.⁵ Geht es um die Vorbereitung innovativer Rechtsakte, so schaut man freilich rechtsvergleichend zunehmend auch über Europa hinaus besonders auf die USA.

In zweiter Linie kann das Unionsrecht als eigenständige Rechtsordnung wiederum Vergleichsgegenstand zu anderen (nationalen) Rechtsordnungen sein, etwa zu der der USA oder auch anderer supranationaler Organisationen. Diese Form der Rechtsvergleichung, wie sie besonders im außereuropäischen Ausland mit Blick auf Europa gepflegt wird,⁶ dient stärker allgemeinen Erkenntnis- und Verständnisinteressen und nicht unmittelbar der praktischen Rechtsgewinnung und -fortentwicklung. Da hierbei die Eigenarten des Unionsrechts weniger stark hervortreten und sich primär die bekannten allgemeinen Fragen jeder Rechtsvergleichung⁷ stellen, bleibt diese zweite Spielart europäischer Rechtsvergleichung in der Folge ausgeklammert.

Ein weiterer – dritter – Aspekt soll indes wenigstens kurz angesprochen werden. Durch die Einbindung der Europäischen Union in die Völkerrechtsgemeinschaft entstehen hier – gleichsam nach „oben“ – teilweise ähnliche mit rechtsvergleichenden Ansätzen zu bearbeitende Koordinationsprobleme wie „nach unten“ im Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten.

2. Verwaltungsrecht als Schwerpunkt

Wenngleich die Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht thematisch hier im Zentrum steht, gilt es gelegentlich doch auch einen Seitenblick auf das Privatrecht zu werfen. Denn der Union sind immer mehr Kompetenzen und Aufgaben der Rechtsharmonisierung auch im Privatrecht zugewachsen. Im Übrigen geht es oft um Rechtsbereiche wie etwa das Staatshaftungsrecht, das Kartellrecht, das Kapi-

4 Ähnlich unterscheidet *Schwarze* (Fn. 1), S. 76 ff., die Vorbereitung der „Schaffung neuen Rechts durch den Gesetzgeber“, die „Rechtsvereinheitlichung“ und die „richterliche Rechtsfortbildung und Gesetzesauslegung“ als Funktionen der Rechtsvergleichung gerade auch im Europarecht; vgl. auch schon *J. Bolouis*, Groupements régionaux d'Etats et droit comparé, *Revue internationale de droit comparé* 1970, S. 237 (240 f.); vgl. zu den Funktionen der Rechtsvergleichung im Europarecht auch *D. Tallon*, Droit communautaire et droit comparé, in: *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bd. 2, 1972, S. 943 (953 f.).

5 Beispiele unten in Fn. 10, 23, 24, 25, 39, 40, 41, 45, 54, 55, 65, 66.

6 Beispielhaft genannt seien *P. M. Schwartz*, The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures, *Harv. L. Rev.* 126 (2012-2013), S. 1966 ff.; *J. B. Wiener/M. D. Rogers/J. K. Hammitt/P. H. Sand* (Hrsg.), The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in The United States and Europe, 2010; *C. Sunstein*, Laws of Fear, 2005, S. 13 ff.; *L. F. Goldstein*, Constituting Federal Sovereignty – The European Union in Comparative Context, 2003.

7 Dazu statt vieler *Kischel* (Fn. 2); *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996.

talmarktrecht und das Vergaberecht, die, mit unterschiedlicher Ausgestaltung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, mehr oder weniger zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht angesiedelt sind. Darüber hinaus erscheint auch ein Seitenblick auf die Grundrechte sinnvoll, weil dort die europäische Rechtsfortbildung durch wertende Rechtsvergleichung mit den Anfang genommen hat.⁸

II. Wertende Rechtsvergleichung als Geburtshelfer eines allgemeinen europäischen Verwaltungsrechts

Will man die heutige Bedeutung der Rechtsvergleichung im europäischen (Verwaltungs-)Recht erfassen, so drängt sich eine entwicklungsgeschichtliche Perspektive auf. Ziemlich am Anfang stand dabei *Jürgen Schwarze* mit seinem epochalen Werk zum „Europäische(n) Verwaltungsrecht“.⁹ Zwar konnte er darin bereits auf einige Entscheidungen zurückgreifen, in denen der Europäische Gerichtshof allgemeine Grundsätze des europäischen Verwaltungs(verfahrens)rechts hergeleitet und sich dabei – neben der Abstraktion aus bereichsspezifischen Regelungen im Sekundärrecht – auch der Rechtsvergleichung bedient hatte.¹⁰ Doch in weiten Teilen handelte es sich um wissenschaftliche Pionierarbeit. Anhand einer breitflächigen Gegenüberstellung des allgemeinen Verwaltungsrechts und besonders des Verwaltungsverfahrensrechts aller damaligen Mitgliedstaaten und der EuGH-Rechtsprechung vermochte *Schwarze* den Beweis zu erbringen, dass in wertender Betrachtung hinreichende Schnittmengen und gemeinsame Überzeugungen vorhanden waren, um daraus Eckpfeiler eines allgemeinen europäischen Verwaltungsrechts modellieren zu können.

1. Besondere Rechtfertigungslast für die Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht

Zunächst einmal galt es den Nachweis zu erbringen, dass Rechtsvergleichung auch im Öffentlichen Recht und namentlich im Verwaltungsrecht fruchtbar sein kann. Die Rechtsvergleichung und die entsprechende Grundlagenliteratur konzentrierten sich damals weitgehend auf das Privatrecht; dort erblickte man in (ideologiekritisch durchaus zu hinterfragenden) Eigengesetzlichkeiten des Wirtschaftsens eine tragfähigere Basis für Gemeinsamkeiten als in dem stärker politisch sowie

8 Dazu historisch *Pescatore* (Fn. 1), *Revue internationale de droit comparé* 1980, S. 337 (340 f.).

9 Siehe oben Fn. 1.

10 Das öffentliche Dienstrecht betreffend EuGH, Rs. 110/75 (Mills/Investitionsbank), Slg. 1976, S. 955 (971 ff.), dazu *Schwarze* (Fn. 1), S. 81 f.; die Grundrechte betreffend EuGH, Rs. 11/70 (Stauder), Slg. 1970, S. 1125 (1135), dazu *Schwarze*, (Fn. 1), S. 82; zur Anhörung siehe unten II. 3. mit Fn. 45.

historisch-kulturell geprägten¹¹ Öffentlichen Recht.¹² Doch ist das Privatrecht keineswegs so unpolitisch, wie manche glauben machen wollen; umgekehrt finden sich auch bürokratische Eigengesetzlichkeiten des Verwaltens. Zudem nährte der Rückblick auf die ausgeprägten Rezeptionsprozesse im 19. Jahrhundert bei der Konturierung der nationalen Verwaltungsrechtsordnungen¹³ die Hoffnung, Ähnliches könne nun auch auf übergeordneter europäischer Ebene gelingen. Schließlich hatten die Erfahrungen von Weltkriegen und Faschismus (nicht nur) die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften in ihren politisch-demokratischen Grundüberzeugungen näher aneinander rücken lassen, wovon nicht zuletzt die Europäische Menschenrechtskonvention Zeugnis ablegte.

Diese inhaltlichen Argumente wurden – wie ähnlich so oft in der Geschichte des Europarechts – durch pragmatische Erwägungen überlagert. Um seinen Rechtsprechungsauftrag (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, früher Art. 173 EWGV) zu erfüllen, blieb dem Gerichtshof gar nichts anderes übrig, als die Lücken im geschriebenen Europarecht in irgendeiner Form rechtsfortbildend zu schließen.¹⁴ Auch und gerade wenn man die völkerrechtlichen Ursprünge der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betonte, drängte sich dazu die aus dem Völkerrecht bekannte Methode der wertenden Vergleichung des innerstaatlichen Rechts (vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut) geradezu auf.¹⁵ Nur diese Herangehensweise, nur der Nachweis einer Verankerung in gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, versprach hinreichende Akzeptanz,¹⁶ auf die die Europäische Gemeinschaft/Union und ihr Recht damals wie heute in höchstem Maße angewiesen waren und sind. Die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bei der Lückenschließung schonend zu berücksichtigen, trägt ferner dem Gebot wechselseitiger Unionstreue (vgl. Art. 4 Abs. 3

11 Vgl. etwa *J.H. Kaiser*, Vergleichung im öffentlichen Recht, Einleitung, ZaÖRV 24 (1964), S. 391 (396); zum zunehmenden Nutzen der Rechtsvergleichung, je mehr der politische Gehalt abnimmt, auch *R. Bernhardt*, Eingehheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, ZaÖRV 24 (1964), S. 431 (437). Gerade dies kann jedoch für die Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht sprechen, so *Schwarze* (Fn. 1), S. 85.

12 Differenzierter aus heutiger Sicht *C. Schönberger*, Verwaltungsrechtsvergleichung, in: *Bogdandy/Cassese/Huber* (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. IV, 2011, § 71 Rn. 9 ff.

13 Dazu erneut *Schwarze* (Fn. 1), S. 87 ff. Es sei hier nur an *Otto Mayer* erinnert, der sein Deutsches Verwaltungsrecht (1. Aufl. in 2 Bänden 1896/96) unter schöpferischer Verarbeitung des französischen Verwaltungsrechts (vom ihm zuvor Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886) konzipiert hatte; dazu aus deutscher Sicht *A. Hueber*, Otto Mayer – Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, 1982, S. 77 ff., 148 ff.; aus französischer Sicht *R. David*, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8. Aufl. 1982, S. 87. Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Lösung von Sachproblemen im Verwaltungsrecht schon *L. v. Stein*, Über die Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft mit besonderer Beziehung auf das Wasserrecht, Österreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft 7 (1861), S. 233 (238), worauf *Schönberger*, IPE IV (Fn. 12), § 71 Rn. 11 hinweist.

14 *W.-H. Roth*, Europäische Verfassung und europäische Methodenlehre, RabelsZ 75 (2011), S. 787 (801) sieht diese Notwendigkeit auf das Primärrecht beschränkt, weil das Sekundärrecht ohnehin typischerweise nicht abschließend sei. Dieses Argument verfängt indes allenfalls für den indirekten Vollzug, wo lückenfüllend auf die Anwendung nationalen Rechts durch nationale Gerichte zurückgegriffen werden kann, nicht bei der EU-Eigenverwaltung.

15 Diese Parallele zieht auch *T. v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 213.

16 Vgl. *Vogenauer* (Fn. 3), ZEuP 2005, S. 234 (246); *C. Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021 (1025). Zum Streit um den Stellenwert von Akzeptanz bei der Rechtsfortbildung vgl. *P. Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: *Roth/Hilpold* (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 509 (556 ff.); *Roth* (Fn. 14), RabelsZ 75 (2011), S. 787 (841).

UAbs. 1 EUV) Rechnung,¹⁷ auch wenn sich daraus keine Verpflichtung zur Rechtsvergleichung entnehmen lässt. Hatte man zuvor zur Rechtfertigung der Rechtsvergleichung im Privatrecht auf die vielfältigen kommerziellen und persönlichen Beziehungen über die nationalen Grenzen hinweg verwiesen,¹⁸ so galt Ähnliches im Zuge der europäischen Einigung plötzlich auch für das Verwaltungsrecht.¹⁹ Der Zwang der äußeren Umstände machte es notwendig, etwaige theoretische Bedenken gegen die rechtsvergleichende Methode bei der Rechtsgewinnung beiseite zu schieben und pragmatisch deren Problemlösungspotenzial auszuloten. Wo ein Wille war, ließ sich auch ein Weg nachweisen.

2. Lückenfüllende Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungs(verfahrens)rechts als Ziel

Ende der 1980er Jahre gab es noch nicht allzu viel geschriebenes Gemeinschaftsrecht – insbesondere Sekundärrecht –, das Gegenstand einer auch rechtsvergleichend inspirierten Auslegung hätte sein können. Deshalb stand die lückenschließende Rechtsfortbildung ganz im Vordergrund. Bei den Grundrechten war diese Methode bereits ansatzweise erprobt; dort hatte die Solange-I-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁰ den Europäischen Gerichtshof unter Zugzwang gesetzt, diese offene Flanke der Gemeinschaftsrechtsordnung rechtsfortbildend zu schließen. Dieser Ansatz wurde nun auf das Verwaltungsrecht übertragen. Zwar diskutierten *Schwarze* und andere auch bereits Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsvereinheitlichung,²¹ doch hatte man damals dabei noch kaum die europäische Gesetzgebung im Auge, sondern fast ausschließlich den Gerichtshof. Vor der Einheitlichen Europäischen Akte schienen die Kompetenzen der Gemeinschaft und der Wille der politischen Akteure noch zu schwach für ein breiter angelegtes Rechtsharmonisierungsprogramm, das auch auf das allgemeine Verwaltungsrecht hätte ausstrahlen können.

Dem Charakter als allgemeine Rechtsgrundsätze entsprechend mussten die herausdestillierten Regeln von vornherein nicht jedes Detail erfassen. Doch durfte man sich auch nicht mit gänzlich allgemeinen Prinzipien begnügen, wenn mit den zu entwickelnden Grundsätzen konkrete Streitfälle zu entscheiden waren. Die Rechtsvergleichung konnte indes diese Konkretisierungsleistung zumindest allein oft nicht erbringen, man benötigte weitere (Wertungs-)Maßstäbe. Da in der apodiktischen Begründungspraxis des Gerichtshofs die Kriterien für das „ob“ und das „wie“ der Rechtsvergleichung im Einzelfall oft im Dunkeln blieben, erweckte

17 S. Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 150, 451 f., 494, der daraus sogar eine Verpflichtung zur Rechtsvergleichung bei jeder Entscheidung entnehmen will; vgl. auch A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 287 ff.

18 Schwarze (Fn. 1), S. 74, nimmt insoweit Bezug auf J. Rivero, Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif, in: Cappelletti (Hrsg.), New perspectives for a Common law of Europe, Publications of the European University Institute, Vol 1, 1978, S. 389 (392).

19 Dies betonte schon Schwarze (Fn. 1), S. 75.

20 BVerfGE 37, 271.

21 Siehe nur Schwarze (Fn. 1), S. 86 f.

dies den Eindruck eines gewissen Dezisionismus in der entsprechenden Rechtsfortbildung.²² So wurde die Systembildung noch weiter in die akademische Rekonstruktion und Analyse verlagert.

3. Wertende Vergleichung des Rechts der Mitgliedstaaten nebst sektorspezifischer europäischer Regelungen als Methode

Von Beginn an hat sich der Gerichtshof der wertenden Rechtsvergleichung als Methode bedient, um entsprechende allgemeine Rechtsgrundsätze rechtsfortbildend zu erarbeiten, besonders deutlich bei der Entwicklung von Grundsätzen über die Rücknahme und den Widerruf von Entscheidungen.²³ Oftmals ist die rechtsvergleichende Perspektive in den Entscheidungsgründen allerdings nur angedeutet;²⁴ gelegentlich findet sich Ausführlicheres in den Schlussanträgen des Generalanwalts.²⁵ Erst später wurde ein solches rechtsvergleichendes Vorgehen an zwei Stellen auch in den europäischen Verträgen explizit angeordnet, nämlich für die europäischen Grundrechte (dort in Zusammenschau mit der EMRK, Art. 6 Abs. 3 EUV) und für die außervertragliche Haftung der Union (Art. 340 Abs. 2 AEUV). So sehr man die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung aus Gründen der Gewaltenteilung problematisieren kann und muss,²⁶ blieb dem Gerichtshof hier doch, wie schon erwähnt, gar keine andere Wahl, da die Streitfälle entschieden werden mussten. Die Rechtsvergleichung versprach immerhin eine gewisse methodische Disziplinierung²⁷ ansonsten schwer eingrenzbaren teleologischen Überlegungen.²⁸ Eine solche Disziplinierung der Rechtsfortbildung hat im Übrigen später auch das Bundesverfassungsgericht bei der Ultra-vires-Kontrolle angemahnt.²⁹

Die rechtsvergleichende Rechtsfortbildung macht es grundsätzlich erforderlich, die Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten, ob groß oder klein, möglichst lückenlos auf Unterschiede und Schnittmengen zu untersuchen. Wie allgemein kommt

22 Vgl. nur die scharfe Kritik des späteren EuGH-Richters *T. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 149.

23 EuGH, verb. Rs. 7/56 u. 3-7/57 (Algeria), Slg. 1957, 83 (118 f.).

24 Aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht z.B.: EuGH, Rs. 32/62 (Alvis), Slg. 1963, 109 (123) zur Anhörung; EuGH, Rs. 23/68 (Klomp), Slg. 1974, 491 (Rn. 14) zum Vertrauensschutz. Diese und weitere Beispiele bei *T. v. Danwitz* (Fn. 15), S. 212 f. mit dortiger Fn. 404.

25 Z.B. zum Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Ratsdokumenten Schlussanträge GA *Léger*, Rs. C-353/99 P (Rat/Hautala), Slg. 2001, I-9565 (I-9580 f.); zahlreiche weitere Nachweise bei *Pescatore* (Fn. 1), *Revue internationale de droit comparé* 1980, S. 337 (346).

26 Klassische Kritik am Gerichtshof bei *H. Rasmussen*, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, 1986, insb. S. 387 ff., der sich aber weniger gegen das Mandat zur Rechtsfortbildung als solches, sondern gegen deren Verschleierung als scheinbar bloße Auslegung wendet.

27 In diese Richtung auch *Roth* (Fn. 14), *RabelsZ* 75 (2011), S. 787 (831): „Eine Legitimation zur Rechtsfortbildung scheint vor allem dort gegeben, wenn sie auf Rechtsprinzipien gestützt ist, die sich aus dem Recht der Mitgliedstaaten ableiten lassen.“

28 Grundlegend zu den ganz unterschiedlichen Strategien, die sich hinter der Bezugnahme auf Zwecke im Recht verbergen können, jüngst *T. Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, dabei den Bezug zur „effet utile“-Auslegung durch den EuGH herstellend S. 355 ff.

29 Besonders deutlich m.W.N. *BVerfGE* 126, 286 (305 f.) – *Honeywell*, mit ausdrücklichem Bezug auch auf die wertende Rechtsvergleichung.

es nicht entscheidend auf strukturelle oder gar rechtsdogmatische Übereinstimmungen an, sondern es ist „weiträumiger“ nach funktional äquivalenten Problemlösungsmustern zu suchen.³⁰ Schon dieser funktionalen Rechtsvergleichung ist notwendig ein wertendes Element inne.³¹ Darüber hinaus darf man sich idealiter nicht mit dem „*law in the books*“ begnügen, sondern muss soweit wie möglich auch die Rechtswirklichkeit in den Blick nehmen.³² All dies ist ein äußerst aufwändiges Unterfangen. In der Praxis und selbst in dem umfangreichen Grundlagenwerk von *Jürgen Schwarze* lässt sich eine gewisse Holzschnittartigkeit nicht vermeiden. Das „*law in action*“ in den Mitgliedstaaten wird nur ganz punktuell und dann regelmäßig nur durch die Heranziehung dortiger Grundsatzurteile abgebildet.³³

Besonders umstritten ist und bleibt die Frage, wie groß die Übereinstimmung der untersuchten Rechtsordnungen für den Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze sein muss. Einerseits macht schon die Betonung des wertenden Elements deutlich, dass es sich nicht um eine rein mathematische Übung handeln kann.³⁴ Der kleinste gemeinsame Nenner bliebe oft zu substanzarm.³⁵ Kleinere Abweichungen im Recht einzelner Mitgliedstaaten können demnach aus der übergreifenden Perspektive, die allein auf grundlegende Übereinstimmungen in der Rechtsüberzeugung schaut, im Einzelfall bei wertender Betrachtung als nicht prägend ausgeblendet werden. Andererseits ist das Akzeptanzziel nur zu erreichen, wenn auf weitgehende Übereinstimmung bestanden wird;³⁶ anders lässt sich die Rechtsfortbildung im Gefüge der Gewaltenteilung – bzw. auf europäischer Ebene des institutionellen Gleichgewichts – auch kaum mehr hinreichend disziplinieren. Vor diesem Hintergrund sind punktuelle „Ausreißer“ richtigerweise umso eher unschädlich, als diese schon in ihrer Heimatrechtsordnung nicht mehr als systemprägend angesehen werden. In einer Europäischen Union, die wesentlich auf der Legitimation durch die Mitgliedstaaten fußt, ist aber eine Vernachlässigung der Rechtsordnung einzelner Mitgliedstaaten allein wegen ihrer geringen Bevölkerungszahl und Größe nicht zulässig. Der Europäische Gerichtshof scheint bei der Suche nach der „besten“ Lösung allerdings großzügiger zu verfahren und das wertende Element

30 Zur funktionalen Ausrichtung der Rechtsvergleichung statt aller *Zweigert/Kötz* (Fn. 7), S. 33 ff.; *Kischel* (Fn. 2), § 3 Rn. 33 ff., auch zu Modifikationen und notwendigen Weiterentwicklungen; für das Europarecht schon *Schwarze* (Fn. 1), S. 80 f.

31 Statt vieler *Starck* (Fn. 16), JZ 1997, S. 1021 (1029).

32 Dies betont auch *Schwarze* (Fn. 1), S. 84 im Anschluss an *Bernhardt* (Fn. 11), ZaÖRV 24 (1964), S. 431 (433); für das Privatrecht statt vieler *Vogenauer* (Fn. 3), ZEuP 2005, S. 234 (247 f.).

33 Dies gilt besonders für die nationalen Gerichte bei Vorabentscheidungsersuchen, mit nachdrücklichem Plädoyer für eine Rechtsprechungsvergleichung dabei *H. Fleischer*, Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven, RabelZ 75 (2011), S. 700 (714 f.).

34 Dies betonen auch *v. Danwitz* (Fn. 15), S. 213; *C.N. Kakouris*, Use of the comparative method by the Court of Justice of the European Communities, Pace Int'l. L. Rev. 6 (1994), S. 267 (270); siehe ferner etwa *K.-D. Borchardt*, Auslegung, Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 3. Aufl. 2015, § 15 Rn. 24; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 9 Rn. 31 ff.

35 Siehe auch *Starck* (Fn. 16), JZ 1997, S. 1021 (1030).

36 In diese Richtung *Lenaerts* (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (879).

in seiner Rechtsvergleichung noch stärker zu betonen.³⁷ Oftmals genügt ihm eine starke Konvergenz in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, gelegentlich nimmt er sich sogar einzelne als besonders zukunftsträchtig und dominant eingestufte nationale Lösungen zum Vorbild.³⁸ Ein gutes Beispiel bildet die Konturierung des europäischen Staatshaftungsanspruchs auf den verschiedenen Ebenen. Zunächst knüpfte der Gerichtshof den außervertraglichen Anspruch gegen die Unionsorgane (Art. 340 Abs. 2 AEUV) an das Kriterium des qualifizierten Rechtsverstoßes, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass auch die öffentliche Gewalt in den Mitgliedstaaten nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen haftet, ein Verschulden aber nicht überall ausnahmslos gefordert wurde.³⁹ Den Staatshaftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten bei deren Verletzung des Unionsrechts leitete der EuGH dem Grunde nach aus dem Gemeinschaftsrecht selbst ab, nämlich aus der eigenständigen Qualität der Gemeinschaftsrechtsordnung und der Pflicht der Mitgliedstaaten zur Vertragstreue.⁴⁰ Für die Konturierung der Anspruchsvoraussetzungen, namentlich bei judikativem Unrecht,⁴¹ griff er aber in der Folge erneut auf wertende Rechtsvergleichung zurück.⁴² Das Merkmal des „qualifizierten Verstoßes“ ermöglichte auch hier die Verarbeitung der mitgliedstaatlichen Traditionen, bei judikativem Unrecht insbesondere den Schutz der Rechtskraft betreffend, ohne zu einer Vereinheitlichung auf dem kleinsten gemeinsamen Level zu zwingen. Gerade für Deutschland bedeutete diese Rechtsprechung eine spürbare Ausweitung der Staatshaftung.

Daran wird deutlich, dass die wertende Rechtsvergleichung zur Fortbildung des Europarechts mit der Ausrichtung auf den „spezifisch verfolgten vertraglichen Integrationszweck“⁴³ ein sehr dynamisches Element⁴⁴ aufweist. Nationale Rege-

37 Ausdrücklich gegen „das niedrigste gemeinsame Niveau“ GA *Roemer*, Schlussanträge, Rs. 5/71 (Zuckerfabrik Schöppenstedt), Slg. 1971, 987 (990); vgl. aber R. *Stotz*, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 22 Rn. 27 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-550/07 P (Akzo Nobel Chemicals u. Akros Chemicals), Slg. 2010, I-8301 (Rn. 74 ff.), wo „keine überwiegende Tendenz“ in den Mitgliedstaaten festgestellt wird, den Schutz der Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant auf Syndikusanwälte auszudehnen.

38 Eingehend zu diesen drei Konstellationen (volle Übereinstimmung, Konvergenz, dominante Rechtsordnungen) mit zahlreichen Beispielen, die allerdings nur zu einem geringen Teil dem Verwaltungsrecht entstammen, *Lenaerts* (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (884 ff.); ähnlich *Kakouris* (Fn. 34), Pace Int'l L. Rev. 6 (1994), S. 267 (279 f.).

39 Grundlegend EuGH, Rs. C-83/76, Slg. 1978, 1209, Rn. 4 ff.; teilweise bereits EuGH, Rs. 74/74 (CNTA/Kommission), Slg. 1975, 533, Rn. 16.; näher dazu F. *Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II: Europarecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 135 ff.

40 Grundlegend EuGH, Rs. C-6/90, C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, 5357 (Rn. 31ff. u. 38 ff.); ferner etwa EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93 (Brasserie du Pêcheur/Factortame III), Slg. 1996, 1029, s. insbes. Rn. 39 ff.; näher dazu *Müller/Christensen* (Fn. 39), Rn. 145 ff.; *Lenaerts* (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (887 ff.).

41 Grundlegend EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239, Rn. 48, 51 ff.

42 Eingehend *Müller/Christensen* (Fn. 39), Rn. 155 ff.; *Pescatore* (Fn. 1), Revue internationale de droit comparé 1980, S. 337 (342 f.), der aber betont, dass der EuGH, da sich ihm im Staatshaftungsrecht überwiegend Fragen zum legislativen Unrecht stellten, weniger rechtsvergleichend arbeiten konnte, als angesichts des damaligen Art. 215 Abs. 2 EGV zu erwarten gewesen wäre; Kritik wegen nicht umfassend genug durchgeführten Rechtsvergleichung bei *Rösler*, Aufgaben einer europäischen Rechtsmethodenlehre, Rechtstheorie 43 (2012), S. 495 (514).

43 *Schwarz* (Fn. 1), S. 82; ähnlich *Martens* (Fn. 17), S. 151; vgl. allgemeiner auch G. *Rees*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, ZaÖRV 36 (1976), S. 227 (231 f.).

44 Von einem „creative element“ spricht *Kakouris* (Fn. 34), Pace Int'l L. Rev. 6 (1994), S. 267 (275).

lungsmodelle, die in wertender Betrachtung als fortschrittlicher eingestuft werden, erlangen in der Gesamtbetrachtung tendenziell ein höheres Gewicht als solche mitgliedstaatlichen Lösungen, die schon in ihrer Heimatrechtsordnung tendenziell überholt und reformbedürftig erscheinen oder aus europäischer Perspektive als rechtsstaatlich defizitär eingestuft werden. So konnte bei der rechtsvergleichenden Erarbeitung eines europäischen Staatshaftungsanspruchs das deutsche antiquierte Staatshaftungsrecht mit seinem strengen Verschuldenserfordernis keine große Vorbildwirkung entfalten. Der in dieser Dynamisierung liegenden Gefahr einer übermäßig aktivistischen Rechtsfortbildung wird auf europäischer Ebene ein Stück weit dadurch begegnet, dass neben dem Recht der Mitgliedstaaten auch bereichsspezifisches europäisches Sekundärrecht, soweit vorhanden, in die vergleichende Betrachtung mit einbezogen wird. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Transocean Marine Paint Association* schon 1974 die vereinzelten Anhörungspflichten im europäischen Recht zu dem allgemeinen Rechtsgrundsatz verdichtet, dass „die Adressaten von Entscheidungen [...], wenn ihre Interessen durch die Entscheidung spürbar berührt werden, Gelegenheit haben müssen, ihren Standpunkt gebührend darzulegen“.⁴⁵ Wie die Schlussanträge des Generalanwalts deutlich machten,⁴⁶ lag dieser Verallgemeinerung der Anhörungspflicht Betroffener zudem eine rechtsvergleichende Analyse des Rechts der Mitgliedstaaten zu grunde.⁴⁷

Eine über Europa hinausgreifende internationale rechtsvergleichende Perspektive spielte bei diesen ersten Schritten auf dem Weg zu einem europäischen *ius commune* im Verwaltungsrecht noch keine signifikante Rolle.

4. Europäischer Gerichtshof und Rechtswissenschaft als maßgebliche Akteure

An der rechtsvergleichenden Fortbildung des Europarechts waren sowohl die Rechtspraxis in Gestalt des Gerichtshofs als auch die Rechtswissenschaft beteiligt, freilich mit unterschiedlicher Akzentuierung. Der EuGH ging (und geht) bei der lückenfüllenden Rechtsfortbildung sehr pragmatisch und ergebnisorientiert vor, um seinem Rechtswahrungsaufrag gerecht zu werden. Allerdings dürfte daneben wohl auch sein (früheres) Selbstverständnis als ein „Motor der Integration“⁴⁸ eine wichtige Rolle gespielt haben.

Demgegenüber war die Rechtswissenschaft typischerweise stärker auf Systembildung fokussiert. Nicht nur bei *Jürgen Schwarze* verbindet sich dies mit dem Werben für die Idee der europäischen Rechtsgemeinschaft, für ein immer engeres Europa der Völker und Bürger. Gerade im deutschen Rechtsdenken ist es für die Ak-

45 EuGH, Rs. 17/74, Slg. 1974, 1063 (Rn. 15).

46 GA *Warner*, Schlussanträge, Rs. C-17/74, Slg. 1974, 1063 (1090 f.).

47 Siehe dazu schon *Schwarze* (Fn. 1), S. 1152 f.; zusammenfassend *M. Fehling*, Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht, in: *Terhechte* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, § 12 Rn. 6.

48 Auch wenn der EuGH dies nie ausdrücklich festgestellt hat, s. *P. M. Huber*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 19 EUV, Rn. 25; *U. Everling*, Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts, *EuR* 1987, S. 214 (235).

zeptanz des Europarechts von großer Bedeutung, dass die dortigen Regelungen nicht als ungeordnete bürokratische Details, sondern als Teile eines weitgehend logischen und folgerichtigen, aus den nationalen Rechtsordnungen organisch herausgewachsenen Systems erscheinen.

III. Veränderungen bei Rolle und Methode europäischer Rechtsvergleichung

Die massive Erweiterung der Union, der Ausbau ihrer Kompetenzen, die Ausdifferenzierung ihres Rechts und ihrer Organisationsstruktur verändern auch Anwendungsbereich, Ziele und Methode der Rechtsvergleichung im europäischen (Verwaltungs-)Recht.

1. Von der Rechtsfortbildung zur Auslegung des (Sekundär-)Rechts und Vorbereitung europäischer Gesetzgebung

Das Anwachsen des europäischen Primär- und vor allem Sekundärrechts lässt den Raum für ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze schrumpfen. Damit verschiebt sich die Rolle der Rechtsvergleichung zunehmend auf die Auslegung dieses Unionsrecht und die Vorbereitung weiterer europäischer Gesetzgebung.⁴⁹ Ein anschauliches Beispiel bilden dafür die europäischen Grundrechte. Aus der rechtsvergleichenden Würdigung der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten heraus durch den EuGH entwickelt, sind sie nunmehr in der Grundrechtecharta kodifiziert. Zwar kann die Charta gemäß Art. 6 (Abs. 1 UAbs. 3) EUV für den europäischen Grundrechtsschutz keine Ausschließlichkeit beanspruchen, immerhin verweist der Vertrag daneben als Rechtserkenntnisquelle weiterhin auf die mitgliedstaatlichen Gemeinsamkeiten (Abs. 3). Doch werden diese gemeinsamen Grundsätze neben dem Kodifizierungswerk für die Schaffung europäischer Grundrechte kaum noch eine Bedeutung gewinnen können.⁵⁰ So hat beispielsweise der Gerichtshof in der *Google*-Entscheidung letztlich nicht mit gemeinsamen (datenschutzgrundrechtlichen) Grundsätzen der Mitgliedstaaten argumentiert, sondern zentral auf das Recht auf Privatheit gemäß Art. 7 GrCh und den Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 8 GrCh abgestellt.⁵¹ Statt zur Kreation von Grundrechten muss die wertende Rechtsvergleichung nach der ausdrücklichen Anordnung in Art. 52 Abs. 4 und Art. 53 GrCh nun zur Auslegung der Charta-Grundrechte herangezogen werden, soweit sich im konkreten Fall hinrei-

49 Plakativ *E. Schmidt-Aßmann*, Rechtsdogmatik, 2013, S. 25: „Das Eigenverwaltungsrecht der EU und die Vorgaben des EU-Richtlinienrechts sind häufig ohne komparatistische Kenntnisse kaum richtig zu verstehen, denn sie beruhen ihrerseits auf vergleichender Auswertung unterschiedlicher nationaler Modellvorstellungen“.

50 *T. Ludwig*, Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen – die Binnenstruktur des Art. 6 EUV n. F., EuR 2011, S. 715 (727); *Kischel* (Fn. 2), § 2 Rn. 84. Zu möglicherweise noch verbleibenden Anwendungsfällen *A. Hatje*, in: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoch* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 6 EUV, Rn. 12 f.

51 EuGH, Rs. C-131/12, Rn. 68 f.

chende Gemeinsamkeiten bei den mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen feststellen lassen.⁵² Diese herausgehobene Rolle der Verfassungsvergleichung für die Auslegung der europäischen Grundrechte ist nur konsequent, weil die Genese der Grundrechtecharta im Verfassungskonvent wiederum wesentlich auf dem Fundament einer vergleichenden Analyse der mitgliedstaatlichen Grundrechtskataloge beruhte.⁵³

Auch im europäischen Verwaltungsrecht finden sich vereinzelt Beispiele, wo die wertende Rechtsvergleichung für die Auslegung des Sekundärrechts Bedeutung erlangt hat.⁵⁴ So hat der EuGH etwa die Anforderungen an die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Mandant und Anwalt (ein Kartellrechtsverfahren betreffend) in Auslegung von Art. 15 der damaligen VO Nr. 17 durch einen vergleichenden Blick auf die Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten konkretisiert.⁵⁵ Es ist zu vermuten, dass Ähnliches weit häufiger geschieht, als es in den Entscheidungsgründen offengelegt wird.⁵⁶ Je stärker sich der europäische Gesetzgeber bei der Schaffung seiner Regelungen an der in (einzelnen) Mitgliedstaaten vorgefundenen Rechtslage orientiert hat (dokumentiert in den Begründungserwägungen), namentlich bei der Rechtsharmonisierung, umso mehr liegt es nahe, dann später auch bei der Auslegung dieser Normen auf die vergleichende Betrachtung des mitgliedstaatlichen Rechts zurückzugreifen. Dies gilt ungeachtet des umstrittenen Stellenwerts historisch-genetischer Argumente.⁵⁷ Denn letztlich ist die Rechtsvergleichung eng auch mit der in der Judikatur vorherrschenden teleologischen Betrachtung verknüpft⁵⁸ und kann damit innerhalb der (prima facie) Wortlautgrenze⁵⁹ den Rang einnehmen, der dem Norminterpretationen jeweils sachangemessen erscheint. Tendenziell ist der rechtsvergleichende Zugang bei der Auslegung des Sekundärrechts weniger dringlich als bei der besonders legitimationsbedürftigen Schaffung neuer Rechtsgrundsätze, wobei sich freilich beides oft nicht klar unterscheiden lässt.⁶⁰ Je mehr die nationalen Traditionen divergieren, umso größeres Gewicht müssen andere (teleologische) Erwägungen bei der Auslegung gewin-

52 U. Becker, in: Schwarze u.a. (Fn. 50), Art. 52 EU-GrCh, Rn. 17; vgl auch T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 EU-GrCh, Rn. 39.

53 Vgl. CONV 354/02 v. 22. 10. 2002, S. 7; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 52 EU-GrCh, Rn. 40; S. Magiera, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, DÖV 2000, S. 1017 (1020).

54 Vgl. auch Schlussanträge GA *Mischa*, verb. Rs. 46/87 u. 227/88 (Höchst), Slg. 1989, 2659 (2884 ff.), worin, den Schutz der Wohnung betreffend, Art. 14 der VO 17/62/EG unter Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze ausgelegt wird.

55 EuGH, Rs. 155/79 (AM&S), Slg. 1982, 1575 (Rn. 18 ff.); Beispiel bei *Lenaerts* (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (895 f.).

56 So *Lenaerts* (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (874); *Pescatore* (Fn. 1), Revue internationale de droit comparé 1980, S. 337 (358); für die rechtsvergleichende Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze v. *Danwitz* (Fn. 15), S. 213.

57 Siehe statt vieler dazu nur *Müller/Christensen* (Fn. 39), Rn. 70 ff.; *Stotz*, in: Riesenhuber (Fn. 37), § 22 Rn. 13. Dies betont besonders *Kakouris* (Fn. 34), Pace Int'l L. Rev. 6 (1994), S. 267 (273 ff.).

59 Der Annahme einer starren Wortlautgrenze steht allerdings die Einsicht entgegen, dass Sprache fast immer deutungsbedürftig und ihr Verständnis daher vom Erfahrungshintergrund des Empfängers abhängig ist; dazu statt vieler F. *Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 351a ff.

60 Zu Letzterem im hiesigen Kontext *Martens* (Fn. 17), S. 593 ff.; A. *Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, 2009, S. 256 ff., 938 f.

nen.⁶¹ Auch bei der Reichweite der Vergleichung besteht größerer Spielraum; im Grundsatz sind nur diejenige(n) Rechtsordnung(en) einzubeziehen, die dem Unionsgesetzgeber als Vorbild dienten (genetische Interpretation)⁶² oder nach Sinn und Zweck dem jeweiligen Unionsrecht besonders nahestehen (teleologische Auslegung).⁶³

Die wohl größte praktische Bedeutung besitzt die wertende Rechtsvergleichung bei der Vorbereitung neuen Sekundärrechts.⁶⁴ Besonders deutlich wird dies etwa in den Gesetzgebungsmaterialien zur – freilich privatrechtlichen – Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁶⁵ und ihrer Überprüfung.⁶⁶ Im Bereich geteilter Gesetzgebungs-zuständigkeiten zwingt schon das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) zur Analyse des Rechts der Mitgliedstaaten, weil regelmäßig nur damit die Notwendigkeit einer einheitlichen europäischen Regelung begründet werden kann. Allerdings ist der europäische Gesetzgeber weitaus freier als die Gerichtsbarkeit, inwieweit er sich der rechtsvergleichenden Methode bedient. Selbst dort, wo er sich auf eine bloße Binnenmarkt-Harmonisierungskompetenz stützt, ist der europäische Gesetzgeber nicht verpflichtet, das neue Unionsrecht möglichst eng an die vorgefundene mitgliedstaatlichen Regelungen anzulehnen oder gar nur das zu regeln, was bereits gemeinsamer Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten entspricht. Ihre demokratische Legitimation erlaubt es Parlament und Rat auch, ein eigenständiges Regelungskonzept zu verfolgen.⁶⁷ Gerade bei Rechtsakten, die der Verwirklichung der Grundfreiheiten dienen, geht das europäische Sekundärrecht regelmäßig über das vorgefundene durchschnittliche Markttöffnungsniveau in den Mitgliedstaaten hinaus. Hier ist es, wie etwa der Streit um die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123 EG⁶⁸ sowie um die VO 1370/2007 für den öffentlichen Ver-

61 Lenaerts (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (896) unter Verweis auf EuGH, Rs. 59/85 (Reed), Slg. 1986, 1283 (Rn. 13 f.).

62 Aus privatrechtlicher Sicht A. Schwartze, Die Rechtsvergleichung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn. 27.

63 Lenaerts (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (897 f.).

64 Dabei zwischen Verordnungen mit höherem Vergleichsbedarf und Richtlinien, wo es (idealtypisch) nur um die Verwirklichbarkeit der Ziele in den Mitgliedstaaten gehe, unterscheidend Starck (Fn. 16), JZ 1997, S. 1021 (1026).

65 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG 1999 L 171/12 ff.; s. die ausführliche Analyse der Rechtslage der einzelnen Mitgliedstaaten durch die Kommission im Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst vom 15.11.1993, KOM (93) 509 endg., Kapitel III; nur noch ange-deutet in Erwägungsgrund (3) der Richtlinie.

66 Grünbuch - Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz v. 8.2.2007, KOM (2006) 744 endg., etwa S. 4, 17 und 24; Die Kommission nahm hier auch auf das ausführliche rechtsvergleichende Gutachten H. Schulte-Nölke/C. Twigg-Flesner/M. Ebers, EC Consumer Law Competition – Comparative Analysis –, April 2007 Bezug; für weitere Ausführungen zur Rechtsvergleichung siehe auch: Kommission, Mitteilung an den Rat und das Parlament: Die Anwendung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 24.4.2007, KOM (2007) 210 endg., S. 10, 12 f.

67 Für das Privatrecht betont von Schwartze, in: Riesenhuber (Fn. 62), § 4 Rn. 14.

68 Dort hatte sich die Kommission im sogenannten Bolkestein-Entwurf für ein radikales Herkunftslandprinzip stark gemacht, musste jedoch nach massiven Protesten zu einem durch Anerkennungspflichten modifizierten Bestimmungslandprinzip zurückkehren; zum Rechtsetzungsprozess eingehend R. Streinz/S. Leible, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Einleitung Rn. 30 ff.

kehr⁶⁹ verdeutlicht, das Streben nach Akzeptanz und Mehrheitsfähigkeit, was allzu ambitionierten Regelungen außerhalb des rechtsvergleichend ermittelten Bestands Grenzen setzt. Versucht man Rechtsinstitute aus nur wenigen Mitgliedstaaten auf europäischer Gesetzgebungs Ebene allgemein durchzusetzen, so stellen sich zusätzlich die Probleme von Rechtsimporten, wie sie in der rechtsvergleichenden Literatur breit diskutiert werden.⁷⁰ Darauf ist im Zusammenhang mit der Internationalisierung der Rechtsvergleichung noch zurückzukommen.

Dem Kompromisscharakter vieler europäischer Regelungen entsprechend trifft man im Übrigen immer wieder auch auf hybride Konstellationen, bei denen Rechtsfortbildung, Vorbereitung von Gesetzgebung und Auslegung bereits vorhandener Rahmenregelungen Hand in Hand gehen. Dies lässt sich an der Konturierung eines EU-Verwaltungsverfahrensrechts verdeutlichen. Durch das Recht auf gute Verwaltung (Art. 41 GrCh) haben die zuvor mittels wertender Rechtsvergleichung durch Gerichtshof und Rechtswissenschaft herausgearbeiteten Grundsätze für die Organe und Institutionen der Union eine Teilkodifikation erfahren. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Vollregelung, vielmehr fungiert die Norm über die Zusammensetzung von Einzelgewährleistungen hinaus als *Benchmark* für gutes Verwalten, als offener Qualitätsstandard, der in ständiger rechtsvergleichender Suche nach *Best-Practice*-Lösungen weiterzuentwickeln ist.⁷¹ Derzeit bemühen sich Europäisches Parlament⁷² und Rechtswissenschaft⁷³ um eine geschriebene Konkretisierung, wobei freilich angesichts des Widerstandes der Kommission der flexiblere Weg einer Art *Restatement* wohl kurzfristig größere Verwirklichungschancen besitzt als eine voll verbindliche europäische Verordnung.⁷⁴

- 69 Das Grünbuch „Das Bürgernetz“ KOM (1995) 601 endg. hatte u.a. verschiedene Reformansätze in den Mitgliedstaaten analysiert. Darauf aufbauend verfochten die ersten Kommissionsvorschläge weitreichende förmliche Ausschreibungspflichten für öffentliche Verkehrsdienste. Doch nach Protesten vieler Mitgliedstaaten wurden letztendlich weitreichende Inhouse-Vorbehalte und teilweise weitere Möglichkeiten zur formlosen Direktvergabe in Art. 5 Abs. 2, 6 der VO eingefügt; zum langwierigen Rechtssetzungsprozess näher *M. Fehling*, in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007, 2010, Einleitung Rn. 57 ff.
- 70 Statt vieler *M. Graziadei*, Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2008, S. 441 ff.; *Schönberger*, in: IPE IV (Fn. 12), § 71 Rn. 25 ff. Stattdessen eine Strategie „gemeinsame[n] Lernen[s]“ favorisierend, weil der abstrakte Import von Rechtskonstruktionen zu weit von den konkreten Sachproblemen wegzuführen droht, *Schmidt-Abemann* (Fn. 49), S. 27.
- 71 *Fehling*, in: Terhechte (Fn. 47), § 12 Rn. 8 f.; *M. Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVStRL 70 (2011), S. 278 (325); zur „Benchmark-Funktion“ vgl. auch *S. Neidhard*, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 213 u. 236.
- 72 European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL)).
- 73 Siehe unten Fn. 80.
- 74 Dieser Eindruck verfestigte sich auf einer Tagung in Leipzig am 5./6.11.2015 zu „Der ReNEUAL Musterentwurf für ein Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht in der Diskussion“.

2. Zuwachs methodischer Komplexität in einem Europa von 28 Mitgliedstaaten mit heterogenen Traditionen

In einem Europa mit derzeit 28 Mitgliedstaaten wird es immer schwieriger, dem Anspruch umfassender, keinen Mitgliedstaat ausblendender und zugleich in die Tiefe gehender Rechtsvergleichung zu genügen.⁷⁵ Konnte *Jürgen Schwarze* damals eine solche Aufgabe noch allein mit seinem Lehrstuhlteam bewältigen, wäre dies heute kaum mehr möglich. Ein denkbarer Ausweg bestünde darin, mehrere verwandte Rechtsordnungen zu Rechtskreisen zusammenzufassen, wie dies in der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung häufig geschieht.⁷⁶ Auch im gewachsenen Europa weisen einzelne Rechtsordnungen mehr oder minder weit reichende Verwandtschaft auf, zumal nach Auflösung des früheren Ostblocks in den dortigen Staaten westeuropäische Rechtsimporte wirkmächtig geworden sind. Doch wäre es gewiss eine unzulässige Vereinfachung und dürfte kaum auf Akzeptanz stoßen, wenn etwa Italien mit Frankreich in den gleichen „Topf“ des romanischen Rechtskreis einsortiert und nicht mehr als souveräner Mitgliedstaat mit eigenständigem Rechtssystem rechtsvergleichend gewürdigt würde. Deshalb ist eher damit zu rechnen, dass die Rechtsvergleichung oberflächlicher wird, dass man gerade bei kleineren neuen Mitgliedstaaten allenfalls den dortigen Gesetzeswortlaut heranziehen und kaum nach der dortigen Rechtspraxis fragen wird. Erst recht droht die notwendige Kontextualisierung⁷⁷ einschließlich der Einbeziehung des Realbereichs⁷⁸ zu leiden. Je mehr Mitgliedstaaten in den Rechtsvergleich eingehen, umso schwieriger wird es ferner sein, eine hinreichende gemeinsame Schnittmenge der vielen Rechtsordnungen zu identifizieren. Dadurch dürfte die Versuchung noch weiter wachsen, im Zuge der wertenden Betrachtung über „Ausreißer“ hinwegzusehen. Dies umso mehr, als man bei weniger intensiver Beschäftigung mit dem Recht des einzelnen Mitgliedstaates kaum noch wird unterscheiden können, inwieweit die dortige Regelung schon in der eigenen Rechtsordnung eher als Fremdkörper und reformbedürftig erscheint.

All dies spricht dafür, dass wertende Rechtsvergleichung im Europarecht mehr noch als schon bislang⁷⁹ auf ein pragmatisches Vorgehen angewiesen sein wird und die theoretisch hohen methodischen Standards aus Praktikabilitätsgründen noch weiter gelockert werden (müssen). In besonders wichtigen, grundsätzlichen Angelegenheiten wird man freilich schon aus Akzeptanzgründen möglichst flächendeckend vorgehen und den dafür erforderlichen hohen Aufwand in Kauf nehmen.

75 Betont auch von *T. Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, 2009, S. 294.

76 Grundlegend *Zweigert/Kötz* (Fn. 7); zuletzt, auch zur berechtigten Kritik, *Kischel* (Fn. 2), § 4 Rn. 1 ff.

77 Deren Notwendigkeit in der Rechtsvergleichung allgemein betonen zu Recht etwa *Kischel* (Fn. 2), § 4 Rn. 45 ff.; *Starck* (Fn. 16), JZ 1997, S. 1021 (1028).

78 Zu dieser Forderung allgemein *W. Hoffmann-Riem*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Schmidt-Äßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1. Aufl. 2004, S. 9, 36 ff.

79 Vgl. etwa *Kakouris* (Fn. 34), Pace Int'l L. Rev. 6 (1994), S. 267 (279 f.). Besonders von PrivatrechtlerInnen wird dies oft kritisiert, siehe etwa *Rösler* (Fn. 42), Rechtstheorie 43 (2012), S. 495 (513 ff.); *Höpfler/Rüthers* (Fn. 2), AcP 209 (2009), S. 1 (16 f.).

men müssen. Je kuriosischer oder gar beliebiger die Rechtsvergleichung, umso geringer kann dann allerdings auch der Stellenwert sein, den sie im Zusammenspiel mit weiteren Methoden und Erkenntnisquellen bei der Auslegung oder Gesetzesvorbereitung beanspruchen darf.

3. Bedeutungsgewinn weiterer Akteure im arbeitsteiligen Prozess der wertenden Rechtsvergleichung

Der deutlich erhöhte Aufwand, der mit wertender Rechtsvergleichung in einem größeren und komplexeren Europa verbunden ist, wirkt sich auch auf die Rolle der an diesem Prozess beteiligten Akteure aus.

In der Wissenschaft treten zunehmend international vernetzte Teams – beispielsweise im Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL) für ein europäisches Verwaltungsverfahrensrecht⁸⁰ oder im Joint Network on European Private Law (CoPECL) mit einem Draft Common Frame of References für das Europäische Privatrecht⁸¹ – an die Stelle von nur über begrenzte Ressourcen verfügenden Einzelforschern. Die Spruchkörper des Europäischen Gerichtshofs und selbst die Generalanwälte sind weniger denn je im Stande, die Rechtslage in den Mitgliedstaaten eigenständig flächendeckend zu ermitteln. Immerhin können sie auf ihren Forschungsdienst zurückgreifen⁸² oder auch externe Gutachten einholen.⁸³ Dennoch liegt die Vermutung nahe, dass mehr noch als zuvor der jeweilige nationale Erfahrungsschatz der Entscheidungsträger die rechtsvergleichende Perspektive prägt. Deshalb dürfte im arbeitsteiligen Prozess der Rechtsvergleichung das Gewicht der Europäischen Kommission weiter zunehmen. Denn sie verfügt über den größten Stab von Mitarbeitern aus allen Mitgliedstaaten mit entsprechenden Kenntnissen nicht nur des jeweiligen Rechts, sondern auch der kulturellen und sonstigen bestimmenden Traditionen im Hintergrund.⁸⁴ Beim Gerichtshof wird wohl der Hintergrund des jeweiligen Berichterstatters⁸⁵ und mehr noch des

80 J.-P. Schneider/H. Hofmann/J. Ziller (Hrsg.), ReNEUAL - Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensgesetz, Deutsche Ausgabe auf Grundlage der überarbeiteten englischen Druckfassung, 2015, zur Bedeutung der Rechtsvergleichung dabei im ersten Überblick Einführung Rn. 30 ff. u. 63; im Überblick J.-P. Schneider/H. Hofmann/J. Ziller, Die ReNEUAL Model Rules 2014: Ein Verwaltungsverfahrensrecht für Europa, IZ 2015, S. 265 ff., dort S. 256 auch zur Zusammenarbeit mit dem European Law Institute und anderen.

81 Insb. C. v. Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Outline Edition, 2009; zu (weiteren) rechtsvergleichend arbeitenden Kommissionen und Netzwerken im Überblick Schwartz, in: Riesenhuber (Fn. 62), § 4 Rn. 37 ff.

82 Dazu Lenaerts (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (865); Kakouris (Fn. 34), Pace Int'l L. Rev. 6 (1994), S. 267 (277); N. Colneric, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, S. 225 (229); Höpfner/Rüthers (Fn. 2), ACP 209 (2009), S. 1 (16).

83 Rösler (Fn. 42), Rechtstheorie 43 (2012), S. 495 (515).

84 Vgl. zur besonderen Eignung der EU-Kommission für rechtsvergleichendes Arbeiten Pescatore (Fn. 1), Revue internationale de droit comparé 1980, S. 337 (348).

85 Schon früh zur Rolle der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen entstammenden Richterpersönlichkeiten G. Zieger, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Eine Untersuchung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, Jör n.F. 22 (1973), S. 299 (354); vgl. ferner etwa Kischel (Fn. 2), § 11 Rn. 30; zur „personalisierten Rechtsvergleichung in internationalen Gerichten auch Schönberger, IPE IV (Fn. 12), § 71 Rn. 50.

zuständigen Generalanwalts⁸⁶ eine wichtige Rolle für den rechtsvergleichenden Blickwinkel spielen.

Im europäischen Rechtsprechungsverbund wirken indirekt auch die nationalen Gerichte an der rechtsvergleichend inspirierten Auslegung des Unionsrechts mit.⁸⁷ Ihr Verständnis des Unionsrechts wird notwendig durch die heimische Rechtskultur beeinflusst. Legen mitgliedstaatliche Gerichte Auslegungsfragen dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor, kann dies zugleich eine partielle rechtsvergleichende Betrachtung erfordern.⁸⁸ Der vergleichende Blickwinkel erweitert sich mit der Anzahl verwandter Vorlagen an den Gerichtshof aus verschiedenen Mitgliedstaaten. Als Beispiel können die Internet-Sportwetten dienen, zu denen sich der EuGH mit Problemen aus verschiedenen Mitgliedsstaaten konfrontiert sah.⁸⁹ Dies eröffnet zumindest theoretisch den Unionsgerichten auch die Möglichkeit, Vollzugspraxis und Vollzugsprobleme in den Mitgliedstaaten bei der Auslegung des Unionsrechts zu berücksichtigen. Auf grundsätzlicher Ebene bestehen zwar Bedenken, das Unionsrecht durch die „Brille“ der Mitgliedstaaten und ihrer Anwendungspraxis auszulegen. Dies drohe, so heißt es, den Status des Unionsrechts als eigenständige, von den Mitgliedstaaten losgelöste Rechtsordnung zu untergraben.⁹⁰ Doch erscheinen solche Bedenken jedenfalls dann unberechtigt, wenn der EuGH das letzte Wort behält, ob und in welchem Umfang er die Erfahrungen der Mitgliedstaaten für die Auslegung des Europarechts nutzbar macht. In den letzten Jahren oder gar Jahrzehnten ist das Bewusstsein dafür gewachsen, dass das europäische Einigungsprojekt nicht allein auf gemeinsame Rechtsregeln gebaut werden kann, sondern verstärkt die Vollzugsebene mit in den Blick nehmen muss.⁹¹ Dann aber darf bei der wertenden Rechtsvergleichung zur Auslegung des Unionsrechts die Vollzugspraxis in den Mitgliedstaaten nicht von vornherein ausgeblendet werden.

- 86 Dass diese oftmals „das Recht ihres eigenen Landes in den Prozess der Entstehung europäischer Verwaltungsgrundsätze eingebbracht [haben]“, betont am Beispiel des Generalanwalts Werner Schwarze (Fn. 1), S. CXVI; ferner C.D. Classen, Wie deutsch ist das Europarecht? – Zum Einfluss auf das Unionsrecht und seine Grenzen, in: Kischel (Hrsg.), Der Einfluss des deutschen Verwaltungsrechtsdenkens in der Welt – Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven, 2014, S. 93 (94 f.).
- 87 Besonders deutlich Rösler (Fn. 42), Rechtstheorie 43 (2012), S. 495 (498 ff.); für das Privatrecht vgl. auch Schwarze, in: Riesenhuber (Fn. 62), § 4 Rn. 31 ff.
- 88 Darauf hindeutend EuGH, Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T/Ministerio della Sanità), Slg. 1982, S. 3415 (Rn. 14, 16); vgl. etwa Rösler (Fn. 42), Rechtstheorie 43 (2012), S. 495 (500); insoweit nachdrücklich für eine Rechtsvergleichung plädierend Fleischer (Fn. 33), RabelsZ 75 (2011), S. 700 (715).
- 89 Vgl. beispielsweise Italien: EuGH, Rs. C-243/01 (Gambelli), Slg. 2003, I-13031; Portugal: EuGH, Rs. C-42/07 (Futebol Profissional/Bwin International Ltd.), Slg. 2009, I-7633; Niederlande: EuGH, Rs. C-203/08 (Sporting Exchange Ltd.) u. C-258/08 (Ladbrokes Betting & Gaming Ltd. und der Ladbrokes International Ltd.), Slg. 2010, I-4695 u. Slg. 2010, I-4757; Deutschland: EuGH, Rs. C-46/08 (Carmen Media Group Ltd.), Slg. 2010, I-08149; Deutschland: EuGH, Rs. C-156/13 (Digibet Ltd.), NJW 2014, S. 3012 ff.
- 90 Aus Sicht des Privatrechts Schwarze, in: Riesenhuber (Fn. 62), § 4 Rn. 29.
- 91 M. Fehling, Europäische Verkehrsagenturen als Instrumente der Sicherheitsgewährleistung und Marktliberalisierung insbesondere im Eisenbahnbereich, in: Schneider/Schwarze/Müller-Graff (Hrsg.), Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, EuR Beiheft 2/2005, S. 41 (55 f.); vgl. Rösler (Fn. 42), Rechtstheorie 43 (2012), S. 495 (499 m.w.N.) mit der Forderung nach Stärkung der „Bedeutung der komparativen Implementationsforschung“.

Bei rechtstechnischen Details könnten künftig vielleicht auch die europäischen Agenturen eine gewisse Bedeutung für den Rechtsvergleich zwischen den Mitgliedstaaten gewinnen. Denn in den Agenturen finden sich durchweg Gremien, die mit Vertretern der Mitgliedstaaten besetzt sind und so einen institutionell verfestigten Rahmen für den Austausch bieten.⁹²

IV. Internationalisierung

Im Zuge der Globalisierung nehmen die wirtschaftlichen Verflechtungen auch über den europäischen Tellerrand hinaus immer mehr zu. Dies zeitigt auch Rückwirkungen auf die Reichweite der rechtsvergleichenden Methode im europäischen Verwaltungsrecht.

1. Anregungen aus außereuropäischen Rechtsordnungen, besonders den USA

Gerade zur Vorbereitung europäischer Gesetzgebung holt man sich vielfach Anregungen aus Übersee, besonders aus den USA. Dies betrifft etwa die Netzzugangsregulierung in den Netzwirtschaften (zuerst im Richtlinienrecht für die Telekommunikation⁹³) und die Übertragung bestimmter Regulierungsaufgaben auf mehr oder minder unabhängige Agenturen in gewisser Anlehnung an die *independent regulatory agencies* in den USA.⁹⁴ Auch Bestimmungen zum freien Informationszugang (besonders in der Umweltinformationsrichtlinie), wie sie in den USA schon länger verbreitet waren, ließen sich nennen. Allerdings führt der Weg oftmals nicht direkt von den USA in das europäische Recht, sondern es sind einzelne (Mitglied-)Staaten – bei den unabhängigen Regulierungsbehörden Großbritannien,⁹⁵ bei den Informationszugangsrechten die skandinavischen Staaten und besonders Schweden⁹⁶ –, die Vergleichbares in Europa zuerst erproben.

92 A. Kahl, Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre, in: Arnold/Bundschuh-Rieseneder/Kahl/Müller/Wallnöfer (Hrsg.), 2008, S. 245 (250 ff.); T. Groß, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, EuR 2005, S. 54 (55); Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 13, EUV Rn. 36 ff. (dort findet sich auch eine Aufzählung der zum damaligen Zeitpunkt vorhandenen verschiedenen Agenturen).

93 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG 2002 L 108/7 ff.

94 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden D. Fischer-Appelt, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 531 ff.; M. Shapiro, The problems of independent agencies in the United States and the European Union, Journal of European Public Policy 1997, S. 276 ff.; D. Geradin, The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience, in: Geradin/Muñoz/Petit (Hrsg.), Regulation through Agencies in the EU, 2005, S. 215 ff.

95 Vgl., auch zu Großbritannien, die Übersicht über die Entstehung sektorspezifischer Regulierungsbehörden bei M. Thatcher, Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe, in: Geradin/Muñoz/Petit (Hrsg.), Regulation through Agencies in the EU, 2005, S. 47 (50 f.).

96 Hervorgehoben von Schwarze (Fn. 1), S. CXV.

Wie regelmäßig bei Rechtmporaten (*legal transplants*)⁹⁷ gewinnen die übernommenen fremden Rechtsinstitute in der aufnehmenden (europäischen) Rechtsordnung einen anderen Gehalt als in der Vorbildrechtsordnung⁹⁸ (eines der Mitgliedstaaten oder der USA). So dienen namentlich die europäischen Agenturen in erster Linie der Vernetzung der Unionsebene mit den Mitgliedstaaten und haben weit seltener unmittelbar außenwirksame Rechtsetzungs- und Entscheidungskompetenzen als ihre Vorbilder in den USA.⁹⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, inwieweit bei der Auslegung des importierten Unionsrechts noch rechtsvergleichend auf das US-amerikanische Recht zurückgegriffen werden kann. Immerhin liegt aber die Vermutung nahe, dass der zunehmende Blick auch auf die USA die Bedeutung des *Common Law*-Rechtsdenkens für die europäische Rechtsvergleichung insgesamt erhöht.

2. Europarecht und Völkerrecht

Das Europarecht ist bekanntlich auch mit dem Völkerrecht verzahnt. Von der Union abgeschlossene völkerrechtliche Verträge sind Bestandteil des Unionsrechts (vgl. Art. 216 Abs. 2 AEUV) und bedürfen teilweise zudem der Umsetzung im Sekundärrecht. Entsprechend muss sich dann gegebenenfalls der rechtsvergleichende Blick bei der Auslegung auch für die völkerrechtlichen Hintergründe des Unionsrechts öffnen.¹⁰⁰

Das immer noch wichtigste, freilich teilweise speziell gelagerte Beispiel sind einmal mehr die europäischen Grundrechte. In Parallele zu Art. 6 Abs. 3 EUV ordnen Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 GrCh an, dass neben den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auch und gerade die Europäische Menschenrechtskonvention als regionales Völkerrecht zentrale Bedeutung für die Konturierung des Schutzgehalts der europäischen Charta-Grundrechte gewinnen muss.¹⁰¹

Allerdings bleiben es doch eher seltene Sonderfälle, in denen das Völkerrecht in der rechtsvergleichenden Methode beim europäischen (Verwaltungs-)Recht neben

97 Beispiele bei *H.-J. Papier*, Die Rezeption allgemeiner Rechtsgrundsätze aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 2007, S. 133 f. Aus dem im Text genannten Grund kritisch zum Begriff des *legal transplant*, der nur die Möglichkeiten einer Aufnahme oder Abstoßung importierter Rechtsfiguren suggeriere, und stattdessen das Bild der „Rechtsirritation“ bevorzugend *G. Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, Mod. L. Review, 61 (1998), S. 11 ff.

98 Allgemein statt vieler *Schönberger*, IPE IV (Fn. 12), § 71 Rn. 30 m.w.N.

99 Die geringere Reichweite der Befugnisse europäischer Agenturen kritisiert *D. Geradin* (Fn. 94), S. 215 (219 ff.); zur Vernetzungsaufgabe europäischer Agenturen etwa *W. Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010, S. 85 ff.

100 Dazu früher tendenziell skeptisch, um die Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung zu sichern, *J. Schwarze*, Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen, in: ders., Europarecht: Strukturen, Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union, 2012, S. 29 ff.

101 Zur heutigen Bedeutung neben der Grundrechtecharta siehe *H. D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, Art. 52 GrCH, Rn. 60 ff. Vgl. auch die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte 2007/c 303/02, ABI. 2007 C 303/17, S. 33. Als Beispiel für eine frühe detaillierte Auswertung der EGMR-Rechtsprechung siehe EuGH, Rs. C-279/09 (DEB), Slg. 2010, I-13849, Rn. 36-51.

das Recht der Mitgliedstaaten tritt. Häufiger sind Konstellationen, in denen das Unionsrecht wiederum völkerrechtskonform auszulegen ist; dieser völkerrechtliche Hintergrund des Unionsrechts kann dann mittelbar sogar für die zugehörige nationale (Umsetzungs-)Gesetzgebung Bedeutung gewinnen. Ein viel diskutiertes Beispiel aus jüngerer Zeit ist die Århus-Konvention mit ihrer Prägkraft für die UVP-Richtlinie und die Rechtsbehelfs-Richtlinie sowie deren Umsetzung im Recht der Mitgliedstaaten.¹⁰² Mit der rechtsvergleichenden Methode im Unionsrecht hat dies freilich nur noch entfernt zu tun. Umgekehrt finden sich auch Rechtsbereiche, in denen das maßgebliche Völkerrecht wiederum wesentlich auf europarechtlichen Vorbildern fußt. Dies betrifft namentlich die Reform des *Government Procurement Agreement*, die wohl wesentliche Anleihen bei den früheren EU-Vergaberechtlinien genommen hat. Da gleichzeitig aber das (aktuelle) europäische Vergaberecht wiederum völkerrechtskonform, also im Lichte des *Government Procurement Agreements* auszulegen ist,¹⁰³ löst sich wohl faktisch die hierarchische Zuordnung ein Stück weit in einer Vergleichsperspektive auf. Größere praktische Bedeutung kommt dem freilich nicht zu, weil die grobmaschigen Vorgaben des WTO-Beschaffungsabkommens keinerlei Konflikte mit dem weit-aus detaillierteren Unionsrecht verursacht.¹⁰⁴

V. Fazit

Vertiefung und Ausdifferenzierung der europäischen Rechtsgemeinschaft führen auch zu einer Ausdifferenzierung und teilweisen Bedeutungsverschiebung der rechtsvergleichenden Methode im europäischen Verwaltungsrecht. Statt der Lückenfüllung mittels Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze dient die wertende Rechtsvergleichung auf europäischer Ebene heute zunehmend der Auslegung des vorhandenen Sekundärrechts sowie der Vorbereitung europäischer Gesetzgebung. Massiv erhöhte Komplexität macht ein pragmatischeres Herangehen erforderlich, wenn auch idealtypisch der Anspruch einer lückenlosen Verarbeitung des Rechts aller Mitgliedstaaten einschließlich dessen praktischer Handhabung erhalten bleibt. An der äußerst anspruchsvollen wertenden Rechtsvergleichung sind immer mehr Akteure beteiligt.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, die Rechtsvergleichung im Unionsrecht als Teil einer komplexen Vernetzungsaufgabe zu begreifen. Damit gewinnt die vergleichende Methode im europäischen (Verwaltungs-)Recht gegenüber der allgemeinen Rechtsvergleichung einen besonderen, herausgehobenen Stellenwert.

102 Siehe EuGH, Rs. C-240/09 (Slowakischer Braunbär), Slg. 2011, I-1255; rezipiert für das nationale Recht in BVerwGE 147, 312 (Rn. 20 ff.); dazu insgesamt *W. Durner*, in: *Landmann/Rohmer* (Begr.), *Umweltrecht*, Loseblatt (77. EL August 2015), *Umweltvölkerrecht*, Rn. 83 ff.

103 EuGH, Rs. C-70/94 (Werner), Slg. 1995, I-3189 (Rn. 23); EuGH, Rs. C-61/94 (Bundesrepublik Deutschland), Slg. 1996, I-3989 (Rn. 52); zusammenfassend *M. Fehling*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Aufl. 2015, § 97 GWB, Rn. 26.

104 *M. Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, 2007, S. 104 f.

Für die Sicherung der Akzeptanz des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten, für die Suche nach einer Balance zwischen rechtlicher Innovation und Tradition, bleibt die wertende Rechtsvergleichung unverändert wichtig.¹⁰⁵

105 So auch das Fazit von *Lenaerts* (Fn. 1), ICLQ 52 (2003), S. 873 (906).

Zur heutigen Bedeutung der Rechtsvergleichung für das europäische Verwaltungsrecht

*Claus Dieter Classen, Greifswald**

I. Einführung

Der Rechtsvergleichung ist in der Vergangenheit bei der Herausbildung der Allgemeinen Rechtsgrundsätze des europäischen Rechts, insbesondere des Verwaltungsrechts, eine zentrale Bedeutung zugekommen, und zwar auch über den Anwendungsbereich des Art. 340 Abs. 2 AEUV hinaus, wo auf dieses Instrument explizit Bezug genommen wird. Maßgeblicher Grund hierfür war, dass die europäische Rechtsordnung zu Beginn im Bereich des gerade in der Anfangszeit der europäischen Integration besonders wichtigen Verwaltungsrechts zahlreiche Lücken aufwies, die von der Judikatur des Gerichtshofes eben mithilfe dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze zu füllen waren. Bei der wissenschaftlichen Grundlegung und Begleitung dieses Prozesses hat *Jürgen Schwarze* Fundamentales geleistet.¹

Mittlerweile hat sich die Situation entscheidend gewandelt. Das Eigenverwaltungsrecht der europäischen Institutionen ist bis in viele Verästelungen hinein systematisch entfaltet worden.² In Teilbereichen ist es bereits jetzt kodifiziert, und es hat die Diskussion um eine Gesamtkodifikation begonnen.³ Soweit das Unionsrecht durch nationale Stellen anzuwenden und zu vollziehen ist, stellt sich zudem das die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze legitimierende Lückenproblem nicht in gleicher Weise wie auf der genuin europäischen Ebene, weil das nationale Recht heranzuziehen ist, soweit das Unionsrecht keine Vorgaben bereithält.

Und schließlich gibt es zwar einen Bereich des europäischen Verwaltungsrechts, dessen Entwicklung im Wesentlichen erst in den letzten Jahren begonnen hat und der bis heute eine starke Dynamik aufweist, das Kooperations- oder Verbundverwaltungsrecht.⁴ Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass nationale und europäi-

* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Greifswald. Die nachfolgenden Überlegungen gehen in ihrem Kern auf einen Diskussionsbeitrag auf der Tagung zurück.

1 Siehe insbesondere *J. Schwarze* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982; *ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1988; 2. Aufl. 2005; *ders.* (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1996; *ders.* (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008.

2 Dazu *T. v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 315 ff.; ferner zahlreiche Beiträge in *J.P. Terhechte* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011.

3 Dazu *A. Guckelberger/F. Geber*, Allgemeines europäisches Verwaltungsrecht vor seiner Kodifikation, 2015; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 1), S. XLIX f., XCIV ff.

4 Dazu *G. Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004; *M. Ruffert*, Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: *A. v. Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber* (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, HB IPE V, 2014, § 94 Rn. 8 ff.; *T. Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, S. 223 ff.; *C.D. Classen*, in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 197 Rn. 52 ff.; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 1), S. L, Clff.; *v. Danwitz* (Fn. 2), S. 609 ff.

sche Stellen mit zwar jeweils spezifischer Verantwortung, aber letztlich gemeinsam die Anwendung des Unionsrechts sicherstellen. Hintergrund ist die Sicherung eines auch in der Rechtspraxis, trotz aller noch anzusprechender Unterschiede zwischen den Rechtstraditionen und -kulturen der Mitgliedstaaten, einheitlichen Vollzuges, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden sowie – insbesondere im Binnenmarktrecht – die gegenseitige Anerkennung oder sogar die grenzüberschreitende Wirkung nationaler Verwaltungsentscheidungen zu ermöglichen. Zur Bewältigung des zuletzt genannten speziellen Problems kann die Rechtsvergleichung aber nur wenig beitragen, weil die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten insoweit kaum Vorbilder liefern. Zwar könnte man daran denken, dass föderal oder zumindest dezentral verfasste Staaten wie die Bundesrepublik auch insoweit als Referenz dienen.⁵ Tatsächlich aber ist das nicht möglich. In Deutschland werden die angesprochenen Probleme im Wesentlichen durch ein materiell einheitliches, in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder kodifiziertes allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsvollstreckungsrecht sowie ein (im Wesentlichen) sogar formell bundesrechtliches Verwaltungsprozessrecht bewältigt.⁶ Auf europäischer Ebene aber fehlt es daran, und genau das führt zu den dargestellten Kooperationsformen.

Nachfolgend soll gezeigt werden, warum die Rechtsvergleichung trotz alledem auch künftig für die Weiterentwicklung des europäischen Verwaltungsrechts von zentraler Bedeutung ist. Bei der Frage, wie das Recht verwirklicht wird, gibt es nämlich weiterhin – gerade auch im Verwaltungsrecht – gravierende Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten. Diese haben auch ganz erhebliche Auswirkungen auf den Vollzug des Unionsrechts. Dies und die damit verbundenen Probleme sollen nachfolgend anhand einiger im öffentlichen Recht besonders relevanter Fragestellungen näher entfaltet werden, deren Liste sich auch durchaus noch verlängern ließe (II.). Hier kann und muss die Rechtsvergleichung genutzt werden, damit dieser Vollzug die im europäischen Rechtsraum notwendige Effektivität und Einheitlichkeit aufweist. Ihr kommt so im Kontext der europäischen Rechts harmonisierung eine Daueraufgabe zu (III.). Dabei betreffen die Probleme nicht nur den nationalen Rechtsanwender. Auch der Gerichtshof selbst steht immer wieder vor der Frage, wie weit er unionsrechtliche Vorschriften selbst konkretisiert und welche Spielräume er den nationalen Rechtsanwendern beläßt. Daher ist dann auch zu fragen, welche Akteure hier welche Verantwortung haben (IV.).

5 Zum Verwaltungsverbund auf nationaler Ebene *Siegel* (Fn. 4), S. 48 ff.

6 Insoweit bestehende Probleme offenbart aber jüngst BVerfGE 139, 321 Rn. 96 ff. mit einschlägigem Sondervotum Voßkuhle, Hermanns und Müller zur Anerkennung von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts durch die verschiedenen Bundesländer.

II. Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bei der Rechtskonkretisierung

1. Vorbemerkung zum Problem der Rechtsverwirklichung

Wesentlich neue Rechtsgrundsätze sind also kaum noch zu entwickeln.⁷ Trotzdem ist die Rechtsvergleichung auch heute noch im Kontext der europäischen Rechts harmonisierung von wichtiger Bedeutung. Man kann diese Harmonisierung nämlich in gewisser Weise mit einem Eisberg vergleichen. Das Recht als solches ist im Regelfall formal überall im Grundsatz im gebotenen Ausmaß einheitlich. Europäische Verordnungen sind ohnehin auf unmittelbare Anwendung angelegt, und auch bei Richtlinien achtet die Kommission darauf, dass die Umsetzung so erfolgt, dass die Erreichung der unionsrechtlich vorgegebenen Ergebnisse⁸ gewährleistet⁹ wird, und befasst, wenn dies aus ihrer Sicht nicht der Fall ist, im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV den Gerichtshof. Zunächst kann sie dabei jedoch nur die rein normative Ebene, also das nationale Gesetzblatt oder eben die Spitze des Eisberges, in den Blick nehmen. Wie jedes Recht bildet aber auch das Unionsrecht keinen Selbstzweck, sondern zielt auf Veränderung der Wirklichkeit. Diese kann nun das Recht nicht als solches bewirken, sondern es bedarf eines wirksamen – und das heißt nicht zuletzt: Rechtsanwendungsgleichheit gewährleistenden – Vollzuges. Der AEUV unterstreicht dies neuerdings sogar explizit, indem er in Art. 197 die „für das ordnungsgemäße Funktionieren der Union entscheidende effektive Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten … als Frage von gemeinsamem Interesse“ qualifiziert. Tatsächlich erfolgt diese Durchführung regelmäßig im Rahmen und in den Formen des nationalen Rechts. Jeder europäische Harmonisierungsakt weist – dies ist schon Konsequenz des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung – einen nur begrenzten Anwendungsbereich auf. Alle Rechtsfragen, die ein Fall jenseits dieses Anwendungsbereiches aufwirft, sind daher nach nationalem Recht zu beantworten. Zwar geht der europäische Gesetzgeber offenbar davon aus, dass der – in der Praxis zunehmende – Einsatz von Verordnungen anstatt von Richtlinien¹⁰ die notwendige Einheitlichkeit der Durchführung des Unionsrechts sichern könne.¹¹

7 Vgl. auch Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 1), S. LVI.

8 So die auch sachlich allein zutreffende Formulierung von Art. 288 Abs. 3 AEUV in allen anderen Vertrags sprachen, die sich im Übrigen an versteckter Stelle auch in der deutschen Version findet (Art. 153 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV im Kontext der dortigen Regelung zur Umsetzung von Richtlinien durch Tarifvertragspartei en).

9 Zu dieser Anforderung bei der Umsetzung siehe etwa EuGH, Rs. 14/83 (Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891, Rn. 15; Rs. C-131/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-825, Rn. 6.

10 Zur Kritik allgemein N. Wunderlich/T. Pickartz, Hat die Richtlinie ausgedient? Zur Wahl der Handlungsformen nach Art. 296 Abs. 1 AEUV, EuR 2014, S. 659 ff.; mit Blick auf die Kompetenz nach Art. 114 AEUV, wo dies auch zu beobachten ist, ferner C.D. Classen, in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 114 Rn. 125 ff., 133.

11 Zu diesem Gedanken siehe etwa ErwGr 5 der VO (EU) 596/2014 (ABl. 2014 L 173/1) gegen Marktmisbrauch: „Um die noch bestehenden Handelshemmnisse und die aus den Unterschieden zwischen dem jeweiligen nationalen Recht resultierenden erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen und dem Entstehen

Weil das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung jedoch auch für Verordnungen gilt und diese naturgemäß nur im Rahmen ihres Anwendungsbereichs wirken, kann die angestrebte Einheitlichkeit so allenfalls partiell hergestellt werden – unabhängig von allen zusätzlichen, mit diesem Ansatz verbundenen Schwierigkeiten.¹² Und selbst wenn in einem bestimmten Bereich die Harmonisierung nahezu vollständig erfolgt ist, liegt die Durchführung des Unionsrechts doch in der Hand von Juristen, die ihre berufliche Ausbildung und Sozialisation im Rahmen des nationalen Rechts erfahren haben und die sich auch bei Anwendung des Unionsrechts kaum vollständig von nationalen Denkstrukturen lösen können.¹³ Selbst beim EuGH spielen die von den einzelnen Richtern mitgebrachten jeweiligen nationalen Rechtsverständnisse eine gewisse Rolle.¹⁴

Der Vollzug des Unionsrechts ist also trotz auch, aber nicht nur durch die europäische Rechtsharmonisierung bewirkter Annäherungen¹⁵ wesentlich national geprägt. Mit anderen Worten: Der Prozess der Rechtskonkretisierung im Rahmen der Rechtsanwendung durch nationale Verwaltungen und nationale Richter wird maßgeblich – und dementsprechend unterschiedlich – von nationalen Denkstrukturen mitgeprägt.¹⁶ Die für den Erfolg von Rechtsangleichung zentrale „Durchdringung“ des nationalen Rechts¹⁷ bleibt so nicht selten begrenzt. So sind be-

weiterer Handelshemmnisse und erheblicher Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen, muss eine Verordnung erlassen werden, durch die eine einheitlichere Auslegung des Regelwerks der Union zum Marktmisbrauch erreicht wird und in der in allen Mitgliedstaaten geltende Regeln klarer definiert sind. Indem den Vorschriften in Bezug auf Marktmisbrauch die Form einer Verordnung gegeben wird, ist deren unmittelbare Anwendbarkeit sichergestellt. Dadurch werden infolge der Umsetzung einer Richtlinie voneinander abweichende nationale Vorschriften verhindert, so dass einheitliche Bedingungen gewährleistet sind. Diese Verordnung wird zur Folge haben, dass in der gesamten Union alle natürlichen und juristischen Personen die gleichen Regeln zu befolgen haben.“

- 12 Dazu bereits die Hinweise in Fn. 10.
- 13 Dazu *A. Hatje/P. Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“ – Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, S. 155 (157 ff.); *E. Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union – Instrumente, Funktionsmechanismen und Wirkparameter effektiver Harmonisierung, Freiburger Habilitationschrift, 2015, Manuskriptfassung, § 24 IV, sowie speziell am Beispiel der UVP ebd., § 24 II 1 c bb. Zu unterschiedlichen methodischen Zugriffen im Verwaltungsrecht siehe am Beispiel Englands und Frankreichs *M. Ruffert*, Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union, in: *E. Schmidt-Abmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 165 (172 ff.).
- 14 Dazu *T. v. Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuR 2008, S. 769 (778); vgl. auch *K. Lenaerts*, Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, S. 487 (492).
- 15 Dazu etwa die Beiträge in: *Schwarze* (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss sowie *ders.* (Hrsg.), Bestand und Perspektiven (beide Fn. 1), insbesondere im zweitgenannten Band *J.-M. Woehrling*, Le contrôle juridictionnel de l’administration en Europe et la distinction entre le droit objectif et droits subjectifs, S. 279 (289); *S. Casse*, Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa, in: *A. v. Bogdandy/S. Casse*/P.M. Huber (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, HB IPE III, 2010, § 41 Rn. 33 ff.; *M. Kayser*, Rechtsschutz und Kontrolle, in: *A. v. Bogdandy u.a.*, HB IPE V (Fn. 4), § 91 Rn. 140 f.; *M. Fromont*, Droit administratif des États européens, 2006, S. 3 f.; *T. Groß*, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, Die Verwaltung 33 (2000), S. 415 ff.; *v. Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 128 ff.
- 16 Zu diesen Unterschieden, mancher der nachfolgend entfalteten Gedanken bereits enthaltend, auch *C. D. Classen*, Wie deutsch ist das Europarecht?, in: *U. Kischel* (Hrsg.), Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven, 2014, S. 93 ff., insbesondere S. 114 ff.; *ders.*, Der EuGH und die Herausbildung eines europäischen Verwaltungsrechts, in: *R.-P. Schenke/J. Suerbaum* (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, 2016, S. 11 ff. Zur Bedeutung des Kontextes des Rechts im Rahmen der Rechtsvergleichung allgemein *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2014, § 3 Rn. 199 ff.
- 17 Dazu *Lohse* (Fn. 13), § 17 II.

stimmte Grundprinzipien des Verwaltungsrechts zwar unionsweit allgemein anerkannt, doch zeigt sich bei näherer Betrachtung schnell, dass sie bis heute recht unterschiedlich verstanden werden – mit erheblichen Konsequenzen für den Vollzug.¹⁸ Dieses Phänomen haben *Armin Hatje* und *Peter Mankowski* anschaulich mit dem Hinweis auf die Existenz von 29 Unionsrechtsordnungen beschrieben – die der europäischen Institutionen sowie 28 nationale Unionsrechtsordnungen der verschiedenen Mitgliedstaaten.¹⁹ Dabei ist zu bedenken, dass die Spielräume des Rechtsanwenders bei der Interpretation des Unionsrechts im Vergleich zum nationalen Recht häufig relativ groß sind. Dies liegt an der sprachlichen Vielgestaltigkeit des Unionsrechts sowie der notwendigen Kompromisshaftigkeit der europäischen Rechtsetzung, die beide nicht selten zu einer Offenheit des geschriebenen Rechts gegenüber unterschiedlichen Interpretationen führen,²⁰ die aus dem nationalen Recht regelmäßig nur in geringerem Ausmaß bekannt ist.

Problematische Folgen der vorgenannten Situation werden jedoch meist nur in wenigen Einzelfällen konkret erkennbar und sind auch dann in einem Vertragsverletzungsverfahren überprüfbar.²¹ Die Masse bleibt wie der wesentliche Teil des Eisbergs zumindest aus Brüsseler Sicht verborgen.

2. Beispiele auf der Ebene des materiellen Rechts und seines Verständnisses

a) Gesetzesbindung: zur Interpretation des Rechts

Europaweit allgemein anerkannt und rechtsstaatlich (vgl. Art. 2 EUV) auch elementar ist die Bindung der Verwaltung an das geltende Recht.²² Ein wichtiger Unterschied zeigt sich jedoch schon beim ersten Schritt bei der Anwendung dieses Grundsatzes, nämlich bei der Interpretation des Rechts. In Deutschland hat sich eine hohe Kunst der Dogmatik entwickelt, die insbesondere auch die Bereitschaft einschließt, ausgesprochen offene Begriffe eines Gesetzes systematisch zu konkretisieren und gegebenenfalls auch detailreiche Konsequenzen aus ihnen abzuleiten.²³ Im vorliegenden Kontext zeigt dies etwa, wie die nachfolgenden Aus-

18 Zur Notwendigkeit der Einheitlichkeit der Vollzugsregeln *Lohse* (Fn. 13), § 15 II. 3.

19 (Fn. 13), S. 155 ff.

20 Dazu v. *Danwitz*, Funktionsbedingungen (Fn. 14), S. 780 ff.; zu den Sprachproblemen auch *M. Schmidt-Kessel*, Die Sprache (oder die Sprachen?) des Europäischen Privatrechts, in: FS Uwe Blaurock, 2013, S. 401 (410 ff.).

21 Beispielhaft EuGH, Urt. v. 24.11.2011, Rs. C-404/09 (Kommission/Spanien), Slg. 2011, I-11853, zur Genehmigung von Kohletagebauvorhaben im Schutzgebiet „Alto Sil“ ohne die geforderte Umweltverträglichkeitsprüfung oder EuGH, Urt. v. 10.4.2003, verb. Rs. C-20/01 und C-28/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2003, I-3609 wegen der Vergabe von Aufträgen zur Müllentsorgung durch die Gemeinde Bockhorn und die Stadt Braunschweig ohne die geforderte öffentliche Ausschreibung; zur aus dem festgestellten Verstoß folgenden Pflicht zur Kündigung der entsprechenden Verträge siehe das Folgeurteil v. 18.7.2007, Rs. C-503/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6153, Rn. 33 ff.

22 *P.M. Huber*, Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa – Problemaufriss und Synthese, in: *A. v. Bogdandy* u.a., HB IPE V (Fn. 4), § 73 Rn. 35 ff.; *C. D. Classen*, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 2013, Rn. 120 ff.

23 Zu diesen Unterschieden auch *M. Schmidt-Kessel* (Fn. 20), S. 412 f.; *Hatje/Mankowski* (Fn. 13), S. 159; vgl. auch *T. Würtenberger/S. Neidhardt*, Distanz und Annäherung zwischen deutschem und europäischem Verwal-

führungen deutlich machen, sehr deutlich das Verständnis von Art. 19 Abs. 4 GG.²⁴

Ein Blick über die Grenzen zeigt, dass dies keineswegs selbstverständlich ist. Besonders deutlich werden die Unterschiede mit Blick auf den angelsächsischen Bereich. Dort dominiert herkömmlich die am Wortlaut orientierte Interpretation.²⁵ Hintergrund ist das richterrechtliche Common law, das nach dem Grundverständnis der dortigen Rechtsordnung die Regel bildet, während Parlamentsgesetze hierzu eine – von daher traditionell eng auszulegende – Ausnahme bilden.²⁶ Die gedankliche Logik, die hinter diesem Modell steht, ist, dass das Recht nicht vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber erfunden, sondern eben schlicht durch den Richter gefunden wird²⁷ – ein Gedanke, der in vordemokratischer Zeit auch in Kontinentaleuropa das Verständnis von Recht bestimmt hat.²⁸

Mit Blick auf den skandinavischen Rechtskreis ist das pragmatische Rechtsverständnis hervorzuheben, das gleichfalls kaum vertiefte dogmatische Gedankenkonstruktionen kennt, sondern sich um flexible Lösungen bemüht, sowie den Motiven des Gesetzesgebers eine zentrale Bedeutung zuweist.²⁹ Sicherlich ist – nicht nur – in allen diesen Ländern insoweit in den letzten Jahren, gerade auch unter den Impulsen des europäischen Rechts, ein Wandel zu verzeichnen,³⁰ doch erfolgt dieser naturgemäß nur langsam. Abschließend sei erwähnt, dass man sich auch in Frankreich im Umgang mit Generalklauseln manchmal schwerer tut als in Deutschland.³¹

tungsrecht im Zeichen der europäischen Integration, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven (Fn. 1), S. 255 (261).

- 24 Jüngst in diesem Sinne etwa *K. Rennert*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DVBl. 2015, S. 793 (794 f.); zurückhaltender *E. Schmidt-Aßmann*, Einleitung, in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.), VwGO, Bearbeitung Januar 2012, Rn. 152 ff.
- 25 *S. Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 780 ff.; *A.M. Fröhlich*, Von der Parlamentssouveränität zur Verfassungssouveränität, 2009, S. 105 ff.; *R. David/C. Jauffret-Spinosi*, Les grands systèmes de droit contemporains, 11. Aufl. 2002, Rn. 300. Zum unterschiedlichen Zugang zum Europarecht *M. Ruffert*, Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 253 (257 ff.).
- 26 *Vogenauer* (Fn. 25), S. 1219 ff.; *G. Cuniberti*, Grands systèmes de droit contemporains, 2. Aufl. 2011, Rn. 159; *Kischel* (Fn. 16), § 5 Rn. 33.
- 27 *Kischel* (Fn. 16), § 5 Rn. 42; *Classen*, Nationales Verfassungsrecht (Fn. 22), Rn. 113 f., 555 f.
- 28 Dazu *H. Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2001, Rn. 930.
- 29 Allgemein *Kischel* (Fn. 16), § 7 Rn. 108 bzw. 95 ff.; *E.V. Heyen*, Kultur und Identität in der europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung, 2000, S. 28 f.; im hier relevanten Kontext *Schmidt-Kessel* (Fn. 20), S. 413; *Hatje/Mankowski* (Fn. 13), S. 160.
- 30 Zum Vereinigten Königreich *Vogenauer* (Fn. 25), S. 963 ff., speziell zum Einfluss des Europarechts S. 1169 ff.; *R. David/C. Jauffret-Spinosi* (Fn. 25), Rn. 301; zu Schweden *Heyen* (Fn. 29), S. 30.
- 31 *Würtenberger/Neidhardt* (Fn. 23), S. 262 f.; mit Blick auf das Zivilrecht vergleichend *H.-J. Sonnenberger*, Treu und Glauben – ein supranationaler Grundsatz?, in: FS Odarsky, 1996, S. 703 ff.; *P. Jung*, Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht, in: C. Baldus/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, 2006, S. 37 ff.; zu den unterschiedlichen Richterverständnissen insbesondere S. 46 ff. Im Verfassungsrecht wird etwa das im deutschen Recht überaus detailreich konkretisierte Demokratieprinzip des Art. 20 GG (dazu etwa *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Demokratie)) in Frankreich (dort Art. 1 der Verfassung) über die im Verfassungstext selbst vorhandenen Konkretisierungen wie zum Wahlrecht hinaus praktisch nicht fruchtbar gemacht. Repräsentativ *L. Favereu* u.a. (Hrsg.), Droit constitutionnel, 13. Aufl. 2010 Rn. 790 ff.; vergleichend *Y. Vilain*, in: N. Marsch/Y. Vilain/M. Wendel (Hrsg.), Französisches und Deutsches Verfassungsrecht, 2015, Rn. 55 bzw. 59; siehe ferner ebd. zum Sozialstaatsprinzip Rn. 161 ff. Es gibt aber auch Ausnahmen, wie die Schlussfolgerungen des Ver-

b) Gesetzesvorbehalt: Konditional- und Finalorientierung

Nicht in gleicher Weise uneingeschränkt in Geltung wie das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, aber doch in zahlreichen Ländern zumindest in erheblichem Umfang anerkannt ist der Gesetzesvorbehalt, also der Grundsatz, dass die Verwaltung für ihr Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf.³² Für das Unionsrecht ergibt sich dies ohnehin aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV). Fragt man aber konkret, welche Konsequenzen aus bestimmten Normen hergeleitet werden können und welche nicht, zeigen sich zum Teil deutlich divergierende Konzeptionen verwaltungsrechtlicher Normen. Nach deutlichem Verständnis von Rechtsstaatlichkeit darf die Verwaltung – im Rahmen der Reichweite des Gesetzesvorbehaltes – nur auf der Grundlage einer dementsprechend konditional formulierten spezifischen Ermächtigungsnorm handeln, in der die Voraussetzungen administrativen Handelns hinreichend präzise bestimmt sind. Dieser Gedanke wurde im 19. Jahrhundert entwickelt, um so die monarchisch geleitete Exekutive möglichst eng an den demokratisch legitimierten Parlamentswillen anzubinden,³³ und ist daher nicht uneingeschränkt auf andere Staaten übertragbar.

Dementsprechend wird die mit diesem Verständnis von Gesetzesvorbehalt verbundene Unterscheidung zwischen Aufgaben und Befugnissen in anderen EU-Staaten nicht mit vergleichbarer Schärfe gesehen. Vielmehr werden verwaltungsrechtliche Normen unter deutlich großzügigeren Voraussetzungen als Ermächtigungsgrundlage für Verwaltungshandeln angesehen.³⁴ Zugleich ist das Verwaltungsrecht dort nicht selten wesentlich stärker als in Deutschland final geprägt. Die Verwaltung hat bestimmte Aufgaben zu erfüllen, und bei der Frage, welche Mittel sie dazu einsetzt, wird ihr dann ein nicht unerheblicher Spielraum gelassen, der nur in Grenzen einer richterlichen Kontrolle unterliegt. Auch das europäische Recht ist von dieser Vorstellung mitbestimmt. In der Konsequenz werden gelegentlich unionsrechtliche Normen als Ermächtigungsnormen anerkannt, die aus deutscher Perspektive den einschlägigen Anforderungen nicht genügen, sondern eher als Aufgabennormen zu qualifizieren wären.³⁵

fassungsrates aus dem Prinzip der Gewaltenteilung zur Besoldung des Staatspräsidenten zeigen (DC 2012-654 vom 9.8.2010 Rn. 81 ff.; dazu sehr kritisch *O. Beaud*, Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république: une hérésie constitutionnelle (A propos de la décision du 9 août 2012), *Jus politicum* Nr. 9 (2013)).

32 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 1), S. LVI ff., 198 ff.; *Classen*, Nationales Verfassungsrecht (Fn. 22), Rn. 563 ff.; zum englischen Recht etwa *H.W.R. Wade/C.F. Forsyth*, *Administrative Law*, 9. Aufl. 2004, S. 20.

33 *M. Kloepfer*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, *JZ* 1984, S. 685.

34 Dazu, mit entsprechender Kritik, ausführlich etwa *R. Breuer*, Konditionale und finale Rechtsetzung, *AöR* 127 (2002), S. 523 ff.; positiver, die auch insoweit bestehenden Grenzen betonend *C. Möllers*, Verwaltungsrecht und Politik, in: *A. v. Bogdandy u.a.*, *HB IPE V* (Fn. 4), § 93 Rn. 64. Zu englischen Gesetzen *Wade/Forsyth* (Fn. 32), S. 213; zu Frankreich auch *Fromont* (Fn. 15), S. 233, auch in Abgrenzung zum deutschen Recht; zum französischen Polizeirecht etwa *C.D. Classen*, Verwaltungsrecht, in: *H.-J. Sonnenberger/C.D. Classen* (Hrsg.), *Einführung* in das französische Recht, S. 115 f.

35 Beispielhaft zur Rückforderung von zu Unrecht vergebenen europäischen Subventionen EuGH, Urt. v. 18.12.2014, Rs. C-599/13 (SOMVAO), Rn. 49, konkret zu Art. 53b der mittlerweile aufgehobenen VO (EG, EAG) 1605/2002 (AbI. 2002 L 248/1), dort eingefügt durch VO (EU, EAG) 1995/2006 (AbI. L 2006 L

c) Materielles und Verfahrensrecht einschließlich Fehlerfolgen

Verwaltungsrecht besteht regelmäßig aus materiellem und formellem Recht. Die bereits erwähnte Rechtsbindung erfasst im Grundsatz beide. Zwischen den Mitgliedstaaten bestehen jedoch deutliche Unterschiede bei der Frage, ob und inwieviel das Recht eher vom Verfahren oder vom materiellen Recht geprägt ist. In Deutschland steht gerade im öffentlichen Recht das materielle Recht ganz eindeutig im Vordergrund. Dem Verfahrensrecht wird herkömmlich nur eine insoweit dienende Rolle zugewiesen.³⁶ Genau umgekehrt ist die Situation im englischen Recht. Dieses ist klassisch ganz besonders stark durch das Verfahrensrecht geprägt.³⁷ Auch in anderen Mitgliedstaaten spielt das Verfahrensrecht wohl eine stärkere Rolle als in Deutschland.³⁸

Praktische Konsequenzen der Unterschiede ergeben sich insbesondere bei den Fehlerfolgen. Insoweit ist zwar verbreitet anerkannt, auch in der Europäischen Union, dass nicht jeder Fehler bereits zur Rechtswidrigkeit der anschließend getroffenen Entscheidung führt, sondern dass Kausalitätsüberlegungen anzustellen sind: War der Fehler (mit) ursächlich für das Ergebnis?³⁹ Dies legt auf den ersten Blick eine Vergleichbarkeit des Verständnisses nahe. Ein zweiter Blick offenbart jedoch deutliche Unterschiede. Diese zeigen sich bei der praktischen Handhabung des Kausalitätsgedankens: Prüft ein Richter nur anhand etwa der Akten und fragt, ob zum Beispiel jemand, der nicht angehört wurde, später etwas Substantielles vorgetragen hat, oder versetzt man sich in die Rolle eines alle Aspekte kennenden Akteurs, der genau abschätzen kann, was bei korrektem Verfahren passiert wäre? Letzteres ist in der deutschen Praxis der Fall.⁴⁰ Als Argument dient insbesondere

390/1), und heute im entscheidenden Punkt deckungsgleich mit Art. 59 VO (EU) 966/2012 (ABl. L 2012 L 298/1). Die frühere Judikatur hat dies zumindest zurückhaltender formuliert, auch wenn das Ergebnis das gleiche war, und sprach von einer Pflicht der nationalen Behörden zur Rückforderung, ohne dass es einer Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht bedarf, siehe EuGH, Urt. v. 13.3.2008, Rs. C-383/06 bis C-385/06 (Vereniging National Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening u. a.), Slg. 2008, I-1561, Rn. 40; Urt. v. 21.12.2011, Rs. C-465/10 (Chambre de commerce et de l'industrie de l'Indre), Rn. 35, beide zu Art. 23 VO (EWG) 4253/88 (ABl. 1988 L 374/1). Siehe ferner zur Rückforderung rechtswidrig ausgezahlter nationaler Subventionen EuGH, Urt. v. 11.9.2014, Rs. C-527/12 (Kommission/Deutschland), Rn. 55.

36 M. Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, § 11 Rn. 2; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 19 Rn. 8.

37 Kischel (Fn. 16), § 5 Rn. 44; P. Craig, Großbritannien, in: v. Bogdandy u.a., HB IPE V (Fn. 4), § 77 Rn. 29 ff.; siehe auch zu den Fehlerfolgen v. Danwitz, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 38 f.

38 Siehe etwa zu Italien *D. de Pretis*, in: v. Bogdandy u.a., HB IPE V (Fn. 4), § 78 Rn. 62 ff.; zu Portugal *V. Pereira da Silva/A. Salgado de Matos*, ebd., § 81 Rn. 192; zu Schweden *L. Marcusson*, ebd., § 82 Rn. 58; zu Spanien *O. Mir*, ebd., § 84 Rn. 66, 99, 142; zu Frankreich *v. Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 59 f.; M. Fromont, L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne, Mélanges Franck Moderne, 2004, S. 1117 (1120 ff.). Dort wird allerdings jüngst eine abnehmende Bedeutung von Verfahrensfehlern beobachtet; so jedenfalls M. Rota, Vers la disparition des vices de forme?, RDP 2015, S. 641 ff.

39 Zum Unionsrecht etwa EuGH, Rs. C-301/87 (Frankreich/Kommission), Slg. 1990, I-307, Rn. 31; verb. Rs. C-106/09 P und 107/09 P (Kommission und Spanien/Gibraltar und Vereinigtes Königreich), Slg. 2011, I-11113, Rn. 179; zu Frankreich, Italien und Spanien Fromont (Fn. 15), S. 230 ff.

40 BVerwGE 98, 339 (362 ff.); 100, 238 (247 ff.); 130 93 (94 ff.) Zu den angesprochenen Unterschieden C.D. Classen, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des europäischen Gemeinschaftsrechts, Die Verwaltung 31 (1998), S. 307 (327 ff.).

die Annahme, dass das gerichtliche Verfahren im Regelfall besser sei als das Verwaltungsverfahren.⁴¹

Diese auch in anderen Zusammenhängen vorherrschende, sogleich anzusprechende Vorstellung von der besonderen Kompetenz des Richters wird jedoch gemein-europäisch nicht uneingeschränkt geteilt (näher dazu bei 3 c). Hinzu kommt, dass herkömmlich in Deutschland einem Kläger die Darlegungslast dafür zukommt, dass ein Verfahrensfehler auch kausal für das Ergebnis gewesen ist.

Im Bereich des Unionsrechts gewinnen die dargestellten Divergenzen in zweierlei Hinsicht Bedeutung: zum einen, wenn als Folge einer geringeren Dichte der Kontrolle mit Blick auf das materielle Recht (dazu nachfolgend bei 3 c) die Beachtung des formellen Rechts intensiver kontrolliert wird,⁴² zum anderen, wenn das Unionsrecht zwar Verfahrensvorschriften enthält, aber für deren Verletzung kein Folgenregime vorsieht. Bereichsspezifisch verwundert es von daher nicht, dass der EuGH mit Blick auf einen Rechtsakt, bei dem die Verfahrensorientierung eine besondere Rolle spielt – konkret die Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung⁴³ –, die deutsche Rechtspraxis zumindest insoweit nicht akzeptiert hat, wie es um die Auferlegung der Darlegungslast an den klagenden Bürger geht.⁴⁴

3. Beispiele im Bereich der Justiz

a) Unterschiede im Grundverständnis der Aufgabe des Richters

Bevor auf Einzelfragen des unterschiedlichen Justizverständnisses in der Union eingegangen wird, ist zunächst die Grundfunktion der Verwaltungsgerechtsbarkeit zu problematisieren. Herkömmlich werden insoweit objektive Kontrollfunktion und subjektive Rechtsschutzfunktion gegenübergestellt.⁴⁵ Für Deutschland wird dabei allgemein mit Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG die zentrale Bedeutung der zweitgenannten Funktion betont. Mit Blick auf das Unionsrecht wird demgegenüber auf die objektive Fassung des Rechtsschutzauftrages im heutigen Art. 19 EUV, im Kern dem früheren Art. 164 EWGV gleichend, hingewiesen, ferner auf den ebenso objektivrechtlich ausgerichteten, für den europäischen Rechtsschutz

41 *R. Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1982), S. 151 (177).

42 Exemplarisch EuGH, Rs. C-269/90 (Technische Universität München), Slg. 1991, I-5469; Rn. 14; dazu *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 1), S. LXXXIV ff.; aus jüngster Zeit EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a.), Rn. 70 f.

43 Zunächst RL 85/337/EWG (ABl. 1985 L 175/40), mittlerweile ersetzt durch die RL 2011/92/EWG (ABl. 2011 L 26/1).

44 EuGH, Urt. v. 7.11.2013, Rs. C-72/12, (Gemeinde Altrip), Rn. 45 ff. und dazu etwa *C.D. Classen*, *juris – Die Monatszeitschrift* 2014, S. 161 ff., ergangen auf Vorlage des BVerwG, NVwZ 2012, S. 448 ff.; dazu *M. Kment*, Europarechtswidrigkeit des § 4 I UmwRG?, NVwZ 2012, S. 481 ff.; *F. Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 316; ferner *S. Schlacke*, Zur Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern nach § 4 UmwRG, ZUR 2009, S. 80 ff. Dazu noch bei Fn. 105.

45 Dazu *Schmidt-Abmann* (Fn. 24), Rn. 164 ff.; *Rennert* (Fn. 24), S. 793 ff.; *Woehrling* (Fn. 15), S. 279 ff.; *J. Schwarze*, Die Entwicklung der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, DVBL 1999, 261 (265); *C. D. Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 39 ff., 57 ff.

vielfach vorbildhaften⁴⁶ französischen Verwaltungsrechtsschutz. In beiden Systemen werden dann aus der jeweiligen Konzeption bestimmte Konsequenzen für zumindest einige der nachfolgend behandelten Einzelprobleme gezogen.⁴⁷

Dieses historisch zutreffende Bild überzeugt aus verschiedenen Gründen jedenfalls heute nicht mehr uneingeschränkt.⁴⁸ Auf der Ebene des Unionsrechts hat der Gerichtshof schon im Jahre 1963 die Rechtssubjektivität des Einzelnen hervorgehoben⁴⁹ und damit einer in einer objektivrechtlichen Konzeption kaum benötigten Rechtsfigur eine zentrale Rolle zugewiesen. 1986 erfolgte die Anerkennung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz in Form eines allgemeinen Rechtsgrundatzes,⁵⁰ und seit 2009 gilt rechtsverbindlich das in der Grundrechtecharta verankerte, formulierungsmäßig stark Art. 19 Abs. 4 GG ähnelnde einschlägige individuelle Grundrecht (Art. 47). Rechtsvergleichend ist hervorzuheben, dass sich ein Individualgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz vergleichbar der deutschen Garantie in zahlreichen anderen nationalen Verfassungen wiederfindet.⁵¹ Selbst im „klassischen“ Land der objektiven Rechtskontrolle, in Frankreich, erkennt die Verfassungsrechtsprechung mittlerweile, gestützt auf Art. 16 der Erklärung von 1789, ein entsprechendes individuelles Recht an,⁵² und der Verwaltungsrechtsschutz wird zunehmend durch subjektivrechtliche Elemente angereichert.⁵³

Wenn nun das Individualgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz zunehmend europaweit anerkannt wird, daraus aber nur bestimmte, jedoch nicht alle Schlussfolgerung gezogen werden, die in Deutschland damit verbunden werden, dann erscheint es geradezu zwingend, dass die in Deutschland herkömmlich gezogenen Schlussfolgerungen auf den Prüfstand gestellt werden müssen.

46 Dazu etwa *E. Steindorff*, Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1952, S. 53 ff.; *R. Mehdi*, Le contentieux administratif, in: *J. Bourrinet* (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 143 (144).

47 Dazu die Nachweise in Fn. 45.

48 Allgemein und instruktiv dazu *Woehrling* (Fn. 15), S. 295 ff.; vgl. auch *Mehdi* (Fn. 46), mit zahlreichen Hinweisen auf deutschen Einfluss auf die Tätigkeit des EuGH; tendenziell a.A. *Rennert* (Fn. 24), S. 794; ambivalent *Kayser* (Fn. 15), Rn. 44; ferner zu Einzelpunkten jeweils nachfolgend bei diesen.

49 EuGH, Rs. 16/26 (van Gend & Loos), Slg. 1963, S. 1 (26).

50 EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651, Rn. 11 ff.

51 Umfassende Garantien finden sich in den Verfassungen von Estland (Art. 15), Finnland (Art. 21), Griechenland (Art. 20 Abs. 1), Italien (Art. 24), Lettland (Art. 92), Portugal (Art. 20), Rumänien (Art. 21), Slowenien (Art. 23) und Tschechien (Art. 36 GRC), schließlich für den Fall der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte oder Freiheiten in der von Litauen (Art. 30 Abs. 1). Mit Blick allein auf die öffentlich Verwaltung finden sich Garantien in den Verfassungen von Belgien (Art. 145), Bulgarien (Art. 56, vgl. auch Art. 120 Vf), Dänemark (§ 63), Italien (Art. 103, 113), Kroatien (Art. 19 Abs. 2), Litauen (Art. 30), Polen (Art. 45, 77 Abs. 2), Portugal (Art. 20), Slowakei (Art. 46 Abs. 2) und Ungarn (Art. 25 Abs. 2, mit Gesetzesvorbehalt in Abs. 6), implizit ferner Griechenland (Art. 94 Abs. 1, 95); siehe ferner zu Spanien Art. 106 Abs. 1 sowie nachfolgend im Text.

52 Conseil constitutionnel, etwa 99-416 DC vom 23.7.1999, cons. 38. Siehe ferner zu Österreich *E. Wiederin*, Österreich, in: *A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/Huber* (Hrsg.), *Staatliches Verfassungsrecht. HB IPE*, Band I, 2007, § 7 Rn. 96.

53 *Fromont*, Mélanges Franck Moderne (Fn. 38), S. 1118, 1125; *Württenberger/Neidhardt* (Fn. 23), S. 270 ff.; ausführlich *N. Marsch*, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich, 2011; jüngst *J. Sirinelli*, La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, *RFDA* 2016, S. 529 ff.

b) Der Zugang zum Gericht

Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zeigen sich im Einzelnen zunächst beim Zugang zum Gericht. Hier stehen sich in Europa Rechtsordnungen gegenüber, die auf eine Verletzung des materiellen Rechts abstellen, und solche, die insoweit großzügiger sind und ein unterschiedlich weit definiertes Interesse ausreichen lassen.⁵⁴ Herkömmlich wird dieser Unterschied gleichgesetzt mit dem zwischen subjektiver und objektiver Ausrichtung des Rechtsschutzes.⁵⁵ Tatsächlich aber stimmt diese Gleichsetzung jedenfalls heute nicht mehr: Etliche Staaten, die auf das Interesse des Klägers abstellen, gehen dennoch von einer individualschützenden Ausrichtung ihres verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes aus.⁵⁶ In Spanien erstreckt Art. 24 Abs. 1 der Verfassung „das Recht auf effektiven Schutz durch Richter und Gerichte“ sogar ausdrücklich auf die „legitimen Rechte und Interessen“ einer Person.⁵⁷

Insoweit verfolgt das europäische Recht sogar im Grundansatz einen Gedanken, der dem deutschen Recht entspricht. Auch hier wird regelmäßig zumindest begrifflich auf eine Verletzung von Rechten abgestellt.⁵⁸ Dies hat sich auch in der Formulierung von Art. 47 GRC niedergeschlagen. Ausnahmen, wie sie etwa mit der Verbandsklage im Umweltrecht bestehen, beruhen auf positivrechtlicher, hier sogar im Kern völkerrechtlich veranlasster Rechtsetzung, konkret der Aarhus-Konvention,⁵⁹ nicht einer vom EuGH entwickelten Rechtsschutzkonzeption. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen konkret ein subjektives Recht anzunehmen ist, leidet das deutsche Recht jedoch traditionell unter bestimmten Engführungen.⁶⁰ Der Schutz von Konkurrenten vor staatlicher Wettbewerbsbeeinflussung etwa wurde herkömmlich nicht als Problem des subjektiven Rechts angesehen.⁶¹

Symptomatisch mag hier der Vergleich erscheinen, den Generalanwältin Sharpston einmal für die Konzeption des Individualrechtsschutzes nach deutschem Recht gezogen hat, nämlich dass er einem Ferrari gleiche, dessen Türen aber häu-

54 Rechtsvergleichende Darstellungen etwa bei *A. Epiney*, Zugang zu Gerichten und gerichtliche Kontrolle im Umweltrecht, 2002, mit Darstellungen von Dänemark (S. 226 ff.), Frankreich (S. 100 ff.), Italien (S. 264 ff.) und dem Vereinigten Königreich (S. 180 ff.); *T. v. Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), mit Darstellungen von Frankreich (S. 64 ff.), Italien (S. 76 ff.), Polen (S. 93 ff.), Spanien (S. 116 ff.) und dem Vereinigten Königreich (S. 44 f.). Siehe ferner etwa zu Griechenland *P.-M. Efstratiou*, in: v. Bogdandy u.a., HB IPE V (Fn. 4), § 76 Rn. 82 ff.; zu Ungarn *Z. Szente*, ebd., § 85 Rn. 12.

55 *Woehrling* (Fn. 15), S. 286; *Kayser* (Fn. 15), Rn. 42 f., 94 f.

56 Siehe zu Griechenland *Efstratiou* (Fn. 54), Rn. 82; zu Großbritannien *Craig* (Fn. 37), Rn. 94; zu Italien *de Pratis*, in: v. Bogdandy u.a., HB IPE V (Fn. 4), § 78 Rn. 167 f.; zu Portugal *Pereira da Silva/Salgado de Matos* (Fn. 38), Rn. 194 ff. Als objektiv-rechtlich qualifiziert hingegen *Kayser* (Fn. 15) die verwaltungsgerechtlichen Systeme dieser Staaten (Rn. 42).

57 Dazu *Mir* (Fn. 38), Rn. 140.

58 Beispiellohaft aus früherer Zeit EuGH, Rs. C-131/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-825, Rn. 7; aus jüngerer Zeit Urt. v. 19.3.2015, Rs. C-510/13 (E.ON Földgáz), Rn. 45 ff. Dazu auch v. *Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 513 ff.

59 ABl. 2005 L 124/4.

60 *E. Schmidt-Abfmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 111 ff.; *F. Schoch* (Fn. 44), Rn. 141. Ausführlich *M. Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen, 2. Aufl. 2005, insbes. S. 205 ff., 711 ff.

61 Klassisch etwa BVerwGE 65, 167 (171) zu Ladenöffnungszeiten.

fig geschlossen seien und dessen Nutzen deswegen eben begrenzt bleibe.⁶² Diese Restriktionen sind historisch erklärlich: Die Konzeption des subjektiven Rechts wurde im 19. Jahrhundert entwickelt, als der Rechtsstaat zum Ausgleich der fehlenden Demokratie ausgebaut wurde. Rechtsstaatliche Instrumente sollten damals auf die Individualsphäre begrenzt bleiben und nicht *de facto* demokratische Mitwirkungsrechte begründen.⁶³ Heute ist diese Engführung jedoch nicht mehr ge-rechtfertigt.⁶⁴ Soweit – gerade im öffentlichen Recht nicht untypisch – Entscheidungen mit einer gewissen Breitenwirkung zu treffen sind, trägt ein enges, strikt dem erwähnten zivilrechtlichen Vorbild verhaftetes Verständnis von subjektivem Recht der zu bewältigenden Problemlage nicht angemessen Rechnung.⁶⁵

c) Die Befugnisse des Richters

Gleich eine ganze Reihe von Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten offenbart ein Blick auf die Befugnisse des Richters.⁶⁶ In einem engen Zusammenhang mit einigen zuvor genannten Gesichtspunkten steht die Frage nach der Dichte der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. In Deutschland geht man herkömmlich vom Grundsatz aus, dass im Regelfall eine Verwaltungsentscheidung der vollen rechtlichen und tatsächlichen Nachprüfung durch den Richter unterliegt.⁶⁷ Ausnahmen hiervon bedürfen gesetzlicher Regelung. Auch diese werden aber eher zurückhaltend gehandhabt. Mit Blick auf Ermessensfehler ist eine vergleichsweise strikte richterliche Kontrolle zu beobachten, die sich häufig an einem ausgefeilten Verständnis der Verhältnismäßigkeit abarbeitet und bei der insbesondere die Güterabwägung am Maßstab der Angemessenheit eine wichtige Rolle spielt.⁶⁸ Beurteilungsspielräume auf Tatbestandsebene werden sogar grundsätzlich als unzulässig angesehen und nur in bestimmten Ausnahmefällen akzeptiert.⁶⁹

In den meisten Rechtsordnungen, auch im Unionsrecht, wird demgegenüber nicht zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessen unterschieden.⁷⁰ Dabei geht es nicht nur um pragmatische Erwägungen in dem Sinne, dass ein Richter gerade bei der Subsumtion und der Tatsachenfeststellung nicht selten auch nichtjuristische, etwa technische oder ökonomische Fragen beantworten muss, für die er nicht qualifiziert ist. Es geht auch um das Grundverständnis der Gewaltenteilung, nämlich

62 GAin Sharpston, EuGH, Rs. C-115/09 (Trianel Kohlekraftwerk Lünen), Slg. 2011, I-3673, Rn. 77.

63 J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 65 ff.; A. Gallet, *L'individu contre l'Etat*, 2012, Rn. 425 ff.; vgl. auch *dies.*, Der Einzelne gegen den Staat. Die Geschichte der Rechtsbehelfe des öffentlichen Rechts in Deutschland und Frankreich im 19. Jahrhundert, ZRG Germ. 109 (2012), 109 (133).

64 J. Masing, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 44), Band 1, § 7 Rn. 104.

65 Woehrling (Fn. 15), S. 302; siehe ferner Fn. 60.

66 Zum Nachfolgenden auch Classen, Herausbildung (Fn. 16), S. 16 ff.

67 Ausführlich und zusammenfassend BVerfGE 129, 1 (20). Aus der Literatur Schmidt-Abmann, Einleitung (Fn. 24), Rn. 59, 183; Rennert (Fn. 21), S. 794, 798 f.

68 Dazu Maurer (Fn. 36), § 7 Rn. 19 ff.; Wallerath (Fn. 36), § 7 Rn. 55.

69 Maurer (Fn. 36), § 7 Rn. 31 ff.; Rennert (Fn. 24), S. 794.

70 Hatje/Mankowski (Fn. 13), S. 164; speziell zu Frankreich v. Danwitz, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 65 f., und zu Polen ebd., S. 99 ff.

dass sich der Richter nicht an die Stelle der Verwaltung setzen darf mit seinen Einschätzungen, sondern der Gesetzgeber durchaus befugt ist, insoweit, also bei den genannten empirischen, nichtjuristischen Fragen, der (demokratisch legitimierten) Verwaltung Letztentscheidungsbefugnisse zuzuweisen. Und auch wenn die Kontrolldichte in den anderen Staaten und auf Unionsebene vielfach in den letzten Jahren enger geworden ist,⁷¹ bleiben Unterschiede: Weiterhin bleibt die richterliche Kontrolle danach zumeist bereits vom Grundansatz her begrenzt auf das, was mithilfe der „Methoden des Rechts“⁷² nachkontrolliert werden kann.

Das zeigt sich gerade auch bei der Handhabung der Verhältnismäßigkeit. Europaweit ist dieser Grundsatz im Kern mittlerweile zwar auch anerkannt, wird aber doch häufig deutlich flexibler als in Deutschland gehandhabt.⁷³ Insoweit ist die deutsche Rechtsschutzkonzeption also europaweit nur begrenzt anschlussfähig.⁷⁴ Sie als „bewusste Entscheidung der Verfassung“ anzusehen,⁷⁵ erweist sich im Lichte der rechtsvergleichenden Erfahrungen in der Begründung als unzureichend. Sie beruht auf einer bestimmten, nicht zwingenden Interpretation der Verfassung.⁷⁶

Ein ähnliches Phänomen zeigt sich beim Prüfungsumfang. Wird ein Hoheitsakt angegriffen, wird er in Deutschland im Regelfall umfassend geprüft. Auch wenn der Kläger nur materiell-rechtliche Bedenken hat, wird nichtsdestoweniger auch das Verfahren umfassend erörtert und umgekehrt. In den anderen Rechtsordnungen, insbesondere etwa der französischen⁷⁷ und der von ihr auch insoweit stark geprägten europäischen⁷⁸, aber gleichfalls der englischen Rechtsordnung⁷⁹ wird hingegen – ausgehend vom Grundsatz „ne ultra petita“ – im Regelfall ein Hoheitsakt nur insoweit überprüft, wie dies vom Kläger auch geltend gemacht wird. Von dieser Regel bestehen zwar Ausnahmen, bei denen ein bestimmter Punkt auch von Amts wegen geprüft wird. Diese beziehen sich aber im Grundsatz nur

71 Siehe zu Frankreich *P. Gonod*, in: v. Bogdandy u.a., HB IPE V (Fn. 4), Rn. 138; *Grabenwarter*, Ermessenslehren, ebd., § 90 Rn. 6; *Woehrling* (Fn. 15), S. 298; zu Großbritannien *Craig* (Fn. 37), Rn. 97 ff.; zu Italien *Previs* (Fn. 38), Rn. 73 f.; zu Spanien *Mir* (Fn. 38), Rn. 145.

72 Zu diesem Aspekt verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes *Schmidt-Abmann*, Dogmatik (Fn. 60), S. 115; zu Kriterien für einen funktionsgerechten Rechtsschutz im Rahmen des deutschen Systems ebd., S. 118 f.; *ders.*, Einleitung (Fn. 24), Rn. 186 ff. Speziell zu England *v. Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 45 ff.

73 Dazu *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 1), S. LXXIV ff., 661 ff.; *Fromont* (Fn. 15), S. 256 ff.; C. D. *Classen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen, in: FS Stern, 2012, S. 651 ff.

74 *Huber* (Fn. 22), Rn. 185; *Kayser* (Fn. 15), Rn. 108 ff. Umgekehrt können in Schweden die Verwaltungsgerichte zumeist das Verwaltungshandeln umfassend, auch mit Blick auf die Zweckmäßigkeit kontrollieren; siehe *Marcusson* (Fn. 38), Rn. 59 f.; *Kayser*, a.a.O., Rn. 17.

75 So *Schmidt-Abmann*, Einleitung (Fn. 24), Rn. 183; vgl. schon Fn. 67.

76 Zur dazu früher geführten Diskussion siehe etwa *O. Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.

77 *Classen*, Europäisierung (Fn. 45), S. 129.

78 Siehe dazu Art. 263 Abs. 2 AEUV sowie näher C. D. *Classen*, Rechtsschutz, in: R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn. 102.

79 *Kayser* (Fn. 15), Rn. 79.

auf Fragen der Zuständigkeit und teilweise des Verfahrens, jedoch regelmäßig nicht auf das materielle Recht.⁸⁰

Auch insoweit zeigt sich, dass die starke Dominanz des materiellen Rechts, wie sie aus der deutschen Rechtsordnung bekannt ist, europaweit nicht überall in gleicher Weise praktiziert wird. Zugleich wird deutlich, wie wenig die Großkonzepte „subjektiver Rechtsschutz/objektive Rechtskontrolle“ für sich genommen konkrete Schlussfolgerungen erlauben. An dieser Stelle lägen ja doch genau umgekehrte Konsequenzen nahe: eine nur auf klägerische Anliegen begrenzte Kontrolle beim subjektiven Rechtsschutz, und eine umfassende Kontrolle beim objektiven Ansatz.⁸¹

Ein weiterer Unterschied besteht schließlich im Verständnis der Aufgabe der Gerichtsbarkeit. Europaweit ist verbreitet das cassatorische Modell: Wird wegen einer Verwaltungsentscheidung geklagt, kontrolliert der Richter nur die bisherige Tätigkeit der Verwaltung und hebt deren Entscheidung ggf. auf, macht sich jedoch keine Gedanken über einen eventuell nunmehr zu erlassenden Rechtsakt, klärt also nicht, wie der korrekte Handlungsrahmen der Verwaltung zu bestimmen ist.⁸² Diese Konzeption unterscheidet sich von der der VwGO, wie sie insbesondere ihren Ausdruck in der Verpflichtungs- oder Leistungsklage gefunden hat. Dies hat nicht zuletzt Auswirkungen auch auf das Grundverständnis der richterlichen Tätigkeit. In Deutschland muss der Richter „Spruchreife“ herstellen⁸³, während sich anderswo der Richter über künftige Verwaltungsentscheidungen keine Gedanken macht.⁸⁴

d) Einstweiliger Rechtsschutz

Im prozessrechtlichen Kontext kann auch das Thema einstweiliger Rechtsschutz genannt werden. Hier zeigt sich besonders deutlich, auf wie unterschiedliche Traditionen das Unionsrecht gestoßen und welche divergierenden, ja gegenläufigen Konsequenzen die von ihm bewirkte partielle Harmonisierung gehabt hat. In mehreren europäischen Ländern war dieses Rechtsinstitut traditionell ausgesprochen schwach ausgeprägt; hier hat die Judikatur des EuGH⁸⁵ eine deutliche Stärke

80 Prominentes Beispiel EuGH, Rs. C-301/06 (Irland/Parlament und Rat), Slg. 2009, I-593, Rn. 57 (keine Prüfung von Grundrechtsfragen im Rechtsstreit um die Kompetenzgemäßheit der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung).

81 Zu dieser Gegenläufigkeit schon Classen, Europäisierung (Fn. 45), S. 87; vgl. auch Rennert (Fn. 24), S. 794, 798.

82 Dazu Kayser (Fn. 15), Rn. 63 f.; K.-P. Sommermann, Die Europäisierung der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit in rechtsvergleichender Perspektive, in: Schenke/Suerbaum (Fn. 16), S. 189 (191 ff.); zum Unionsrecht Art. 263, 265 AEUV; zur Kritik B. W. Wegener, Der Numerus Clausus der Klagearten – Eine Gefahr für die Effektivität des Rechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht?, EuGRZ 2008, S. 35 (356); U. Everling, Das Verfahren der Gerichte der EG im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Mitgliedstaaten, in: FS Starck, 2007, S. 535 (543).

83 Zur Bedeutung dieser Verpflichtung für das Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit siehe Wahl (Fn. 41), S. 176.

84 Classen, Europäisierung (Fn. 45), S. 38.

85 Insbesondere EuGH, Rs. C-213/89 (Factortame), Slg. 1990, I-2443, Rn. 19 ff. Zum Rechtsvergleich im Kontext dieser Entscheidung Lenaerts (Fn. 14), S. 522 f.

kung gebracht.⁸⁶ Ganz anders ist die Lage in Deutschland. Hier bildet die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen bei Anfechtungsklagen den Regelfall (§ 80 VwGO). Nach verbreiteter Auffassung stellt dies sogar eine weitere Konsequenz der in Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Rechtsschutzgarantie dar.⁸⁷ Eine vergleichbare Regelung kennen kaum andere europäische Staaten,⁸⁸ und im Unionsrecht ist sie gleichfalls unbekannt. Der EuGH hat ihr zudem bekanntlich zumindest für den Fall Grenzen gezogen, dass das Begehren nach einstweiligem Rechtsschutz auf die angebliche Ungültigkeit unionsrechtlicher Normen gestützt wird.⁸⁹ Fragt man nun nach der Zielsetzung der großzügigen deutschen Regelung, so geht es im Kern darum, effektiven Rechtsschutz dadurch zu sichern, dass dieser nicht erst zu einem Zeitpunkt kommt, zu dem nicht wieder gutzumachende Folgen eingetreten sind.⁹⁰ Dies deckt sich jedoch durchaus mit den Zielen, die in anderen Rechtsordnungen mit dem einstweiligen Rechtsschutz verfolgt werden.⁹¹ Diese verlangen jedoch regelmäßig, dass die Legitimationsgründe für einstweiligen Rechtsschutz auch im konkreten Einzelfall dargetan werden. Voraussetzung für die Gewährleistung von einstweiligem Rechtsschutz ist daher im Grundsatz, dass konkret geltend gemacht wird, dass solche nicht wieder gutzumachende Schäden zu besorgen sind. Außerdem muss das Anliegen einen hinreichenden Grad von Ernsthaftigkeit aufweisen.⁹² Dies entspricht sogar den Voraussetzungen, die im deutschen Recht für einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO verlangt werden – und genügt nach richtiger Auffassung daher auch Art. 19 Abs. 4 GG.⁹³

III. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die wirksame Anwendung des Unionsrechts

1. Unionsrechtliche Folgen und Herausforderungen der rechtskulturellen Unterschiede

Insgesamt zeigt sich also, dass die Aufgabe der Rechtskonkretisierung durch die Verwaltung sowie damit verbunden die Rolle des Richters bei der Kontrolle die-

86 Insbesondere in Großbritannien; dazu *Craig* (Fn. 37), Rn. 115, aber auch in Italien; dazu *de Pretis* (Fn. 38), Rn. 154; zur vergleichbaren Entwicklung in Frankreich *Gonod* (Fn. 71), Rn. 140 f.

87 *Rennert* (Fn. 24), S. 794; *F. Hufn*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 31 Rn. 3; *J. Erdmann*, Suspensionseffekt von Rechtsbehelfen gegen Vollstreckungsbescheide?, NVwZ 1988, S. 508 (509); *M. Sauthoff*, Sofortvollzug und vorläufiger Rechtsschutz, NVwZ 1988, S. 697.

88 *Groß* (Fn. 15), S. 430.

89 EuGH, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen u.a.), Slg. 1991, I-415, Rn. 20; dazu *Mehdi* (Fn. 46), S. 170 f.

90 BVerfGE 51, 268, 284 f.; 79, 69 (74).

91 *Kayser* (Fn. 15), Rn. 71. Siehe auch zum Unionsrecht etwa EuGH, Rs. C-213/89 (Factortame), Slg. 1990, I-2443, Rn. 19 ff.

92 Siehe zum Unionsrecht etwa EuGH, Rs. C-195/90 R (Kommission/Deutschland), Slg. 1990, I-3351, Rn. 19 ff.; Rs. C-213/91 R (Abertal u.a.), Slg. 1991, I-5109, Rn. 17 ff.; zum französischen Recht etwa *Classen*, Europäisierung (Fn. 45), S. 134.

93 *F. Schoch*, in: Bier u.a. (Fn. 24), Vorb § 80, Bearbeitung Februar 1998, Rn. 12 ff.

ser Tätigkeit in der Europäischen Union sehr unterschiedlich verstanden werden. Diese Unterschiede müssen bei der Interpretation und der Konkretisierung des Unionsrechts Berücksichtigung finden, wenn es um vollzugsrelevante Fragestellungen geht. Dies gilt vor allem für den Vollzug auf nationaler Ebene, kann aber auch den Vollzug auf Unionsebene betreffen. Erinnert sei dabei an die bereits erwähnte besondere inhaltliche Offenheit des Unionsrechts.

Es geht also um eine Aufgabe, die sich in der Union dauerhaft und immer wieder neu stellt. Konkret muss etwa bei jeder neuen unionsrechtlichen Norm die Frage beantwortet werden, ob sich mit ihr „Rechte“ des Einzelnen verbinden oder nicht, und welche Konsequenzen ein Verfahrensfehler zeitigen muss. Aber auch bei der Frage, wie intensiv eine gerichtliche Kontrolle ausfallen muss – wobei zumindest im Regelfall eine höhere Kontrolldichte als gefordert unionsrechtlich kein Problem darstellt – oder ob bereichsspezifisch besondere Regeln für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes naheliegen, können sich durch neue Rechtsakte immer wieder neue Probleme ergeben.

Resultieren daraus unmittelbar Konflikte mit dem nationalen Recht, können diese recht simpel mit Hilfe des Vorrangs des Unionsrechts bewältigt werden. So ist gewährleistet, dass dort, wo das Unionsrecht Rechte vorsieht, auch Rechtsschutz eröffnet wird (Art. 19 EUV). Meistens aber gibt es keinen unmittelbaren Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht. Vielmehr erweisen sich die Normen des nationalen Rechts, die eigentlich der Verwirklichung des Unionsrechts dienen sollen, insoweit gelegentlich zwar als „hinderlich“,⁹⁴ ohne jedoch in direktem Widerspruch zum Unionsrecht zu stehen. Weil aber wie eingangs erwähnt die damit verbundenen Probleme meist wie die Masse des Eisbergs verborgen bleiben, musste der EuGH stärker als nationale Gerichte in seiner Judikatur in den Vordergrund rücken, dass auch die praktische Wirksamkeit („effet utile“) des Rechts gesichert werden muss.

Zu diesem Zweck hat der EuGH bekanntlich nicht zuletzt die beiden in den Fällen „indirekter Kollisionen“ heranzuziehenden Grundsätze entwickelt, das Äquivalenz- und das Effektivitätsprinzip.⁹⁵ Gelegentlich hat der EuGH in einschlägigen Situationen auch Probleme durch Entwicklung bestimmter unionsrechtlicher Rechtsprinzipien gelöst, ohne zumindest explizit Rückgriff auf diese beiden Grundsätze zu nehmen. Konkret können die erwähnten Grenzen genannt werden, die der EuGH der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch nationale Gerichte gezogen hat.

Insoweit hat vielfach Kritik gefunden, dass vor allem das Prinzip der Effektivität ausgesprochen offen formuliert ist und deswegen große Unsicherheit hinsichtlich

94 Begrifflichkeit bei *A. K. Mangold/R. Wahl*, Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept, Die Verwaltung 48 (2015), S. 1 (6). Ausführlich dazu *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 31 ff.; *C. Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013, S. 177 ff.

95 Klassisch EuGH, Rs. 33/76 (Rewe), Slg. 1976, 1989, Rn. 5; Rs. 45/76 (Comet), Slg. 1976, 2043, Rn. 13, 16. Dazu etwa v. *Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 483 ff.

der praktischen Folgen besteht.⁹⁶ In einer Analyse der Rechtsprechung zeigt sich jedoch, dass die Fälle, in denen nationales Recht am Ende für unionsrechtswidrig erklärt wird, ausgesprochen selten sind.⁹⁷ Nichtsdestoweniger bleibt das Problem, dass es in diesem Bereich einen weiten Spielraum des Europäischen Gerichtshofs gibt.

2. Der Beitrag der Rechtsvergleichung zur Problemlösung

In den vorgenannten Fällen kann nun der Rechtsvergleich Wichtiges leisten. So- wohl bei der Konkretisierung offener, vor allem vollzugsrelevanter Begriffe des Unionsrechts, etwa der erwähnten Klärung, ob subjektive Rechte bestehen bzw. geschaffen werden sollen, und damit bei der Bestimmung der Grenze zwischen Unions- und nationalem Recht,⁹⁸ als auch bei der inhaltlichen Konkretisierung des genannten Effektivitätsprinzips liegt es jedenfalls nahe, nach den allgemeinen Prinzipien bei der Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu verfahren und auch hier zu fragen, wie das jeweilige Problem in den einzelnen Mitgliedstaaten bewältigt wird, ob und inwieweit sich europaweit ein bestimmter Konsens herausbildet.

Schon grundsätzlich gilt, dass gerade bei der Konkretisierung offener Begriffe des Verfassungs- oder auch des allgemeinen Verwaltungsrechts ein rechtsvergleichender Blick hilfreich, ja unter legitimatorischen Gesichtspunkten sogar notwendig sein kann.⁹⁹ Richtersprüche sollen sich – nach kontinentaleuropäischem Verständnis (dazu bereits bei 2 a) – durch methodengerechte Herleitung aus dem geschriebenen Recht, wenn auch unter Einschluss methodengerechter Rechtsfortbildung, legitimieren.¹⁰⁰ Dieses Konzept gerät bei offenen Begriffen an seine Grenzen. Wenn sich nun zeigt, dass bestimmte Begriffe in anderen Staaten mit ähnlichen Rechtsordnungen und im konkreten Kontext vergleichbaren Regelungen durch Richter in vergleichbarer Weise definiert und konkretisiert werden, gewinnt eine solche Interpretation an methodischer Überzeugungs- und damit auch an legitimatorischer Kraft, im gegenteiligen Fall – beispielhaft sei im vorliegenden Kontext das Recht auf effektiven Rechtsschutz in Deutschland nach Art. 19 Abs. 4 GG genannt – verliert sie entsprechend.¹⁰¹

96 Zur Kritik *E. Schmidt-Abmann*, Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 487 (490); *F. Schoch*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, ebd., S. 507 (512); anders für die jüngere Zeit *v. Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 490.

97 Ausführliche Analyse der Rechtsprechung des EuGH bei *K. Kulms*, Der Effektivitätsgrundsatz, 2013.

98 Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung in diesem Kontext *Lenaerts* (Fn. 14), S. 487, 519, 525 ff.

99 Zum Beitrag der Rechtsvergleichung zur Akzeptanzfähigkeit von Urteilen *Lenaerts* (Fn. 14), S. 495. Nach Angaben von *A. Bretonneau/S. Dahan/D. Fairgrieve*, L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État, RFDA 2015, S. 855 (856 f.) werden im Rahmen von 80 der in größeren Formationen des Conseil d'État (Assemblée, Section du contentieux) zu treffenden Entscheidungen rechtsvergleichende Untersuchungen angestellt, und zwar gerade nicht speziell im Kontext der Anwendung des Unionrechts.

100 So nicht zuletzt im Kontext der europäischen Integration mit Blick auf den EuGH BVerfGE 75, 223 (240 ff.); 126, 286 (305 ff.).

101 Dazu – für das Verfassungsrecht, aber übertragbar auf das Verwaltungsrecht – *Classen*, Nationales Verfassungsrecht (Fn. 22), Rn. 1 ff. Diese Zusammenhänge grundsätzlich übergehend etwa *C. Hillgruber*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht, in: JörnF. 63 (2015), S. 367 ff. (expli-

Was generell trotz allem eher eine Frage der Opportunität darstellt, wird im Kontext des Unionsrechts zur Pflicht. Letztlich geht es ja beim administrativen Vollzug des Unionsrechts wie auch sonst häufig um den Grundkonflikt zwischen individuellem Rechtsschutz einerseits und effektiver Rechtsdurchsetzung andererseits. Weicht eine nationale Regelung deutlich von dem ab, was in anderen Mitgliedstaaten üblich ist, sind unionsrechtliche Grenzen eher plausibel zu machen, als wenn der Blick in das nationale Recht eine diffuse Lage offenbart.¹⁰² Die Vielzahl der europäischen Rechtsakte lässt die Rechtsvergleichung hier zur Daueraufgabe werden.

IV. Die praktischen Konsequenzen: wer muss wie Rechtsvergleichung betreiben?

Frage man nach den praktischen Konsequenzen, die sich aus den vorstehend geschilderten Überlegungen ergeben, ist zu prüfen, wer zur soeben dargestellten Rechtsvergleichung berufen ist und wie diese durchzuführen ist.

1. Wer muss Rechtsvergleichung betreiben?

Beim ersten Punkt geht es zunächst um die zur Rechtsanwendung berufenen Stellen. Die europäischen Gerichte müssen bei ihrer Konkretisierung des Unionsrechts die unterschiedlichen nationalen Vorstellungen von Recht und Rechtskonkretisierung zu einem sinnhaften Ganzen zusammenbringen. Wichtiger aber ist insoweit eine Sensibilität auf nationaler Ebene. Da der Vollzug des Unionsrechts im Wesentlichen dort erfolgt, müssen sich die zur Rechtskonkretisierung berufenen Stellen immer darüber im Klaren sein, dass sie das Unionsrecht im Rahmen und in den Grenzen der jeweils geforderten Einheitlichkeit so anwenden sollten, dass dies in gleicher Weise in der gesamten Union geschieht.¹⁰³ Dies aber setzt zumindest eine gewisse Sensibilität dafür voraus, wie der vorgenannte Prozess in anderen Mitgliedstaaten abläuft, damit man dies berücksichtigen kann.¹⁰⁴ Für Gerichte gilt dies insbesondere mit Blick auf die Frage, wann sie gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH etwas vorlegen und welche Fragen sie dabei stellen sollten. Hinzu kommt, dass der mit diesem Verfahren institutionalisierte und für eine erfolgreiche Rechtsangleichung zentrale Dialog der Gerichte¹⁰⁵ wie jeder Dialog

zit etwa S. 374: „keine Auslegungshilfe“, soweit keine explizite Referenz an ausländisches Recht besteht); speziell zur Rechtsfortbildung S. 377 f.

102 M. Nettesheim, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, GS Grabitz, 1995, S. 447 (461); Classen, Art. 197 AEUV (Fn. 4), Rn. 26. Beispielhaft: EuGH, Rs. C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), Slg. 2009, I-7501, Rn. 29 ff., zu einer ungewöhnlich weiten Rechtskraftregelung in Italien.

103 Zu gegenläufigen Praktiken siehe Hatje/Mankowski (Fn. 13), S. 159 ff.

104 A. Gallet, Coopération et échanges entre acteurs du droit administratif européen, erscheint in: Mélanges G. Marcou, 2017.

105 Dazu Lohse (Fn. 13), § 15 III. 3.

nur funktionieren kann, wenn er in einer im dargestellten Sinne (gedanklich) „einhheitlichen“ „Sprache“ erfolgt.

Zwei Beispiele aus der deutschen Praxis mögen das Problem verdeutlichen. Das eine bildet der Umgang des BVerwG mit Verfahrensfehlern. Die Frage, welche Folgen sich aus einer fehlerhaften oder fehlerhaft unterlassenen Umweltverträglichkeitsprüfung ergeben, hat sich für das BVerwG ja nicht zum ersten Mal gestellt, als es sich im Jahre 2012 zu einer Vorlage entschloss.¹⁰⁶ Lange Jahre hat das Gericht ohne Vorlage an den EuGH und trotz vielfacher Kritik aus der Wissenschaft¹⁰⁷ das nationale Verfahrensfehlerfolgenrecht angewendet¹⁰⁸ und damit, wie sich rückblickend gezeigt hat, gegen Unionsrecht verstoßen. Das andere bildet der Vorlagebeschluss des BVerfG in Sachen OMT.¹⁰⁹ Hier hat das BVerfG Fragen gestellt, zu denen es nur dank des spezifisch deutschen Verständnisses von der Reichweite richterlicher Kontrolle kommen konnte. Pointiert formuliert: Es hat „auf deutsch“ gefragt. Die Antwort¹¹⁰ aber ist „europäisch“ ausgefallen.

Hinzu kommt, dass eine wissenschaftliche Begleitung der Entwicklung des Unionsrechts angemessen nur möglich ist, wenn man auch das Rechtsverständnis der anderen Mitgliedstaaten ins Blickfeld nimmt. Da der EuGH naturgemäß nicht im Lichte deutscher Rechtstradition arbeitet, sondern alle in der Union vorhandenen Entwicklungslinien aufgreift, muss die Wissenschaft dem im Ansatz folgen, will sie weiterführende Orientierung liefern.

2. Wie ist die Rechtsvergleichung zu betreiben?

Wenn dem Rechtsvergleich im Zusammenhang mit der Anwendung des Unionsrechts auch heute noch eine wichtige Rolle zukommt, ist naturgemäß zu fragen, wie dieser zu leisten ist. Insbesondere angesichts der Tatsache, dass heute 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union angehören, handelt es sich naturgemäß um eine ausgesprochen komplexe Angelegenheit.

a) Aufgaben für die europäische Rechtsprechung

Im Einzelnen ist dabei zu differenzieren. Dem Europäischen Gerichtshof stehen dank seines wissenschaftlichen Dienstes durchaus die Instrumente zur Verfügung, die notwendig sind, um Rechtsfragen mit Blick auf alle Mitgliedstaaten zu beantworten.¹¹¹ Damit verbindet sich zwar ein gewisser Aufwand, weswegen dies si-

106 Vorlageentscheidung in NVwZ 2012, 448 (vgl. Fn. 44).

107 *W. Erbguth*, Das BVerwG und die Umweltverträglichkeitsprüfung, NuR 1997, S. 261 (266 f.); *D. Murswieck*, Urteilsanmerkung, JuS 1997, S. 181 (182); *C.D. Classen*, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: *K. F. Kreuzer/D. H. Scheuing/U. Sieber (Hrsg.)*, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, 107 (122); *v. Danwitz*, Verwaltungsrecht (Fn. 2), S. 543.

108 Siehe die Nachweise in Fn. 41.

109 BVerfGE 134, 366.

110 Zum konkreten Problem *C. D. Classen*, Funktionsadäquate checks and balances statt richterliche Vollkontrolle unter demokratischem Vorwand, EuR 2015, S. 477 (480 ff.).

111 Dazu *Lenaerts* (Fn. 14), S. 491. Zur – durchaus unterschiedlich intensiven – Wahrnehmung der verschiedenen unionsrechtlichen Zeitschriften durch die Mitarbeiter der europäischen Gerichtsbarkeit siehe die Unter-

cher nur in einer begrenzten Zahl von Fällen möglich ist. Mehr ist aber auch nicht erforderlich. Weniger bedeutsam dürfte dies zunächst vielfach bei technischen Fragen sein, wenn es etwa um die richtige Einordnung bei der zollrechtlichen Tarififikation geht. Gleches gilt häufig für die juristisch wesentlich komplexere Konkretisierung von Grundfreiheiten. Hier spielen unterschiedliche nationale Rechtsverständnisse als solche selten eine Rolle, sondern wenn überhaupt bestimmte inhaltliche Traditionen; es geht um die Herstellung einer sachgerechten Balance zwischen nationalen und europäischen Kompetenzen. Wichtig ist der Rechtsvergleich jedoch, wenn es um den administrativen Vollzug oder die richterliche Anwendung europarechtlicher Normen – dann auch im Bereich des Zivil- und Strafrechts – geht: was ist hier unionsrechtlich geregelt, und was nicht?

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte exerziert dies regelmäßig vor. Zum einen gibt er nicht selten in seinen Entscheidungsgründen eine Übersicht darüber, wie die Rechtslage bezogen auf eine konkret von ihm zu entscheidende Problematik in anderen Staaten, und sogar nicht nur Mitgliedstaaten des Europarats, ausgestaltet ist. Zuzugestehen ist allerdings, dass es sich hier regelmäßig nur um einen etwas kurorischen Überblick handelt, bei dem Gesetzgebung und Rechtsprechung zwar angesprochen, aber nicht vertieft behandelt werden. Zum anderen spielt der Rechtsvergleich auch sachlich in den Urteilen eine wichtige Rolle, weil die Herausbildung eines breiten Konsenses zwischen den Mitgliedstaaten dem EGMR eine gewisse Legitimation für eine intensivere Kontrolle abweichender Regelungen liefert, während umgekehrt stark unterschiedliche Regelungen den EGMR häufig veranlassen, den Mitgliedstaaten einen eher weiten Beurteilungsspielraum einzuräumen.¹¹² Allerdings gibt es insoweit auch Gegenbeispiele.¹¹³

Eine Übernahme dieser Praxis durch den EuGH würde sicherlich mit dessen Praxis bei der Begründung von Urteilen kollidieren; explizite rechtsvergleichende Überlegungen sind eher selten.¹¹⁴ Dies erscheint aber auch nicht erforderlich. Zum einen würde es ausreichen, wenn in den Schlussanträgen der Generalanwälte entsprechende Darstellungen häufiger vorkämen.¹¹⁵ Zum anderen ist zwingend nur, dass die entsprechenden Informationen dem Gerichtshof intern vorliegen und

suchung von *H. Buthinon-Dumas/A. Masson*, Quelles sont les revues juridiques qui comptent à la Cour de justice de l'Union européenne, RTDE 2013, S. 781 ff.

112 EGMR, Urt. v. 7.3.2006, 53924/00 (Vo), Rn. 82; Urt. v. 10.4.2007, 6339/05 (Evans), Rn. 77; Urt. v. 24.6.2010, 30141/04 (Schalk und Kopf), Rn. 58, 86; *A. Nußberger*, Auf der Suche nach einem europäischen Konsens – zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Rechtswissenschaft 2012, S. 197 ff.

113 EGMR, Urt. v. 1.7.2014, 43835/11 (S.A.S.) zur Zulässigkeit eines Verbots der Vollverschleierung von Frauen auf öffentlichen Straßen und Plätzen.

114 Extrem lapidar etwa der Hinweis zur Legitimation der Herausbildung von Staatshaftungsregeln durch Richterrecht in EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur u.a.), Slg. 1996, I-1029, Rn. 30: „Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in einer großen Zahl von nationalen Rechtsordnungen das Staatshaftungsrecht entscheidend im Wege der Rechtsprechung entwickelt worden ist.“ Im Folgeurteil in der Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239 zur Haftung für unionsrechtswidrige Gerichtsurteile findet sich dann gar kein Hinweis auf Rechtsvergleichung. Insgesamt dazu *Lenaerts* (Fn. 14), S. 489.

115 Vgl. auch *Lenaerts* (Fn. 14), S. 490.

dann in den Beratungen faktisch Berücksichtigung finden.¹¹⁶ Sie müssen nicht in jedem Fall in allen Einzelheiten in der Urteilsbegründung auftauchen, zumal sie regelmäßig nur als Interpretationshilfe herangezogen werden. Der Sachgedanke jedenfalls, das wurde eben schon angesprochen, der beim EGMR entwickelt wurde, kann auch für den EuGH fruchtbar gemacht werden.

b) Aufgaben für die nationale Rechtspraxis

Anders stellt sich die Frage bei der nationalen Rechtspraxis dar. So wünschenswert dies wäre,¹¹⁷ kann sie Rechtsvergleichung im hier dargestellten Sinne im Grundsatz kaum leisten. Vorstellbar ist jedoch zumindest, dass bei höheren Gerichten eine gewisse Sensibilität für strukturell bedeutsame Problemfelder entwickelt wird mit der Folge, dass sichergestellt wird, dass allfällige Vorlagefragen erstens überhaupt und zweitens dann auch sachgerecht gestellt werden. Zudem kann die gleich anzusprechende nationale Wissenschaft eine wichtige Hilfestellung leisten.

c) Aufgaben für die Wissenschaft

Die Wissenschaft steht gewissermaßen zwischen nationaler und europäischer Rechtsprechung. Einerseits ist es sicher vielfach auch für sie schwer, umfassend vergleichende Analysen anzustellen; allenfalls in einem größeren institutionellen Rahmen ist dies möglich. Während nämlich im Bereich des Verfassungsrechts vielfältige Informationen über Verfassungstexte und Verfassungsrechtsprechung im Internet auch in englischer Sprache zugänglich sind,¹¹⁸ ist es im Verwaltungsrecht mit Blick auf Gesetze und Rechtsprechung ausgesprochen schwierig. Zudem ist gerade bei kleineren EU-Mitgliedstaaten offen, ob und inwieweit hier überhaupt – sei es durch die Judikatur selbst, sei es durch die Wissenschaft – in größerem Maß systematische Zusammenhänge entwickelt werden. Dies alles darf für die Wissenschaft aber nicht Anlass sein, bei der Beschäftigung mit dem Unionsrecht grundsätzlich auf rechtsvergleichende Untersuchungen und damit zugleich auch darauf zu verzichten, den EuGH und die nationale Rechtspraxis insoweit angemessen wissenschaftlich zu begleiten.¹¹⁹ Erleichtert wird dies dadurch, dass es letztlich weniger um spezifische gesetzliche Einzelregelungen geht als um Grundverständnisse. Wer diese bei der Befassung mit dem Unionsrecht ignoriert, riskiert, zu groben Fehlvorstellungen zu kommen.¹²⁰

116 Dazu Lenaerts (Fn. 14), S. 491; vgl. auch v. Danwitz, Funktionsbedingungen (Fn. 14).

117 Zur Bedeutung eines „horizontalen Dialoges der nationalen Gerichte“ im Kontext der europäischen Rechtsvergleichung Gaiet (Fn. 104); Lohse (Fn. 13), § 15 III. 3. b dd mit Hinweis auf die Praxis der (mit dem Umgang mit ausländischer Judikatur aus den Common-Law-Staaten ohnehin vertrauten) englischen Gerichte.

118 Dazu Classen, Nationales Verfassungsrecht (Fn. 22), S. 15 ff.

119 Lohse (Fn. 13), § 15 III. 3.

120 Zeigen lässt sich dies beispielhaft an der von spezifischem deutschem Rechtsverständnis geprägten Anmerkung von W. Durner (Zum Jagen getragen – der EuGH entdeckt den Datenschutz, DVBl. 2014, S. 712 ff.) zum Urteil des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung (Urt. v. 8.4.2014., verb. Rs. C-293/12 u.a. (Digital Rights u.a.). Die Annahme einer Rechtsprechungsänderung übergeht die Ausrichtung des europäischen Prozess-

Zugleich spricht vieles dafür, dass in diesem Zusammenhang nicht systematisch alle 28 nationalen Rechtsordnungen fruchtbar gemacht werden müssen. Da es im Kern um methodische Grundverständnisse geht, kann man sich wohl in gewissem Umfang an der Rechtskreislehre¹²¹ orientieren,¹²² zumal wie schon erwähnt zweifelhaft ist, ob und inwieweit in allen Mitgliedstaaten überhaupt im jeweils relevanten Zusammenhang weiterführende Überlegungen entwickelt werden. Dabei wird man allerdings gerade mit Blick auf den schon im Kreis der Gründerstaaten stark vertretenen romanischen Rechtskreis sicherlich mehrere nationale Rechtsordnungen heranziehen müssen, weil sich diese doch recht unterschiedlich entwickelt haben. Umgekehrt sind von den 28 nationalen Verwaltungsrechtsordnungen viele von dem einen oder anderen europäischen Mitgliedstaat, teilweise auch von mehreren Mitgliedstaaten beeinflusst,¹²³ so dass man, wenn man auf diese Staaten verzichtet, die entsprechenden Grundkonzeptionen trotzdem nicht aus dem Auge verliert. Zudem kommt es letztlich nicht allein auf eine bestimmte Einzeluntersuchung an, sondern darauf, dass die Wissenschaft insgesamt die nationale Vielfalt in das Blickfeld nimmt. Und nicht zuletzt, und zugleich ganz banal, folgt daraus, dass soweit möglich auch die wissenschaftlichen Diskurse zum Unionsrecht in anderen Mitgliedstaaten zur Kenntnis zu nehmen sind.¹²⁴ Dabei zeigt sich, dass Unterschiede gerade dort bestehen, wo nach hier vertretener Auffassung der Rechtsvergleich auch heute noch von Bedeutung ist.¹²⁵

V. Zusammenfassender Ausblick

Die vorliegenden Überlegungen haben deutlich gemacht, dass der Rechtsvergleichung auch weiterhin im Unionsrecht eine zentrale Rolle zukommt. Allerdings geht es nicht mehr zentral um die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Vielmehr ist sie im Kontext einer im erforderlichen Ausmaß einheitlichen und wirksamen Verwirklichung des Unionsrechts von zentraler Bedeutung. Die Vorstellungen darüber, wie das Recht im Rahmen der Anwendung durch Verwaltung und Gerichte sachgerecht zu konkretisieren und zu vollziehen ist, sind nämlich bis heute in den Staaten der Europäischen Union recht unterschiedlich ausgeprägt.

rechts auf Klagegründe (dazu bei Fn. 77 ff.) sowie die Fristgebundenheit von Nichtigkeitsklagen auch, wenn es um Normativakte geht.

121 Dazu etwa *Kischel* (Fn. 15), § 4; *David/Jauffret-Spinosi* (Fn. 25), Rn. 16 ff.

122 Kritisch demgegenüber jedoch *M. Fehling*, Rechtsvergleichende Methode und Europäisches Verwaltungsrecht, in diesem Band, S. 57 (69 f.).

123 Dazu, vor allem den Einfluss des französischen und des deutschen, aber auch des britischen Verwaltungsrechts auf andere Staaten betonend, *Fromont* (Fn. 15), S. 13 ff.

124 Dazu auch *Haife/Mankowski* (Fn. 13), S. 155 f.; *Ruffert* (Fn. 25), S. 256 f.; *Lohse* (Fn. 13), § 24 V 3 b.

125 Dazu, speziell zum Verhältnis deutscher und französischer Rechtswissenschaft, *C.D. Classen*, Die deutsche Europarechtswissenschaft und Frankreich: die Geschichte einer punktuellen Wahrnehmung, in: O. Beaud/E.V. Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?, 1999, S. 351 (358 ff.); vgl. auch *Ruffert* (Fn. 25), S. 261.

Dies lässt sich an zahlreichen Beispielen verdeutlichen. Bestimmte nationale Leitbilder, wie sie etwa in Deutschland mit dem aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleiteten individualrechtlichen Rechtsschutzkonzept verbunden werden, helfen insoweit nur wenig weiter und sind zudem im Lichte rechtsvergleichender Erfahrungen durchaus zu hinterfragen. So hat sich insbesondere gezeigt, dass viele Staaten ihren verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz im Kern als individualbezogen ansehen, ihn aber im Einzelnen doch an zahlreichen Stellen anders ausgestalten, als dies in Deutschland nicht nur einfachrechtlich geschieht, sondern auch als von der Verfassung geboten angesehen wird. Daher muss den Rechtsverwirklichungs- und Vollzugsproblemen bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts eine besondere Bedeutung zugemessen werden.

Die Rechtsvergleichung ist nun gefordert, wenn es darum geht, offene Begriffe des Unionsrechts zu konkretisieren oder – im Rahmen des Effektivitätsprinzips – dem nationalen Recht Grenzen zu ziehen. Sie muss daher im Kontext jeder neuen Maßnahme der Rechtsangleichung erfolgen und stellt aus diesem Grund eine Daueraufgabe dar. So bleiben auch nicht zuletzt gerade die rechtsvergleichenden Ansätze, die *Jürgen Schwarze* mehr als andere im Rahmen seiner Arbeiten zur Herausbildung des europäischen Verwaltungsrechts verfolgt hat, dauerhaft in ihrer Bedeutung sichtbar, und zwar auch dann, wenn sich die konkreten positiv-rechtlichen Ausprägungen naturgemäß immer wieder wandeln.

Institutionelle Auswirkungen der Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts

Die Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts durch die Unionsgerichtsbarkeit

Markus Kotzur, Hamburg*

I. Einleitung: Der dualistische Ausgangspunkt

Gerichte sehen nicht selten eine ihrer vornehmsten Aufgaben darin, den Selbststand der ihnen zur Wahrung anvertrauten Rechtsordnung zu sichern und deren Autonomie gegenüber Recht fremder Setzung zu behaupten.¹ Sie tun das häufig unter Berufung auf jenes volkssouveräne „We, the people“, aus dem sie das ganz unverwechselbar Eigene und im tieferen Sinne demokratischer Setzung „Eigenwillige“ dieser Rechtsordnung ableiten. Fast schon „eigensinnig“ lesen sich die polemisch brillant zugespitzten Monita von *A. Scalia*: „If there was any thought absolutely foreign to the founders of our country, surely it was the notion that we Americans should be governed the way Europeans are. (...). What reason is there to believe that other dispositions of a foreign country are so obviously suitable to the morals and manners of our people that they can be judicially imposed through constitutional adjudication?“² Auch wenn Rechtsordnungen wie das deutsche Grundgesetz – anders als die US-amerikanische Bundesverfassung – in der Öffnung in den überstaatlichen Raum und der vielberufenen „Völkerrechtsfreundlichkeit“³ eine maßgebliche *Identitätszuschreibung* erkennen, tun sie sich mit der rechten Balance zwischen Rezeptionsoffenheit und Selbstbehauptung oft schwer. Der EuGH kann angesichts manch zähen Ringens mit den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten ein Lied davon singen.⁴ Doch hält er es mit der Offenheit seiner Rechtsordnung – deren Autonomie sich ja gerade nicht volkssouveräner

* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität Hamburg.

- 1 Ein Beispiel gibt etwa „ultra vires“-Kontrolle bei sog. „ausbrechenden Rechtsakten“, die das Bundesverfassungsgericht seit der Maastricht-Entscheidung (E 89, 155) gegenüber dem EuGH behauptet, siehe etwa *J. Schwarze*, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Referate im Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration“ (Bonn, den 27. Januar 2014), 2014; *ders.*, Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit, 2013; aus der Aufsatzzliteratur *I. Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsbund, 2006; *K. Schneider*, Der Ultra-vires Maßstab im Außenverfassungsrecht. Skizze sicherer Vollzugszeitumgebungen für zwischenstaatliche und supranationale Integrationsprozesse, AÖR 139 (2014), S. 165 ff.; *R. Ismer/D. Wiesner*, Die OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts. Eine dogmatische Kritik auf Grundlage juristisch-ökonomischer Analyse, DÖV 2015, S. 81 ff.; *M. Ludwigs*, Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG - Judikative Kompetenzanmaßung oder legitimes Korrektiv?, NVwZ 2015, S. 537 ff.
- 2 *A. Scalia*, Foreign Legal Authority in the Federal Courts, Keynote address to the Annual Meeting of the American Society of International Law (March 31 to April 3, 2004), in: 98 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 305 (2004), S. 310; siehe auch *M. Kotzur*, „Verstehen durch Hinzudenken“ und/oder „Ausweitung der Kampfzone“? Vom Wert der Rechtsvergleichung als Verbundtechnik, in: JÖR 63 (2005), S. 355 ff.
- 3 Ausbuchtstiert etwa bei *P. Häberle*, Universal Konstitutionalismus aus nationalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen – sieben Thesen, JÖR 62 (2014), S. 417 ff.
- 4 *K. Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 3 ff.; *T. Lindner*, Richter der Integration. Eine rechtsvergleichende Studie über die verfassungsgerichtlichen Positionen ausgewählter Mitgliedstaaten zur Europäischen Integration, Diss. Hamburg, 2015.

Setzung verdankt – sehr viel anders? Erlaubt er eine großzügigere Internationalisierung des ihm anvertrauten europäischen Verwaltungsrechts? Ein Doppel-Paradigma jedenfalls steht fest. Einerseits definiert Luxemburg, immer wieder betont und etwa in der *Kadi*-Rechtsprechung explizit gemacht, das Verhältnis von Völker- und Europarecht strikt dualistisch.⁵ Andererseits nutzt der Gerichtshof mit der EMRK regional-völkerrechtliches Konventionsrecht konsequent als „Rechtserkenntnisquelle“.⁶ Sie ist das gewiss wichtigste, primärrechtlich gestützte Einfallstor der Internationalisierung. Andere mögen sich finden lassen. Die Definitiionsmacht über die Weite ihres „Offen-Seins“ hat sich bislang die Unionsgerichtsbarkeit dezidiert vorbehalten.⁷ Zunächst aber: Was überhaupt heißt „Internationalisierung“?

II. Drei – nicht nur terminologische – Vorbemerkungen

1. Zum Konzept der Internationalisierung

Ganz allgemein verweist Internationalisierung – wie die mundial noch weiter ausgreifende Globalisierung einerseits und die regional verdichtete Europäisierung andererseits – auf vielfältige Prozesse der Öffnung und Vernetzung, die die Lebenswirklichkeiten im 21. Jahrhundert *insgesamt* und *gesamthaft* durchziehen.⁸ Wirtschaft, Politik und Recht sind nur Teilbereiche jener Lebenswirklichkeiten, allerdings solche, in denen Internationalisierungsprozesse spezifisch greifbar werden. Das Recht erhebt dabei den Anspruch, diese Prozesse, die seinen Ordnungsrahmen nachhaltig verändert haben, nun seinerseits normativ einzufangen und zu steuern. Konkret als Phänomen des öffentlichen Rechts gefasst, geht es der Internationalisierung um die Öffnung des nationalen Verfassungsstaates, aber auch supranationaler Rechtsgemeinschaften in den sie übergreifenden, das nationale respektive supranationale Recht transzendernden Raum.⁹ Methodisch birgt der

5 Aus der umfanglichen Literatur: M. Avbelj/F. Fontanelli/G. Martinico (Hrsg.), *Kadi on Trial – A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, 2014; M. Kotzur, Wider den bloßen Verdacht – zur grundrechtsichernden Verantwortung des EuGH im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit, *EuGRZ* 41 (2014), S. 589 ff.; A. v. Arnauld, Der Weg zu einem „Solange 1 ½“ – Die Umsetzung der gezielten UN-Sanktionen durch die EU nach Einrichtung der UN-Ombudsstelle – europäische oder globale rule of law?, *EuR* 2013, S. 236 ff.; T. Stein, Too „smart“ for legal protection? UN Security Council’s targeted sanctions and a pladoyer for another UN Tribunal, in: *Liberal Amicorum* R. Wolfrum, 2012, S. 1527 ff.; G. de Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi, *Harvard International Law Journal* 51 (2010), S. 1 ff.

6 Siehe etwa M. Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, *EuGRZ* 2014, S. 273 ff.

7 Siehe umfänglich E. Klein, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VI/1: *Europäische Grundrechte I*, 2010, § 73; J. Schwarze, Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft. Grundlagen und heutiger Entwicklungsstand, *Integrationsrecht*, Bd. 2, 1986, S. 99 ff.

8 Dazu M. Kotzur, Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa, 2004, S. 61 ff.

9 Dieser Raum ist seinerseits normativ geordnet. Anschaulich spricht Ch. Calliess, Auswärtige Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 83 Rn. 6 von „Internationalen Maßstabsnormen“, die das nationale Recht teils durchdringen und umformen, teils aber auch rezipieren und damit wiederum internationalisieren.

wechselseitig offene Kontakt zwischen verschiedenen nationalen, supranationalen und internationalen Rechtsordnungen ein hohes Innovationspotential.¹⁰ Der Sache nach mögen Ergebnis der Internationalisierung neue Strukturen, Gebilde, Integrations- und Organisationsformen im internationalen Bereich sein – die ihrerseits nach neuer Semantik¹¹ und neuer theoretischer Rahmung verlangen: global constitutional law¹², global administrative law¹³, Rechtspluralismus¹⁴, fragmentierte Rechtsordnungen¹⁵, internationale öffentliche Gewalt¹⁶ –, was sie beschreibt aber ist der Weg dorthin: „die zunehmende Lösung von Recht aus einem abgeschlossenen (...) Regelungszusammenhang.“¹⁷ Internationalisierung ist daher, so hat es F. Meyer plastisch formuliert, ein „*Einwirkungsphänomen*“. Sie schließt den vormals abgeschlossenen nationalen oder supranationalen Rechtsraum auf – etwa durch Rezeptionen, Überformungen, Modelle völkerrechtsfreundlicher Auslegung etc. – und bedingt so, ganz neutral formuliert, „*Veränderungerscheinungen*“ innerhalb dieses Rechtsraumes.¹⁸

2. Zum Normbestand des europäischen Verwaltungsrechts

a) Die Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts¹⁹ bezeichnet damit ein *Einwirkungsphänomen* auf den europäischen Verwaltungsrechtsraum.²⁰ Er ist seinerseits gekennzeichnet durch einen pluralen Normbestand. Umfasst wird zunächst das Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union, das heißt all die Normen, die die Verwaltungstätigkeit der Kommission und der Agenturen regeln.

- 10 So ausdrücklich A. v. Arnould, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74 (2015), S. 39 ff., 50; weiterhin D. Thym, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, EuR 2015, S. 671 ff., 696 ff. („theoretische Reflexionsoffenheit“).
- 11 L. Vielechner, Verfassung als Chiffre. Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts, ZaaRV 75 (2015), S. 233 ff.
- 12 L. Dunhof/J. P. Trachtmann (Hrsg.), Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance, 2009; J. Klubbers/A. Peters/G. Ulfstein, The Constitutionalization of International Law, 2009; Th. Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012.
- 13 B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, in: 68 Duke Law Journal (2005), S. 15 ff.
- 14 N. Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, in: The Modern Law Review 65 (2002), S. 317 ff.
- 15 M. Koskenniemi, Fragmentation of International Law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L. 682, 13. April 2006, 2006.
- 16 A. v. Bogdandy, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field, in: German Law Journal 9 (2006), S. 1909 ff.; M. Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015.
- 17 F. C. Mayer, Internationalisierung des Verwaltungsrechts, in: Ch. Möllers/A. Voßkuhle/Ch. Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 49 ff., 58.
- 18 Ebd.
- 19 J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2 Bd., 2005; Th. v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008; A. v. Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 3: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen (2010) und Bd. 4: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft (2011); J.-Ph. Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011; zahlreiche weitere Nachweise aus der kaum mehr zu überblickenden Literatur bei J.-Ph. Terhechte, Strukturen und Prinzipien des europäischen Verwaltungsrechts, in: A. Hatje/P.-Ch. Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 3, 2014, § 30.
- 20 Zum Folgenden F. C. Mayer, Internationalisierung des Verwaltungsrechts, in: Ch. Möllers/A. Voßkuhle/Ch. Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 49 ff.; J.-Ph. Terhechte, Strukturen und Prinzipien des europäischen Verwaltungsrechts, in: A. Hatje/P.-Ch. Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 3, 2014, § 30, Rn. 3 ff.

Art. 298 AEUV verankert ausdrücklich die Verwaltung der Union im Primärrecht, formt die unionale Eigenverwaltung in ihren maßgeblichen Dimensionen aus und eröffnet dem internen Organisationsrecht der EU eine eigene – durchaus prinzipiengesättigte – Verwaltungsdimension.²¹ Diese lässt sich wiederum ausdifferenzieren in Organisationsrecht, das den Verwaltungsunterbau normativ festlegt, und Handlungsrecht, das die unionalem hoheitlichen Tätigwerden zu Gebote stehenden Handlungs- und Bewirkungsformen normativ konturiert.²² Internationalisierung des unionalen Eigenverwaltungsrechts beschreibt – in der Terminologie nicht hierarchisch zu missdeutender Mehrebenensysteme – ein *unmittelbares Einwirken* der internationalen auf die unionale Ebene und alle damit verbundenen Veränderungerscheinungen. Beispiele für solches Einwirken geben etwa die Aarhus-Konvention, die Europäische Menschenrechtskonvention oder die oben bereits zitierte (siehe Fn. 5) *Kadi-Rechtsprechung*.²³ So wie sich das unionale Eigenverwaltungsrecht einerseits aus der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Normsubstanz der EU-Mitgliedstaaten speist, diese – oft im Wege allgemeiner Rechtsgrundsätze²⁴ – rezipiert, gibt es andererseits viele Berührungspunkte von unionalem Eigen- und internationalem Verwaltungsrecht, aus denen wiederum Rezeptions- und Lernprozesse folgen und das Ideal eines in alle Dimensionen des Mehrebenensystems ausgreifenden „*Lernverbundes*“ erwächst.²⁵

b) Mit diesem „*Lernverbund*“ ist bereits ein hoher Grad von Komplexität ange deutet. Die Verwaltungsrechtsmasse im europäischen Verwaltungsraum muss notwendig um jenen Rechtsbestand angereichert, der vor Lissabon mit implizitem Verweis auf die Gemeinschaftsidee Gemeinschaftsverwaltungsrecht genannt wurde.²⁶ Eben diese Gemeinschafts-idee erlaubt es durchaus, auch nach Lissabon an der Terminologie festzuhalten. Der Soziologe *F. Tönnies* hat in einer heute klassischen Schrift *Gesellschafts- und Gemeinschaftsidee* einander gegenübergestellt.²⁷ Gesellschaft sei ein sozialer Körper, dessen Glieder ursprünglich selbständig,

21 *A. Hatje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 298 AEUV, Rn. 6.

22 *J.-Ph. Terhechte*, *Strukturen und Prinzipien des europäischen Verwaltungsrechts*, in: *A. Hatje/P.-Ch. Müller-Graff* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 3, 2014, § 30, Rn. 34; *H. Wijmann/P. Lange*, *Handlungsformen im europäischen Verwaltungsrecht*, in: *ebd.*, § 31; allgemein *A. Glaser*, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 2013.

23 Zur Aarhus-Konvention: *N. Wiesinger*, *Innovation im Verwaltungsrecht durch Internationalisierung. Eine rechtsvergleichende Studie am Beispiel der Aarhus-Konvention*, 2013; *Ch. Walter*, *Internationalisierung des deutschen und Europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts*, EuR 2005, S. 302 ff.; mit Blick auf die EMRK. *J.-Ph. Terhechte*, in: *ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der EU*, § 1, Rn. 36 ff.; insgesamt *ders.*, *Strukturen und Prinzipien des europäischen Verwaltungsrechts*, in: *A. Hatje/P.-Ch. Müller-Graff* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 3, 2014, § 30, Rn. 32.

24 EuGH, verb. Rs. 205-2015/82, Slg. 1983, 2366 – *Deutsche Milchkontor*; *Th. v. Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 227; *J. Gundel*, *Verwaltung*, in: *R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach* (Hrsg.), *Europa-recht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 3. Aufl. 2015, § 3, Rn. 181 ff.

25 Der Terminus ist inspiriert von *F. Merli*, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, VVDStRL 66 (2007), S. 392 ff. Er spricht, bezogen auf das Miteinander von mitgliedstaatlicher und Unionsgerichtsbarkeit, von einem „höchstgerichtlichen Lernverbund, der im Zuge der europäischen Integration des letzten halben Jahrhunderts entstanden ist“ (S. 418).

26 *Th. v. Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 467 ff.

27 *F. Tönnies*, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 8. Aufl. 1935, S. 8 ff.

egoistisch, gegeneinander und frei voneinander sich erst nachträglich zum Zweck der Befriedigung selbstdefinierter Interessen in friedlicher Koexistenz zusammen geschlossen hätten. Gemeinschaft bezeichne demgegenüber eine beliebige, größere oder kleinere soziale Einheit, deren Glieder *ursprünglich* und *natürlich* so fest miteinander verbunden seien, dass durch bei allem Miteinander unvermeidbare Auseinandersetzungen die ursprüngliche Bindung niemals in Frage gestellt werde und die Gemeinschaft Zweck in sich bleibe. Gewiss, der soziologische Ansatz von *Tönnies* ist allenfalls begrenzt auf die normative Gemeinschaftsidee (Integration durch Recht²⁸) der EU heutiger Entwicklungsstufe übertragbar. Und doch bleibt die Frage, ob und wie das, was ursprünglich unverbunden, nie Zweck in sich war, Gemeinschaft werden kann, die zugleich ihrem Werden auch ihre Zwecke festlegt.²⁹ Das demokratisch rückgebundene, rechtsstaatlich gebundene und grundrechtlich radizierte Verwaltungsrecht gilt heute zunehmend als „ordnendes Element einer jeden Gemeinschaft, sei sie staatlich, supranational oder durch das Völkerrecht verfasst“³⁰, es ist konstitutiver Baustein jener „guten Ordnung“, die im Recht auf eine gute Verwaltung nach Art. 41 der Grundrechtecharta Konkretisierung findet.³¹ Die auf der konstitutionellen Trias von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte basierende „gute Ordnung“ aber ist das entscheidend gemeinschaftsstiftende Moment, der *Zweck in sich*. Aus diesem Zweck in sich erwächst als normative Konsequenz ein Stück *gemeineuropäischen* Verwaltungsrechts.³²

Ohne unmittelbaren Rekurs auf die Gemeinschaftsidee mag alternativ vom Recht des europäischen Verwaltungsverbundes die Rede sein.³³ Umfasst sind jedenfalls die kraft Unionsrechts für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Verwaltungsrechtsregelungen. Sie beziehen sich auf und binden gerade auch das Handeln nationaler Verwaltungen.³⁴ Was bedeutet das für den Einwirkungsmechanismus? Er führt *unmittelbar* zu Veränderungen unionsrechtlicher und *mittelbar* zu Veränderungen mitgliedstaatlicher Standards. Um die Komplexität noch zu steigern: Europäisches Verwaltungsrecht lebt zu einem Gutteil von allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

28 Statt aller *W. Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, S. 53.

29 *M. Kotzur*, in: *ders./R. Bieber/A. Epiney/M. Haag*, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 12. Aufl. 2016 (i. E.), § 3, Rn. 5: „Während jedoch die staatliche (Verfassung, Ann. des Verfassers) als „rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens“. Also einer von vornherein existierenden, wenngleich fortwährend neu zu konstituierenden Gesellschaft bezeichnet werden kann, verfolgt die Unionsverfassung das weiterreichende Ziel, aus sich selbst heraus und primär mit den Mitteln des Rechts das Gemeinwesen schrittweise zu errichten.“

30 *J.-Ph. Terhechte*, Strukturen und Prinzipien des europäischen Verwaltungsrechts, in: *A. Hatje/P.-Ch. Müller-Graff* (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 3, 2014, § 30, Rn. 3.

31 *K.-D. Classen*, Gute Verwaltung im Recht der EU, 2008.

32 *Ch. Schönberger*, Verwaltungsrechtsvergleichung, in: *A. v. Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber* (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, Bd. IV: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, 2011, § 71, Rn. 36. Zum Leitgedanken des „Gemeineuropäischen“ mit Blick auf das Verfassungsrecht prägend *P. Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, S. 261 ff., 265; *ders.*, Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur: Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, 2013, S. 30 und öfter.

33 *E. Schmidt-Abmann/B. Schönndorf-Haubold* (Hrsg.), Der europäische Verwaltungsverbund, 2005; *W. Kahl*, Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 50 (2011), S. 353 ff.

34 *J. Gundel*, Verwaltung, in: *R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 3, Rn. 176 ff.

zen, die der EuGH in wertendem Rechtsvergleich aus den mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen gewinnt und damit für alle Mitgliedstaaten verbindlich macht.³⁵ Einfach formuliert: *Europäisches Verwaltungsrecht* erwächst aus dem *Verwaltungsrecht in Europa*. Wenn der EuGH nun das europäische Verwaltungsrecht internationalisiert, erhalten die Mitgliedstaaten ursprünglich ihrem nationalen Regelungszusammenhang entlehnte Rechtskonzepte und -figuren *doppelt* verwandelt – nämlich internationalisiert und europäisiert zurück. Weil der Luxemburger Gerichtshof um das damit verbundene Konfliktpotential weiß, agiert er *doppelt* vorsichtig.

c) Paralleles gilt für das Recht des Verwaltungsvollzugs. Weil die Mitgliedstaaten zu einem Großteil das europäische Recht zu vollziehen und dabei dessen „effet utile“ sicherzustellen haben, macht das Europarecht durchaus strenge Vorgaben für das mitgliedstaatliche Verwaltungsprozess- und Verwaltungsverfahrensrecht.³⁶ Eine Internationalisierung des unionalen Rechtsbestands bedingt damit auch dessen *mittelbare Internationalisierung*. Im Detail: Aus der weitreichenden Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zum Vollzug von Unionsrecht resultiert – nicht nur *dogmatisch* konsequent, sondern vor allem *pragmatisch* gedacht – auch deren Verpflichtung zur effektiven Rechtsdurchsetzung. Diese ist aber wiederum unionsrechtlich gesichert. Sie gründet einerseits in der völkervertragsrechtlichen Bindung der Mitgliedstaaten bei Übertragung der Kompetenzen auf die Union, anderseits unmittelbar in der autonomen Unionsrechtsordnung selbst, primärrechtlich abgesichert durch Art. 4 Abs. 3 EUV.³⁷ Solch doppelte Bindung hat der EuGH, begleitet von der Europarechtswissenschaft, konzeptionell in zwei einander ergänzende Prinzipien umgesetzt. Das *Äquivalenzprinzip*³⁸ verlangt, dass die Mitgliedstaaten die Verfahrensregeln zur Durchsetzung des Unionsrechts nicht ungünstiger gestalten als diejenigen Parallelregeln, die allein den innerstaatlichen Bereich betreffen. Das *Effektivitätsprinzip*³⁹, der effet utile Rechtsprechung des EuGH korrespondierend, verpflichtet die Mitgliedstaaten überdies, ihr nationales Recht so anzuwenden, dass die Durchsetzung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich gemacht oder auch nur übermäßig erschwert wird.⁴⁰ Weiterhin hat der EuGH – wie ausgeführt – *allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze des Unionsverwaltungsrechts und -verwaltungsverfahrensrechts* entwickelt, an die nicht nur die Unionsorgane, sondern auch die Mitgliedstaaten beim Vollzug von Unionsrecht

35 Dazu oben Fn. 24.

36 F. Schoch, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000; ders., Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, S. 1 ff.

37 Umfassend A. Hatje, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001.

38 EuGH, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29 – *Courage*; weitere Rechtsprechungsnachweise bei S. Magiera, Durchsetzung des Europarechts, in: R. Schulze/M. Zuleeg (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 13, Rn. 36, Fn. 113; weiterhin Th. v. Danwitz, Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1998, S. 421 ff., 423 ff.

39 EuGH, Slg. 1997, I-4025 Rn. 27 – *Palmsani*; weitere Nachweise bei S. Hegels, EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 2001, S. 58 ff.

40 S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999; E. Klein, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, Der Staat 33 (1994), S. 39 ff.

gebunden sind. Dazu gehören etwa das Prinzip der Rechtssicherheit, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen differenzierten Abwägungsgeboten, der Vertrauenschutzgrundsatz, der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Anspruch auf Begründung von Verwaltungsentscheidungen oder die Entscheidungstransparenz.⁴¹ Dass all diese Grundsätze und Prinzipien im mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Verwaltungsrecht zumeist parallelen Widerklang finden, entspricht dem konstitutionellen Ineinandergreifen von einander ergänzenden „*Teilverfassungen*“ (P. Häberle) auf mitgliedstaatlicher und unionaler Ebene. Um zur Ausgangsüberlegung zurückzukehren: Je weiter sich das unionale Verwaltungsrecht dem internationalen Verwaltungsrecht also öffnet, umso größer wird – *äquivalenzbedingt, effizienzgesteuert* – das entsprechende Einfallstor in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Der EuGH kann sich diesbezüglich als *Türöffner* oder *Tirhüter* positionieren. Er ist dabei immer unmittelbarer Wahrer des Unionsrechts (Art. 19 Abs. 1 EUV) und mittelbarer Wahrer des mitgliedstaatlichen Rechts.

d) Das Konventionsverwaltungsrecht⁴² (E. Schmidt-Aßmann), völkerrechtlich begründetes Verwaltungsrecht mit der EMRK als seiner wichtigsten Quelle, mag sich der Sache und seiner Wirkungsintensität durchaus als europäisches und sogar „Unionsverwaltungsrecht“ bezeichnen lassen. Dogmatisch bleibt es aber bei der oben bereits skizzierten dualistischen Trennung, die der EuGH in seinem jüngsten Gutachten zum EMRK-Beitritt der Union noch weiter zugespitzt hat.⁴³ Dabei musste er sich freilich bewusst sein, dass die „Herrschaft des Rechts“ in und für Europa vorrangig die „Herrschaft der Grundrechte“ impliziert⁴⁴. Wohl weltweit kein anderer Verfassungsraum weist eine so hohe *Grundrechtsdichte* auf wie die europäische Grundrechtsgemeinschaft, die das Europa der EU, das Europa des Europarates und die mitgliedstaatlichen Verfassungen einbindet und von völkerrechtlichen Maßstäben universellen Menschenrechtsschutzes gleichsam umhegt wird.⁴⁵ Die im Jahre 1950 vom Europarat verabschiedete EMRK steht in diesem grund- bzw. menschenrechtlichen Mehrebenenverbund für das klassische Modell des völkervertraglichen Menschenrechtsschutzes.⁴⁶ Sie löst für den europäischen Kulturraum ein Versprechen ein, das bereits die UN-Charta (1945) und die allge-

41 Grundlegend J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 661 ff.

42 E. Schmidt-Aßmann, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, S. 924 ff., 925 f., differenziert zwischen Verwaltungskooperationsrecht, Gemeinschaftsverwaltungsrecht und Konventionsverwaltungsrecht.

43 EuGH – EMRK II, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475.

44 J. Limbach, Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur – Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR, EuGRZ 2000, S. 417; siehe auch D. Kugelmann, Grundrechte in Europa, 1997.

45 G. Hirsch, Die Europäische Union als Grundrechtsgemeinschaft, FS Mélanges Schockweiler, 1999, S. 177 ff.; A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 147 ff.; P. Häberle/M. Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016.

46 Ch. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016; eingehend zur Entstehungsgeschichte der EMRK K. J. Partsch, Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, ZاöRV 15 (1954), S. 631 ff.

meine Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahre 1948 geben⁴⁷, erfüllt so für die regionale Verantwortungsgemeinschaft Europa einen Internationalisierungsauftrag und richtet ihrerseits Internationalisierungserwartungen an ihre Normadressaten.

Diese Erwartungen betreffen vor allem die Rolle des Individuums und dessen Selbststand im europäischen Verfassungs- wie Verwaltungsrecht.⁴⁸ Sie prägen vom Konventionsverwaltungsrecht her den europäischen Verwaltungsraum insgesamt. Das beginnt mit den völkerrechtlichen Prämissen. Vor allem durch Abkommen zum universellen und regionalen Menschenrechtsschutz gewinnt das Individuum partielle Völkerrechtssubjektivität. Seine Würde und seine (gleiche) Freiheit werden nicht nur Legitimitätsvoraussetzung der Völkerrechtsordnung als solcher, sondern sie setzen staatlicher Souveränität eindeutige Grenzen.⁴⁹ Im Sinne eines solch instrumentalen, vom Menschen ausgehenden und auf den Menschen hin orientierten Souveränitätsverständnisses bindet die EMRK alle Mitgliedstaaten an grundlegende Menschenrechtsstandards und imprägniert ihr Verwaltungsrecht menschenrechtlich. Jedenfalls als Rechtserkenntnisquelle wirkt sie auch für das Eigenverwaltungsrecht der Union imprägnierend. In diesem Wirkungszusammenhang wächst die EMRK als europäische „Magna Charta der Menschenrechte“ über ihre völkervertragliche Dimension hinaus und erlangt für das sich verfassende Europa konstitutionelles Gewicht. Das gilt umso mehr, seit das 11. Zusatzprotokoll (1998) den EGMR zu einem echten Verfassungsgericht hat reifen lassen, an das sich der Einzelne unmittelbar wenden kann.⁵⁰ Die ursprünglich „minimalistische Konventionskonzeption“⁵¹, wonach die europäischen Menschenrechtsgarantien nur eine überwölbende Auffangordnung mit geringem Einfluss auf die nationalen Grundrechtsgarantien und Grundrechtstraditionen seien, hat sich im Laufe des fortschreitenden europäischen Integrationsprozesses Stück für Stück in ein anspruchsvollereres konstitutionelles Modell gewandelt.⁵² Gewiss hat auch die Europäische Verfassungsdebatte, all ihren Rückschlägen und auch den gegenwärtigen Integrationskrisen zum Trotz, einen maßgeblichen Beitrag dazu geleistet, die EMRK als Teilverfassung auf dem Grund- und Menschenrechtssektor und damit

47 Dazu *Ch. Gusy*, Das Grundgesetz im völkerrechtlichen Wirkungszusammenhang, in: U. Battis/D. Th. Tsatsos (Hrsg.), Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang, 1990, S. 207 ff.

48 Umfassend *J. Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht. Die institutionelle Ausdifferenzierung der Verwaltungsorganisation der Europäischen Union in individueller Perspektive, 2014.

49 Zum Menschenwürdekonzept als Grund und Grenze legitimer Herrschaft *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 22; *Ch. Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997.

50 Aus der Lit. etwa *L. Wildhaber*, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2002, S. 569 ff.

51 *Ch. Gusy*, Wirkungen in der Europäischen Menschenrechtskonvention und in der europäischen Rechtsprechung der einzelnen Vertragsstaaten, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1988, S. 1 ff.

52 Dieses Modell ist in der Literatur schon seit längerem präsent: *F. Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, in: Der Staat 40 (2001), S. 349 ff., 353 ff.; *J. A. Frowein*, Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung, JuS 1986, S. 845 ff.; *P. Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, S. 261 ff., 265: „ordre public européen“; Der EGMR selbst, Urteil vom 23. März 1995, Loizidou (Preliminary Objections), Serie A 310, Z. 75 bezeichnet die EMRK als „constitutional instrument of European public order“.

ihrerseits als „Konstitutionalisierungsprozess“ zu begreifen.⁵³ Dieser Prozesscharakter ist es auch, der die Propria des Konventionsverwaltungsrechts ausmacht – sein Hineinwachsen in die mitgliedstaatlichen respektive die unionale Rechtsordnung(en), ganz gleich, welchen Rang die Charta im (innerstaatlichen) Recht einnimmt oder ob sie als bloße Rechtserkenntnisquelle wirkt. Von diesem Prozess will der EuGH sich nicht treiben lassen, er will auf ihn steuernden Einfluss nehmen. Bevor davon gleich etwas ausführlicher die Rede sein wird, noch ein Blick auf die Stellung der Unionsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsprechungsverbund. Gerade dieser Verortung kommt für die (potentielle) *Internationalisierungsdynamik* und für die *Internationalisierungsverantwortung* des EuGH entscheidende Bedeutung zu.

3. Zur Unionsgerichtsbarkeit als Akteur, „Motor“ oder „Bremse“ der Internationalisierung

Die unionale Gerichtsverfassung nach Lissabon widerspiegelt mehr denn je den horizontal wie vertikal *dezentralen* Charakter des europäischen Rechtsschutzsystems.⁵⁴ Seiner treffenden Beschreibung dient *das Verbundmodell*⁵⁵, von dem vorliegend schon mehrfach und mit spezifischem Blick auf den europäischen Verwaltungsverbund die Rede war. Es sei an dieser Stelle kurz skizziert. Der Verbund ist weniger dogmatische Figur denn beschreibendes Bild. Es will die teils schon spezifischen, teils noch recht unspezifischen Funktionsweisen komplexer Mehrebenenverflechtungen in ihrem komplexen Zusammenspiel skizzieren, ohne sich schon vorab auf die genauen Techniken des Zusammenspiels festzulegen oder sie gar in ein strikt dogmatisches Korsett zu zwängen.⁵⁶ Das pluralistische Geflecht von unionalem und mitgliedstaatlichem Recht, das mit eingeflochtene Recht des Europarates (die EMRK) und, vom universellen Völkerrecht her gedacht, die bereits angesprochenen „internationale Maßstabsnormen“⁵⁷ als einhängende Direktiven schreibt der Unionsgerichtsbarkeit ein komplexes Rollen- und Verantwortungsprofil zu. Auf *eindeutige Normhierarchien* kann sie sich nicht

53 Ch. Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, *ZaöRV* 59 (1999), S. 961 ff.

54 R. Barents, The Court of Justice after the Treaty of Lisbon, *Common Market Law Review* 47 (2010), S. 709 ff., 714.

55 M. Zuleeg, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der EU, *JZ* 1994, S. 1 ff.; I. Pernice, Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, S. 27 ff.; ders., Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Heft 180 (2006), S. 53 ff.; C.-D. Classen, Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund, *JZ* 2006, S. 157 ff.; S. Oeter, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, *VVDStRL* 66 (2007), S. 361 ff., insbes. 383; T. v. Danwitz, Kooperation der Gerichtsbarkeiten in Europa, *ZRP* 2010, S. 143 ff.; A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *NVwZ* 2010, S. 1 ff.

56 So ausdrücklich A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *NVwZ* 2010, S. 1 ff., 3.

57 Siehe oben Fn. 9.

mehr vollständig verlassen.⁵⁸ Zugleich erfährt sie *dynamisierenden* Input zu Rezeption und produktiver Fortschreibung sowohl von innen – von Seiten der Mitgliedstaaten – als auch von außen, von Seiten internationaler Rechtsregime her. Skeptiker sehen damit die Gefahr einer diffusen Amalgamierung rechtlicher Standards aus den unterschiedlichsten Quellen verbunden, die das Etikett „gemeineeuropäischen Rechts“ in hierarchieaverser Indifferenz und rechtspluralistischer Beliebigkeit nur zu überdecken scheue.⁵⁹ Die Unionsgerichte stehen deshalb unter hohem *Rechtfertigungsdruck* und *Rationalisierungzwang*, gerade weil sich weitverzweigte Rezeptionsprozesse meist nicht mit jener von den Kritikern eines unionalen judicial activism⁶⁰ angemahnten eindeutigen Klarheit nachzeichnen lassen. Auch deshalb mag ein gewisser Schlingerkurs des EUGH zwischen „Motor“- und „Bremse“ der Internationalisierung oder „Internationalisierung ja aber“ letztlich nicht allzu sehr überraschen.

III. Eine erste zentrale Nachfrage: Das EuGH-Gutachten 2/13 gegen den Beitritt der EU zur EMRK

Überrascht hat das Ergebnis des EuGH-Gutachtens 2/13 (Plenum) vom 18. Dezember 2014 zum EMRK-Beitritt der Union dann aber doch, zumal angesichts des oben skizzierten eindeutigen Wortlauts von Art. 6 Abs. 2 AEUV⁶¹ und angesichts der anders gerichteten Einlassungen der Generalanwältin *J. Kokott*.⁶² Es geht vorliegend nicht um eine ausführliche Würdigung des Gutachtens, die von der Literatur längst geleistet wurde.⁶³ Es geht auch nicht um die im Internationali-

58 *A. v. Bogdandy/S. Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag. Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, in: *ZaöRV* 70 (2010), S. 701 ff.

59 Siehe z. B. *M. Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechts-theoretische Insuffizienz einer Unschärfenrelation, in: *GS W. Blomeyer*, 2004, S. 637 ff.

60 Zur schwierigen Gratwanderung zwischen judicial activism und judicial restraint *J. Schwarze*, Die Grenzen des Richterrechts in der europäischen Rechtsordnung – Anmerkung zu dem zweiten Tabakwerbeurteil des EuGH vom 12. 12. 2006, in: *FS G. Hirsch*, 2008, S. 165 ff.

61 Die Entwicklungsgeschichte dieser Verpflichtung thematisiert *M. Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der europäischen Union, *EuR* 2015, S. 330 ff., 331 (Fn. 3).

62 Stellungnahme von *GA J. Kokott* v. 13. Juni 2014, in: *Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II)*, *ECLI:EU:C:2014:2475*.

63 Vgl. etwa *M. Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der europäischen Union, *EuR* 2015, S. 330 ff., (dort in Fn. 2 Nachweise auf zahlreiche Einträge unter www.verfassungsblog.de, so von *S. Douglas-Scott, W. Michl, T. Lock* oder *M. Wendel*); *Ch. Tomuschat*, Der Streit um die Auslegungshoheit – Die Autonomie der EU als Heiliger Gral. Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, *EuGRZ* 2015, S. 133 ff.; *J. M. y Pérez de Nanclares*, Der judizielle Dialog im gemeinsamen europäischen Rechtsraum unter besonderer Betrachtung der unendlichen Geschichte des EU-Beitritts zur EMRK, in: *FS T. Stein*, 2015, S. 784 ff.; *A. Lengauer*, Beitritt der EU zur EMRK. Einige strukturelle Überlegungen, *ZfRV* 2015, S. 100 ff., im Vorfeld des Gutachtens schon *W. Michl*, Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK. Individualgrundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts unter den Vorzeichen des Beitritts der EU zur EMRK, 2014; *U. Schmidt*, Der Fall "Bosphorus Airways" vor dem Europäischen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Ein Wendepunkt im Verhältnis der beiden Gerichtshöfe und im europäischen Grundrechtsschutz?, 2014.

sierungskontext relevanten Fragen, ob und gegebenenfalls welche Verwaltungskompetenzen von der europäischen auf die internationale Ebene übertragen werden könnten.⁶⁴ Es geht vielmehr um einen Blick auf das *Internationalisierungskonzept* des EuGH, dessen skeptische und um die Autonomie des Unionsrechts in Luxemburger Deutung besorgte Grundhaltung bereits im Gutachten zum Patentrechtsschutzsystem aus dem Jahre 2011 deutlich geworden ist.⁶⁵

Dass der EuGH den Beitritt im Wesentlichen zu einem *Kompetenzproblem* zwischen Luxemburg und Straßburg stilisiert und die Frage, in wessen Händen die Auslegung der EMRK liegen soll, ganz in den Mittelpunkt rückt, spricht für dieses Internationalisierungskonzept Bände. Was er will, ist – darin dem Bundesverfassungsgericht und vielen anderen mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten nicht unähnlich – eine rein „selbstkontrollierte Öffnung“, eine rein „selbstkontrollierte Internationalisierung.“⁶⁶ Eine interessante Parallele: Wo sich nationale Gerichte des *Narrativs*⁶⁷ der Souveränität bedienen, stimmt der EuGH mit gleicher Intention die Melodie der „Autonomie“ an. Und er will, was er den Mitgliedstaaten angesichts der Verbundidee gerne streitig macht, in Sachen Auslegung das letzte Wort. Er fürchtet, der Beitritt in der geplanten Form sei, so Leitsatz zwei des Gutachtens, „geeignet, die besonderen Merkmale und die Autonomie des Unionsrechts zu beeinträchtigen, da nicht sichergestellt wird, dass Art. 53 EMRK und Art. 53 der Charta aufeinander abgestimmt werden“.⁶⁸ Unter Rn. 161⁶⁹ heißt es: „Sodann ist nach dem EU-Protokoll Nr. 8, das den Verträgen rechtlich gleichrangig ist, u. a. in der Beitrittsübereinkunft dafür Sorge zu tragen, dass die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts erhalten bleiben, und sicherzustellen, dass der Beitritt die Zuständigkeiten der Union und die Befugnisse ihrer Organe, die besondere Situation der Mitgliedstaaten in Bezug auf die EMRK sowie Art. 344 AEUV unberührt lässt.“ Der Gerichtshof argumentiert zugunsten der Mitgliedstaaten, macht sich deren Souveränität zu eigen, um die eigene Autonomie zu stützen.

So betont er die „Autonomie, über die das Unionsrecht im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten sowie zum Völkerrecht verfügt“, um zu schlussfolgern, die Auslegung der EMRK-Grundrechte müsse „im Rahmen der Struktur und der Ziele der Union gewährleistet sein“.⁷⁰ Eine internationale Übereinkunft dürfe nur dann Auswirkungen auf die Zuständigkeiten der Unionsgerichtsbarkeit haben, „wenn die wesentlichen Voraussetzungen für die Wahrung des Wesens dieser Zu-

64 Nachweise dazu bei *J.-Ph. Terhechte*, Strukturen und Prinzipien des europäischen Verwaltungsrechts, in: A. Hatje/P.-Ch. Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 3, 2014, § 30, Rn. 32.

65 EuGH, Gutachten C-1/09, Slg. 2011, I-1137.

66 Vgl. wiederum *M. Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der europäischen Union, EuR 2015, S. 330 ff.; *Ch. Tomuschat*, Der Streit um die Auslegungshoheit - Die Autonomie der EU als Heiliger Gral. Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2015, S. 133 ff.

67 *Z. Todorov*, Théories du symbole, 1977 ; *A. G. Amsterdam/J. Bruner*, Minding the Law, 2000.

68 Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2475.

69 Ebd.

70 Ebd., Rn. 171.

ständigkeiten erfüllt sind und folglich die Autonomie der Unionsrechtsordnung nicht beeinträchtigt wird“.⁷¹

Und eine weitere Kompetenzsorge treibt den Gerichtshof um, er beansprucht die Letztentscheidung über *grundrechtsrelevante Kompetenzfragen*: „Insbesondere darf das in der geplanten Übereinkunft vorgesehene Tätigwerden der durch die EMRK mit Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten Organe nicht dazu führen, dass der Union und ihren Organen bei der Ausübung ihrer internen Zuständigkeiten eine bestimmte Auslegung der Regeln des Unionsrechts verbindlich vorgegeben wird“.⁷² Der EuGH weiß, dass – gerade im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – das Unionsrecht ein System des gegenseitigen Vertrauens der ineinander verschränkten Rechtsordnungen leben und eine Prüfung individueller Belange im Einzelfall vermeiden will, während es nach der EMRK-Logik um den Schutz des Individuums als Höchstwert geht.⁷³

Darüber hinaus befürchtet Luxemburg eine mögliche Präjudizwirkung der Straßburger Entscheidungen auf die Auslegung der EU-Grundrechtecharta. Interessanter aber noch ist – wie bereits angedeutet – der sorgenvolle Duktus, mit dem sich der EuGH zum Sachwalter mitgliedstaatlicher (Souveränitäts-)Interessen macht: „Da die EMRK, indem sie vorschreibt, dass die Union und die Mitgliedstaaten nicht nur in ihren Beziehungen zu den Vertragsparteien, die nicht Mitgliedstaaten der Union sind, sondern auch in ihren gegenseitigen Beziehungen – selbst wenn für diese Beziehungen das Unionsrecht gilt – als Vertragsparteien anzusehen sind, von einem Mitgliedstaat verlangen würde, die Beachtung der Grundrechte durch einen anderen Mitgliedstaat zu prüfen, obwohl das Unionsrecht diese Mitgliedstaaten zu gegenseitigem Vertrauen verpflichtet, ist der Beitritt geeignet, das Gleichgewicht, auf dem die Union beruht, sowie die Autonomie des Unionsrechts zu beeinträchtigen. Die geplante Übereinkunft enthält aber keine Vorkehrungen, um eine solche Entwicklung zu verhindern“⁷⁴ (Rn. 194, 195). Noch viele weitere Details aus dem Beitrittsgutachten wären hervorzuheben, für vorliegende Analyse mag es damit sein Bewenden haben, um als *Internationalisierungsnarrativ* ein „Ja aber“ zu belegen.

71 Ebd., Rn. 183.

72 Ebd., Rn. 184.

73 *J. Callewaert*, To accede or not accede: European protection of fundamental rights at the crossroads, *Journal européen des droits de l’homme* 2014, S. 496 ff., 509; dazu auch *M. Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der europäischen Union, EuR 2015, S. 330 ff., 334.

74 Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2475, Rn. 194, 195.

IV. Eine weitere Nachfrage: Das EuGH-Gutachten 1/09 zum Vorschlag eines europäischen Patentgerichts

Abschließend noch ein Blick auf das bereits erwähnte EUGH-Gutachten 1/09 zu einer selbständigen europäischen Patentgerichtsbarkeit⁷⁵, in dem der Gerichtshof die eben skizzierte Grundmelodie der Autonomie und Letztentscheidungskompetenz bereits auskomponiert hat. Er macht dabei auch den Aspekt des Individualrechtsschutzes stark, was die eben angedeutete Dialektik zwischen einem System gegenseitigen Vertrauens und dem Höchstwert des Individualrechtsschutzes ein wenig relativiert. Es lohnt wiederum, den Wortlaut des Gutachtens genauer zu betrachten und das Gericht beim Wort zu nehmen: „Es ist jedoch festzustellen, dass eine das Unionsrecht verletzende Entscheidung des PG weder Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens sein noch zu irgendeiner vermögensrechtlichen Haftung eines oder mehrerer Mitgliedstaaten führen könnte. Folglich würde das geplante Übereinkommen, indem es einem außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der Union stehenden internationalen Gericht eine ausschließliche Zuständigkeit für die Entscheidung über eine beträchtliche Zahl von Klagen Einzelner im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftspatent und zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts in diesem Bereich übertragen würde, den Gerichten der Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeiten zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sowie dem Gerichtshof seine Zuständigkeit, auf die von diesen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zu antworten, nehmen und damit die Zuständigkeiten verfälschen, die die Verträge den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten zuweisen und die für die Wahrung der Natur des Unionsrechts wesentlich sind.“⁷⁶

V. Schlussbemerkung

Welche Quintessenz lässt sich aus all dem ziehen: Dem EuGH schlichte Abschottung gegenüber dem Außen zu unterstellen, trifft die Sache nicht. Dem stünden auch Normen wie Art. 6 Abs. EUV entgegen, der schon von seinem Wortlaut her den EMRK-Beitritt der Union nicht als ferne Option, sondern als ebenso ernst gemeinten wie konkreten Handlungsauftrag fasst.⁷⁷ Nicht vergessen sei der Entstehungskontext des heutigen Art. 6 Abs. 2 EUV. Nachdem der Gerichtshof unter Geltung des Vertrages von Maastricht im Jahre 1996 in seinem ersten EMRK-Gutachten die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit eines solchen Beitritts mit dem seinerzeit geltenden Vertragssystem formuliert hatte⁷⁸, schafft – durchaus in bewusster Reaktion auf diese Forderungen – Art. 6 Abs. 2 EUV die von Luxem-

75 EuGH, Gutachten C-1/09, Slg. 2011, I-1137.

76 Ebd., Rn. 88, 89.

77 R. Geiger, in: ders./D.-E. Khan/M. Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2016, i. E., Art. 6 EUV, Rn. 19.

78 EuGH – Gutachten 2/94 – Slg 1996, I-1759.

burg verlangte explizite vertragliche Ermächtigung. Dass lässt kaum einen anderen Rückschluss zu, als von einer *Beitrittsverpflichtung* auszugehen und sowohl die Autonomie der Unionsrechtsordnung als auch das Auslegungsmonopol des EuGH im Lichte dieser Verpflichtung zu deuten.⁷⁹

Angesichts dessen versteht sich der EuGH durchaus als „Motor“ der Internationalisierung, nur will er deren Maßgaben selbst bestimmen und deren Konsequenzen selbst kontrollieren. Er mag nicht „Bremser“ sein, doch die Rolle des Kontrolleurs mit Alleinvertretungsanspruch und Letztentscheidungsbefugnis fordert er vehement ein.⁸⁰ Das hat ihm teils heftige Kritik an seinem Konzept der rechtlichen Integration eingetragen, teils nachdrückliche Zustimmung zu seinem Eintreten für die Autonomie des Unionsrechts beschert.⁸¹ Und gewiss folgt der EuGH einem konventionellen Internationalisierungskonzept, aus dem mitgliedstaatlichen Recht bekannt. Der einen Souveränität ist die Autonomie des anderen. Um mit dem Verbunddenken in letzter Konsequenz ernst zu machen, bedürfte es avancierterer Internationalisierungskonzepte, in deren Mittelpunkt nicht mehr das Ringen um das letzte Wort steht. Der Verzicht auf dieses immer mit dem „dazu alleinig legitimiert Sein“ begründete Letztentscheiden wird jedenfalls dann erträglich, wenn der andere/die anderen zur Letztentscheidung berufenen Akteure eine vergleichbare konstitutionelle Legitimation – gerade in Sachen Individualrechtschutz – beanspruchen können. Ein Gericht wie der EuGH, das sich seine eigene verfassungsgerichtliche Legitimation immer aufs Neue hart erstreiten muss, könnte einem Gericht in gleicher Lage wie dem EGMR mit beherzterem Vertrauen entgegen gehen. Verbunden werden nämlich nicht nur die Schwachen mächtig. Und doch verbietet sich vereinseitigende Kritik. Wer sich erinnert, wie hart der EuGH die Autonomie des Unionsrechts seit van Gend & Loos⁸² erstreiten musste, wer sich vergegenwärtigt, wie diese Autonomie nicht nur in Zeiten von Nationalisierungstendenzen, von „Grexit“ und „Brexit“, von europäischer Staatsschulden- und Flüchtlingskrise immer wieder angefochten ist, wird dem Internationalisierungsansatz des Luxemburger Gerichtshofs Respekt zollen. Dass der Starke am mächtigsten allein sei, war freilich schon bei Schillers „Tell“ ein Irrtum.

79 B. Beutler, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 6 EUV, Rn. 18.

80 S. zuletzt nur EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454.

81 D. Thym (nachdrücklich in seiner Kritik) und Ch. Grabenwarter (deutlich in seiner Zustimmung), Das EMRK-Gutachten des EuGH, EuZW 2015, S. 180.

82 EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1, 25.

Agencification der Kommissionsverwaltung

Steffen Augsberg*

A. Problemaufriss: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“?

Wir müssen uns Europarechtler als glückliche Menschen vorstellen. Denn: „Der Kampf gegen [Regierungs-]Gipfel vermag ein Menschenherz auszufüllen.“¹ Bisweilen erscheint indes diese an sich gut nachvollziehbare Freude an den Herausforderungen, die sich aus der bereichsspezifischen Komplexität, Dynamik und Politikbezogenheit ergeben, mit einer doch erstaunlichen Realitätsverweigerung einherzugehen. Anders ist es jedenfalls kaum erklärlich, dass, um nur ein Beispiel zu nennen, der „Arbeitskreis Europäisches Verfassungsrecht“ in der Staatsrechtslehrervereinigung im Herbst 2016, nachdem sich die Union offensichtlich als unfähig erwiesen hat, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln adäquat auf die großen Gegenwartaufgaben zu reagieren, bestimmte Mitgliedstaaten den offenen Rechtsbruch nur (wenn überhaupt) dadurch vermieden haben, dass sie das Primärrecht durch multilaterale vertragliche, also klassisch völkerrechtliche Lösungen ergänzt bzw. ersetzt haben und (auch) in Folge hiervon sich massive, nahezu vorbildlose Absetzungs- und Erosionsbewegungen erkennen lassen, hinter das selbstgewählte Thema „Rechtsgemeinschaft in der Krise“ allen Ernstes ein Frage- und nicht etwa ein Ausrufezeichen stellt.² Gleichzeitig ist es aber natürlich wenig sinnvoll, ständig und immerzu schlicht den traurigen Zustand der Union im allgemeinen und des Unionsrechts im besonderen zu beklagen.³ Wichtiger noch ist die Erkenntnis, dass sich die gegenwärtigen Krisen in unterschiedlichen Anwendungsfeldern unterschiedlich auswirken, namentlich das europäische Verwaltungsrecht ganz anders erfassen als das europäische Verfassungsrecht. Das betrifft nicht nur das materielle Verwaltungsrecht,⁴ sondern auch das Verwaltungsverfahrens- und das Verwaltungsorganisationsrecht. Dabei erhält das Verfahrensrecht aktuell nach einer Phase richterrechtlich entwickelter⁵ und wissenschaftlich syste-

* Prof. Dr. Steffen Augsberg ist Professor für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

1 *Albert Camus*, Der Mythos des Sisyphos, 12. Aufl. Hamburg 2010, S. 160.

2 Vgl. https://www.jku.at/konferenzen/content/e283105/e307966/e308300/Gesprächskreise_ger.pdf.

3 Vgl. relativierend und optimistisch zugleich *Jürgen Schwarze*, Einführung, in: ders. (Hrsg.), Brennpunkte der jüngeren Rechtsentwicklung der EU. Ausgewählte Beiträge, Baden-Baden 2013, S. 9 (10): „Krisenerscheinungen – wie wir sie gegenwärtig erleben, wenn auch in bisher ungekannter Größenordnung – und pragmatische Fortschritte bei der europäischen Integration sind – so scheint es – in der Geschichte Europas zwillinghaft miteinander verbunden.“

4 Vgl. dazu etwa die Beiträge in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, Baden-Baden 2011.

5 Zur Bedeutung einer „dynamischen“ Rechtsvergleichung siehe – allerdings primär bezogen auf das (Verwaltungs-)Prozessrecht – Stephan Neidhardt, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts. Rezeption und Wandel zwischen Konvergenz und Wettbewerb der Rechtsordnungen, Tübingen 2008, v.a. S. 18 ff.

matisierter,⁶ verwaltungsintern durch Kodizes „guter Verwaltung“ konkretisierter⁷ Vorgaben nunmehr zentrale Impulse durch ein vom Europäischen Parlament unterstütztes, letztlich aber unionsexternes, nämlich dem Wissenschaftssystem entstammendes Projekt.⁸ Das Organisationsrecht ist hingegen in seiner Fortentwicklung wesentlich durch unionsinterne, namentlich von der Kommission ergriffene Initiativen geprägt. Die wissenschaftliche Begleitung dieses Prozesses bleibt meist auf die Analyse bestimmter Erscheinungsformen und deren (angeblicher) Defizite beschränkt; eine ebenso weit- wie tiefgehende Erfassung und systematische Durchdringung des unionalen Verwaltungsorganisationsrechts liegt bislang allenfalls in Ansätzen vor und bleibt folglich ein Desiderat.⁹ Sie kann auch im folgenden nicht geleistet werden.¹⁰ Allerdings lassen sich doch auch und gerade anhand der Betrachtung von speziellen „Bausteinen“¹¹ übergreifende Entwicklungen besser nachvollziehen oder sogar prognostizieren. In diesem Sinne verstehen sich die nachfolgenden Ausführungen zum Phänomen der sog. *Agencification*¹²

6 Vgl. nur *Jürgen Schwarze*, Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß – zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden 1996, S. 789 ff.; ders., *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl. Baden-Baden 2005, v.a. S. 113 ff.

7 Siehe dazu etwa *Barbara Bredemeier*, Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, Tübingen 2007, S. 393 ff.; *Thomas v. Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin 2008, S. 531; *Annette Guckelberger/Frederic Geber*, Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?, Baden-Baden 2013. Zum grundrechtlichen Hintergrund statt vieler *Carsten Nowak*, § 14: *Europäisches Verwaltungsrecht und Grundrechte*, in: *Terhechte* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, S. 519 ff.; *Kristin Pfeffer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung: Art. II-101 der Grundrechtecharta des Vertrages über eine Verfassung für Europa, Baden-Baden 2006; *Walter Klappstein*, Das Recht auf eine gute Verwaltung: Art. 41 und 42 der Charta der Grundrechte der EU, Kiel 2006; *Utz Schliesky/Birgit Wille*, Recht auf gute Verwaltung?: Ansätze für ein neues Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung, Kiel 2014.

8 Vgl. hierzu nur *Jens-Peter Schneider/Herwig C.H. Hofmann/Jacques Ziller* (Hrsg.) *ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht*, München 2015, sowie die Beiträge in: *Jens-Peter Schneider/Klaus Rennert/Nikolaus Marsch* (Hrsg.), *ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht*, i.E. Siehe zu den damit verbundenen Erwartungen programmatisch dies, a.a.O., S. VIII (IX): „Das Projekt eines für Bürger und Behörden sichtbaren, die Rechtsprechung leitenden sowie rechtsstaatlichen und demokratischen Standards verpflichteten Verwaltungsrechts wird hierbei nicht im Zentrum stehen. Seine Verwirklichung könnte aber die immer klarer zu Tage tretenden Legitimationsprobleme der Europäischen Union erkennbar reduzieren und das Vertrauen der Unionsbürger in die europäische Rechtsgemeinschaft wieder stärken.“

9 Siehe v.a. *Wolfgang Kahl*, *Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht*, *Die Verwaltung* 29 (1996), 341 ff.

10 Allerdings knüpft diese Untersuchung an entsprechende Voruntersuchungen an, siehe etwa *Steffen Augsberg*, § 6: *Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzug des Unionsrechts*, in: *Terhechte* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, S. 201 ff.; ders., *Autonomie und Unabhängigkeit: Unionale Einflüsse auf das nationale Verwaltungsorganisationsrecht*, in: *Malte Kröger/Arne Pilniok* (Hrsg.), *Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union*, Tübingen 2016, S. 19 ff.

11 Vgl. *Neidhardt*, *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts*.

12 Vgl. aus der zwischenzeitlich immens angewachsenen Literatur hierzu etwa *Madalina Busuioc*, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford 2013; *Edoardo Chiti*, *Existe-t-il un modèle d’Agence de l’Union européenne*, in: *Joël Molinier* (Hrsg.) *Les agences de l’Union européenne*, Brüssel 2011, S. 49 ff.; *Merijn Chamom*, *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford 2016; ders., *Agencification in the United States and Germany and What the EU Might Learn From It*, *German Law Journal* 17 (2016), 119 ff.; ders., *EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea*, *Common Market Law Review* 48 (2011), 1055 ff.; ders., *EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 17 (2010), 281 ff.; *Dorothee Fischer-Appelt*, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft. Eine Studie zu Rechtsproblemen, Legitimation*

als (weiteren) Analyseschritt in Richtung einer umfassenderen Ausleuchtung des „im Werden“¹³ begriffenen unionalen Verwaltungsorganisationsrechts. Der Fokus liegt dabei dem gewählten Untersuchungsgegenstand wie auch der übergreifenden Fragestellung der Tagung entsprechend weniger auf den Interaktionen mit nationalen (mitgliedstaatlichen) Rechtsordnungen denn auf den Einflüssen, die das Unionsrecht aus außereuropäischen Rechtsräumen empfängt bzw. empfangen hat. Letztlich lässt sich die Argumentation auf vier Grundaussagen herunterbrechen: Erstens kann man anhand der *Agencification* paradigmatisch erläutern, wie zu mindest in bestimmten Teilbereichen aus der Krise neue Dynamik gewonnen wird. Die nach wie vor allenfalls dünne (verfassungs-)normative Grundlage¹⁴ steht dabei erkennbar Ausweitungen und Fortentwicklungen nicht entgegen. Zweitens verdeutlicht der fortlaufende Prozess der *Agencification* eine spezifische Aufnahme- und Innovationsfähigkeit des unionalen Verwaltungsrechts. Drittens darf allerdings die Bedeutung der internationalen Impulse nicht überschätzt werden: Im Gegenteil handelt es sich zwar zweifellos um eine durch den internationalen Rechts- und Systemvergleich inspirierte Entwicklung. Die Agenturen der Europäischen Union sind jedoch gerade nicht als bloße Übernahme andernorts bereits existierender Verwaltungsmodelle konzipiert, sondern sie sind im Gegenteil als genuin europäische Verwaltungs(organisations)strukturen zu begreifen.¹⁵ Viertens schließlich dürfen wir auch angesichts dieser positiven Einschätzungen nicht darüber hinwegsehen, dass nach wie vor erhebliche Legitimations- und Begründungsdefizite bestehen und zudem eine klare und transparente Gesamtstrategie fehlt.

Zur Begründung und Verdeutlichung dieser Thesen sind zunächst Ausführungen zur Terminologie und zu den aktuellen Erscheinungsformen von Agenturen auf der Ebene der Union geboten.¹⁶ Das geschieht in einer gewissen Ausführlichkeit, um zu verdeutlichen, dass es sich eben nicht länger um ein Epiphänomen, sondern

und Kontrolle europäischer Agenturen mit interdisziplinären und rechtsvergleichenden Bezügen, Berlin 1999; *Christoph Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen. Ein Beitrag zur Konkretisierung der europäischen Verfassungsstrukturprinzipien, Tübingen 2009; *Herwig C.H. Hofmann/Alessandro Morini*, The Pluralisation of EU Executive. Constitutional Aspects of Agencification, European Law Review 37 (2012), 419 ff.; *Arno Kahl*, Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre, in: Konrad Arnold u.a. (Hrsg.), Recht, Politik, Wirtschaft. Dynamische Perspektiven, Festschrift für Norbert Wimmer, Wien 2008, S. 245 ff., sowie die Beiträge in: *Madalina Busuioc/Martijn Groenleer/Jarle Trondal* (Hrsg.), The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, institutionalism and every-day decision making, Manchester 2012.

13 Vgl. schon Jürgen Schwarze (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, Baden-Baden 1982.

14 Vgl. etwa *Chamon*, German Law Journal 17 (2016), 119: „This phenomenon of agencification is legally problematic because it does not have a legal basis in the EU Treaties.“ Siehe aber auch dort, 133 f. Vgl. ferner etwa *Johannes Saurer*, Die Errichtung von Europäischen Agenturen auf Grundlage der Binnenmarktharmonierungskompetenz des Art. 114 AEUV, DÖV 2014, 549 ff.

15 Ähnlich *Damien Geradin/Rodolphe Muñoz/Nicolas Petit* (Hrsg.), Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance, Cheltenham 2005. Vgl. in diese Richtung für die „Benannten Stellen“ bereits *Hans Christian Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht. Zur Entwicklung einer neuen europäischen Verwaltungsstruktur, Berlin 2000; siehe dazu auch *Jan O. Merten*, Private Entscheidungsträger und Europäisierung der Verwaltungsrechtsdogmatik. Zur Einbindung benannter Stellen in den Vollzug des Medizinproduktechts, Berlin 2005.

16 Siehe dazu schon *Steffen Augsberg*, in: *Terhechte* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 6 Rn. 38 ff.

um einen zentralen Bestandteil der unionalen Verwaltung handelt (dazu II.). Hieran anknüpfend kann dann einerseits nach den Beweggründen für den ersichtlich weiter anhaltenden Agenturisierungstrend (dazu III.) und andererseits nach vorhandenen Legitimationsdefiziten und möglichen Lösungsansätzen (dazu IV.) gefragt werden. Ein vorsichtiger Ausblick beschließt den Beitrag (dazu V.).

II. Zur Terminologie und Phänomenologie des unionalen Agenturwesens

Unter der Sammelbezeichnung „Europäische Agenturen“ werden herkömmlich all diejenigen von den europäischen Institutionen gegründeten selbständigen Verwaltungseinheiten zusammengefasst, deren Rechtsgrund nicht im Primärrecht, sondern in einem gesonderten sekundärrechtlichen Rechtsakt liegt.¹⁷ Es geht mithin um administrative Einheiten, die formal aus der klassisch-hierarchischen Verwaltung (*core executive*) herausgelöst und mit eigenen Aufgaben, eigenem Personal und eigenem Budget versehen sind.¹⁸ Charakteristisch ist eine gewisse, aber keineswegs grenzenlose Unabhängigkeit.¹⁹ Dementsprechend sind die Agenturen nicht nur mit Rechts- und Geschäftsfähigkeit ausgestattet,²⁰ sondern weisen zudem weitere organisatorische Gemeinsamkeiten auf: Sie werden regelhaft durch einen – auch als gesetzlicher Vertreter fungierenden²¹ – Direktor und einen Verwaltungsrat geleitet.²² Ferner existiert häufig ein wissenschaftlicher Ausschuss, dem beratende Funktion zukommt.²³ Gleichwohl kann nicht von einem einheitlichen Phänotyp „Agentur“ ausgegangen werden. Vielmehr sind verschiedene Sys-

17 Die Definitionsmerkmale sind im einzelnen umstritten, vgl. dazu ausführlich *Chamon*, EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration, S. 5 ff., 10 ff.; *Stefan Griller/Andreas Orator*, Everything under control? The „way forward“ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine, European Law Review 35 (2010), 3 f.; *Paul Weismann*, European Agencies and Risk Governance in EU Financial Market Law, London 2016, S. 6 ff., jeweils m.w.N.

18 Vgl. zum Personal *Wolfgang Kilb*, Europäische Agenturen und ihr Personal – die großen Unbekannten?, EuZW 2006, 268 ff.

19 Vgl. relativierend mit Blick auf die US-amerikanischen *agencies* *Martin Shapiro*, The problems of independent agencies in the United States and the European Union, Journal of European Public Policy 4 (1997), 276 f.; noch skeptischer *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005, S. 121 ff., demzufolge Verwaltungsagenturen weniger „durch ihre rechtliche Unabhängigkeit als durch eine Pluralität rechtlicher Abhängigkeiten gekennzeichnet“ sind, a.a.O., S. 279.

20 Vgl. *Chamon*, German Law Journal 17 (2016), 119 (120): „These EU agencies may be defined as permanent bodies under EU public law, established by the institutions under secondary law, and endowed with their own legal personality.“

21 Art. 7 Abs. 1 S. 2 VO (EWG) Nr. 337/75; Art. 9 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1365/75; Art. 7, 9 Abs. 1 VO (EG) Nr. 401/2009; Art. 8 Abs. 1, Art. 11 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1920/2006; Art. 4 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1 VO (EG) Nr. 58/2003.

22 Vgl. kritisch zu letzteren etwa *Madalina Busuioc*, European Agencies and Their Boards Too Much Board, Too Little Monitoring, Amsterdam Centre for European Law and Governance Working Paper Series 2011-04; siehe ferner *Michael H. Koch*, Mittelbare Gemeinschaftsverwaltung in der Praxis, EuZW 2005, 455; *Foroud Shirvani*, New Public Management und europäische Agenturen: Transparenzfragen bei der Modernisierung der Verwaltungsorganisation, DÖV 2008, 1 (7); *Gernot Sydow*, Externalisierung und institutionelle Ausdifferenzierung. Kritik der Organisationsreformen in der EU-Eigenadministration, VerwArch 97 (2006), 1 (5 f.).

23 Vgl. *Koch*, EuZW 2005, 455.

tematisierungs- und Typologisierungsbestrebungen zu erkennen:²⁴ Ein erstes mögliches Ordnungsmuster liefert das überkommene „Tempel-Modell“.²⁵ In diesem Sinne ist zu differenzieren zwischen Agenturen, die bestimmte technische, wissenschaftliche oder verwaltungstechnische Aufgaben im Rahmen der „ersten Säule“ der Union wahrnehmen, Agenturen für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik („zweite Säule“) und Agenturen für die polizeiliche und justiziel- le Zusammenarbeit in Strafsachen („dritte Säule“). Dass hiermit keine wirklich überzeugende Lösung gefunden ist, zeigt sich schon daran, dass die säulenüber- greifenden Exekutivagenturen sowie die im Rahmen von Euratom eingesetzte Agentur nicht sinnvoll erfasst werden. Alternativ können deshalb, zweitens, Agenturen chronologisch, nämlich nach „Generationen“ unterschieden werden.²⁶ In diesem Sinne gehören zur ersten Generation die beiden bereits 1975 gegründe- ten Agenturen,²⁷ zur zweiten Generation die nach 1975, aber ebenfalls noch durch jeweils eigenständige Ratsverordnungen errichteten (Gemeinschafts-)Agenturen und zur dritten Generation die auf Basis von Art. 3 der Rahmenverordnung Nr. 58/2003 durch Beschluss²⁸ der Kommission errichteten Exekutivagenturen. Auch gegenüber dieser Einordnung sind indes Bedenken geltend zu machen. Sie verwendet unterschiedliche Differenzierungskriterien, soweit sie die erste von der zweiten Generation nur in zeitlicher Hinsicht abgrenzt, die zeitlichen Überschnei- dungen zwischen der zweiten und dritten Generation aber ignoriert und insoweit auf die unterschiedlichen normativen Grundlagen abstellt. Denkbar ist ferner, drittens, eine funktionsbezogene Unterscheidung.²⁹ Angesichts der erheblichen Diversität und Heterogenität der Aufgabenzuweisungen und Befugnisse der Agenturen bedeutet die insoweit erforderliche gewisse Verallgemeinerung indes notwendig erkläungsbedürftige Begriffsmuster und Schwerpunktsetzungen bzw. Pauschalisierungen.³⁰ Die funktionale Differenzierung steht zudem vor dem Prob- lem, dass sie der spezifischen Dynamik des Untersuchungsfelds kaum entspricht:

- 24 Vgl. zum folgenden bereits *Steffen Augsberg*, in: Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, § 6 Rn. 39 ff. mit einer Aufzählung der einzelnen Agenturen und ihrer Rechtsgrundlagen; siehe auch *Görisch*, *Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen*, S. 188 ff.; *Matthias Ruffert*, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten. Ein europäischer Megatrend im Vergleich*, in: Hans Heinrich Trute u.a. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen 2008, S. 431 (442 ff.); *Weismann*, *European Agencies and Risk Governance in EU Financial Market Law*, S. 54 ff.
- 25 In diesem Sinne etwa *Görisch*, *Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen*, S. 12 ff. Siehe ferner etwa SEC(2008) 323 – Anhang zur Mittelung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 11. März 2008, *Europäische Agenturen – Mögliche Perspektiven*, KOM(2008) 135 endg.
- 26 Siehe zunächst *Fischer-Appelt*, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, S. 46; weitergeführt etwa von *v. Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 319 ff.; *Görisch*, *Demokratische Verwaltung durch Unionsagen- turen*, S. 193 ff.; *Koch*, *EuZW* 2005, 455.
- 27 Das Europäische Zentrum für die Förderung der Berufsbildung (Cedefop) und die Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Eurofound); siehe hierzu schon *Michael Schweitzer*, *Die Verwaltung der Europäischen Gemeinschaften*, *Die Verwaltung* 17 (1984), 137 (157 f.).
- 28 Im Ausschussverfahren gem. Art. 3 Abs. 3, Art. 24 Abs. 2 VO (EG) Nr. 58/2003 i.V.m. Art. 5, 7 Beschluss 1999/468/EG.
- 29 So etwa *Fischer-Appelt*, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, S. 46 ff.; *Görisch*, *Demokratische Ver- waltung durch Unionsagenturen*, S. 203 ff.; *Alexander Kreher*, *Agencies in the European Community: A Step Towards Administrative Integration in Europe*, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 225 (236 ff.).
- 30 Siehe etwa *Daniel Riedel*, *Die Europäische Agentur für Flugsicherheit im System der Gemeinschaftsagentu- ren*, in: Eberhard Schmidt-Åßmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsver-*

Tendenziell ist eine Veränderung und Erweiterung des Aufgabenspektrums der Agenturen zu erkennen; deren ursprünglich primär informationsbezogenen Tätigkeiten³¹ werden zunehmend durch selbständige Verwaltungsaufgaben ergänzt bzw. ersetzt, teilweise mit Befugnissen zum Erlass verbindlicher Entscheidungen gegenüber Dritten.³² Insbesondere in den einschlägigen Äußerungen der Unionsorgane ist schließlich, viertens, eine Zweiteilung zu erkennen. Demnach ist zu unterscheiden zwischen sog. dezentralen bzw. Regulierungssagenturen und Exekutivagenturen.³³ Die dezentralen (Regulierungs-)Agenturen dienen als Körperschaften des europäischen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit der Wahrnehmung bestimmter technischer, wissenschaftlicher oder verwaltungstechnischer Aufgaben im Rahmen aller drei Säulen der EU. Sie werden jeweils durch eine eigene sektorspezifische Verordnung errichtet, ohne dass es für sie übergreifende allgemeine Vorschriften gibt.³⁴ Immerhin eine gewisse vereinheitlichende Wirkung ist aber von dem 2014 durch die Dienststellen der Kommission zusammengestellten Instrumentarium für Verfahren, die bei der Gründung von Einrichtungen anzuwenden sind, zu erwarten.³⁵ Demgegenüber besteht für die Exekutivagenturen mit der Verordnung (EG) Nr. 58/2003 eine einheitliche Rechtsgrundlage. Ihre zentrale Funktion liegt in der Unterstützung und Entlastung der Kommission bei der Verwaltung spezieller unionaler Programme.³⁶ Die Kommission trifft daher auch den Beschluss zur (befristeten) Einsetzung einer Exekutivagentur, ernennt deren wichtigste Mitarbeiter³⁷ und bestimmt die Aufgaben, die die

bund Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, S. 103 (110 ff.), wo einzelne Agenturen zu Prototypen erklärt werden.

- 31 Vgl. *Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, S. 55 ff.; *Giandomenico Majone*, The new European agencies: regulation by information, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 262 ff.
- 32 Dazu bereits *Shapiro*, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 276 (282); siehe ferner etwa *Niilo Jääskinen*, Schlussanträge des Generalanwalts v. 12. September 2013(1), Rs. C-270/12, Rn. 19. Näher unten unter IV.
- 33 Weißbuch der Kommission „Europäisches Regieren“ vom 25. Juli 2001, KOM(2001) 428 endg., ABl. 2001 Nr. C 287/1; Mitteilung der Kommission vom 11. Dezember 2002, Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM(2002) 718 endg.; Entwurf für eine Interinstitutionelle Vereinbarung zur Festlegung von Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen vom 25. Februar 2005, COM(2005) 59 endg.; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 11. März 2008, Europäische Agenturen – Mögliche Perspektiven, KOM(2008) 135 endg.; siehe auch *Arno Kahl*, Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre, S. 245 (250 ff.); *Shirvani*, DÖV 2008, 1 (6 ff.); *Sydow*, VerwArch 97 (2006), 1 (4 ff.).
- 34 Siehe etwa *Sydow*, VerwArch 97 (2006), 1 (4 f.).
- 35 Vgl. hierzu den Bericht der Kommission über die Fortschritte bei der Umsetzung des gemeinsamen Konzepts für dezentrale Agenturen der EU v. 24.4.2015, COM(2015) 179 final, S. 3.
- 36 Vgl. etwa *Wolfgang Schenk*, Die Leistungsverwaltung der EG als Herausforderung für das Europäische Verwaltungsrecht, in: *Eberhard Schmidt-Åßmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.)*, Der Europäische Verwaltungsverbund, Tübingen 2005, S. 265 (281 ff.); siehe umfassend *ders.*, Strukturen und Rechtsfragen der gemeinschaftlichen Leistungsverwaltung, Tübingen 2006, S. 183 ff.
- 37 Siehe Art. 10 Abs. 2 VO (EG) Nr. 58/2003. Demgegenüber werden bei den Regulierungsagenturen die Mitglieder des Verwaltungsrats vom Rat oder Europäischen Parlament ernannt, soweit es sich nicht um Vertreter der Kommission oder der Mitgliedstaaten handelt, vgl. *Koch*, EuZW 2005, 455 (457); *Sydow*, VerwArch 97 (2006), 1 (6).

Agentur unter ihrer Kontrolle³⁸ und Verantwortung³⁹ wahrzunehmen hat. Für alle Exekutivagenturen gilt zudem eine von der Kommission angenommene Standardfinanzregelung für die Aufstellung und Ausführung des Haushalts.⁴⁰ Der intendierten engen Zusammenarbeit mit der Kommission entspricht es schließlich, dass die Exekutivagenturen nicht wie die Regulierungsagenturen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten⁴¹ ihren Sitz haben, sondern stets an den Dienstorten der Kommission und deren Dienststellen angesiedelt sind.⁴² Für die Zwecke dieser Untersuchung ist es wichtig, festzuhalten, dass diese Dichotomie zugleich die Weiterentwicklung der unionalen Verwaltungsstruktur insgesamt spiegelt: Demnach lassen sich (nur) die Exekutivagenturen der klassischen Eigenverwaltung der Union zuordnen.⁴³ Sie bilden ein unionsspezifisches Modell eines bereichsbezogen spezialisierten und zudem zeitlich limitiert agierenden Verwaltungsunterbaus. Demgegenüber können die Regulierungsagenturen als spezielle organisatorische Ausprägung des Kooperationsverwaltungsrechts verstanden werden. Häufig beruht bereits der Gründungsrechtsakt auf einer Kooperation zwischen den Institutionen.⁴⁴ Bei den meisten Regulierungsagenturen setzt sich dies zudem in der konkreten operativen Tätigkeit fort, als durch die Beteiligung von Vertretern der Mitgliedstaaten und vielfältige Kooperationsregelungen eine Vernetzung zwischen Union und mitgliedstaatlichen Verwaltungen entsteht: „Networking and close-cooperation with analogous national and international institutions are fundamental to the work of the European agencies.“⁴⁵ Gegen eine Zuweisung zum Eigenverwaltungsrecht spricht schließlich auch die bisweilen vorfindliche Koordi-

38 Die Kommission bestimmt die „Bedingungen, Kriterien, Parameter und Modalitäten“ nach denen die Agentur ihre Aufgabe wahnimmt, Art. 6 Abs. 3 VO (EG) Nr. 58/2003. Sie nimmt die „Verwaltungsaufsicht“ wahr, Erwägungsgrund (17) VO (EG) Nr. 58/2003, s. näher unten Rn 77 f. Außerdem soll die Exekutivagentur ihr jährliches Arbeitsprogramm der Kommission zur Genehmigung vorlegen, Erwägungsgrund (11, 12) VO (EG) Nr. 58/2003. Auch der Jahresbericht über die Tätigkeit der Agentur wird ihr vorgelegt, Art. 9 Abs. 7 VO (EG) Nr. 58/2003. Rechtsakte müssen Hinweise enthalten, dass ein interner Prüfer der Kommission, OLAF und der Rechnungshof Kontrollen auch vor Ort und auch bei den Endbegünstigten vornehmen dürfen, Art. 20 Abs. 6 VO (EG) Nr. 58/2003.

39 Erwägungsgrund 9 VO (EG) Nr. 58/2003. Vgl. *Robert Uerpman*, Mittelbare Gemeinschaftsverwaltung durch gemeinschaftsgeschaffene juristische Personen des öffentlichen Rechts, AÖR 125 (2000), 551 (562, 569 ff.).

40 Verordnung (EG) Nr. 1653/2004 der Kommission vom 21. September 2004 betreffend die Standardhaushaltungsordnung für Exekutivagenturen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 58/2003 des Rates zur Festlegung des Statuts der Exekutivagenturen, die mit bestimmten Aufgaben bei der Verwaltung von Gemeinschaftsprogrammen beauftragt werden, ABI. 2004 Nr. L 297/6. Vgl. auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. April 2009 zum Finanzmanagement und zur Finanzkontrolle der EU-Agenturen, ABI. 2009 Nr. L 255/206.

41 Nur insoweit lässt sich daher von einer „polyzentrischen Struktur der Gemeinschaftsverwaltung“ sprechen, vgl. *Thomas Groß*, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, EuR 2005, 54 (55 m.w.N.).

42 Art. 5 VO (EG) Nr. 58/2003.

43 Insoweit anders etwa v. *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 319 ff.; *Reinhard Priebe*, Agenturen der Europäischen Union – Europäische Verwaltung durch eigenständige Behörden, EuZW 2015, 268 (269); *Gerhard Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union. Zur horizontalen und vertikalen Zusammenarbeit der europäischen Verwaltungen am Beispiel des Produktzulassungsrechts, Tübingen 2004, S. 63 ff.; *Koch*, EuZW 2005, 455 ff.

44 Bei einigen Agenturen wurde die Rechtsgrundlage im Wege der Mitentscheidung (Art. 251 EG) angenommen, siehe die Mitteilung der Kommission (KOM[2008] 135 endg.), S. 4.

45 *Majone*, Journal of European Public Policy 1997, 262 (271).

nierungsfunktion⁴⁶ der Regulierungsagenturen, soweit diese – wie namentlich die Europäische Umweltagentur⁴⁷, die Europäische Agentur für die Sicherheit des Seeverkehrs⁴⁸ und die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden⁴⁹ – gerade der Verbesserung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsvollzugs dienen.⁵⁰

Das übergreifende Phänomen der zunehmenden Gründung und Verwendung entsprechender Agenturen wird als Agenturisierung oder *Agencification* bezeichnet;⁵¹ es beschreibt damit den Trend, Exekutivaufgaben auf spezialisierte Stellen außerhalb der Ministerial- bzw. Kommissionsverwaltung zu übertragen. Unterschieden wird dabei zwischen einer quantitativen und einer qualitativen Dimension. Quantitativ ist insoweit schlicht an die erhebliche, gerade in den vergangenen Jahren noch einmal stark angestiegene Zahl der Agenturen und die Menge und Diversität der diesen übertragenen Aufgaben zu erinnern. Auch wenn angesichts der beschriebenen Schwierigkeiten einer eindeutigen Definition und Einordnung bei mancher Einrichtung umstritten ist, ob sie mit der Sammelbezeichnung Agentur richtig erfasst ist, existieren doch auch bei konservativer Betrachtung mittler-

46 Vgl. *Renaud Dehouze*, Regulation by networks in the European Community: the role of European agencies, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 246 (254 ff.); *Arno Kahl*, Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre, S. 245 (260 f.); *Uerpmann*, AöR 125 (2000), 551 (562 f.); *Garrath Williams*, Monomaniacs or Schizophrenics? Responsible Governance and the EU's Independent Agencies, *Political Studies* 53 (2005), 82 (88).

47 European Environment Agency – EEA; Rechtsgrundlage: Verordnung (EWG) Nr. 1210/90 des Rates vom 7. Mai 1990 zur Errichtung einer Europäischen Umweltagentur und eines Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetzes, ABl. 1990 Nr. L 120/1; aufgehoben durch Verordnung (EG) Nr. 401/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Europäische Umweltagentur und das Europäische Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetz, ABl. 2009 L 126/13. Näher zur EEA *Wolfgang Kahl*, Stellung und Aufgaben von Umweltagenturen – eine rechtsvergleichende Typologie, in: *Udo Di Fabio/Peter Marburger/Meinhard Schröder* (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts* (JbUTR) Bd. 36 (1996), S. 119 ff.

48 European Maritime Safety Agency – EMSA; Rechtsgrundlage: Verordnung (EG) Nr. 1406/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2002 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die Sicherheit des Seeverkehrs, ABl. 2002 Nr. L 208/1; geändert durch: Verordnung (EG) Nr. 1644/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juli 2003, ABl. 2003 Nr. L 245/10; Verordnung (EG) Nr. 724/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004, ABl. 2004 Nr. L 129/1; Verordnung (EG) Nr. 2038/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006, ABl. 2006 Nr. L 394/1; Verordnung (EU) Nr. 100/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Januar 2013, ABl. 2013 Nr. L 39/30. Vgl. hierzu etwa *Riedel*, Die Europäische Agentur für Flugsicherheit im System der Gemeinschaftsagenturen, S. 103 (117 ff.).

49 Agency towards a single energy market to the benefit of all EU consumers – ACER; Rechtsgrundlage: Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. 2009 Nr. L 211/1; geändert durch Verordnung (EU) Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 713/2009, (EG) Nr. 714/2009 und (EG) Nr. 715/2009, ABl. 2013 Nr. L 115/39.

50 *Riedel*, Die Europäische Agentur für Flugsicherheit im System der Gemeinschaftsagenturen, S. 103 (117 ff.).

51 Vgl. etwa *David Levi-Faur*, Regulatory Networks and Regulatory Agencification: Toward a Single European Regulatory Space, *JPRG* 30 (2010), S. 3 ff.; *Weismann*, European Agencies and Risk Governance in EU Financial Market Law, S. 47 ff.; deutlich *Chamon*, *German Law Journal* 17 (2016), 119 (120): „Agencification can then be described generally as the process whereby an increasing number of agencies exercise increasingly important powers.“ Siehe auch *Jääskinen*, Schlussanträge des Generalanwalts v. 12. September 2013(1), Rs. C-270/12, Rn. 19: „Wie allgemein bekannt, ist die ‚Agenturisierung‘ in der Europäischen Union ein Prozess, der sich seit der Jahrtausendwende deutlich verstärkt hat.“

weile auf Unionsebene über 40 Agenturen.⁵² Die offizielle Außendarstellung der Union im Internet listet derzeit sogar 48 Agenturen.⁵³ Über die bloße Zahl hinaus verdeutlicht dies noch einmal, welche Entwicklungsdynamik gerade dieser Bereich aufweist.⁵⁴ Noch wichtiger ist indes die qualitative Dimension. Agenturen werden, wie bereits erwähnt, nicht länger primär im Rahmen der Informationsbeschaffung und des Informationsaustauschs eingesetzt, sondern nehmen zunehmend wesentliche Verwaltungsaufgaben dar – gerade hieraus resultieren bekanntlich ja auch die jüngsten Konflikte hinsichtlich der Grenzen dieser Delegationsmöglichkeit.⁵⁵ Ungeachtet der Tatsache, dass nach der hier vorgenommenen Einschätzung die Regulierungsagenturen dem speziellen Verbundmodell unionaler Verwaltung ein- und angepasst sind, bleibt es doch sinnvoll, (gerade) sie mit der Vorstellung einer „*Agencification* der Kommissionsverwaltung“ zu identifizieren. Hierfür spricht nicht allein die Tatsache, dass diese regelhaft die Errichtung von Agenturen vorschlägt. Es geht vielmehr primär um die Erkenntnis, dass die Agenturisierung eben nicht, jedenfalls nicht nur, als Prozess administrativer Dezentralisierung verstanden werden kann. Die eigentliche Bedeutung der Agenturen liegt heute nicht mehr darin, bestimmte administrative Aufgaben aus dem unmittelbaren Arbeitsbereich der Kommission auszulagern und an externe Einrichtungen zu delegieren. Erst recht geht es nicht allein um eine akzeptanzerhöhende Standortdiversifizierung. Im Gegenteil dürfte die Agenturisierung gerade deshalb von Relevanz für das Europarecht sein, weil sie diesem zusätzliche, bislang nicht durch die klassische Kommissionsverwaltung erschlossene Aufgabenbereiche eröffnet. In einer funktionalen, die Unterscheidung der Kommission zwischen drei grundlegenden Formen der Externalisierung⁵⁶ aufgreifenden Betrachtung geht es deshalb weniger um Dezentralisierung denn eine unionsspezifische Dekonzentration.⁵⁷ Das trägt der Überlegung Rechnung, dass es primär auf die inhaltlich-sachliche, nicht hingegen auf die geographisch-territoriale Auslagerung ankommt. Die Er-

52 Vgl. etwa *Priebe*, EuZW 2015, 268.

53 Vgl. http://europa.eu/contact/institutions-bodies/index_de.htm.

54 Vgl. etwa schon *Thomas Traguth*, Europäische Agenturen, Jahrbuch der Europäischen Integration 2010, 325 mit dem Hinweis, in den letzten zehn Jahren habe sich die Zahl der Agenturen „von 11 (2000) auf 29 (2010) fast verdreifacht; die Zahl der Mitarbeiter hat sich demnach in diesem Zeitraum vervierfacht, die finanziellen Aufwendung sogar versiechsfacht.“

55 Vgl. v.a. EuGH (Große Kammer), Urteil vom 22.1.2014, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat), NJW 2014, 1359 ff. Dazu noch näher unten unter IV.

56 Siehe KOM(2000) 788 endg., S. 4 f.: Übertragung von Exekutivaufgaben an öffentliche Einrichtungen in der Gemeinschaft (Exekutivagenturen), die in eine erweiterte Verwaltungsstruktur der Gemeinschaft integriert werden könnten; Dezentralisierung der Exekutivaufgaben auf nationale Einrichtungen, die gemeinschaftliche Aufgaben mit staatlicher Garantie wahrnehmen und bei der Durchführung bestimmter Gemeinschaftspolitiken als Partner dienen; Weitergabe von Unteraufträgen an den privaten Sektor über eine vertraglich festgelegte Beziehung. Hierzu näher *Michael H. Koch*, Die Externalisierungspolitik der der Kommission. Zulässigkeit und Grenzen mittelbarer Gemeinschaftsverwaltung, Baden-Baden 2004, S. 25 f.; *Schenk*, Strukturen und Rechtsfragen der gemeinschaftlichen Leistungsverwaltung, S. 177 ff.; kritisch *Sydow*, VerwArch 97 (2006), 1 ff.

57 Vgl. ähnlich *Chamon*, German Law Journal 17 (2016), 119 (120): „Following the ‚Common Approach on Decentralized Agencies,‘ the EU institutions have qualified these bodies as decentralized, even if ‚deconcentration‘ would better capture the dynamics of EU agencification.“ Siehe hierzu und zum folgenden auch bereits *Steffen Augsberg*, in: *Terhechte* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 6 Rn. 77 ff. m.w.N.

richtung von Agenturen ist somit auch nicht etwa als bloße kompetentiell unproblematische bloße Unterstützung der Mitgliedstaaten zu verstehen; sie steht vielmehr in einem zumindest potentiell massiven Spannungsverhältnis zu deren prinzipieller Vollzugszuständigkeit.⁵⁸ Die (Regulierungs-)Agenturen sind zwar dezentral im Unionsraum verteilt. Sie sind indes gerade nicht Teil der mitgliedstaatlichen Verwaltungsstruktur, sondern bilden im Gegenteil lokal verstreute, fachlich diversifizierte Unionseinrichtungen. Was aus der Perspektive der Unionsverwaltung als „Dekonzentration“ erscheint, bedeutet damit aus Sicht der Mitgliedstaaten gerade umgekehrt eine Zunahme operativer Verwaltungstätigkeit der Zentralinstanz. Agenturgründungen zielen daher nicht auf eine „administrative Föderalisierung der Gemeinschaft“,⁵⁹ sondern dienen der Stärkung der Kommissionsverwaltung. Noch stärker zugespitzt könnte deshalb sogar von einer spezifischen Form von Zentralisierung gesprochen werden. Wie nunmehr zu zeigen ist, lässt sich die Agenturisierung auf der Ebene der Europäischen Union nicht sinnvoll durch bloße Effizienz- und Effektivitätsüberlegungen begründen. Sie muss vielmehr vor dem Hintergrund der soeben angedeuteten basalen Zuständigkeitszuordnungen und -konflikte verstanden werden.

III. Warum eigentlich Agencification?

Angesichts der benannten Vielzahl der Erscheinungs- und Verwendungsformen sowie der gerade in der jüngeren Vergangenheit deutlich erhöhten Dynamik des Untersuchungsfeldes liegt es nahe, nach tieferliegenden Gründen für diese Entwicklungen zu fragen. Insoweit ist eingangs festzuhalten, dass es sich bei der *Agencification* als solcher nicht um ein auf den unionalen Rechtsraum beschränktes Phänomen handelt. Im Gegenteil wird sie häufig geradezu als Paradebeispiel einer Beeinflussung europäischen Rechts durch internationale bzw. fremdstaatliche Verwaltungskonzepte eingeordnet.⁶⁰ Namentlich anglo-amerikanische Rechtsvorstellungen werden als Vorbild genannt und dementsprechend die dortigen Mechanismen auch als Vergleichsmuster herangezogen. Das ist naheliegend, soweit das Grundmodell unabhängiger *agencies* wohl tatsächlich zuerst in den Vereinigten Staaten entwickelt wurde.⁶¹ Es verkennt aber, dass nicht nur hinsichtlich der historischen und aktuellen Einsatzbedingungen, sondern zumal der verfassungsnormativen Grundlagen erhebliche den Vergleich erschwerende bzw. dessen Sinn reduzierende Unterschiede vorliegen.⁶² Um dies zu unterstreichen

58 Ähnlich *Riedel*, Die Europäische Agentur für Flugsicherheit im System der Gemeinschaftsagenturen, S. 103 (119): „Kompromißmodell zwischen der fortgesetzten Ausdehnung gemeinschaftlicher Tätigkeitsfelder und dem Interesse der Mitgliedstaaten an einer Begrenzung der Erosion staatlicher Vollzugstätigkeit“.

59 *Groß*, DÖV 2004, 20 (25 m.w.N.).

60 Vgl. hierzu i.R. einer übergreifenden Systematisierung *Jörg Philipp Terhechte*, Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts, i.d.B.

61 Vgl. statt vieler etwa *Tom Zwart*, Independent Regulatory Agencies in the US, in: ders./Luc Verheij (Hrsg.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen 2003, S. 3 ff.

62 Vgl. in diesem Sinne nachdrücklich zuletzt *Chamon*, German Law Journal 17 (2016), 119 ff.

und zu verdeutlichen, soll nun, anstatt eine Nacherzählung der Import- oder doch Beeinflussungsgeschichte der Agenturisierung vorzunehmen, nachfolgend eher funktional argumentiert werden. Wenn wir uns in diesem Sinne mit den Erklärungsmustern für das „Erfolgsmodell“ der Agenturen beschäftigen, sind mindestens zwei Ebenen zu unterscheiden: Erstens die allgemeinen, in der (politikwissenschaftlichen) Governance-Forschung entwickelten Erklärungsmuster für die Emergenz von Agenturen als spezieller Form verselbständigerter Verwaltungseinheiten (dazu 1.)⁶³ und zweitens die (beschränkte) Relevanz dieser Erkenntnisse für die europäischen Agenturen (dazu 2.). Weil sich insoweit gewisse Inkonsistenzen ergeben und nur partielle Überschneidungen zu erkennen sind, ist in einem dritten Schritt nach genuin unionalen Entwicklungsgründen zu fragen (dazu 3.).

1. Erklärungsansätze der Governance-Forschung

a) Agenturen werden, erstens, als Reaktion auf bestehende oder erwartete Organisationskonflikte eingeordnet. In diesem Sinne dient ihre Schaffung dazu, Auseinandersetzungen in hierarchisch strukturierten Verwaltungen zu vermeiden bzw. zumindest zu entspannen. Ein diese Richtung bzw. Erwartungshaltung verdeutlichendes Beispiel ist die umfassende, die überwiegende Mehrzahl der Verwaltung betreffende Umgestaltung („Agenturisierung“) des britischen *Civil Service* im Rahmen des sog. *Next Steps*-Programms.⁶⁴ Hier wurde beginnend in den späten 1980er Jahren⁶⁵ (fast) die gesamte Ministerialverwaltung reorganisiert. Die Zielsetzung bestand dabei darin, die hochzentralisierte („Whitehall“-)Bürokratie aufzubrechen und namentlich den Einfluss der Gewerkschaften zu reduzieren und den Privatsektor stärker einzubeziehen. Zu diesem Zweck wurden Durchführungsaufgaben auf mehr als 100 sog. *Next Steps Agencies* übertragen; im Ergebnis betraf dies dann ca. 80% des Personals der Zentralebene. Unter dem Motto „*Let the managers manage*“ wurde diesen Agenturen eine relativ weitgehende Autonomie übertragen; die Steuerung erfolgte (nur) über sog. *framework agreements*. In der Folge ist im Vereinigten Königreich auch heute noch die „zentralstaatliche Verwaltung [...]“ dezentralisiert, wenn nicht fragmentiert, und übergreifender Steuerung nur noch schwer zugänglich⁶⁶.

63 Vgl. etwa Donald P. Moynihan, Ambiguity in Policy Lessons: The Agencification Experience, *Public Administration* 84 (2006), 1029 ff.; Berthold Rittberger/Arndt Wonka, Introduction: agency governance in the European Union, *Journal of European Public Policy* 18 (2011), 780 ff., sowie die Beiträge in: Tom Christensen/Per Lægreid (Hrsg.), *Autonomy and Regulation: Coping with Agencies in the Modern State*, Cheltenham 2006. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht etwa Ruffert, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, S. 431 ff.

64 Vgl. hierzu etwa Elliott Finer, The Next Steps Program: Executive Agencies in the United Kingdom, *Optimum* 22 (1991/92), 23 ff.; ferner etwa Oliver James/Alice Moseley/Nicolai Petrovsky/Georg Boyne, Agencification in the UK, in: Koen Verhoest/Sandra van Thiel/Geert Bouckaert/Peer Laegreid (Hrsg.), *Government Agencies in Europe and Beyond: Practices and Lessons from 30 Countries*, Hampshire 2011, S. 57 ff.; Ruffert, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, S. 431 (433 ff.).

65 Vgl. zu schon zuvor bestehenden Ausgliederungen etwa Gunnar Folke Schuppert, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten*, Göttingen 1981.

66 Sabine Kuhlmann/Hellmut Wollmann, *Verwaltung und Verwaltungsreformen in Europa*. Einführung in die vergleichende Verwaltungswissenschaft, Berlin 2013, S. 212.

- b) Zweitens und v.a. können Agenturen als Antwort auf funktionale Herausforderungen, letztlich also als Konsequenz einer immer stärker auf Effizienz und Effektivität ausgerichteten Verwaltung verstanden werden.⁶⁷ Hier geht es mithin darum, über eine organisatorische Ausgestaltung auf bestimmte Probleme kollektiven Handelns zu reagieren und namentlich – inspiriert durch ökonomische Analysen – Transaktionskosten zu reduzieren. Agenturen dienen in diesem Sinne der vereinfachten Einbeziehung spezifischer, durch Sachverstand und Unabhängigkeit gekennzeichneter Experten. Während der oben genannte Aspekte tendenziell eine Politisierung (im Sinne einer Vermeidung nicht politisch, sondern organisatorisch fundierter Konflikte) impliziert, geht es hier also umgekehrt um die „Gefahr“ einer übergroßen und tendenziell kontraproduktiven Einflussnahme durch politische Stellen. Ersichtlich besteht hier eine enge Verbindung zu den spezifischen epistemischen wie normativen Schwierigkeiten, die mit dem Schlagwort der „Risikogesellschaft“ verbunden werden.⁶⁸
- c) Drittens kann aber natürlich nicht abgestritten werden, dass ganz erhebliche Kontingenzabhängigenheiten bestehen. Auch die Gründung von Agenturen erfolgt nicht stets aufgrund eines vorher abgestimmten Gesamtkonzepts, sondern auch auf Basis vorher nicht erkennbarer ad-hoc-Bedürfnisse.
- d) Viertens schließlich lassen sich auch für organisatorische Innovationen schlicht Trends als (mit-)ursächlich identifizieren. In diesem Sinne können bestimmte Reformoptionen die Qualität einer *fashionable idea* gewinnen, ohne dass damit notwendig ein bestimmtes funktionales Resultat oder auch nur eine entsprechende Expektanz verbunden ist. Soziologisch betrachtet könnte man von einer mimetischen Vorgehensweise sprechen,⁶⁹ etwas weniger ambitioniert geht es darum, sich im weltweiten Wettbewerb der Ideen anzupassen oder zumindest den Eindruck zu vermitteln, sich innovativen und modernen Lösungen nicht zu verschließen.

2. Übertragung dieser Erklärungsversuche auf die unionale Ebene

Versucht man nun, diese Erklärungsansätze auf die unionalen Agenturen zu übertragen, dann ergeben sich gewisse Übereinstimmungen, aber auch klare Friktionen.

- a) Was die Vermeidung organisationsinterner Konflikte angeht, muss zunächst schlicht eingestanden werden, dass die vergleichsweise wenigen und zudem – so weit ersichtlich – extrem loyalen Kommissionsbeamten keine dem genannten britischen Beispiel vergleichbaren Konflikte produzieren. Die entscheidenden Kom-

67 Vgl. etwa *Michelle Everson*, Independent Agencies: Hierarchy Beaters?, *European Law Journal* 1 (1995), 180 ff.; siehe allg. auch schon *Jürgen Schwarze*, Administrativer Leistungsfähigkeit als verwaltungsrechtliches Problem, DÖV 1980, 581 ff.

68 Vgl. hierzu jetzt umfassend *Ino Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungentscheidungen, Tübingen 2014, v.a. S. 237 ff. Speziell zur Europäischen Union siehe auch die Beiträge in: *Hans-W. Micklitz/Takis Tridimas/Nancy A. Patterson* (Hrsg.), *Risk and EU Law*, Cheltenham 2015.

69 Vgl. *Gabriel de Tarde*, Die Gesetze der Nachahmung, Frankfurt/Main 2003.

petenzstreitigkeiten sind im unionalen Vollzugsföderalismus nicht innerhalb der Unionsverwaltung angesiedelt, sondern spielen sich zwischen der Union und den Mitgliedstaaten ab. Insoweit bestand und besteht kein übergreifender Konsens hinsichtlich des Ausbaus der originären Kommissionsverwaltung. Wie bereits erwähnt lässt sich möglicherweise (deshalb) die mit den Agenturen verbundene Konzeption einer „dezentralisierten Zentralisierung“ als für beide Seiten zustimmungsfähige Kompromisslösung einordnen – in jedem Fall aber handelt es sich um eine kontextbedingt vollständig anders gelagerte Interessenkonstellation.

b) Deutlich einfacher fällt es hingegen, mit Blick auf Expertokratie und Unabhängigkeit der Aufgabenwahrnehmung Bezüge zu unionalen Politiken herzustellen. Hier bestehen ersichtlich enge Verbindungen zu einem weiteren unionstypischen Verwaltungsmodell, nämlich der Komitologie.⁷⁰ In gewissem Sinne ist die zunehmende Gründung von Agenturen (sogar) als Reaktion auf Legitimationsdefizite des Ausschusswesens zu verstehen:⁷¹ „Agenturen entstehen, wenn herkömmliche Formen der Verwaltungslegitimation nicht funktionieren oder wenn eine Legitimationskonkurrenz zwischen verschiedenen Organisationen hinsichtlich der Vollzugskontrolle entsteht.“⁷² Allgemein dürfte gerade die Vorstellung einer „unabhängigen“ und „unpolitischen“ – und d.h. aus Sicht der Kommission v.a.: nicht durch mitgliedstaatliche Ingerenzen gestörten⁷³ – Aufgabenwahrnehmung ein Leitmotiv nicht nur der unionalen Verwaltung allgemein, sondern zumal der Agenturisierung im besonderen darstellen. Deren spezifische Form der Unabhängigkeit ist in dieser Perspektive eine Spielart des allgemeinen Effektivitätsprinzips; sie passt demnach auf der europäischen Ebene auch relativ problemfrei zu der auch vom EuGH⁷⁴ nicht prinzipiell in Zweifel gezogenen Vorstellung, es könne klar zwischen „politischen“ Grundsatz- und „rein technischen“ Anwendungsfragen unterschieden werden.

c) Die Kontingenzdependenz ist natürlich auch auf der unionalen Ebene erkennbar. Besonders deutlich ist dies angesichts der in unmittelbarer Reaktion auf die Finanzkrise geschaffenen, organisatorisch relativ komplexen neuen europäischen Finanzmarktaufsicht.⁷⁵ Hier wurde auf Vorschlag der Kommission ein Europäi-

70 Vgl. zu den entsprechenden Gemeinsamkeiten etwa *Weismann*, European Agencies and Risk Governance in EU Financial Market Law, S. 62 ff.

71 *Dehoussé*, Journal of European Public Policy 4 (1997), 246 (257 ff.); *Paul Craig*, A New Framework for EU Administration: The Financial Regulation 2002, Law and Contemporary Problems 68 (2004), 107 (114 f.); ähnlich zur Transparenz *Williams*, Political Studies 53 (2005), 82 (89); skeptisch hinsichtlich der Verantwortung *Dehoussé*, West European Politics 31 (2008), 789 (800 f.).

72 *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 279; siehe auch *Stephan Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen. Vom funktionalen zum politikfeldbezogenen Demokratieprinzip, Tübingen 2006, S. 400.

73 Vgl. hierzu nur *Steffen Augsberg*, Autonomie und Unabhängigkeit: Unionale Einflüsse auf das nationale Verwaltungsorganisationsrecht, S. 19 ff. m.w.N.

74 Vgl. nur EuGH (Große Kammer), Urteil vom 22.1.2014, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat), NJW 2014, 1359 ff.

75 Vgl. dazu etwa *Fabian Amentbrink*, Institutionelle Aspekte der neuen europäischen Finanzmarktregulierung und -aufsicht, in: Ludwig Gramlich/Cornelia Manger-Nestler (Hrsg.), Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke, S. 119 ff.; *Georg Baur/Martin Boegl*, Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Der Grundstein ist gelegt, BKR 2011, 177 ff.; *Klaus J. Hopt*, Auf dem Weg zu einer neuen europäischen und internationalen Finanzmarktarchitektur, NZG 2009, 1401 ff.; *Jörn Axel Kämmerer*, Das neue Europäische Finanzaufsichtssystem (ESFS) – Modell für eine europäisierte Verwaltungsarchitektur?, NVwZ 2011, 1281 ff.; *Mat-*

scher Ausschuss für Systemrisiken (*European Systemic Risk Board* – ESRB)⁷⁶ und ein Europäisches System für die Finanzaufsicht (*European System of Financial Supervisors* – ESFS)⁷⁷ eingeführt. Dabei ist der ESRB zuständig für die Entwicklung einer europäischen, auf die Makroebene gerichtete Aufsichtsperspektive entwickeln; er soll die Wirksamkeit von Frühwarnmechanismen erhöhen und dafür sorgen, dass Risikoeinschätzungen in konkrete aufsichtliche Maßnahmen umgesetzt werden.⁷⁸ Der ESFS ist ein spezieller Kooperationsmechanismus; in ihm arbeiten die nationalen Finanzaufsichtsbehörden im Netzverbund mit drei neu geschaffenen Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (*European Supervisory Authorities* – ESAs) zusammen. Die bestehenden europäischen Ausschüsse im Finanzsektor wurden hierfür in eine Europäische Bankaufsichtsbehörde (*European Banking Authority* – EBA)⁷⁹, eine Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* – EIOPA)⁸⁰ und die für die Weiterentwicklung des Agenturmodells besonders aufschlussreiche Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (*European Securities and Markets Authority* – ESMA)⁸¹ umgewandelt.

thias Lehmann/Cornelia Manger-Nestler, Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht, EuZW 2010, 87 ff.; *dies.*, Das neue europäische Finanzaufsichtssystem, ZBB 2011, 2 ff.; *Christoph Ohler*, § 10 Finanzmarktregulierung und -aufsicht, in: Matthäus Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Bd. 5), Baden-Baden 2013, S. 611 ff.; umfassend *Nadine Ruppel*, Finanzdienstleistungsaufsicht in der Europäischen Union: Institutionell auf dem richtigen Weg?, Tübingen 2015; *Helmut Siekmann*, Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht, Institute for Monetary and Financial Stability, Working Paper Series No. 47 (2011).

- 76 Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABIEU 2010 L 331 (v. 15.12.2010), S. 1; dazu etwa *Chryssa Papathanassiou/Georgios Zougouras*, Mehr Sicherheit für den Finanzsektor: der Europäische Ausschuss für Systemrisiken und die Rolle der EZB, WM 2010, 1584 ff.; *Siekmann*, Die Europäisierung der Finanzmarktaufsicht, S. 33 ff.
- 77 Richtlinie 2010/78/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG, 2002/7/EG, 2003/6/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2009/65/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankaufsichtsbehörde), der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) und der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), ABIEU 201 L 331 (v. 15.12.2010), S. 120; siehe dazu auch *Florian Hänele*, Die neue Europäische Finanzaufsicht. Kompetenzen der neuen Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA), Hamburg 2012, S. 35 ff.; *Hopt*, NZG 2009, 1401 (1404 ff. m.w.N.).
- 78 Siehe den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates für die gemeinschaftliche Finanzaufsicht auf Makroebene und zur Einsetzung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, KOM (2009), 499 endg., S. 4.
- 79 Rechtsgrundlage: Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABIEU 2010 L 331 (v. 15.12.2010), S. 12.
- 80 Rechtsgrundlage: Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABIEU 2010 L 331 (v. 15.12.2010), S. 48.
- 81 Rechtsgrundlage: Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG, ABl. 2010 Nr. L 331/84; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/51/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinien 2003/71/EG und 2009/138/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 1094/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 im Hinblick auf die Befugnisse ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts in Zusammenhang mit, für oder in K-Systemen, K-Modellen oder Generatoren Sprachmodellen.

d) Demgegenüber kann der Aspekt der „Fashionableness“ hier wohl getrost vernachlässigt werden. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass auch auf der Unionsebene derartige Erwägungen existieren; sie dürften aber im Vergleich zu den tatsächlichen Problembewältigungsstrategien nur wenig Gewicht besitzen.

3. Agenturisierung als Kompetenzerweiterungsmodell

Fasst man die so gewonnenen Einsichten knapp zusammen, dann zeigt sich, dass auf Basis der bisher gelieferten Argumente noch keine zureichende Begründung für die rasant zunehmende Zahl und Bedeutung der Agenturen zu erkennen ist. Es gilt daher, nach weiteren Erklärungen zu suchen und dabei namentlich auf unions-eigene Spezifika zu achten.⁸² Immerhin einen Ansatzpunkt liefert insoweit die Selbstbeschreibung der Kommission. Dieser zufolge gibt es für den zunehmenden Rückgriff auf Agenturen „verschiedene Gründe. Agenturen helfen der Kommission, sich verstärkt ihren Kernaufgaben zu widmen, indem sie die Möglichkeit eröffnen, bestimmte operative Funktionen externen Einrichtungen zu übertragen. Agenturen unterstützen die Entscheidungsfindung, indem sie das auf Ebene der EU und der Mitgliedstaaten vorhandene Fach- und Expertenwissen bündeln. Zudem wird durch die geografische Verteilung der Agenturen, die ihren Sitz weder in Brüssel noch in Luxemburg haben, die Außenwirkung der EU erhöht.“⁸³ Ange-sichts der oben beschriebenen speziellen Positionierung der Agenturen dürfte es aber näherliegend sein, die Agenturisierung zumindest auch als Kompetenzerweiterungsbestreben einzuordnen. In diesem Sinne handelt es sich bei dieser organisatorischen Prägung nur um eine spezielle Ausgestaltung des allgemeinen, bereits zur Kompetenzerweiterung herangezogenen unionalen Regulierungsmodells: „The only way for the European Commission to increase its influence is to expand the scope of its regulatory activities: rule making puts a great deal of power in the hands of the Brussels authorities, in spite of the tight budgetary constraints imposed by the member states. In other words, since the EC lacks an independent power to tax and spend, it could increase its competencies only by developing as an almost pure type of regulatory state.“⁸⁴ Dabei geht es an dieser Stelle zunächst gar nicht darum, diesen Ansatz positiv oder negativ zu bewerten; es genügt vielmehr, ihn als (mit-)entscheidend für die Klassifikation der unionalen Agenturen

nisse der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) und der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), ABI. 2014 Nr. L 153/1. Dazu etwa *Pierre Schammo*, The European Securities and Markets Authority: Lifting the Veil on the Allocation of Powers, *Common Market Law Review* 48 (2011), 1879 ff.

82 Vgl. ähnlich schon *David Levi-Faur*, Regulatory Networks & Regulatory Agencification: Toward a Single European Regulatory Space, *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper No. 30, December 2010.

83 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 11. März 2008, Europäische Agenturen – Mögliche Perspektiven, KOM(2008) 135 endg., S. 2.

84 *Giandomenico Majone*, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, *Journal of Public Policy* 17 (1997), 139 (150).

als genuin europäische Leistung zu erkennen.⁸⁵ Denn in dieser Perspektive ist es genau die in der organisatorischen Innovation umgesetzte „Inkompetenzkompen-sationskompetenz“⁸⁶ der Kommission, die dazu geführt hat, dass die europäischen Agenturen ihre speziellen Formen und Verfahren erhalten haben. In diesem Sinne dienen namentlich die – im internationalen Vergleich zumindest in dieser Form wohl vorbildlosen – Mitwirkungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten primär dazu, die Zustimmung des Rates zur Gründung der Agenturen sicherzustellen.⁸⁷ Deren Errichtung soll somit „eine Bündelung von Befugnissen auf EU-Ebene ermöglichen, die auf Widerstand stieße, wenn sie bei den EU-Organen selbst erfolgte“⁸⁸. Mit anderen Worten: Die konkrete Ausgestaltung der unionalen Agenturen, namentlich das Modell einer Einbeziehung der Mitgliedstaaten über die Verwal-tungsräte,⁸⁹ ist jedenfalls auch als Ausdruck eines Kompetenzerweiterungsbestre-bens der Kommission zu verstehen.

IV. Legitimationsdefizite und Lösungsansätze

Vor diesem Hintergrund wird zugleich deutlich, warum die bekannte Kritik an den demokratischen und rechtsstaatlichen Legitimationsdefiziten der Agenturen und namentlich deren fehlender *accountability*⁹⁰ auch als Kompetenzabgren-zungsphänomen verstanden werden kann. Nach einer knappen Rekapitulation der entsprechenden Probleme des „dilemma of accountable independence“⁹¹ (dazu 1.) sollen abschließend noch zwei aktuellere Entwicklungen in den Blick genommen werden (dazu 2.).

85 Vgl. ähnlich *Martijn Groenleer*, The Autonomy of European Union Agencies: A Comparative Study of Institutional Development, Delft 2009, S. 15: „EU agencies have become pervasive features of an emerging European administrative system.“

86 Eine glückliche Begriffsbildung *Odo Marquards*, mit der dieser allerdings die Fähigkeit der Philosophie um-schreibt, mit dem Verlust der (vormaligen) Allkompetenz umzugehen, siehe *Odo Marquard*, Inkompetenz-kompensationskompetenz? Über Kompetenz und Inkompetenz der Philosophie (1973), in: *ders.*, Abschied vom Prinzipiellen. Philosophische Studien, Stuttgart 1981, S. 23 ff., v.a. 29 ff.

87 *Groß*, EuR 2005, 54 (55); ähnlich *Riedel*, Die Europäische Agentur für Flugsicherheit im System der Gemein-schaftsagenturen, S. 103 (120); *Uerpman*, AöR 125 (2000), 551 (563).

88 Mitteilung der Kommission (KOM[2008] 135 endg.), S. 5; vgl. dazu den Entwurf eines Berichts des Europäi-schen Parlaments über eine Strategie zur künftigen Regelung der institutionellen Aspekte der Regulierungs-agenturen, 2008/2103(INI), S. 5; siehe auch *Dehouse*, West European Politics 31 (2008), 789 (794 f.); *Arno Kahl*, Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre, S. 245 (263). Spöttisch *Shapiro*, Journal of European Public Policy 1997, 276 (282): „technological-informational sedative to rampant anti-EU sentiment“.

89 *Priebe*, EuZW 2015, 268 (272), vergleicht die Verwaltungsräte aufgrund des Einflusses der Mitgliedstaaten mit einem „technokratischen Mini-Ministerrat“, dies gebe den Agenturen einen „intergouvernementalen“ An-strich“.

90 Vgl. etwa *Johannes Saurer*, The Accountability of Supranational Administration: The Case of European Uni-on Agencies, American University International Law Review 24 (2009), 429 (443 ff.); *Madalina Busuioc*, Ac-countability, Control and Independence: The Case of European Agencies, European Law Journal 2009, 599 (600 ff.); *Levi-Faur*, JPRG 30 (2010), S. 3 ff.; siehe auch *Ruffert*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 431 (452 ff.).

91 *Paul Magnette*, The Politics of Regulation in the European Union, in: *Damien Geradin/Rodolphe Muñoz/Nicolas Petit* (Hrsg.), Regulation Through Agencies in the EU: A New Paradigm of European Governance, Cheltenham 2005, S. 3.

1. Zur Problematik unzureichender Transparenz und unklarer Verantwortlichkeiten

Die Sorge um die unzureichende Transparenz und opake Verantwortungszusammenhänge gehört zu den Standardproblemen der Agenturisierung.⁹² Ersichtlich geht es um die Schwierigkeit, einerseits als notwendiges Korrelat der Delegation eine gewisse Kontrollkompetenz zu erhalten, andererseits aber diese nicht so auszustalten, dass damit die mit der Delegation verbundenen Vorzüge (zu) stark reduziert werden. Betrachtet man vor diesem Hintergrund die existierenden Regelungsmechanismen, dann sind in der Tat bereichsspezifische Defizite erkennbar, wobei namentlich bei den Fragen der Kontrolle und des Rechtsschutzes sich die Binnendifferenzierung der Agenturen und deren unterschiedlich intensive Anbindung an die Kommission auswirkt. Hinsichtlich des Rechtsschutzes existiert für die Exekutivagenturen eine einheitliche Regelung.⁹³ Eine solche fehlt hingegen für die Regulierungsagenturen.⁹⁴ Bei einigen Agenturen ist eine direkte Klagemöglichkeit vorgesehen;⁹⁵ bei anderen ist ein Beschwerdeverfahren vorgeschaltet, wobei wiederum zwischen einem direkten Verfahren gegenüber der Kommission⁹⁶ und einem mehrstufigen Verfahren vor speziellen Beschwerde-⁹⁷ bzw. Widerspruchskammern⁹⁸ zu unterscheiden ist. Soweit die Gründungsverordnungen keine diesbezüglichen Bestimmungen enthalten,⁹⁹ wird zur Vermeidung der sonst drohenden Rechtsschlüsse eine entsprechende Anwendung des Art. 263 AEUV befürwortet.¹⁰⁰ Eine gesonderte Regelung erfährt schließlich der Rechtsschutz mit Blick auf die Transparenz: Gegen Entscheidungen der Agenturen nach

92 Vgl. statt vieler etwa *Christian Calliess*, in: ders./Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage München 2016, Art. 13 EUV Rn. 47 ff.; *Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, S. 209 ff.

93 Nach Art. 22 Abs. 1 VO (EG) Nr. 58/2003 kann gegen jede Handlung einer Exekutivagentur, die einem Dritten Schaden zufügt, „von jeder anderen unmittelbar und individuell betroffenen Person oder von einem Mitgliedstaat bei der Kommission Beschwerde zur Prüfung der Rechtmäßigkeit dieser Handlung erhoben werden“; nach Abs. 5 ist gegen eine ablehnende Kommissionsentscheidung die Anfechtungsklage nach Art. 263 AEUV statthaft. Siehe auch *Sydow*, VerwArch 97 (2006), 1 (6); *Craig*, Law and Contemporary Problems 68 (2004), 107 (117 f.).

94 Vgl. dazu *Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, S. 215 ff.

95 Siehe etwa Art. 17 VO (EWG) Nr. 302/93 (EMCDDA), ferner *Uerpmann*, AöR 125 (2000), 551 (574). Bei der EASA besteht die Möglichkeit einer direkten Klage nur für die Mitgliedstaaten, siehe Art. 51 VO (EG) Nr. 216/2008 (EASA). Siehe zu den unterschiedlichen Klagemöglichkeiten ggü. der ESMA *Martin Hitzer/ Patrick Hauser*, ESMA – Ein Statusbericht, BKR 2015, 52 (58 f.).

96 Siehe etwa Art. 18 VO (EG) Nr. 337/75 (Cedefop); Art. 22 VO (EG) Nr. 1365/75 (Eurofound); Art. 22 VO (EG) Nr. 2062/94 (EU-OSHA), Art. 28 VO (EG) Nr. 851/2004 (ECDC).

97 Siehe etwa Art. 118 Abs. 3, 130 ff. VO (EG) Nr. 40/94 (OHIM), Art. 44 Abs. 3, 45 ff. VO (EG) Nr. 2100/94 (CPVO), Art. 40, 44 ff. VO (EG) Nr. 216/2008 (EASA), Art. 58 Abs. 1 und 2 VO (EU) Nr. 1095/2010 (ESMA). Umfassend hierzu *Amina Dammann*, Die Beschwerdekammern der Europäischen Agenturen, Frankfurt/Main 2003; siehe auch *Riedel*, Die Europäische Agentur für Flugsicherheit im System der Gemeinschaftsagenturen, S. 103 (115 f., 119 f.).

98 Erwägungsgrund (106), Art. 9 Abs. 10, 20 Abs. 5, 27 Abs. 7, 30 Abs. 5, 51 Abs. 8, 89 ff. VO (EG) 1907/2006 (ECHA).

99 Dies betrifft: Cedefop, Eurofound, EEA, ETF, EMEA, OHIM, CPVO, CdT, EFSA, EMSA, ENISA, ERA, GSA, Frontex, Institut für Gleichstellungsfragen.

100 Siehe etwa *Craig*, Law and Contemporary Problems 68 (2004), 107 (117 f.); *Koch*, EuZW 2005, 455 (458); *Uerpmann*, AöR 125 (2000), 551 (576 f.).

Art. 8 der VO (EG) Nr. 1049/2001¹⁰¹ ist alternativ eine Beschwerde bei dem Bürgerbeauftragten (Art. 228 AEUV) oder eine Klage nach Art. 263 AEUV möglich.¹⁰²

Auch mit Blick auf mögliche Aufsichtsmaßnahmen (der Kommission) sind relevante Unterschiede zu notieren. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass weder die allgemeine Unionsaufsicht i.S.d. Art. 17 Abs. 1 EUV noch der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts stets eine auch Zweckmäßigkeitserwägungen umfassende (Fach-)Aufsicht verlangen. Diese kann deshalb nur dort angenommen werden, wo die konkrete Verordnung jedenfalls hinreichend deutliche Hinweise für eine entsprechende gesetzgeberische Intention enthält.¹⁰³ Das ist bei den Exekutivagenturen anzunehmen. Hierfür spricht nicht nur die verwendete offene Bezeichnung „Verwaltungsaufsicht“,¹⁰⁴ sondern namentlich auch die Differenzierung zwischen einer speziellen, von dritter Seite aus zu aktivierenden „Kontrolle der Rechtmäßigkeit“ (Art. 22, Verwaltungsbeschwerde und Klage) und einer allgemeinen Kontrollbefugnis der Kommission bei der Durchführung der Gemeinschaftsprogramme (Art. 20 Abs. 1).¹⁰⁵ Zudem entspricht ein solches Verständnis der besonders engen Anbindung der Exekutivagenturen an die Kommission.¹⁰⁶ Demgegenüber unterstehen die durch eine größere Selbständigkeit gekennzeichneten¹⁰⁷ Regulierungsagenturen zumindest regelhaft nicht der Fachaufsicht der Kommission.¹⁰⁸ Denn soweit ihre Gründungsverordnungen entsprechende Bestimmungen enthalten, ist bei den Regulierungsagenturen¹⁰⁹ – neben den personellen und finanziellen Einflussmöglichkeiten sowie der Kompetenz zum Erlass von Durchführungsvorschriften¹¹⁰ – (nur) eine Rechtsaufsicht der Kommission vorgesehen.¹¹¹ Eine entsprechende (begrenzte) Kontrollbefugnis der Kommission

101 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 Nr. L 145/43.

102 Siehe etwa Art. 73 Abs. 4 VO (EG) Nr. 726/2004 (EMEA), Art. 19 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1321/2004 (GSA); Art. 28 Abs. 5 VO (EG) Nr. 2007/2004 (Frontex), Art. 32 Abs. 5 VO (EG) Nr. 768/2005 (CFCA), Art. 118 Abs. 4 VO (EG) 1907/2006 (ECHA), Art. 7 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1922/2006 (Institut für Gleichstellungsfragen), Art. 17 Abs. 3 VO (EG) Nr. 168/2007 (FRA).

103 Vgl. allg. zu dem Dilemma einer hinreichenden, aber die spezifische Funktion der Agenturen berücksichtigenden Kontrolle *Williams*, Political Studies 53 (2005), 82 (83, 93 ff.); ferner *Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, S. 218 ff.

104 Erwägungsgrund (17) der VO (EG) Nr. 58/2003.

105 Anders *Schenk*, Die Leistungsverwaltung der EG, S. 265 (285): „umfassende Rechtsaufsicht“.

106 Siehe *Koch*, Die Externalisierungspolitik der Kommission, S. 82 f.; *Schenk*, Die Leistungsverwaltung der EG, S. 265 (285).

107 *Arno Kahl*, Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre, S. 245 (252); siehe auch *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 413 ff.; *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 121 ff., 279.

108 So auch *v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 324 f.; *Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, S. 263; *Heuterkes*, Rechtsfähige Organisationseinheiten, S. 194 f.; *Koch*, EuZW 2005, 455 (456); siehe auch *Uerpman*, AÖR 125 (2000), 551 (574).

109 Vgl. hingegen Art. 53 EAG, Art. 5 Abs. 1 der Satzung der Euratom-Versorgungsagentur (ABl. 2008 Nr. L 41/16); Fachaufsicht; siehe auch *Katja Heuterkes*, Rechtsfähige Organisationseinheiten in der Verwaltungsstruktur Frankreichs, Deutschlands und der Europäischen Gemeinschaften, Münster 1998, S. 194.

110 Siehe dazu auch *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 280.

111 Siehe etwa Art. 118 Abs. 1 VO (EG) Nr. 40/94 (OHIM), Art. 44 Abs. 1 VO (EG) Nr. 2100/94 (CPVO); hierzu ausführlich *Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, S. 209 ff.

ergibt sich ferner auch ohne explizite Anordnung aus deren Funktion als Beschwerdeinstanz.¹¹²

Wie gesehen zeichnen sich die (Regulierungs-)Agenturen durch eine Mittlerposition zwischen zentralisierter Eigenverwaltung und dezentralen mitgliedstaatlichen Vollzugsstrukturen aus. Gerade weil das Unionsrecht – anders als das deutsche Recht – kein allgemeines Verbot der Mischverwaltung kennt,¹¹³ kommt daher den grundlegenden und partiell komplementären Anforderungen der Legitimation, Transparenz und Verantwortungsklarheit besondere Relevanz zu.¹¹⁴ Inhaltliche Legitimationswirkung besitzt namentlich der rechtsstaatliche Grundsatz der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz.¹¹⁵ Demgegenüber ist hinsichtlich der demokratischen Legitimation nicht nur infolge der Lösung aus einem klassisch-hierarchischen Verwaltungsaufbau, sondern zumal aufgrund des Zusammenwirkens unterschiedlicher Verwaltungsträger eine differenzierte Betrachtung geboten.¹¹⁶ Für die beteiligten mitgliedstaatlichen Behörden bleibt es zunächst bei einer Rückbindung an die nationalen Parlamente.¹¹⁷ Für die Unionsstellen ist hingegen die unionstypische dualistische Legitimationsstruktur zu beachten.¹¹⁸ Neben die Mitwirkung der ihren nationalen Parlamenten verantwortlichen mitgliedstaatlichen Regierungsvertreter im Rat tritt insoweit die Verantwortlichkeit der Kommission gegenüber dem Europäischen Parlament.¹¹⁹ Weil die Legitimation

¹¹² Koch, EuZW 2005, 455 (456); Schweitzer, DV 17 (1984), 137 (157 f.). Siehe allg. auch Stefan Kadelbach, Verwaltungskontrollen im Mehrebenensystem der Europäischen Gemeinschaft, in: Eberhard Schmidt-Abmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 205 (209 f.).

¹¹³ Vgl. Gabriele Britz, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, EuR 2006, 46 (48); Rupert Stettner, in: Dausse (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, B. III Rn. 27.

¹¹⁴ Statt vieler v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 636 ff. m.w.N. Zum Zusammenhang von Legitimation und Kontrolle Kadelbach, Verwaltungskontrollen im Mehrebenensystem der Europäischen Gemeinschaft, S. 205 (208 ff.). Relativierend Sydow, VerwArch 97 (2006), 1 (16).

¹¹⁵ Zur Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Verwaltung siehe allg. Eberhard Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsprinzip, 2. Auflage Berlin 2004, S. 69 ff.; zum Unionsrecht Sydow, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, S. 241. Speziell zum Gesetzesvorbehalt vgl. Meinhard Hilf/Kai-Dieter Classen, Der Vorbehalt des Gesetzes im Recht der Europäischen Union, in: Lerk Osterloh u.a. (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 71 ff.; Henning Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen 2007.

¹¹⁶ Vgl. für die Agenturen Michaela Wittinger, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR 2008, 609 (620 ff.); ausführlich Görisch, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, S. 257 ff., 280 ff.; allg. Georg Hermes, Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), Demokratie in Europa, Tübingen 2005, S. 457 ff.; Gertrude Lübbe-Wolff, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246 (267 ff.).

¹¹⁷ Siehe zum deutschen Recht exemplarisch Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsprinzip, S. 87 ff.

¹¹⁸ Dazu etwa Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999, S. 356 ff.; Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsprinzip, S. 400; ders., Strukturen Europäischer Verwaltung und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: Alexander Blankenagel u.a. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle, Tübingen 2004, S. 395 (403); Sydow, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, S. 238 f. m.w.N.; siehe auch Görisch, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, S. 330 ff.

¹¹⁹ Kritisch Kadelbach, Verwaltungskontrollen im Mehrebenensystem der Europäischen Gemeinschaft, S. 205 (208); siehe auch Möllers, Gewaltengliederung, S. 271 ff., der die Kommission mit einer unabhängigen Regulierungsagentur vergleicht.

Klarheit über die Beteiligten und ihre jeweiligen Handlungsbeiträge voraussetzt, ist sie ohne größtmögliche Transparenz und Verantwortungsklarheit nicht vorstellbar. Transparenzerzeugend wirkt v.a. die Informationszugangsverordnung,¹²⁰ auf die etwa in den Gründungsverordnungen der Regulierungsagenturen¹²¹ und der Verordnung über die Exekutivagenturen¹²² verwiesen wird. Der gerade unter Rechtsschutzgesichtspunkten bedeutsame¹²³ Grundsatz der Verantwortungsklarheit¹²⁴ schließlich erfordert, dass die Beiträge der beteiligten Institutionen klar erkennbar und voneinander abzugrenzen sind. Gerade angesichts der zunehmenden Anzahl, Bedeutung und Heterogenität der Agenturen erscheint an dieser Stelle das Fehlen einheitstiftender Grundanforderungen ausgesprochen bedenklich.

Damit ist allerdings nicht der Stab über dieses Organisationsmodell gebrochen. Vielmehr stellen die unterschiedlichen Kooperationsarrangements und die ver selbständigen, von der politischen Leitungsebene gelösten Verwaltungseinheiten zweifellos eine besondere Herausforderung für ein aus diesen Anforderungen heraus systematisch zu entwickelndes Verwaltungs(organisations)recht dar.¹²⁵ Gerade mit Blick auf neuartige und innovative Verwaltungsstrukturen bedeuten sie aber weder eine die Organisationsformen kanonisierend begrenzende noch eine statische, strikt an vorhandenen Modellen orientierte Vorgabe. Vielmehr ist etwa bei der Behandlung der Legitimationsanforderungen zu beachten, dass diese nicht in enger Parallel zu mitgliedstaatlichen Strukturen geführt werden müssen.¹²⁶ Gleichwohl lassen sich gerade organisatorische Entwicklungen auch mit Blick auf diese grundlegenden Anforderungen erklären.

120 VO (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 Nr. L 145/43. Dazu knapp *Kristina Heußner*, Informationssysteme im Europäischen Verwaltungsverbund, Tübingen 2007, S. 15 m.w.N.; zu den primärrechtlichen Grundlagen siehe *Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen, S. 351 ff.

121 Siehe etwa Art. 73 Abs. 1 VO (EG) Nr. 726/2004 (EMEA), Art. 19 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1321/2004 (GSA); Art. 28 Abs. 1 VO (EG) Nr. 2007/2004 (Frontex), Art. 32 Abs. 1 VO (EG) Nr. 768/2005 (CFCA), Art. 118 Abs. 1 VO (EG) 1907/2006 (ECHA), Art. 7 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1922/2006 (Institut für Gleichstellungsfragen), Art. 17 Abs. 1 VO (EG) Nr. 168/2007 (FRA).

122 Art. 23 Abs. 1 VO Nr. 58/2003.

123 Dazu nur *Jens Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, Tübingen 2005, S. 353 (373 m.w.N.).

124 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der EG, in: *ders.*, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, Tübingen 2006, S. 411 (437).

125 So mit Bezug auf das Ausschusswesen *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie, in: Hans-Joachim Cremer u.a. (Hrsg.), Tradition und Weltlichkeit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin 2002, S. 466 (480 f. m.N.). Vgl. *ders.*, Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts: Einleitende Problemkizze, in: *ders.*/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1999, S. 9 (36); *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, v.a. S. 59 ff.; *Claudio Franzius*, Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen 2009, S. 452.

126 *Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung, S. 97; *ders.*, Konformitätsbewertung im Europäischen Produktsicherheitsrecht, in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.)*, Der Europäische Verwaltungsverbund, Tübingen 2005, S. 153 (169); mit Blick auf das Ausschusswesen vgl. auch *Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, S. 398 f. m.w.N.

2. Fortentwicklung des Agenturenmodells – zwei aktuelle Fingerzeige

Ungeachtet der beschriebenen, letztlich relativ kleinteiligen Kritik besteht somit ein grundsätzliches Problem des Agenturwesens in den nach wie vor nur unzureichend vorab ausgearbeiteten und verallgemeinerten Vorgaben gerade hinsichtlich der Regulierungsagenturen. Die Kritik an einem entsprechend fehlenden basalen Orientierungsmuster ist nicht neu; vielmehr hat etwa schon im Jahre 2008 die Kommission erklärt, dass die Gründung der Agenturen ohne ein „umfassendes Konzept flankiert worden wäre, aus dem hervorgeht, welchen Platz Agenturen in der Union einnehmen sollen. Das Fehlen dieses umfassenden Konzepts hat es den Agenturen erschwert, effektiv zu arbeiten und für die EU in ihrer Gesamtheit tätig zu sein.“¹²⁷ An der Berechtigung dieser skeptischen Einschätzung hat sich in der jüngeren Vergangenheit nicht viel geändert. „Eine kohärente Externalisierungspolitik ist nicht erkennbar; Möglichkeiten und Schranken einer Externalisierung sind nicht hinreichend klar.“¹²⁸ Die weiterhin bestehenden Schwierigkeiten lassen sich anhand zweier aktueller Beispiele näher verdeutlichen.

a) Erstens hat es der EuGH jüngst in seiner Entscheidung zur Leerverkaufsverordnung (ESMA)¹²⁹ leider erneut versäumt, sich in grundsätzlicher und weiterführender Weise mit den Anforderungen der Meroni-Rechtsprechung¹³⁰ und den Grenzen der erkennbaren Aufgaben- und Befugniserweiterungen¹³¹ der Agenturen auszuladen. Das betrifft zum einen und ganz grundsätzlich die Problematik, dass in einem hochaktuellen und dynamischen (Entwicklungs-)Feld die relevanten Vorgaben nicht dem Primärrecht, insbesondere dem unionalen Prinzip repräsentativer Demokratie (Art. 10 I EUV) entnommen, sondern statt dessen eine „Fallkonstellation aus der Frühzeit der Integration [...] als Präzedenzfall für neu-este Entwicklungen perpetuiert wird“.¹³² Zum anderen hält das Gericht auch dort, wo es sich explizit von der älteren Rechtsprechung absetzt, an der artifiziellen, jedenfalls aber hochkomplexen und schwer nachvollziehbaren Trennung von

127 Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an das Europäische Parlament und den Rat: Europäische Agenturen - Mögliche Perspektiven, KOM(2008) 135 endg. v. 11.3.2008, S. 2.

128 Priebe, EuZW 2015, 268 (270).

129 EuGH (Große Kammer), Urteil vom 22.1.2014, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat), NJW 2014, 1359 ff.; siehe dazu etwa Carl Fredrik Bergström, Shaping the new system for delegation of powers to EU agencies: United Kingdom v. European Parliament and Council (Short selling), Common Market Law Review 52 (2015), 219 ff.; Dominique Ritleng, The Reserved Domain of the Legislature: The Notion of „Essential Elements of an Area“, in: Carl Fredrik Bergström/ders. (Hrsg.), Rulemaking by the European Commission: The New System for Delegation of Powers, Oxford 2016, S. 133 (148); Weismann, European Agencies and Risk Governance in EU Financial Market Law, S. 32 ff.

130 Vgl. dazu nur Calliess, in: ders./Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 13 EUV Rn. 47 ff. m.w.N.

131 Vgl. Ruffert, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 431 (441): „Die Ausdifferenzierung der EU-Eigenverwaltung in eine Vielzahl von Agenturen ist durch diese Rechtsprechung nur unwesentlich gebremst worden.“ Ähnlich Priebe, EuZW 2015, 268 (269): „Letztlich hat das Urteil den Unionsgesetzgeber nicht daran gehindert, zahlreiche Agenturen ins Leben zu rufen und teilweise mit weiten Kompetenzen auszustatten; der EuGH hat sich dieser expansiven Praxis bei grundsätzlicher Beibehaltung der Meroni-Doktrin auch nicht verschlossen.“

132 So zu Recht Matthias Ruffert, Europarecht: Rechtsgrundlagen und Rechtsetzungsbefugnisse von Agenturen (= Anm. zu EuGH, Urt. v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat), JuS 2014, 279 (280).

Rechtsetzungskompetenzen, politischen Entscheidungen und (technischen) Ausführungsentscheidungen fest und akzeptiert grundsätzlich auch die Möglichkeit außenwirksamer Agenturentscheidungen. Die Begründung bezieht sich dabei einerseits in klassisch-expertokratischer Manier auf die angeblich ein „spezifisches technisches Fachwissen“ erfordernden Besonderheiten des Regelungsgebiets.¹³³ „Anders ausgedrückt: Das gewichtige Ziel Finanzmarktstabilität fordert Eingriffsbefugnisse, und die ESMA ist fachlich kompetent – dann setzen Art. 290 und 291 AEUV keine Grenzen. Die methodische Angreifbarkeit einer solchen Argumentation liegt auf der Hand.“¹³⁴ Andererseits verweist das Gericht in einer nicht ganz leicht nachvollziehbaren Weise auf die angeblich hinreichenden Schutz gewährleistenden prozeduralen Element sowie den Ausnahmeharakter der Befugnisnormen.¹³⁵ Damit unterstützt der EuGH jedenfalls mittelbar eine Entwicklung in Richtung einer weiteren Aufgabenverlagerung auf die Unionsebene.¹³⁶ Bislang gilt, dass die Agenturen (nur) als komplementäre Institutionen neben den nationalen Behörden fungieren.¹³⁷ Sie „entziehen den Mitgliedstaaten keine Zuständigkeiten, sondern übernehmen entweder Koordinationsaufgaben oder führen ein zusätzliches gemeinschaftliches Verwaltungsverfahren durch, das die vorhandenen ergänzt und in eine Art Wettbewerb zwischen europäischen und nationalen Regulinstanzen führt.“¹³⁸ Der EuGH hat zumindest nicht sichergestellt, dass dies auch zukünftig unverändert so bleibt.

b) Zweitens hat die Kommission in ihrem Statusbericht aus dem Jahre 2015¹³⁹ zwar einige bedenkenswerte Punkte in Hinblick einer Weiterentwicklung des Unifikations- und Kodifikationsgedankens genannt. Die schon seit langem versprochene und dringend notwendige „große Lösung“, die namentlich auch die genannten legitimatorischen Bedenken und die Abgrenzungsschwierigkeiten mit Blick auf die Mitgliedstaaten berücksichtigt, wird man hierin allerdings kaum sehen können.

133 EuGH (Große Kammer), Urteil vom 22.1.2014, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat), NJW 2014, 1359 (1361 f.). Vgl. zu den unterschiedlichen Rechtsetzungs- und Rechtsdurchsetzungsaufgaben der ESMA Hitzer/Hauser, BKR 2015, 52 (54 ff.).

134 Ruffert, JuS 2014, 279 (281).

135 EuGH (Große Kammer), Urteil vom 22.1.2014, Rs. C-270/12 (Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat), NJW 2014, 1359 (1360, 1363).

136 Noch zugespitzter Magdalena Skowron, Kapitalmarktrecht: Rechtmäßigkeit der Eingriffsbefugnisse der ESMA nach Art. 28 Leerverkaufsverordnung (= Anm. zu EuGH, Urt. v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, Vereinigtes Königreich ./ Parlament und Rat), EuZW 2014, 349 (355): „Mit seinem Urteil spricht sich der EuGH eindeutig für eine unbegrenzte Aufgabenübertragung auf Agenturen aus.“

137 Vgl. Dehoussé, Journal of European Public Policy 4 (1997), 246 (256).

138 Groß, EuR 2005, 54 (57); siehe auch Fischer-Appelt, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, S. 448 ff.

139 Bericht der Kommission über die Fortschritte bei der Umsetzung des gemeinsamen Konzepts für dezentrale Agenturen der EU v. 24.4.2015, COM(2015) 179 final.

V. Ausblick: Agencification als Chance und Risiko

Nach alledem fällt ersichtlich ein eindeutiges Resümee schwer; erst recht ist es ein problematisches Unterfangen, einen klaren oder doch zumindest plausiblen Ausblick zu wagen. *Agencification* verdeutlicht im hier verstandenen Sinne eine im Werden begriffene Basisstruktur, in der internationale und mitgliedstaatliche Impulse aufgenommen und damit genuin unionale, organisatorisch einzigartige und speziell auf die unionalen Verwaltungserfordernisse zugeschnittene Verbundstrukturen geschaffen werden. Die Rolle der Kommission ist dabei ambivalent zu betrachten, weil sie einerseits eigene Interessen verfolgt, andererseits aber auch berufen ist, für eine einheitliche Handhabung und eine problemadäquate Weiterentwicklung zu sorgen. So ist ihr Bemühen erkennbar, eine kohärentere Gestaltung des „Wildwuchses“¹⁴⁰ der Agenturen zu erreichen, zugleich aber auch ihren Einfluss in den Agenturen zu erhöhen.¹⁴¹ Angesichts der bisherigen Erfahrungen, der jüngsten Zurückhaltung der Rechtsprechung und der anstehenden tatsächlichen und rechtlichen Herausforderungen ist bei realistischer Betrachtung eine weitere Zunahme der Agenturisierungsprozesse nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht zu erwarten. Internationale Einwirkungen dürfen dabei keine signifikante Rolle mehr zu spielen. Insofern erweist sich gerade am Beispiel der Agencification die Innovationsfähigkeit und -erforderlichkeit des unionalen Verwaltungsrechts.¹⁴² Die Internationalisierung ist hier mithin vor allem als Europäisierung internationaler Impulse zu verstehen. Gänzlich obsolet ist die rechtsvergleichende Perspektive damit aber nicht: Hilfreiche Impulse lassen sich etwa aus dem in den USA bereits deutlich präziser ausgearbeiteten Gewaltenteilungsschemata entnehmen.¹⁴³

Gerade mit Blick auf die eingangs beschriebenen grundlegenden Probleme der Union wäre es indes überaus misslich, wenn das an sich ebenso spannende wie zielführende, letztlich aber eben immer noch im Entwicklungs- und Erprobungsstadium befindliche Instrument der Agentur genutzt würde, um gleichsam „durch

140 Eine Metapher, die interessanterweise nicht nur mit Blick auf die Agenturen (vgl. etwa *Thomas Traguth*, Europäische Agenturen, *Jahrbuch der Europäischen Integration* 2008, S. 109 [110]), sondern in unterschiedlichen Teilbereichen des europäischen Verwaltungsrechts Verwendung findet, siehe etwa *Sandra Bartelt/Andrea Ott*, Die Verwaltungszusammenarbeit der Europäischen Kommission mit Drittstaaten und internationalen Organisationen: Kategorisierung und rechtliche Einordnung, i.d.B.; *Jörg Philipp Terhechte*, in: *Stefan Leible* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht* (EnzEuR Bd. 3), Baden-Baden 2014, § 30 Rn. 34; ausdrücklich skeptisch hingegen *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, § 7 Rn. 44: „Die Ausdifferenzierung des europäischen Verwaltungsrechts kann vor diesem Hintergrund nicht als unkontrollierter Wildwuchs angesehen werden, sondern ist planmäßig im europäischen Verfassungsrecht angelegt.“

141 Vgl. etwa zur „Rolle von Vertretern der Kommission in den Verwaltungsräten der Agenturen“ den Bericht der Kommission über die Fortschritte bei der Umsetzung des gemeinsamen Konzepts für dezentrale Agenturen der EU v. 24.4.2015, COM(2015) 179 final, S. 8.

142 Vgl. ähnlich *Greeneer*, *The Autonomy of European Union Agencies: A Comparative Study of Institutional Development*, S. 15: „The creation of EU agencies is arguably one of the most prominent institutional innovations at the EU level in recent history.“

143 Siehe dazu etwa *Miroslava Scholten/Marloes van Rijssbergen*, *The Limits of Agencification in the European Union*, *German Law Journal* 2007, 1223 ff.

die Hintertür“ eine weitergehende, letztlich weder umfassend konsentierte noch vernünftig kommunizierte Zentralisierungsstrategie umzusetzen. Die Tatsache, dass mit den Agenturen ein Organisationsmodell zur Verfügung steht, das in spezifischer Weise den Erfordernissen der Verbundverwaltung angepasst ist, darf nicht dazu verleiten, sich seiner ohne hinreichende Rückversicherungen zu bedienen.

Die Verwaltungszusammenarbeit der Europäischen Kommission mit Drittstaaten und internationalen Organisationen: Kategorisierung und rechtliche Einordnung

*Sandra Bartelt, Brüssel und Andrea Ott, Maastricht**

I. Einleitung

Die Europäische Kommission wirkt in ihrer Exekutiv- und Verwaltungsfunktion nicht nur innerhalb der Union, sondern unterhält auch zweckdienliche Beziehungen der Verwaltungszusammenarbeit mit internationalen Organisationen und Drittstaaten.¹ Diese Verwaltungszusammenarbeit lässt sich grundsätzlich in zwei Kategorien einordnen; auf der einen Seite rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen (agreements), und die nicht rechtsverbindliche Verwaltungszusammenarbeit auf der anderen Seite; letztere kann durchaus unterschiedliche Formen, wie Briefwechsel, gemeinsame Erklärungen oder die Form der Verwaltungsvereinbarung (in Form von administrative arrangement oder Memorandum of Understanding) annehmen. Solche, größtenteils unveröffentlichten, (Rechts)instrumente sind zahllos, und sind sogar verbreiteter als reguläre völkerrechtliche Übereinkünfte, die dem Verfahren nach Artikel 218 AEUV folgen und durch den Rat abgeschlossen werden. In ihrem Inhalt gestalten diese administrativen Kooperationen die Beziehungen zu Organen von internationalen Organisationen auf technisch-programmatischer und finanzieller Ebene und regeln die Verwaltungszusammenarbeit zwischen der Kommission und ihren Generaldirektionen mit Behörden oder Ministerien von Drittstaaten und internationalen Organisationen in den verschiedenen unionalen Politikbereichen.

Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, und insbesondere im Lichte der nunmehr ausdrücklich geregelten Außenvertretung der Union nach Artikel 17 (1) EUV, wonach der Kommission, außer in dem Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und den übrigen in den Verträgen vorgesehen Fällen, die Zuständigkeit für die Außenvertretung zukommt, kristallisiert sich eine Typologie in der Bezeichnung dieser Verwaltungszusammenarbeit heraus. Des Weiteren können die rechtsverbindlichen Verwaltungsabkommen aufgrund ihrer Rechtsgrundlage eingeordnet werden.

Vor diesem bisher nicht besonders einheitlichen Hintergrund geht der vorliegende Beitrag, nach der einleitenden Darstellung der rechtsverbindlichen Verwaltungsabkommen in der Rechtsprechung und Rechtsdoktrin (Pkt. II), der Frage nach, ob die Möglichkeit besteht, unterhalb der Schwelle des Artikel 218 AEUV rechtsver-

* Dr. Sandra Bartelt, LL.M. ist Mitglied des juristischen Dienstes der Europäischen Kommission, Brüssel (Belgien) und gibt in diesem Artikel lediglich ihre persönliche Meinung wieder und Prof. Dr. Andrea Ott ist Associate Professor und Jean Monnet Lehrstuhlinhaberin im Europarecht an der Universität Maastricht (Niederlande).

1 Siehe im Hinblick auf internationale Organisationen Artikel 220 AEUV.

bindliche Verwaltungsabkommen abzuschließen (Pkt. III.1), einschließlich der Frage ob Artikel 220 AEUV zu dem Abschluss von Verwaltungsabkommen mit internationalen Organisationen ermächtigt und wie solche Abkommen juristisch einzuordnen sind. Schließlich untersucht der vorliegende Beitrag die nicht rechtsverbindliche Verwaltungszusammenarbeit der Kommission und ihre Unterscheidung von Instrumenten mit politischen Inhalten (Pkt. III.2). Der Prüfmaßstab ist hierbei der Grundsatz der Wahrung des institutionellen Gleichgewichts und der loyalen Zusammenarbeit nach Artikel 13 (2) EUV. Diesbezüglich hat der Europäische Gerichtshof 2015 bereits vier wichtige Urteile getroffen²; ein weiterer Fall, der die Abgrenzung zwischen Artikeln 16 und 17 EUV und in Bezug auf Instrumente mit politischem Inhalt betrifft, ist weiterhin beim Europäischen Gerichtshof anhängig³. Der vorliegende Artikel gibt eine Reihe von Beispielen für die jeweilige Form der Verwaltungszusammenarbeit, beschränkt sich dabei allerdings grundsätzlich auf Vereinbarungen und Übereinkünfte, die nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon angenommen wurden.

II. Internationale Verwaltungsbeziehungen in der europarechtlichen und mitgliedstaatlichen Rechtspraxis und Rechtsdoktrin

1. Verwaltungsabkommen der Mitgliedstaaten und internationale Verwaltungskooperation

Internationale Verwaltungsabkommen oder vereinfachte völkerrechtliche Verträge sind in der Mehrheit der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme anerkannt⁴, soweit diese in ihrem Inhalt keine Verletzung der Gewaltenteilung und Befugnisse der nationalen Parlamente darstellen.⁵ Bei ihnen handelt es sich um verbindliche völkerrechtliche Abkommen, welche im vereinfachten Verfahren durch die Exekutive ohne Beteiligungsrechte des Parlaments abgeschlossen werden.⁶ Diese Ver-

2 EuGH, Rs. C-409/13 (Rat/Kommission) (Rücknahme eines Vorschlags durch die Kommission), ECLI:EU:C:2015:217; EuGH, Rs. C-28/12 (Kommission/Rat) (hybride Rechtsakte), ECLI:EU:C:2015:282; EuGH, Rs. C-425/13, (Kommission/Rat) (Verhandlung Emissionshandel Australien), ECLI:EU:C:2015:483; EuGH, Rs. C-73/14 (Rat/Kommission) (Aufenvertretung der Union vor dem Internationalen Seegerichtshof durch die Kommission), ECLI:EU:C:2015:664.

3 EuGH, Rs. C-660/13, (Rat/Kommission) (Unterzeichnung eines Nachtrags zu einem Memorandum of Understanding mit der Schweiz durch die Kommission).

4 Zu den Mitgliedstaaten: *A. Ott/E. Vos//F. Coman-Kund*, EU agencies and their international mandate - A new category of global actors?, CLEER Working Papers 2013/7, S. 11-13.

5 In diese Richtung weist die Mehrheit der Verfassungen oder Verfassungspraxis in den 28 Mitgliedstaaten. Die Verfassung von Belgien (Art. 75, 77(6)), Ungarn (neue Verfassung von 2011, Art. 1 (2)d und Art. 9 (4) a), Irland (Art. 29(5)), Luxemburg (Art. 37) und Slowenien (Art. 86) sehen eine parlamentarische Zustimmung für alle völkerrechtlichen Verträge vor, jedoch mit der generellen Ausnahme von technischen Abkommen der Exekutive, wie das ausdrückliche Beispiel der irischen Verfassung in Art. 29 (5) verdeutlicht.

Zur Sonderstellung des Vereinigten Königreichs, in dem der ursprüngliche Einfluss des Parlaments marginal war: J. Barrett, "The United Kingdom and parliamentary scrutiny of Treaties: recent reforms", 60 ICLQ 2011, S. 225 ff.

6 Dazu *M. A. Glaser*, Internationale Verwaltungsbeziehungen, 2010, S. 76-77. Siehe dazu die Definition in der UN Treaty Collection („There is a general tendency to apply the term 'agreement' to bilateral or restricted mul-

waltungsabkommen finden auch in Artikel 59 (2) Satz 2 GG ausdrückliche Erwähnung. Diese Norm erfasst auf der deutschen Staatsrechtsebene völkerrechtsverbindliche Verwaltungsabkommen, die keine politischen Beziehungen regeln und nicht der innerstaatlichen Umsetzung bedürfen,⁷ im Gegenzug sind diese Verwaltungsabkommen als die einerseits auf die Exekutive delegierte Regierungs- oder Ressortabkommen oder anderseits technische beziehungsweise organisatorische Verwaltungsabkommen unterteilt.⁸ Von diesen völkerrechtlichen (verbündlichen) Verwaltungsabkommen sind Verwaltungsvereinbarungen in Form von ‘administrative agreements’ oder ‘arrangements’ abzugrenzen, bei denen es sich um internationale Vereinbarungen zwischen Regierungsbehörden oder Ministerien handelt.⁹ Dieser formelle Ausgangspunkt im deutschen Verfassungsrecht kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Grenzen zwischen informellem und formellem Handeln fließend sind und auch vermehrt im Völkerrecht auf administrative Kooperationen im weitesten Sinne Rückgriff genommen wird. Diese Entwicklung der letzten 50 Jahre findet seine Ursache in dem anhaltenden Trend zur Abkehr von multilateralen völkerrechtlichen Verträgen¹⁰ und der Proliferation an internationalen Gremien und informellen Netzwerken.¹¹ Diese Entwicklung resultiert in einem Zusammenrücken von Völker- und Verwaltungsrecht.¹² Damit muss eine generelle Kategorisierung dieses internationalen Verwaltungsrechts über völkerrechtlich verbindliche Verwaltungsabkommen hinausreichen und auch informelle Kooperationsformen einschließen. Eine Systematisierung stellt sich jedoch als ausgenommen schwierig dar, da diese von unterschiedlichen nationalen und rechtlichen Perspektiven, die sich unterschiedlicher Definitionen bedienen, beeinflusst werden.¹³ Die Globalisierung des Verwaltungsrecht wird durch die US amerikanische global administrative law (GAL) Forschung der letzten Jahre reflektiert,¹⁴ jedoch ist ein Konzept des internationalen Verwaltungsrechts, insbesondere in der deutschen Rechtswissenschaft, schon seit dem 19. Jahrhundert bekannt¹⁵ und wird wieder vermehrt seit den 1970 Jah-

tilateral treaties. It is employed especially for instruments of a technical or administrative character, which are signed by the representatives of government departments, but are not subject to ratification.”), https://treaties.un.org/Pages/Overview.aspx?path=overview/definition/page1_en.xml.

7 Siehe BVerfGE 1, 372.

8 D. Umbach/Th. Clemens (Hrsg), Grundgesetz Mitarbeiterkommentar Band II, 2002, Art. 38-146 GG, Rn. 49.

9 Siehe M. A. Glaser (Fn. 6), S. 76-77; zu den Verwaltungsabkommen: GHN/Tietje, Art. 220 AEUV, Rn. 14.

10 Dazu J. Pauwelyn/R. A. Wessel/J. Wouters, When structures become shackles: Stagnation and dynamics in international lawmaking, *European Journal of International Law* 2014, S. 733 ff.

11 C. D. Classen, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: VVDSI RL 2007, Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, S. 365 ff. (369).

12 In diesem Sinne: E. Schmidt-Aßmann, Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, *Der Staat* 2006, S. 315 ff. (316).

13 So wird der Begriff des internationalen Verwaltungsrechts auch im Zusammenhang mit Verwaltungskollisionsrecht verwendet und in Bezug auf das interne Recht von internationalen Organisationen, dazu: G. Biagianni, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: VVDSI RL 2007 (Fn. 11), S. 413 ff. (417).

14 B. Kingsbury/L. Casini, Global Administrative Law Dimensions of International Organisations Law, *International Organisations Law Review* 2009, S. 319 ff.

15 Ch. Möllers, Internationales Verwaltungsrecht, in: Ch. Möllers/A. Vosskuhle/Ch. Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 1 ff.; Ch. Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001.

ren konzeptuell entwickelt.¹⁶ Dabei wird zwischen einer vertikalen Ebene – auf der internationale Organisationen und Netzwerke internationale Verwaltungsaufgaben wahrnehmen – und einer horizontalen Ebene – betreffend die Internationalisierung der nationalen Verwaltungen – unterschieden.¹⁷ Weitere Versuche der Klassifizierung sprechen von internationalen Verwaltungsbeziehungen durch internationale Verbundsverwaltung in Form von staatsübergreifender Wahrnehmung gemeinsamer Aufgaben und zwischenstaatlicher Koordinierung der Regelungszuständigkeit, transnationaler Kooperationsverwaltung und Verwaltungsbeziehungen zur Durchführung zwischenstaatlicher Rechtsbeziehungen.¹⁸ Diese Erklärungsansätze zeigen auf, dass die Wissenschaft sich noch in der Phase befindet, die verschiedenen Strömungen zu strukturieren und zu ordnen und diesen Entwicklungen einen rechtlichen Rahmen zu geben, der sich völkerrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Prinzipien bedient. Für die vorliegende Untersuchung ist zu betonen, dass neben den EU Mitgliedstaaten auch die Europäische Union als eigenständiger Akteur an solchen internationalen Verwaltungsbeziehungen teilnimmt, und diese durch ihre eigene Rechtspraxis formt und weiterentwickelt.

2. Zur Zulässigkeit des Abschlusses von Verwaltungsabkommen auf europäischer Ebene

Auf der europäischen Ebene ist die Rechtspraxis in Bezug auf diese vereinfachten Verwaltungsabkommen nicht einheitlich; wenige dieser Abkommen sind im Amtsblatt der Europäischen Union publiziert,¹⁹ die meisten jedoch sind nicht veröffentlicht oder der Text ist nur zugänglich, weil die Gegenseite diesen auf seinen Internetwebseiten publiziert hat. Die rechtlichen Erscheinungsformen in der Praxis unter Beteiligung der Kommission variieren zwischen Briefwechseln,²⁰ Abkommen,²¹ Memorandum of Understanding (MoU) oder Vereinbarung²². Jedoch

16 Dazu schon *F. Matscher*, Gibt es ein Internationales Verwaltungsrecht?, in: FS Günther Beitzke, 1979, S. 641 ff.

17 Dazu eingehend *C. D. Classen* (Fn. 11), S. 367 ff.

18 *M. A. Glaser* (Fn. 6), S. 28-61.

19 Abkommen in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Internationalen Rat für Meeresforschung, ABl. 1987 L 149/14; Briefwechsel zwischen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und dem Internationalen Tiersuchenamt, ABl. 2004 C 215/3, .

20 Zum Beispiel: Briefwechsel zwischen der Kommission und der FAO von 25.10.1962, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=470>.

21 Financing Agreement between the government of Montenegro and the European Commission concerning the cross-border programme Serbia Montenegro under the instrument of pre-accession for the year 2012, abrufbar unter <http://www.mvpei.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?Id=158301&Type=2>.

22 Zum Beispiel: MoU zwischen den USA und der Kommission betreffend die Vereinbarung mit den Vereinigten Staaten von Amerika über die Einfuhr von Rindfleisch von nicht mit bestimmten Wachstumshormonen behandelten Tieren und die erhöhten Zölle der Vereinigten Staaten auf bestimmte Erzeugnisse der Europäischen Union, 2009, nicht veröffentlicht, Text findet sich unter https://ustr.gov/sites/default/files/asset_upload_file254_15654.pdf. Siehe jedoch jetzt nach Lissabon die angepasste Version, die als völkerrechtlicher Vertrag durch den Rat abgeschlossen wurde, Beschluss des Rates vom 28.1.2014 über den Abschluss der überarbeiteten Vereinbarung mit den Vereinigten Staaten von Amerika über die Einfuhr von Rindfleisch von nicht mit bestimmten Wachstumshormonen behandelten Tieren und die erhöhten Zölle der Vereinigten Staaten auf bestimmte Erzeugnisse der Europäischen Union, ABl. 2014 L 27/1.

ist nicht nur die Terminologie uneinheitlich. Auch in der Literatur werden diese Formen der Zusammenarbeit nicht einheitlich beurteilt.²³ Dabei betrifft die Beurteilung zwei Rechtsfragen, nämlich erstens, ob es sich um ein völkerrechtlich verbindliches Abkommen handelt und zweitens, wie die Zuständigkeiten generell intern in der Union verteilt sind. Dieser letzte Aspekt ist dabei insbesondere umstritten, weil das europäische Primärrecht – im Unterschied zu den meisten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen – keine allgemeine Kompetenznorm zum Abschluss von Verwaltungsabkommen enthält.

Der Europäische Gerichtshof hat zu der Zulässigkeit der internationalen Verwaltungszusammenarbeit der Kommission in zwei Urteilen aus den Jahren 1994 und 2004 Stellung genommen.²⁴ In beiden Fällen ging es um verwaltungsrechtliche Vereinbarungen zwischen den USA und der Europäischen Kommission. In der ersten Rechtssache (C-327/91) beantragte Frankreich die Nichtigerklärung der Handlung der Kommission, mit der sie ein Abkommen mit der Regierung der USA über die Anwendung ihrer Wettbewerbsgesetze abschließen wollte. Die Europäische Kommission berief sich auf ihr implizites Mandat, diese Bereiche als europäische Verwaltung mit der drittstaatlichen Regierung zu regeln und stützte sich hierbei auf den Wortlaut des früheren Artikel 228 (2) EWG wonach der Abschluss des Abkommens durch den Rat „vorbehaltlich der Zuständigkeiten, welche die Kommission auf diesem Gebiet besitzt“ ausgeübt wird.²⁵ Der EuGH lehnte ein solches implizites Mandat ab, sprach sich auch gegen eine Analogie zu Artikel 101 Euratom Vertrag aus.²⁶ In der Sache erklärte der Gerichtshof die Handlung der Kommission für nichtig, da er das geplante Abkommen aufgrund des Wortlautes und der Intention der Vertragsparteien als völkerrechtlich verbindlich einstuftet, womit dessen Abschluss durch die Kommission gegen das in dem früheren Artikel 228 EWG Vertrag (nunmehr Artikel 218) AEUV festgelegte Verfahren verstößen hätte.²⁷ In einem 10 Jahre später ergangenen Urteil in der Rechtssache C-233/02, *Frankreich/Kommission*, in der es um anzunehmende Leitlinien für eine Zusammenarbeit in Regelungsfragen mit den USA ging, hat der Gerichtshof entschieden, dass für die Festlegung der Bedingungen, unter denen die Billigung eines Aktes wie der nicht bindenden Leitlinien erfolgen kann, „die Zuständigkeitsverteilung und das institutionelle Gleichgewicht, die durch [die Verträge auf dem betreffenden Gebiet] festgelegt worden sind, angemessen berücksichtigt werden [müssen].“²⁸ Der Gerichtshof hat die Klage zwar letztlich abgewiesen unter Verweis auf die Nichtanwendbarkeit des Artikel 300 EG Ver-

23 Dazu siehe *M. Schröder*, in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 220 AEUV, Rn. 13-15; *R. Schütze*, The treaty power and parliamentary democracy, S. 392-399, in: *R. Schütze*, Foreign Affairs and the EU Constitution – Selected Essays, 2014, S. 359 ff.

24 In beiden Fällen klagte Frankreich gegen die Kommission; Rsen. C-327/91 (Frankreich/Kommission), Slg. 1994, I-3641 und C-233/02, Slg. 2004, I-2759.

25 EuGH, Rs. C-327/91 (Fn. 24), Rn. 30 und 35.

26 Siehe unter Pkt. III.1.a.aa.

27 EuGH, Rs. C-327/91 (Fn. 24), Rn. 28 und 42, 43.

28 Ebd. Rn. 72.

trag (nunmehr Art. 218 AEUV) für rechtlich unverbindliche Leitlinien²⁹, er hat aber keine positiven Feststellungen zu den anwendbaren Verfahren und der/den entsprechenden Befugnis(en) der Organe hinsichtlich der in jener Rechtssache in Rede stehenden Leitlinien getroffen.³⁰

Aus der oben genannten Rechtsprechung ergibt sich, dass die Vertragsabschlusskompetenz für völkerrechtliche verbindliche Übereinkünfte der Union grundsätzlich bei dem Rat und nicht bei der Kommission liegt und die Kommission kein generelles Mandat zum Abschluss von internationalen Verwaltungsabkommen hat und für die nicht rechtsverbindliche internationale Verwaltungszusammenarbeit das institutionelle Gleichgewicht Beachtung findet. In seiner neueren Rechtsprechung führt der Gerichtshof weiter zu der speziellen Norm des Artikel 218 AEUV aus, dass Artikel 218 AEUV im Bereich des Abschlusses internationaler Verträge³¹ insofern eine eigene, allgemeine Bestimmung von verfassungsmäßiger Bedeutung darstellt, als er den Unionsorganen bestimmte Kompetenzen verleiht; zur Schaffung eines Gleichgewichts zwischen diesen Organen sähe er insbesondere vor, dass Übereinkünfte zwischen der Union und einem oder mehreren Drittstaaten von der Kommission unter Beachtung der vom Rat erlassenen Verhandlungsrichtlinien ausgehandelt und dann vom Rat – entweder nach Billigung durch das Parlament oder nach dessen Anhörung – geschlossen werden.³² Lediglich in den Fällen des Artikel 218 (7) AEUV, d.h. wenn das internationale Übereinkommen ein vereinfachtes Änderungsverfahren vorsieht, um beispielsweise Anhänge zu aktualisieren, kann der Rat die Kommission ermächtigen, im Namen der Union solche Änderungen zu billigen.³³ Auf das Besondere in Artikel 219 AEUV geregelte Verfahren zum Abschluss von Währungsabkommen wird in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen.³⁴

Damit kommt dem institutionellen Gleichgewicht eine entscheidende Bedeutung zu, um die Verwaltungszusammenarbeit rechtlich zu bewerten. Das institutionelle Gleichgewicht kann zwar nicht vollständig mit dem Gewaltenteilungsprinzip der

29 Ebd. Rn. 45.

30 GA Sharpston in der anhängigen Rs. C-660/13 (Fn. 3), Rn. 102.

31 In seiner Auslegung des Begriffs der 'internationalen Übereinkunft' bezieht sich der Gerichtshof hierbei auf das Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, wonach ein völkerrechtlicher Vertrag in einer oder in mehreren zusammengehörigen Urkunden enthalten sein kann, soweit sie den Ausdruck der Willensübereinstimmung von zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten formalisieren. EuGH, Gutachten 1/13 (Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung), ECLI:EU:C:2014:2302, Rn. 37; EuGH, verb. Rsen. C-103/12 und 165/12 (Parlament und Kommission/Rat), ECLI:EU:C:2014:2400, Rn. 61.

32 EuGH, Rs. C-425/13 (Fn. 2), Rn. 62.

33 Beschluss des Rates und — bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit — der Kommission vom 4. April 2002 über den Abschluss von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABI. 2002 L 114/1.

34 Siehe in diesem Zusammenhang die Ratsbeschlüsse zur Neuverhandlung von Währungsabkommen mit Mikrostaaten. Mit den folgenden Ratsbeschlüssen hat der Rat die Kommission ermächtigt, die Abkommen abzuschließen: Andorra (Art. 9 des Ratsbeschlusses v. 11.5.2004, ABI. 2004 L 244/47), San Marino (Art. 4 des Ratsbeschlusses vom 26.11.2009, ABI. 2009 L 322/12); Monaco (Art. 4 des Ratsbeschlusses v. 11.2.2011, ABI. 2011 L 81/3; Vatikanstadt (Art. 3 des Ratsbeschlusses v. 26.11.2009, ABI. 2009 L 321/36). In den beiden letztgenannten Fällen wird das Abkommen von Frankreich bzw. Italien zusammen mit der Kommission abgeschlossen.

mitgliedstaatlichen Verfassungen gleichgesetzt werden, weil die legislativen Funktionen zwischen Parlament und Rat (und geringem Maße Kommission) geteilt sind und die Exekutivfunktionen bei der Kommission und in bestimmten Politikbereichen auch beim Rat liegen. Jedoch sind Parallelen in seiner Funktion und Bedeutung festzustellen.³⁵ Dieser Grundsatz ist ursprünglich im Primärrecht nur rudimentär angelegt³⁶ und hat zuerst mit dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit des Amsterdamer Vertrages 1997 und dann mit Lissabon eine Aufwertung erfahren. Es ist nunmehr in Artikel 13 (2) EUV verankert und erwähnt, dass die Verfahren, Bedingungen und Ziele, die nach den Verträgen festgelegt sind, respektiert werden müssen und im Sinne der loyalen Zusammenarbeit umgesetzt werden. Die Herausbildung eines eigenständigen Grundsatzes geht aus der frühen Rechtsprechung zu den Agenturen (*Meroni*)³⁷ und den Verfahrensrechten des Europäischen Parlamentes (*Roquette Frères*,³⁸ *Tschernobyl*)³⁹ hervor und ist jedoch bei den *Pringle*⁴⁰ und *ESMA*⁴¹ Urteilen eher oberflächlich vom EuGH behandelt worden. Im Fall von allgemeinen Vorschriften, die keine Antworten zu prozessualen Fragen geben, wurde daraus in der Literatur hergeleitet, dass das institutionelle Gleichgewicht entweder eine Lückenfüllerfunktion erfüllt oder nur in den Grauzonen neuer institutioneller Entwicklungen wie dem Komitologiesystem Anwendung findet.⁴² Es wird auch generell ein normativer eigenständiger Gehalt dieses Prinzips bezweifelt.⁴³ Dagegen argumentieren andere Literaturansichten, dass es sich zwar um ein komplexes und vielschichtiges Prinzip der horizontalen Kompetenzverteilung handelt, aber es könne ihm dadurch kein Rechtsinhalt abgesprochen werden.⁴⁴ Vielmehr ist Voraussetzung der Verletzung dieses Prinzips, dass eine primärrechtliche Norm wie Artikel 218 AEU, Artikel 16 TEU oder Artikel 220 AEUV durch die Verhaltensweisen der Kommission (oder des Rates) verletzt wird.⁴⁵ Letztgenannte Ansicht erscheint auch im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass das institutionelle Gleichgewicht abhängig von dem jeweiligen Politikbereich zu bestimmen ist.⁴⁶

35 Dazu *K. Lenaerts*, Some reflections on the separation of powers in the European Community, *CMLRev* 1991, S. 11 ff.

36 Die frühere Vorschrift sprach nur knapp von „*Jedes Organ handelt nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse*“.

37 EuGH, verb. Rs. C-9/56 und 10/56 (*Meroni*), Slg. 1957/1958, 133.

38 EuGH, Rs. 138/79 (*Roquette Frère*), Slg. 1980, 3333 (Rn. 33).

39 EuGH, Rs. C-70/88 (Parlament/Rat) (*Tschernobyl*), Slg. 1991, I-4529, Rn. 21.

40 EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle*), *ECLI:EU:C:2012:756*.

41 EuGH, Rs. C-270/12 (*ESMA*), *ECLI:EU:C:2014:18*.

42 *M. Chamom*, The Institutional balance, an ill-fated principle of EU law?, *European Public Law* 2015, S. 371 ff. (385).

43 So kritisch *R. Bieber*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EUV und EGV, 6. Aufl. 2003, Artikel 7 EG, Rn. 66; *A. Hatje*, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 13 EUV, Rn. 33.

44 *C. Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 13 EUV, Rn. 15-18; *R. Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 13 EUV, Rn. 23-24; *D. Curtin*, Executive power of the European Union, 2009, S. 55-58.

45 Dazu siehe: EuGH, Rs. C-28/12 (Fn. 2), EU:C:2015:282, Rn. 53.

46 So auch *Wyatt* and *Dashwood*'s European Union Law, 6. Auflage 2011, S. 66-67.

III. Typologie der Verwaltungszusammenarbeit nach dem Lissabonner Vertrag

Die Kommission bemüht sich seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon dem „Wildwuchs“ der Verwaltungskooperation Einhalt zu gebieten,⁴⁷ mehr Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit in Gebrauch dieses wichtigen Instruments in den tagtäglichen internationalen Beziehungen zu schaffen. Eine Kategorisierung schließt notwendig ein, einerseits eine deutliche Trennlinie zwischen rechtsverbindlichen und nicht-verbindlichen Handlungsformen zu ziehen und andererseits bei den nicht-verbindlichen Handlungsformen die reine Verwaltungskooperation der Kommission, die diese in ihrem eigenen Namen eingeht, von den im Namen der Union geschlossenen Instrumenten mit politischen Inhalten abzugrenzen. Nur der letztgenannte Fall betrifft die Außenvertretung der Union durch die Kommission nach Artikel 17 (1) S. 5 EUV. Im Vergleich zu der Vorgängerbestimmung des Artikel 211 EGV wurde in Artikel 17 (1) EUV jedoch nicht nur die teilweise Außenvertretung zu den Aufgaben der Kommission hinzugefügt, sondern auch die Ausführung des Haushaltsplans (S. 4) sowie die Ausübung von Koordinierungs-, Exekutiv- und Verwaltungsfunktionen nach Maßgabe der Verträge (S. 5).⁴⁸ Daraus ergibt sich, dass die Kommission eine Reihe von Exekutiv- und Verwaltungsfunktionen besitzt, deren Umfang der Ausübung dieser Befugnisse nach Maßgabe des jeweiligen Politikfelds definiert wird⁴⁹, und deren Grenzen aber jedenfalls durch den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts nach Artikel 13 (2) EUV zu bestimmen sind. Von diesen Verwaltungs- und Exekutivfunktionen sind die Aufgaben abzugrenzen, welche die Kommission in ihrer Verwaltungsautonomie im Sinne des Artikels 335, letzter Satz AEUV treffen kann, hierunter wäre zum Beispiel die Anmietung von Büros, Renovierung von Gebäuden sowie der Kauf von Dienstwagen zu nennen.⁵⁰ Daraus ergibt sich, dass die Kommission durchaus Verwaltungsabsprachen treffen kann, die sich im Rahmen ihrer Verwaltungs- und Exekutivfunktion halten und keine politischen Inhalte haben, welche zu einer Verpflichtung der Union führen könnten und daher unter die Außenvertretung nach Artikel 17 (1) EUV einzuordnen wären.

Vor diesem Hintergrund kristallisieren sich zwei Formen von Verwaltungsvereinbarungen heraus: einerseits rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen mit inter-

47 So sind Vereinbarungen mit internationalen Organisationen in der Vergangenheit dokumentiert, die durch den Rat (z.B. Abkommen in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Internationalen Rat für Meeresforschung, ABl. 1987 L 149/14) oder der Kommission im Namen der EU abgeschlossen waren (Briefwechsel zwischen der Weltgesundheitsorganisation und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Konsolidierung und Intensivierung der Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 1/7) oder durch die Europäische Gemeinschaft, aber vom Kommissionspräsidenten unterschrieben wurden (Briefwechsel zwischen der Weltgesundheitsorganisation und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Konsolidierung und Intensivierung der Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 1/7).

48 *P. F. Nemitz*, in: J. Schwarze (Fn. 43), Art. 17 EUV, Rn. 2.

49 *P. F. Nemitz*, in: J. Schwarze (Fn. 43), Art. 17 EUV, Rn. 39.

50 Und damit das Organ in ihren internen Angelegenheiten betrifft: siehe auch: *A. Hatje*, in: J. Schwarze (Fn. 43), Art. 335 AEUV, Rn. 13.

nationalen Organisationen und/oder Drittstaaten (unter Punkt 1.) und die reine Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Verwaltungen der Kommission (Generaldirektionen) und Organen von internationalen Organisationen oder drittstaatlichen Behörden (unter Punkt 2).

1. Rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen: Formen und Rechtsfragen

Da der Gerichtshof in der unter Punkt II.2. genannten Rechtsprechung klargestellt hat, dass die Verwaltungszusammenarbeit der Kommission das in Artikel 218 AEUV festgelegte institutionelle Gleichgewicht im Hinblick auf den Abschluss internationaler Übereinkünfte nicht verletzen darf, ist davon auszugehen, dass die Kommission rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen nur dann schließen kann, wenn eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage im Rahmen ihrer Zuständigkeit gegeben ist. Der Verweis auf Kommissionszuständigkeiten geht hierbei nicht mehr aus Artikel 218 AEUV hervor, denn der Zusatz „vorbehaltlich der Zuständigkeiten, welche die Kommission auf diesem Gebiet besitzt“, der in der Vorgängernorm zu finden war, hat mit dem Vertrag von Lissabon keinen Eingang mehr in Artikel 218 AEUV gefunden. Interessanterweise bezieht sich der Gerichtshof in der Rechtssache C-425/13, *Kommission/Rat*, dennoch auf diesen früheren Gesetzeswortlaut.⁵¹ Es ist jedoch ungeklärt, inwieweit konkrete Rechtsnormen oder Artikel 220 AEUV als Rechtsgrundlage für verbindliche Verwaltungsabkommen mit internationalen Organisationen (oder auch Drittstaaten) dienen können.

Vor diesem Hintergrund erfolgt im Nachfolgenden ein Überblick über spezielle Ermächtigungsgrundlagen aus Primärrecht, Sekundärrecht oder internationalem Abkommen, welche die Kommission ermächtigen, verbindliche Verwaltungsabkommen mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen zu schließen.

- a) Primärrechtliche Rechtsgrundlagen für rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen
 - aa) Euratom Vertrag und Protokoll Nr. 7 über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union

Der Euratom Vertrag sieht in seinem Artikel 101 vor, dass die Gemeinschaft Abkommen und Vereinbarungen mit einem dritten Staat, einer zwischenstaatlichen Einrichtung oder einem Angehörigen eines dritten Staates eingehen kann.⁵² Nach

51 EuGH, Rs. C-425/13 (Fn. 2), Rn. 62, die sich auf die Rs. C-327/91 (Fn. 24) bezieht.

52 Artikel 101 Euratom: "Die Gemeinschaft kann im Rahmen ihrer Zuständigkeit Verpflichtungen durch Abkommen und Vereinbarungen mit einem dritten Staat, einer zwischenstaatlichen Einrichtung oder einem Angehörigen eines dritten Staates eingehen.

Die Abkommen und Vereinbarungen werden von der Kommission nach den Richtlinien des Rates ausgehandelt; sie werden von der Kommission mit Zustimmung des Rates abgeschlossen; dieser beschließt mit qualifizierter Mehrheit.

Jedoch werden Abkommen und Vereinbarungen, deren Durchführung keine Mitwirkung des Rates erfordert und im Rahmen des betreffenden Haushaltspolans möglich ist, von der Kommission allein ausgehandelt und abgeschlossen; die Kommission hat lediglich den Rat hierüber ständig zu unterrichten."

dem Verfahren des Artikels 101 Euratom handelt die Kommission Abkommen, die in den Anwendungsbereich des Euratom Vertrages fallen, nach Richtlinien des Rates aus und schließt diese danach mit Zustimmung des Rates ab.⁵³ Soweit diese Abkommen, keine Mitwirkung des Rates erfordern und im Rahmen des betreffenden Haushaltsplans möglich sind, werden diese allein von der Kommission ausgehandelt und abgeschlossen.⁵⁴ Der Rat wird hierzu lediglich ständig unterrichtet. Daraus folgt, dass der letzte Unterabsatz des Artikel 101 Euratom Vertrags die Möglichkeit von vereinfachten Verwaltungsabkommen der Kommission *"im Rahmen des Haushaltsplans"* zu erlauben scheint. Wie bereits oben erwähnt, hat der Gerichtshof jedoch eine Analogie zu Artikel 101 Euratom in Bezug auf andere unionale Politikbereiche ausgeschlossen.⁵⁵

Ein noch genauer umrissenes Mandat ist in Artikel 6 von Protokoll Nr. 7 über die Vorrrechte und Befreiungen der Europäischen Union zu finden, wonach die Kommission Abkommen zur Anerkennung der Reiseausweise der Mitglieder und Bediensteten der Unionsorgane (*laissez-passir*) mit Drittstaaten abschließen kann.⁵⁶

bb) Art. 220 AEUV (Übereinkünfte der Union mit internationalen Organisationen zur Pflege der zweckdienlichen Zusammenarbeit)

Artikel 220 AEUV fasst die Bestimmungen zur unionalen Beziehungspflege und Kooperation mit internationalen Organisationen in einem Artikel zusammen, die zuvor in drei Artikeln (ex-Artikeln 302 bis 304 EGV) enthalten waren. Obgleich die Zusammenfassung der drei Artikel in erster Linie redaktionell ist, kommt dem Artikel 220 AEUV doch eine wichtigere Funktion zu, wenn er im Zusammenhang mit der Neuregelung der allgemeinen Befugnisse der Kommission in Artikel 17 (1) EUV gesehen wird. Darin wird in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis festgelegt, dass die Kommission die Außenvertretung der Union wahrnimmt - mit Ausnahme der GASP und den übrigen in den Verträgen vorgesehenen Fällen. Soweit die Pflege der Zusammenarbeit mit den internationalen Organisationen nach Artikel 220 (2) AEUV der Kommission (und nicht der Hohen Vertreterin für die GASP) zufällt, ist davon auszugehen, dass Artikel 220 AEUV eine spezielle Ausprägung der Außenvertretung der Union durch die Kommission darstellt.⁵⁷

53 Vereinbarung zwischen der Europäischen Atomgemeinschaft und der Internationalen Atomenergie-Organisation über die Zusammenarbeit im Bereich der nuklearen Sicherheit ("Partnerschaft"), die von der Kommission im Namen der Gemeinschaft umgesetzt wird, Kommissionsbeschluss C(2013)5641final. Artikel V der Vereinbarung stellt klar, dass diese nicht verbindlich ist.

54 Beschluss (EURATOM) 2015/1990 des Rates vom 26. Oktober 2015 zur Genehmigung des Abschlusses – durch die Europäische Kommission im Namen der Europäischen Atomgemeinschaft – des Übereinkommens zur Weiterführung des Internationalen Wissenschafts- und Technologiezentrums, ABl. 2015 L 290/8.

55 Siehe oben Pkt. II.2. EuGH, Rs. C-327/91 (Fn. 2).

56 Artikel 6 (ex-Artikel 7): „*Die Kommission kann Abkommen zur Anerkennung dieser Ausweise als im Hoheitsgebiet dritter Länder gültige Reiseausweise schließen.*“ Siehe dazu auch die Rechtsverordnung Nr. 1417/2013 des Rates vom 17. Dezember 2013 zur Festlegung der Form der von der Europäischen Union ausgestellten Laissez-Passer, ABl. 2013 L 353/26.

57 K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), Art. 220 AEUV, Rn. 10; Siehe auch Generalanwältin Sharpston, die in ihren Schlussanträgen in der Rs. C-73/14 (Fn. 2), in denen sie die Außenvertretung der Union nach Artikel 335 AEUV als *lex specialis* zu Artikel 17 (1) EUV einordnet, Rn. 105, 115.

Die Vorgängerbestimmungen des Artikel 220 AEUV sahen die „*Zusammenarbeit*“⁵⁸ oder „*Beziehungspflege*“⁵⁹ zwischen den genannten internationalen Organisationen und der Kommission (und nicht der EG) vor, während Artikel 220 AEUV dieser Zusammenarbeit insofern einen höheren Status zuspricht, als diese nun im Namen der Union erfolgt und nach Artikel 220 (2) AEUV die Durchführung dieses Artikels der Kommission und der Hohen Repräsentantin obliegt. Darüber hinaus sieht Artikel 220 (1), 1. UAbs. AEUV vor, dass die Union jede zweckdienliche Zusammenarbeit mit den Organen der genannten internationalen Organisationen unterhält (VN, OSZE, Europarat, OECD), während der 2. UAbs. insofern einen Abstufung enthält, als dass er lediglich von Beziehungspflege mit allen weiteren Organisationen spricht.

Um den Wortlaut des Artikels 220 AEUV hat sich schon vor Lissabon der Rechtsstreit manifestiert, ob diese Vorschrift eine Rechtsgrundlage für von der Kommission abgeschlossene völkerrechtliche Abkommen im Rahmen der Beziehungspflege mit internationalen Organisationen darstellen kann. Dieses wird durch die Mehrheitsmeinung der europarechtlichen Literatur so vertreten.⁶⁰ In diesem Sinne gehen auch beide Generalanwälte, Tesauro und Albers, in den oben behandelten Urteilen des EuGH aus den Jahren 1994 und 2004 zur Verwaltungskooperation davon aus, dass die Vorgängerbestimmungen des Artikel 220 AEUV der Kommission eine beschränkte Vertragsabschlusskompetenz zusprechen.⁶¹ Gegen die Existenz solcher völkerrechtlichen Verträge außerhalb der Vertragsabschlusskompetenz des Artikels 218 AEUV wendet sich nur die angelsächsische Literatur, die eine rechtsverbindliche Praxis, die die Union bindet, ablehnt und stattdessen nur die Möglichkeit für gegeben hält, dass die Kommission informelle Vereinbarungen im Rahmen ihrer Zuständigkeit trifft.⁶² Bisher hat der EuGH dazu jedoch keine Stellung genommen.

In den Grenzen der zweckdienlichen Zusammenarbeit und Beziehungspflege können die Arbeitskontakte eine Vielzahl von Ausprägungen annehmen, abgesehen von Arten der Zusammenarbeit, die eines Beschlusses nach Artikel 218 (9) AEUV bedürfen sowie der Beitritt zu einer internationalen Organisation selbst.⁶³

58 Artikel 303 EGV sprach von Zusammenarbeit mit dem Europarat.

59 Artikel 302 EGV sprach davon „alle zweckdienlichen Beziehungen zu den Organen der Vereinten Nationen“ zu unterhalten.

60 So J.-P. Jacqué, *La participation de la Communauté Économique européenne aux organisations internationales universelles*, Annuaire français de droit internationales universelles 1975, S. 924 ff. (929); C. Flaeisch-Mougin, *Les relations avec les organisations internationales et la participation à celles-ci*, in: *Commentaire J. Mégrét, Le Droit de la CE et de l'Union européenne*, n° 12, *Relations extérieures* (dir. J.-V. Louis et M. Dony), IEE, 2005, SS. 337 ff. (348); S. Kadelbach, *Handlungsformen und Steuerungsressourcen in den EU-Außenbeziehungen*, in: A. von Arnau (Hrsg.), *Europäische Außenbeziehungen*, Enzyklopädie Europarecht, 2014, § 4 Rn. 74 ; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), Art. 220 AEUV, Rn. 8; Ch. Tietje, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 56. Ergänzungslieferung 2015, Art. 220 AEUV, Rn. 14-17.

61 GA Tesauro sprach von einer impliziten Kompetenz, Rs. C-327/91 (Fn. 24), Rn. 24; GA Albers von der ausnahmsweisen Befugnis, Rs. C-233/02 (Fn. 24), Rn. 71.

62 So I. Macleod/I. D. Hendry/S. Hyett, *The external relations of the European Communities*, 1996, S. 94-96.

63 Nach Artikel 218 (9) AEUV nimmt der Rat auf Vorschlag der Kommission einen Beschluss an „zur Festlegung der Standpunkte, die im Namen der Union in einem durch eine Übereinkunft eingesetzten Gremium vertreten sind, sofern dieses Gremium rechtswirksame Akte (...) zu erlassen hat.“

Daher dürfte Artikel 220 AEUV auch die Kompetenz der Kommission umfassen, mit den Organen der betreffenden internationalen Organisationen Verwaltungsabkommen im Namen der Union abzuschließen, soweit diese Abkommen die Modalitäten und Bereiche der Beziehungspflege regeln.⁶⁴ Jedoch gibt es seit Lissabon wenige Beispiele, in denen von einer rechtsverbindlichen Übereinkunft der Kommission auf der Grundlage von Artikel 220 AEUV ausgegangen werden kann. Die Kommission hat 2015 eine Reihe von Rahmenabkommen mit internationalen Organisationen geschlossen, deren Rechtsgrundlage jedoch eher in der Haushaltsoordnung zu verorten ist.⁶⁵ Lediglich das Abkommen mit der OECD und das MoU mit der UNESCO nehmen konkret Bezug auf Artikel 220 AEUV.⁶⁶

Ein anderes Beispiel demonstriert, wie schwierig es ist, die Beziehungspflege im Namen der Union, die durchaus einen politischen Zusammenhang hat, im Einzelfall von der technischen Verwaltungszusammenarbeit der Kommission abzugrenzen und in der Praxis gehen auch Verwaltungsvereinbarungen durch verschiedene Phasen der schriftlichen Kooperationsformen. In 2011 schloss die Europäische Kommission mit der Weltorganisation für Tiergesundheit (OIE) ein MoU über ihre allgemeinen Beziehungen.⁶⁷ Diese Organisation hat vornehmlich zur Aufgabe, die Koordination zwischen den Mitgliedstaaten zu organisieren, um mit der Festlegung von gemeinsamen Standards Tierseuchen zu bekämpfen und für die hygienische Tierhaltung zu sorgen. Zwar wird in der deutschen Übersetzung in einer Abwertung das MoU mit der OIE als Absichtserklärung bezeichnet, jedoch liest sich der Inhalt als rechtsverbindlich.⁶⁸ Diese Absichtserklärung ist jedoch nicht in Namen der Union geschlossen worden und bezieht sich nur auf die Beziehungen zwischen der Kommission und der OIE. In dieser Vereinbarung werden die Details des Beobachterstatus geregelt, den die Kommission in der OIE wahrnimmt. Darüber hinaus verweist dieses Dokument auf den Briefwechsel aus dem Jahr 2004, in dem der Beobachterstatus der Kommission im Namen der EU festgelegt wurde und in diesem Briefwechsel wird sehr wohl auf die Vorgängernorm des Artikels 220 AEUV Bezug genommen.⁶⁹

b) . Rechtsgrundlage aufgrund völkerrechtlicher Abkommen

Neben primärrechtlichen Rechtsgrundlagen, können jedoch auch völkerrechtliche Abkommen eine Rechtsgrundlage darstellen. So sehen z.B. Stabilisations- und Assoziierungsabkommen die Möglichkeit vor, dass die Kommission Abkommen

64 K. Osteneck, in: J. Schwarze (Fn. 43), Art. 220 AEUV, Rn. 9; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), Art. 220 AEUV, Rn. 8.

65 Siehe unten Pkt. III.1.c.bb.

66 Rahmenabkommen (Framework Administrative Agreement) mit der OECD, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2015/EN/3-2015-3176-EN-F1-1-ANNEX-9.PDF>; MoU mit UNESCO: Text als Annex zu der Kommissionsentscheidung vom 26.9.2012, C (2012)6833abschl.

67 Text als Annex zu der Kommissionsbeschluss vom 26.9.2012, C (2012)6833abschl.

68 Dieses MoU ist unter dem Titel Interinstitutionelles Abkommen auch ausnahmsweise im Amtsblatt der EU publiziert, ABl.2011 C 241/1.

69 Briefwechsel zwischen der Kommission und der Weltorganisation für Tiergesundheit, ABl. 2004 C 215/3.

mit Drittstaaten schließt, um diesen die Teilnahme an Unionsprogrammen zu ermöglichen. So sieht Artikel 141 des Assoziationsabkommen mit Moldawien ein Rahmenabkommen vor, um die Beteiligung des Landes an Unionsprogrammen zu ermöglichen.⁷⁰ Im Protokoll 1 des Assoziationsabkommen sind die Details geregelt, wonach nach Artikel 5 des Protokolls I eine Vereinbarung (MOU) zwischen der Kommission und Moldawien ausgehandelt wird.⁷¹ Dieses wurde in Form eines völkerrechtlichen Abkommens betreffend die Beteiligung Moldawiens an dem dritten Unionsprogramm im Bereich der Gesundheitspolitik (2014-2020) durch die Kommission, im Namen der EU, abgeschlossen.⁷² Ein weiteres Beispiel stellt Artikel 132 des Stabilisations- und Assoziierungsabkommens mit Serbien dar, wonach ein Abkommen zwischen der EU und Serbien über die Teilnahme in Programmen im kulturellen und künstlerischen Bereich abgeschlossen wird.⁷³

c) Sekundärrechtliche Rechtsgrundlagen für Verwaltungsabkommen

Weitere Beispiele einer konkreten Rechtsgrundlage für rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen finden sich im Sekundärrecht.

aa) Das Instrument zur Heranführungshilfe: die IPA II Rechtsverordnung

Das Instrument für Heranführungshilfe (IPA II), das gemäß der Verordnung (EU) Nr. 231/2014 eingerichtet wurde⁷⁴, sieht in seinem Artikel 8 den Abschluss von Rahmenvereinbarungen zwischen der Kommission und den in Anhang 1 genannten Beitreitskandidaten über die Durchführung von Hilfe vor. Hierbei legt die Rahmenvereinbarung die Modalitäten der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und dem jeweiligen Beitreitskandidaten im Hinblick auf die finanzielle Hilfe zur Heranführung an den Beitritt zur Union und ihren *acquis* fest.⁷⁵ Erst dann folgt die Programmierung der Heranführungshilfe durch die Annahme von mehrjährigen Länderstrategiepapieren gemäß Artikel 6 IPA II. In der konkreten

70 Assoziationsabkommen mit Moldawien, ABl 2014 L 260/4, Artikel 141: "Der Republik Moldau wird gestattet, an allen laufenden und künftigen Programmen der Union teilzunehmen, die der Republik Moldau nach den einschlägigen Bestimmungen zur Einrichtung dieser Programme zur Teilnahme offenstehen. Die Teilnahme der Republik Moldau an den Programmen der Union richtet sich nach den Bestimmungen des Protokolls I über ein Rahmenabkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Moldau über die allgemeinen Grundsätze für die Teilnahme der Republik Moldau an den Programmen der Union".

71 Protokoll I, ABl. 2014 L 260/619, Artikel 5: "Die besonderen Voraussetzungen und Bedingungen, die für die Teilnahme der Republik Moldau an jedem einzelnen Programm gelten, insbesondere der finanzielle Beitrag und das Berichterstattungs- und Evaluierungsverfahren, sind in einer Vereinbarung zwischen der Europäischen Kommission und den zuständigen Behörden der Republik Moldau auf der Grundlage der für die einzelnen Programme aufgestellten Kriterien festzulegen".

72 Agreement on the participation of the Republic of Moldova in the third Programme for the Union's action in the field of health (2014-2020), Kommissionsbeschluss vom 11.8.2015 C(2015) 5611 endg.l.

73 Abrufbar unter http://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/opportunities/documents/agreement-serbia_en.pdf.

74 ABl. 2014 L 77/11.

75 Siehe Artikel 3 und 4 des Instruments zur Heranführungshilfe; siehe zum Beispiel die Rahmenvereinbarung zwischen der Kommission und Albanien unter IPA aus dem Jahr 2007, abrufbar unter http://www.financa.gov.al/files/userfiles/Drejtorite/Zyra_a_NAO/Framework_Agreement.pdf; siehe auch Kommissionsbeschluss C(2007)3208 betreffend eine Modell-Rahmenvereinbarung.

Umsetzung der Finanzhilfe kann die Kommission auch Finanzierungsvereinbarungen (financing agreements) mit den Beitrittskandidaten abschließen.⁷⁶

bb) Von der Kommission im Namen der Union geschlossene Rahmenübereinkünfte mit internationalen Organisationen auf der Grundlage der Haushaltssordnung

Im Rahmen der Durchführung des Haushaltsplans hat die Kommission 2015 mit den internationalen Organisationen und Finanzinstitutionen, mit denen sie am häufigsten kooperiert, sogenannte Rahmenabkommen im Namen der Union geschlossen. Hierzu zählen Rahmenabkommen mit dem Europarat, OECD, Internationale Organisation für Migration (IOM), Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBRD), Interamerikanische Entwicklungsbank, und dem Internationalen Währungsfonds (IMF)⁷⁷ Das Rahmenabkommen mit den Vereinten Nationen folgt derselben Logik und wurde bereits 2003 geschlossen und 2014 durch einen Anhang ergänzt.⁷⁸ Im Unterschied zu der Pflege der zweckdienlichen Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen nach Artikel 220 AEUV⁷⁹, richtet sich die Rechtmäßigkeit dieser Rahmenabkommen nach der Haushaltssordnung der Union, weil die Haushaltssordnung diesbezüglich eine spezielle Rechtsgrundlage bietet und diese Abkommen die Durchführung des Unionshaushalts betreffen. Denn nach Artikel 317 AEUV führt die Kommission den Haushaltssplan gemäß der nach Artikel 322 AEUV festgelegten Haushaltssordnung in eigener Verantwortung aus. Maßnahmen im Außenbereich sind ein eigener Titel IV in der Haushaltssordnung gewidmet.⁸⁰ Hiernach können Maßnahmen im Außenbereich entweder direkt durch die Kommission nach Artikel 58 (1) a), bei geteilter Mittelvergabe nach Artikel 58 (1) b) oder indirekt durch die in Artikel 58(1) c) genannten Einrichtungen oder Personen durchgeführt werden.⁸¹ Bei der indirekten Mittelverwaltung kann die Kommission den Haushalt gemäß Artikel 58 der Haushaltssordnung im Wege der Übertragung von Haushaltsvollzugaufgaben auf u.a. Drittländer und/oder internationale Organisationen ausführen.

Nach Artikel 189 (1) a) der Haushaltssordnung wird die indirekte Mittelverwaltung durch Finanzierungsvereinbarungen mit den in Artikel 185 genannten Einrichtungen und der Kommission geschlossen. Da es sich nach Artikel 317 AEUV

76 Z.B. die Finanzierungsvereinbarung zwischen der Türkei und der Kommission, im Namen der Union, abrufbar unter: http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/2_turkiye_ab_iliskileri/2_2_adaylik_sureci/2_2_7_turkiye_ab_mali_isbirligi/2_2_7_1_ipa/2_2_7_1_1_ipai_finansman_antlasmaları/2010_fa_ipa_i_merkezi_projeler_03_02_2011_kisim_3.pdf; zu Finanzierungsvereinbarungen nach der Haushaltssordnung generell siehe unten Pkt. III. 1.c.bb.

77 Kommissionsbeschluss C(2015)3176.

78 Konsolidierte Version abrufbar unter: http://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/procedures-fafa-un-consolidated_en_0.pdf.

79 Siehe oben unter Pkt. III.1.a.bb.

80 Siehe Artikel 184 bis 193 der Haushaltssordnung (Verordnung (EU, EURATOM) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haushaltssordnung für den Gesamthaushaltspol der Union und zur Aufhebung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates), ABl. 2012 L 298/1.

81 Siehe Art. 185 der Haushaltssordnung.

um die Durchführung des Unionshaushaltes handelt, schließt die Kommission solche rechtsverbindlichen Finanzierungsvereinbarungen im Namen der Union ab. Dies stellt Artikel 184 (2) b) der Haushaltssordnung ausdrücklich für Finanzierungsvereinbarungen mit Drittstaaten klar.⁸² Im Verhältnis zu internationalen Organisationen schließt die Kommission hingegen Übertragungsvereinbarungen gemäß Artikel 61 (3) der Haushaltssordnung ab.

Um den Schutz der finanziellen Interessen der Union sicherzustellen, müssen die nach Artikel 58 (1) c) der Haushaltssordnung betrauten Einrichtungen und Personen nachweisen, dass sie u.a. über ein wirksames und effizientes System der internen Kontrolle und Rechnungsprüfung verfügen und sich einer unabhängigen externen Prüfung unterziehen sowie angemessene Vergabeverfahren für die Bereitstellung von Mitteln aus dem Haushalt der Union anwenden.⁸³ Auch bei der indirekten Mittelvergabe bleibt die Kommission für die Durchführung des Haushaltssplans verantwortlich und hat das Europäische Parlament und den Rat gemäß Artikel 58 (2) der Haushaltssordnung von den Transaktionen zu unterrichten, die die von ihr ausgewählten Einrichtungen und Personen durchführen. Die vorgenannte *ex ante* Prüfung nach Artikel 60 (2) der Haushaltssordnung geht dem Abschluss einer Übertragungsvereinbarung nach Artikel 61 (3) der Haushaltssordnung vor. Erst durch die letztgenannte Vereinbarung werden die konkreten Mittel aus dem Unionshaushalt angewiesen.

Während die zuvor genannten Rahmenvereinbarungen mit den internationalen Organisationen auch auf der Grundlage von Artikel 61 (3) der Haushaltssordnung geschlossen wurden, bleibt doch zu betonen, dass sie die Union nicht finanziell verpflichten.⁸⁴ Die Rahmenabkommen dienen lediglich dem Zweck den Besonderheiten derjenigen internationalen Organisationen Rechnung zu tragen, mit denen die Kommission regelmäßig individuelle Übertragungsvereinbarungen schließt, so dass nicht jeder individuelle Vertragsabschluss wieder neuverhandelt werden muss. Die 2015 abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen nehmen insbesondere auf das von der Kommission angenommene Modell zum Abschluss von Übertragungsvereinbarungen mit internationalen Organisationen Bezug⁸⁵ und interpretieren dessen Bestimmungen in Bezug auf die betreffende Organisation oder enthalten Sonderregelungen. Über die konkreten Finanzierungsvereinbarungen mit Drittstaaten hinaus hat die Kommission mit diesen keine Rahmenabkommen geschlossen.

82 Siehe z.B. Financing agreement between the European Community, represented by the Commission, and the Government of Ukraine concerning the financing of the Joint Operational Programme Hungary-Slovakia-Romania- Ukraine 2007-2010, 11.2.2010, abrufbar unter <http://www.huskroua-cbc.net/en/downloads/financing-agreement-between-the-european-commission-and-the-government-of-ukraine>.

83 Siehe Art. 60 (2) der Haushaltssordnung.

84 Siehe Erwägungsgrund 11 der Rahmenvereinbarung mit OECD: „*Whereas any budgetary commitment on behalf of the EU under this Agreement is subject to the conclusion of a specific delegation or grant agreement.*“

85 Siehe Kommissionsbeschluss C(2015) 3177 vom 18.5.2015 betreffend die Annahme von PAGODA (Pillar Assessed Grant or Delegation Agreement).

cc) Von der Kommission im Namen der Union abgeschlossene Abkommen zur Errichtung von Treuhandfonds (Artikel 187 der Haushaltordnung)

Titel IV der Haushaltordnung hat als neue Maßnahme im Außenbereich die Möglichkeit des Abschlusses von Abkommen zur Errichtung von Treuhandfonds mit anderen Gebern eingeführt.⁸⁶ Dabei sind die Treuhandfonds der Union nicht als neue Basisrechtsakte einzustufen, sondern sie sind ein Mittel von dem die Kommission im direkten Haushaltsvollzug Gebrauch machen kann.⁸⁷ Die Errichtung eines Treuhandfonds muss komplementär zu bereits bestehenden Finanzierungsmöglichkeiten sein, d.h. der Fonds darf nicht lediglich vergleichbare Instrumente duplizieren, und muss einen klaren Mehrwert für die Union haben.⁸⁸ Der Treuhandfonds wird durch einen Beschluss der Kommission eingerichtet. Im Anhang des Kommissionsbeschlusses befindet sich der Gründungsakt des Treuhandfonds, d.h. das mit den anderen Gebern zuschließende Abkommen.⁸⁹ Von dem Kommissionsbeschluss zur Errichtung des Treuhandfonds zu unterscheiden ist der (nachfolgende) spezielle Kommissionsbeschluss aufgrund dessen der Unionsbeitrag zu dem Treuhandfonds gewährt wird. Dieser letztgenannte Kommissionsbeschluss richtet sich in seiner Rechtmäßigkeit nach den Bestimmungen des betreffenden Basisrechtsakts, einschließlich der Konsultation des jeweiligen Komitologieausschusses.⁹⁰

Die Haushaltordnung sieht vor, dass jeder Treuhandfonds über einen Vorstand verfügt, in dem jeder Geber repräsentiert ist und in dem die Kommission den Vorsitz innehat. Dieser Vorstand entscheidet über die Vergabe der Mittel.⁹¹ Die Mittel der anderen Geber werden nicht in den Unionshaushalt überführt, sondern von der Kommission unter Verantwortung des bevollmächtigten Anweisungsbefugten auf speziellen Bankkonten verwaltet. In der Verwaltung der Treuhandfonds ist die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat rechenschaftspflichtig.⁹² Seit Inkrafttreten der neuen Haushaltordnung hat die Kommission drei unionale Treuhandfonds durch Abschluss von Abkommen mit anderen Gebern eingerichtet. Zum einen den sogenannten Bekou-Fonds der mit einem Volumen von derzeit 64 Millionen Euro hauptsächlich der Stabilisierung und Rekonstruktion der Zentralafrikanischen Republik dient.⁹³ Des Weiteren hat die Kommission einen EU Treuhandfonds für Syrien in Höhe von 350 Millionen Euro zur Unterstützung der

86 Artikel 187 (1) der Haushaltordnung.

87 Artikel 4 Verordnung (EU) Nr. 236/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften und Verfahren für die Anwendung der Instrumente der Union für die Finanzierung des auswärtigen Handelns, ABl. 2014 L 77/95; ausnahmsweise, für Notfallmaßnahmen, besteht auch die Möglichkeit, Union-Treuhandfonds indirekt durchzuführen, siehe Artikel 187 (2) der Haushaltordnung.

88 Artikel 187 (3) der Haushaltordnung.

89 Artikel 187 (1) der Haushaltordnung.

90 Artikel 187 (8) der Haushaltordnung.

91 Artikel 187 (4) der Haushaltordnung.

92 Nach Artikel 187 (5) der Haushaltordnung können das Europäische Parlament und der Rat die Kommission auffordern, die Gewährung von Mitteln für den Fonds einzustellen oder gegebenenfalls den Gründungsakt zum Zweck der Auflösung des Fonds zu ändern.

93 Kommissionsbeschluss C(2014)5011. Das Abkommen zur Errichtung des Treuhandfonds wurde mit Deutschland, Frankreich und den Niederlanden unterzeichnet.

syrischen Flüchtlinge und der Nachbarländer (Libanon, Jordanien, Türkei, Irak), deren Aufnahmekapazitäten überlastet sind, errichtet.⁹⁴ Um den besonderen Herausforderungen der Flüchtlingskrise auf dem afrikanischen Kontinent wirksam begegnen zu können hat die Kommission dann schließlich den EU Sahel Treuhandfonds für Stabilität und zur Bekämpfung der Ursachen von irregulärer Migration eingerichtet, der mit bislang 1,8 Milliarden Euro Finanzierungsvolumen den größten Treuhandfonds der Union darstellt.⁹⁵

dd) Ratsbeschlüsse zur makrofinanziellen Unterstützung von Drittstaaten

In einzelnen Beschlüssen legt der Rat auf Basis von Artikeln 212 und 213 AEUV makrofinanzielle Hilfen für Drittstaaten fest.⁹⁶ Dafür kann das Beispiel vom Ratsbeschluss 2009/890/EC zur makrofinanzielle Unterstützung für Armenien aufgeführt werden, der in Artikel 2 ein Mandat zum Abschluss eines MOU zwischen der EU und Armenien vorsieht, welches von der Kommission ausgehandelt wird.⁹⁷ Ein weiteres Beispiel ist die Entscheidung 2015/601 des EP und Rates vom 15. April 2015, um der Ukraine makrofinanzielle Unterstützung zu gewähren. Diese Rechtsbasis ermöglichte den Abschluss des rechtsverbindlichen MoU vom 22. Mai 2015 zwischen der Kommission und der Ukraine über die makrofinanzielle Unterstützung.⁹⁸

d) Rechtmäßigkeit und Rechtsstatus der Verwaltungsabkommen

Im Verhältnis zu dem betreffenden Kooperationspartner, sei es ein Drittland oder eine internationale Organisation, sind die im Namen der Union abgeschlossenen Verwaltungsabkommen grundsätzlich als völkerrechtlich verbindlich, soweit dieses nicht ausdrücklich im Vertragstext ausgeschlossen wird, einzustufen.⁹⁹ Dabei versucht die Kommission dieses auch in dem Wort Abkommen deutlich auszudrücken und wird in dem sekundärrechtlichen Rechtsmandat deutlich auf den Abschluss von 'agreements' (auf Deutsch Vereinbarung) und nicht auf 'arrangements' Bezug genommen.

94 Kommissionsbeschluss C(2014)9614.

95 Kommissionsbeschluss C(2015)6251.

96 So mit Kirgistan, Tunesien, Georgien, Armenien, Moldawien und Jordanien, abrufbar unter http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/macro-financial_assistance/index_en.htm.

97 So umgesetzt in der Kommissionsentscheidung vom 20.12.2010, C(2010) 9550 final: Artikel 2 (1) Nach Anhörung des Wirtschafts- und Finanzausschusses vereinbart die Kommission mit den Behörden Armeniens die an die Makrofinanzhilfe der Gemeinschaft geknüpften wirtschaftspolitischen Auflagen, die in einem Memorandum of Understanding, einer Zuschussvereinbarung und einer Darlehensvereinbarung festzulegen sind. Diese Auflagen müssen mit den zwischen dem IWF und Armenien getroffenen Vereinbarungen und Absprachen in Einklang stehen. Die finanziellen Bedingungen der Finanzhilfe werden in den zwischen der Kommission und den armenischen Behörden zu schließenden Zuschuss- und Darlehensvereinbarungen im Einzelnen festgelegt.

98 Mandat für das MoU findet sich in Art. 3, siehe Text des Abkommens, abrufbar unter http://ec.europa.eu/economy_finance/international/neighbourhood_policy/doc/mou_eu_ukraine_en.pdf.

99 Siehe in Bezug auf Abkommen nach Artikel 220 AEUV, K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), Art. 220, Rn. 8.

Im Innenverhältnis ergibt sich die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsabkommen zum einen aus der zuvor erwähnten Rechtsprechung des EuGH, wonach sie nicht das spezielle institutionelle Gleichgewicht des Artikel 218 AEUV verletzen dürfen sowie das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit nach Artikel 13 (2) AEUV zu respektieren haben.¹⁰⁰ Damit kann die Kommission rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen nur dann schließen, wenn eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage gegeben ist. Des Weiteren kommt es für die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsabkommen darauf an, ob sie sich im Rahmen der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage halten. Soweit die Verwaltungsabkommen auf einer sekundärrechtlichen Rechtsgrundlage beruhen, können Rat und das Europäische Parlament die Kommission zwar zum Abschluss von, im Inhalt, deutlich umrissenen Verwaltungsabkommen ermächtigen, jedoch darf diese Ermächtigung nicht politische Inhalte delegieren und darf auch, soweit die Ermächtigung nicht von dem Parlament erteilt wird, nicht die verfassungsrechtlichen Rechte des Europäischen Parlamentes aushebeln. Dabei wäre es insofern ratsam, dem Parlament Zugang zu dieser internationalen Verwaltungspraxis, in Anlehnung an die Informationsrechte des Parlamentes nach Artikel 218 (10) AEUV, zu geben.¹⁰¹

Aus den vorgenannten Erwägungen ergibt sich, dass Verwaltungsabkommen in der Normenhierarchie nicht etwa zwischen Primär- und Sekundärrecht einzustufen sind, wie es für nach Artikel 218 AEUV geschlossene Abkommen aus Artikel 216 (2) AEUV abgeleitet wird¹⁰², sondern sich ihr Status aus der jeweiligen Rechtsgrundlage ergibt. Beispielsweise wären haushaltrechtliche Rahmenabkommen der Union (siehe oben unter Pkt. III.1.c.bb) an den betreffenden Bestimmungen der (sekundärrechtlichen) Haushaltssordnung zu prüfen. Schließlich ist kritisch zu bemerken, dass die Verwaltungsabkommen keiner Pflicht zur Veröffentlichung unterliegen.¹⁰³ Dieses kann als eine Umgehung der Informationsrechte des Parlamentes angesehen werden und steht im Widerstreit zu dem Transparenzgrundsatz unter Artikel 15 AEUV.

Sollte die Kommission ihre jeweilige Vertragsabschlusskompetenz überschreiten, beispielsweise durch die Aufnahme von politischen Inhalten und Verpflichtungen, dann ist die völkerrechtliche Verbindlichkeit des Verwaltungsabkommens nach den Vorgaben des Artikel 46 Wiener Vertragsrechtskonvention zu beurteilen.¹⁰⁴ Zwar hat der Gerichtshof in seinen 2015 ergangenen Urteilen bestätigt hat,

100 EuGH, Rs. C-327/91 (Fn. 24), Rn. 41; EuGH, Rs C-425/13 (Fn. 2), Rn. 64; EuGH, Rs. C-73/14 (Fn. 2), Rn. 84-86.

101 In diesem Sinne schon *E. Baroncini*, The Treaty making power of the European Commission, in: M. Dony/L. S. Rossi (Hrsg.), *Démocratie, cohérence et transparence*, 2007, S. 195 ff. (215-216).

102 Art. 216 (2) AEUV: „*Die von der Union geschlossenen Übereinkünfte binden die Organe der Union und die Mitgliedstaaten.*“; Dazu EuGH, Rs. C-366/10 (ATAA), ECLI:EU:C:2011:864; und EuGH, Rs.-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057.

103 Die Pflicht zur Veröffentlichung von Rechtsakten ohne Gesetzescharakter richtet sich dabei nach Artikel 297 (2) AEUV. In Bezug auf Beschlüsse ergibt sich aus dieser Vorschrift, dass diese nur zu veröffentlichen sind, wenn sie an keinen bestimmten Adressaten gerichtet sind, siehe *J. Schoo* in: *J. Schwarze* (Fn. 43), Art. 297 AEUV, Rn. 6.

104 Siehe in Bezug auf Abkommen nach Artikel 220 AEUV, *K. Schmalenbach*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 44), Art. 220 AUEV, Rn. 8.

dass Artikel 218 AEUV im Bereich des Abschlusses internationaler Übereinkünfte eine eigenständige Bestimmung von verfassungsmäßiger Bedeutung ist¹⁰⁵, jedoch bleibt fraglich, ob für den Vertragspartner erstens dessen fundamentale Bedeutung bekannt ist und zweitens die Verletzung von Artikel 218 AEUV auch objektiv erkennbar war¹⁰⁶; nur dann wäre die Vertragspartner völkerrechtlich nicht an das Abkommen gebunden.¹⁰⁷

e) Rechtskontrolle von Verwaltungsabkommen

Der Abschluss von im Namen der Union anzunehmender Verwaltungsabkommen wird durch Kommissionsbeschluss autorisiert. Der Rechtskontrolle unterliegt damit der betreffende Kommissionsbeschluss im Wege der Nichtigkeitsklage nach Artikel 263 AEUV.¹⁰⁸ Der Prüfmaßstab ergibt sich hierbei aus den oben genannten Grundsätzen zur Rechtmäßigkeit von Verwaltungsabkommen im Innenverhältnis der Union. Diesbezüglich ist insbesondere auf die mögliche Verletzung des nach Artikel 13 (2), Satz 1 EUV in Artikel 218 AEUV besonders ausgeprägten institutionellen Gleichgewichts abzustellen.¹⁰⁹ Darüber hinaus hat der Gerichtshof betont, dass im Rahmen dieser Zuständigkeitsverteilung Rat und Kommission auch Artikel 13 (2) Satz 2 EUV zu beachten haben, der lautet: „*Die Organe arbeiten loyal zusammen.*“, da dieser Zusammenarbeit für das internationale Handeln der Union besondere Bedeutung zukäme und einen engen Abstimmungs- und Konsultationsprozess zwischen den Unionsorganen in Gang setze.¹¹⁰

2. Nicht-rechtsverbindliche Verwaltungszusammenarbeit

Im Unterschied zu den unter Pkt. III.1. genannten Formen der rechtsverbindlichen Verwaltungsabkommen, gibt es in den Unionsverträgen keine bestimmte Regelung die nicht-rechtsverbindliche Verwaltungszusammenarbeit betreffend. In dem Urteil aus dem Jahr 2004 in der zuvor erwähnten Rechtssache C-233/2004, *Frankreich gegen Kommission*, hat der Gerichtshof im Hinblick auf nicht-rechtsverbindliche Leitlinien für eine Zusammenarbeit in Regelungsfragen und Transparenz mit den USA die Klage zwar mit Verweis auf die Nichtanwendbarkeit der Vertragsabschlusskompetenz abgewiesen, allerdings ohne positive Feststellungen zu den anwendbaren Verfahren oder Befugnissen der Institutionen zu treffen.¹¹¹ Aber der EuGH hat deutlich gemacht, dass das Urteil nicht so ausgelegt werden könne, „*als folge es dem Vorbringen der Kommission, wonach der Umstand, dass einem Akt wie den Leitlinien die bindende Wirkung fehle, ausreiche, diesem Or-*

105 EuGH, Rs. C-425/13 (Fn. 2), Rn. 62.

106 A. Ott/E. Vos/F. Coman-Kund, CLEER Working Papers 2013/7, S. 17.

107 Siehe in Bezug auf Abkommen nach Art. 220 AEUV, K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), Art. 220 AEUV, Rn. 8; J. Kokott, in: R. Streinz (Fn. 44), Art. 220 AEUV, Rn. 12.

108 Siehe dazu die oben genannten Rsen. C-327/91(Fn. 24) und C-233/02 (Fn. 24).

109 EuGH, Rs. C-425/13 (Fn. 2), Rn. 62.

110 EuGH, Rs. C-425/13 (Fn. 2), Rn. 64; EuGH, Rs. C-73/14 (Fn. 2), Rn. 84-86.

111 Siehe oben unter Pkt. II.2.

gan die Zuständigkeit zu seiner Billigung zu verleihen.” Vielmehr müssten „für die Festlegung der Bedingungen, unter denen die Billigung eines solchen Aktes erfolgen kann, die Zuständigkeitsverteilung und das institutionelle Gleichgewicht, die durch (die Verträge auf dem betreffenden Gebiet) festgelegt worden sind, angemessen berücksichtigt werden.“¹¹² Hieraus ergibt sich, dass das Fehlen einer speziellen Regelung in den Verträgen über bestimmte Handlungsformen grundsätzlich kein Hinderungsgrund dafür ist, solche Instrumente in den Außenbeziehungen einzusetzen.¹¹³

Nicht-rechtsverbindlichen Handlungsformen, die bloße Verwaltungsabsprachen darstellen, welche die Kommission in eigenem Namen trifft, sind unproblematisch. Dabei ist unerheblich, ob man dieses Verhalten, welches nicht die EU bindet, unter den Begriff der Verwaltungsautonomie fasst oder als ungeschriebenes Selbstorganisationsrecht der Kommission ansieht.¹¹⁴ Hiervon zu unterscheiden sind jedoch Vereinbarungen oder Instrumente, mit denen die Kommission beabsichtigt, im Namen der Union politische Zusagen zu machen. Nur die letztgenannte Kategorie fällt unter die Außenvertretung der Union nach Artikel 17 (1) EUV. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, wie die beiden Handlungsformen voneinander abzugrenzen sind, d.h. welche Inhalte haben politische Bedeutung und müssen daher im Namen der Union abgeschlossen werden, im Verhältnis zu Verwaltungsabsprachen, die unter die Organisationshoheit der Kommission einzuordnen sind. Diese Problematik hat mit dem Vertrag von Lissabon und dem Spannungsfeld zwischen Artikel 16 EUV und Artikel 17 EUV, einschließlich der Beteiligungsrechte des Rates, eine neue Dynamik gewonnen.¹¹⁵

a) Die unterschiedlichen Erscheinungsformen der Verwaltungszusammenarbeit

Während vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die Erscheinungsformen der nicht-rechtsverbindlichen Verwaltungszusammenarbeit der Kommission ein eher heterogenes Bild abgegeben haben, hat sich seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags ebenso eine Typologie herauskristallisiert und die Kommission ist um eine bessere Struktur dieser vielfältigen und unveröffentlichten Kooperationen bemüht, um insbesondere die rein technischen Verwaltungsabsprachen im eigenen Namen von anderen nicht verbindlichen Instrumenten mit politischem Inhalt besser abgrenzen zu können. Erscheinungsformen sind gemeinsame Erklärungen (joint declarations), MoUs, ‘administrative arrangements’ sowie Verwaltungsabsprachen in der Form von Briefwechseln.

112 EuGH, Rs. C-233/02 (Fn. 24), Rn. 40.

113 Schlussanträge von GA Sharpston in der Rs. C-660/13 (Fn. 3), Rn. 102.

114 Siehe oben unter Pkt. III; zum Selbstorganisationsrecht: *A. Hatje*, in: *J. Schwarze* (Fn. 43), Art. 13 EUV, Rn. 39.

115 Siehe zur Zeit anhängiges Verfahren vor dem EuGH, Rs. C-660/13 (Fn. 3), das den Beschluss der Kommission über die Unterzeichnung eines Nachtrags zu einer Vereinbarung aus dem Jahr 2006 über einen finanziellen Beitrag der Schweiz an die neuen Mitgliedstaaten zum Gegenstand hat.

aa) Verwaltungsabsprachen mit Drittstaaten und internationalen Organisationen
(administrative arrangements)

Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist die Kommission bemüht, die rein technische Verwaltungszusammenarbeit im Bereich der Umsetzung bereits bestehender Unionspolitiken in der typologisch besser zutreffenden Form von Verwaltungsabsprachen ('administrative arrangements')¹¹⁶ zu schließen, während vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon oftmals noch 'Memoranda of Understanding' angenommen wurden¹¹⁷. Allerdings ist die Praxis der Kommission auch nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon durchaus nicht einheitlich. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Verwaltungszusammenarbeit zum großen Teil dezentralisiert von den einzelnen Generaldirektionen durchgeführt wird, die über die Jahre ihr eigenes Format der Zusammenarbeit mit ihren jeweiligen Umsetzungspartnern gefunden haben.¹¹⁸ Erst seit dem Vertrag von Lissabon und der einheitlichen Außenvertretung der Union durch die Kommission nach Maßgabe des Artikel 17 (1) EUV ist das Generalsekretariat der Europäischen Kommission um eine stärkere Koordinierung bemüht, um das Mandat der Verträge bestmöglich erfüllen zu können.¹¹⁹

Nach Lissabon können die folgenden Beispiele für bloße Verwaltungsabsprachen zwischen Generaldirektionen (GD) der Kommission und ihren Kooperationspartnern genannt werden;

- im Bereich des Katastrophenschutzes: 'Administrative arrangement between the Ministry of the Russian Federation for civil defence, emergencies and elimination of consequences of natural disasters and DG ECHO 2013';¹²⁰
- in Form eines Austausches von Briefen kam die Verwaltungsvereinbarung zwischen GD Sante mit der Schweiz zum Austausch von nicht-öffentlicher Information über medizinische Produkte zustande: 'Administrative arrangement to

116 Hierbei ist jedoch die Terminologie im Deutschen nicht einheitlich; für 'administrative arrangements' und MoUs wird oftmals derselbe Ausdruck der 'Verwaltungsvereinbarung' gebraucht. Dagegen wird das oben erwähnte MoU zwischen der Europäischen Kommission und der Weltorganisation für Tiergesundheit über ihre allgemeinen Beziehungen im Deutschen mit 'Absichtserklärung' übersetzt, siehe oben unter Pkt. III. 1a. bb).

117 MoU between Commission and Peru on the establishment of a mechanism for bilateral consultation, 2009, Text abrufbar unter http://eeas.europa.eu/peru/docs/mou_peru_en.pdf oder MoU between DG Competition and government of Brazil on cooperation and coordination of competition laws of both jurisdictions, 2009, MOU between DG Competition and government of Brazil on cooperation and coordination of competition laws of both jurisdictions, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/brazil_mou_en.pdf oder auch 2012 MoU between China and DG Competition on anti-monopoly rules, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/mou_china_en.pdf.

118 MoU on cooperation between DG Competition and Federal Antimonopoly Service Russia, 2011
MoU between DG Competition and Competition Commission of India on cooperation, 2013. Weitere Beispiele aus dem Zuständigkeitsbereich der GD Wettbewerb abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/india_agreement.pdf.

119 Commission Vademedicum on the external action of the European Union, SEC(2011)881/3, S. 18.

120 Text abrufbar unter: http://ec.europa.eu/echo/files/about/Russia-AdmArr_EN.pdf.

- exchange non-public information on medical products between DG Sante/EMA and FDHA/Swissmedic, 9.7.2015¹²¹;
- eine Verwaltungsvereinbarung zwischen GD MOVE und der Zwischenstaatlichen Organisation für den internationalen Eisenbahnverkehr(OTIF): 'Administrative arrangement between the intergovernmental organisation for international carriage by rail (OTIF), DG MOVE and the European railway agency, 24.10.2013¹²²;
 - eine Verwaltungsvereinbarung zwischen DG MOVE und dem Sekretariat der Zentralkommission für die Rheinschifffahrt: 'Administrative arrangement concerning a framework for cooperation between the Secretariat of the Central Commission for the Navigation of the Rhine and DG MOVE 2013'¹²³.

Zum Teil wurden Verwaltungsabsprachen durchaus auch ergänzend oder auf rechtsverbindlichen Verwaltungsvereinbarungen aufbauend abgeschlossen. Dieses verdeutlicht das letzte Beispiel mit der ältesten internationalen Organisation der Welt – der Zentralkommission für die Rheinschifffahrt. Mitglieder dieser Organisation sind nur die Rheinanrainerstaaten, die damit mit Ausnahme der Schweiz eine intra-EU internationale Organisation darstellt. Beobachterstatus kann nach dem Statut der Organisation an Regierungsorganisationen gewährt werden, die in Form eines Austausches von Schreiben oder einer gemeinsamen Erklärung abgeschlossen werden.¹²⁴ Diese Beziehung zu der Europäischen Kommission reicht bis 1961 zurück und ist durch Briefwechsel umgesetzt worden. Eine von ihrem Inhalt rechtsverbindliche Vereinbarung über die Zusammenarbeit wurde 2003 geschlossen durch ein Verwaltungsabkommen (administrative agreement), welches den Beobachterstatus der Kommission regelt und den Informationsaustausch gewährleistet. Auf diesem Abkommen baut die Verwaltungsabsprache von 2013 (administrative arrangement) ausdrücklich auf und kann damit nur im Zusammenhang mit dem rechtsverbindlichen Abkommen interpretiert werden.

bb) Politische 'MoU's mit internationalen Organisationen und Drittstaaten

Während die oben genannten Beispiele für Verwaltungsabsprachen zwar unterschiedliche Formen annehmen, sind sie doch inhaltlich auf eine rein technische

121 Administrative arrangement to exchange non-public information on medical products between DG Sante/EMA and FDHA/Swissmedic, 9.7.2015, "This co-operation does not intend to compromise each Participants ability to carry out its responsibilities neither does it intend to result in creating rights or obligations under international law on the part of the participants", abrufbar unter http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Other/2015/07/WC500190300.pdf.

122 Abrufbar unter http://www.otif.org/fileadmin/user_upload/otif_verlinkte_files/08_Presse/Com_Presse/CP_2013/A_57-21_501_2013_25_11_2013_e_OTIF-EU-ERA_AA_Brussels_24_10_2013.pdf.

123 Abrufbar unter http://ec.europa.eu/transport/modes/inland/promotion/doc/administrative_arrangement_en.pdf, deutsche Version: http://www.ccr-zkr.org/files/cooperation/Arrangement20130522_de.pdf; vergleichbar siehe auch administrative arrangement concerning a framework for cooperation between the Secretariat of the Danube Commission and the Directorate-General for Mobility and Transport of the European Commission, 24.7.2015, abrufbar unter <http://www.danubecommission.org/uploads/doc/AA%202015/Final%20Administrative%20Arrangement%20DC-DG%20MOVE.pdf>.

124 Regelung zur Einführung des Beobachterstatus für Drittstaaten und für Regierungsorganisationen, abrufbar unter http://www.ccr-zkr.org/files/regl-interieur/regl-sur-le-status-d-observateur_de.pdf.

Zusammenarbeit im Rahmen der Verwaltungsautonomie der Kommission und ihrer jeweiligen Generaldirektion begrenzt. Hiervon zu unterscheiden sind die nicht-verbindlichen Formen der Zusammenarbeit, welche die Kommission im Namen der Union abschließt und die durchaus einen politischen Inhalt haben können. Hierzu können die folgenden MoUs exemplarisch angeführt werden:

- MoU on a Partnership between the EU and the European Broadcasting Union enabling the democratic role of public service media in countries covered by the EU enlargement policy, 2012,¹²⁵
- 'MoU setting out the modalities of establishing the Northern Dimension Partnership pf Culture, 2010';¹²⁶
- 'MoU on establishing a cooperation on maritime affairs between the European Commission and the International Hydrographic Organisation';¹²⁷
- 'MoU between the European Union and the USA for reducing energy poverty and increasing enegy access in Sub-Saharan Africa, 2015';¹²⁸
- zur Vertiefung des Dialogs betreffend des geistigen Eigentums zwischen der EU und China: 'MoU between the EU and China on reinforcing the EU-China IP dialogue mechanism'¹²⁹,
- in der Form einer gemeinsamen Erklärung zwischen der Union und Grönland: 'Joint Declaration by the European Union on the one hand, and the Government of Greenland and the Government of Denmark, on the other, on relations between the European Union and Greenland'¹³⁰;
- Nachtrag zu einer Vereinbarung aus dem Jahr 2006 über einen finanziellen Beitrag der Schweiz an die neuen Mitgliedstaaten, in diesem Fall Kroatien: 'Addendum to MoU with Switzerland financial contribution to the accession of Croatia'¹³¹.

b) Rechtmäßigkeit und Rechtstatus der nicht-verbindlichen Verwaltungszusammenarbeit der Kommission

Sowohl die bloßen Verwaltungsabsprachen als auch die im Namen der Union abgeschlossenen Instrumente mit einem politischen Inhalt sind im Verhältnis zu dem Kooperationspartner im Außenverhältnis völkerrechtlich nicht bindend. Dies geht schon daraus hervor, dass die Texte der jeweiligen Vereinbarung nunmehr Klauseln enthalten, die klarstellen, dass es sich bei der spezifischen Absprache nicht um ein internationales Abkommen handelt, wobei sich diese „Abbedin-

125 Text abrufbar unter: https://www3.ebu.ch/files/live/sites/ebu/files/News/2012/07/2012.07.24-MoU_EC-EBU.pdf.

126 Text abrufbar unter: http://eeas.europa.eu/north_dim/docs/mou_culture_0510_en.pdf.

127 Siehe unter: http://www.ihodata.org/International_Organizations/MOU/EC_IHO_MOU.pdf.

128 Kommissionsbeschluss C(2015) 4717endg.

129 Kommissionsbeschluss C(2015)4269endg.

130 Kommissionbeschluss C(2014)3846endg.

131 MoU ist Gegenstand der anhängigen Rechtssache C-660/13, (Fn. 3). Siehe Text auf Schweizer Regierungsseite, abrufbar unter https://www.eda.admin.ch/dam/dea/en/documents/abkommen/MoU-erweiterungsbeitrag-Kroatien-2014_en.pdf. Addendum für Bulgarien und Rumänien findet sich hier: https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/MoU-erweiterungsbeitrag-2007-addedum-rumaenien-bulgarien_de.pdf.

gungsklausel“ im Wortlaut unterscheidet. Einmal sieht sie vor, dass diese Vereinbarung „*does not establish legally binding obligations under international law*“¹³², ein anderes Mal ist der Wortlaut umfassender („*it does not, nor is it intended to, create any binding or legal obligations on either side under domestic or international law*“¹³³) oder noch umfassender in der folgenden Form: „*not intended to create, any binding, legal or financial rights or obligations on either side under domestic or international law*“¹³⁴. In einem anderen Fall wird auch in einem MoU erwähnt, dass dieses durch „*administrative arrangements*“ ergänzt wird.¹³⁵ Obgleich diese nicht-rechtsverbindlichen (soft law) Vereinbarungen nicht als völkerrechtliche Abkommen einzustufen sind, können sie die Union gegebenenfalls unter moralischen und politischen Erwägungen binden.¹³⁶

Diese MoU, die in Namen der EU geschlossen werden und politische Aussagen beinhalten, unterscheiden sich von den im Rahmen der Verwaltungsautonomie getroffenen Verwaltungsabsprachen. Letztere werden nicht von der Kommission, sondern von einer ihrer Dienststellen getroffen. Daher geht ihnen grundsätzlich kein Kommissionsbeschluss zur Umsetzung voraus. Im Gegensatz dazu wird der Abschluss von politischen MoUs im Namen der Union durch Kommissionsbeschluss autorisiert und das jeweilige Kommissionsmitglied zur Unterzeichnung ermächtigt.¹³⁷

c) Rechtskontrolle der nicht-verbindlichen Verwaltungszusammenarbeit der Kommission

Bei den nicht-rechtsverbindlichen Formen der Verwaltungszusammenarbeit stellt sich zunächst die Frage, ob die betreffende Handlung der Kommission im Wege der Nichtigkeitsklage nach Artikel 263 AEUV angegriffen werden kann. Während es der ständigen Rechtsprechung entspricht, dass die in Artikel 263 AEUV in Bezug genommenen „Handlungen“ der Institutionen über den Begriff der „Rechtsakte“ nach Artikel 288 AEUV hinausreichen¹³⁸, ist zumindest in Bezug auf Handlungen, die Verwaltungsabsprachen im Rahmen der Verwaltungsautono-

132 So MoU on a Partnership between the EU and the European Broadcasting Union on enabling the democratic role of public service media in countries covered by the EU enlargement policy, Kommissionsbeschluss vom 18.7.2012 betreffend die Unterzeichnung des MoU, C (2012)5169/1.

133 MoU between the EU and UNESCO, Kommissionsbeschluss vom 26.9.2012 betreffend die Unterzeichnung dieses MoU, C (2912) 6833/F1.

134 MoU between the EU and the USA for reducing energy poverty and increasing energy access in Sub-Saharan Africa, Kommissionsbeschluss vom 13.7.2015 betreffend die Unterzeichnung des MoU, C(2015)4717/F1.

135 MoU/Vereinbarung zwischen der Europäischen Union und der Republik Östlich des Uruguay im Bereich der internationalen Zusammenarbeit, Kommissionsbeschluss vom 11.6.2015, C(2015)3819/F1.

136 Zum EU soft law: *F. Terpan*, Soft law in the European Union – The Changing Nature of EU law, European Law Journal 2014, S. 68 ff. Zu internationalen Beispielen: *D. Thürer*, Soft law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, Rn. 26-27.

137 Siehe Kommissionsbeschluss zur Unterzeichnung des MoU zwischen der Europäischen Union und UNESCO (C(2012)6833final); Kommissionsbeschluss betreffend die Vereinbarung zwischen der Europäischen Atomgemeinschaft und der Internationalen Atomennergie-Organisation über die Zusammenarbeit im Bereich der nuklearen Sicherheit ("Partnerschaft") Kommissionsbeschluss C(2013)5641final.

138 EuGH, Rs. C-506/13P (Lito Maietiko/Kommission), ECLI:EU:C:2015:562, Rn. 17.

mie der Kommission begleiten unklar, ob diese ‚Rechtswirkung gegenüber Dritten‘ entfalten.¹³⁹ In der AERT Entscheidungen hat der EuGH zwar umfassend bestimmt, dass die privilegierten Parteien alle Handlungen angreifen können, die dazu bestimmt sind, Rechtswirkungen zu erzeugen.¹⁴⁰ Jedoch sehen die rechtsunverbindlichen Vereinbarungen in den oben angesprochenen Klauseln eindeutig vor, dass diese Abkommen keine rechtverbindlichen Vorschriften enthalten. Insofern kann nur argumentiert werden, dass diese Vorschriften, insbesondere, wenn sie im Namen der EU abgeschlossen werden, dennoch die EU auf moralischer und politischer Ebene und die Institutionen untereinander binden können. In der zweiten Frankreich/Kommission Entscheidung zu den zwischen der Kommission und den USA ausgehandelten Leitlinien bediente sich der EuGH dem konstruierten Argument, dass, da die Klage unbegründet sei, nicht auf die Zulässigkeit der Klage eingegangen werden müsse.¹⁴¹ Diese Entscheidung machte deutlich, dass der EuGH in der Sache entscheiden wollte, um die allgemeinen Rechtsgrenzen in Form der Zuständigkeit und des institutionellen Gleichgewichtes für sogenanntes internationales soft law zu benennen,¹⁴² welches eine Gefahr der Umgehung von völkerrechtlichen Abkommen birgt und in bestimmten Situationen verbindliche Abkommen ersetzen könnte.¹⁴³

Während die bloßen Verwaltungsabsprachen, welche die Kommission im Rahmen ihrer Exekutiv- und Verwaltungsfunktion mit ihren Kooperationspartnern im eigenen Namen eingeht als unproblematisch einzustufen sind, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Beurteilung von Abreden mit politischem Inhalt, welche die Kommission im Namen der Union abgibt. Zwar ist die Kommission nach Artikel 17 (1) zur Außenvertretung der Union befugt, aber nur insoweit wie dieses Vorgehen einen bereits feststehenden Standpunkt der Union widerspiegelt. Denn nach Artikel 16 (1) EUV ist der Rat zur Formulierung der politischen Standpunkte der Union befugt. Wie sich das institutionelle Gleichgewicht und der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Artikel 13 (2) EUV in Bezug auf beidseitige Vereinbarungen zwischen diesen beiden Bestimmungen konkretisieren ist gegenwärtig Gegenstand der bereits zuvor erwähnten Rechtssache C-660/13, *Rat/Kommission*.

Ein bereits weiter zurückliegendes Beispiel ist das MoU oder gemeinsame Absichtserklärung zur Erhaltung der wandernden Haiarten im Rahmen des Übereinkommens zur Erhaltung der wandernden wildlebenden Tierarten (CITES). Im Januar 2011 fragte die Kommission, den Rat um die Befugnis, die gemeinsame Absichtserklärung im Namen der EU zu unterzeichnen.¹⁴⁴ Auf dieser Grundlage schlug die Ratspräsidentschaft dem Ausschuss der Ständigen Vertreter vor, dass

139 Siehe diesbezüglich Schlussanträge von GA Sharpston in der Rs C-660/13, (Fn. 3), Rn. 57-72.

140 Siehe EuGH, Rs. 22/70 (Kommission/Rat), Slg. 1971, 263, Rn. 38-42.

141 EuGH, Rs. C-233/02 (Fn. 24), Rn. 24-26.

142 Siehe auch in diesem Sinne *M. Chamon* (Fn. 42), S. 385.

143 Siehe zu dieser Funktion von soft law im Bereich des internationalem Rechts: *T. Meyer*, Soft law as delegation, *Fordham International Law Journal* 2009, S. 906 ff.

144 Mitteilung der Kommission an den Rat, KOM 2010/0805endg.

die Absichtserklärung der Annahme durch den Rat bedürfe, da diese politische Inhalte habe und fragte gleichzeitig den Rat um die Ermächtigung zur Unterzeichnung der Absichtserklärung. Die Kommission drückte ihre Nichtübereinstimmung in einer Erklärung aus, in der sie bekräftigte, dass sie, als die zur Außenvertretung befugter Institution, die Absichtserklärung unterzeichnen werde. Im Hinblick auf die wenige Zeit, die bis zur aktuellen Unterzeichnung noch verblieb, einigte sich die Kommission mit dem Rat dahingehend, dass der Vertreter der Ratspräidentschaft und ein Vertreter der Kommission die Vereinbarung für die EU unterzeichnen.¹⁴⁵ Trotzdem bleibt festzustellen, dass der Ratspräidentschaft keine Außenvertretungsbefugnis nach dem Vertrag von Lissabon zukommt.

In der Beurteilung dieses Spannungsverhältnisses zwischen Artikel 16 (1) EUV und Artikel 17 (1) EUV ergibt sich aus den jüngsten Entscheidungen des EuGH¹⁴⁶, dass eine Verletzung des institutionellen Gleichgewichtes davon abhängig ist, ob gegen eine konkrete Norm des Primärrechtes verstoßen wird, also kein abstrakter Verstoß ohne Bezug auf andere Regelungen festgestellt werden kann. In der Rechtssache C-73/14, *Rat/Kommission*, der eine vor dem Internationalen Seegerichtshof von der Kommission im Namen der Union abzugebende Stellungnahme betraf, behandelte der EuGH die Vorschrift des Artikel 335 AEUV als *lex specialis* zu Artikel 17 EUV und argumentierte, dass daraus, im Sinne der bisherigen Rechtsprechung,¹⁴⁷ der Grundsatz hervorgeinge, wonach die Kommission die EU vor Gericht vertritt und diese Stellungnahme somit auch keinen Verstoß gegen die Prärogative des Rates zur Festlegung der Politik im Sinne Artikel 16 (1) S. 2 EUV darstelle, mit dem die Kommission auch loyal zusammengearbeitet habe.¹⁴⁸ Der letztgenannte Fall ist aber nicht unbedingt auf die in diesem Beitrag behandelten Konstellationen übertragbar, da er die einseitige Vertretung der Union durch die Kommission betraf, während es hier um im Namen der Union geschlossene Absprachen mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen geht. In diesem Zusammenhang bleiben die Beteiligungsrechte des Rates bis zur Entscheidung der Rechtssache C-660/13 vorläufig noch ungeklärt.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Verwaltungszusammenarbeit der Kommission notwendig ist, um die internationalen Beziehungen zu Drittstaaten und internationalen Organisationen zu regeln. Dabei gibt es dafür unterschiedliche Gründe, zwar können solche Vereinbarungen internationale Abkommen ersetzen, aber in den meisten Fällen bauen sie auf bestehenden Rechtsbeziehungen auf.

145 Dazu *S. Barkowski/K. Wiatr*, External Representation of the European Union and shared competences – an unsolved puzzle, *Yearbook of Polish European Studies* 15/2012, S. 155 ff (163-165).

146 Siehe EuGH, Rs. C-409/13 (Fn. 2), ECLI:EU:C:2015:217, Rn. 64 und EuGH, C-73/14 (Fn. 2), ECLI:EU:C:2015:663, Rn. 61.

147 EuGH, Rs. C-131/03P (Reynolds Tobacco u.a./Kommission), ECLI:EU:C:2006:541, Rn. 94.

148 EuGH, Rs. C-73/14 (Fn. 2), Rn. 58, 75 und 87.

hungen auf und setzen die technischen, finanziellen und tagtäglichen Details der Beziehungspflege in die Praxis um. Ausnahmsweise kann die Kommission rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen im Namen der Union schließen, wenn eine ausdrückliche primärrechtliche, völkerrechtliche oder sekundärrechtliche Ermächtigungsgrundlage gegeben ist, die auch deutlich ein Mandat zu rechtsverbindlichen Abkommen bestimmt und ihren Inhalt festlegt. Diese rechtsverbindlichen Verwaltungsabkommen müssen sich in die bestehende Normenhierarchie des Europarechts einordnen, die abhängig von ihrer Rechtsgrundlage ist und damit nicht automatisch der Einordnung der unter Artikel 218 AEUV geschlossenen völkerrechtlichen Abkommen folgen kann, die zwischen Primär- und Sekundärrecht einzuordnen sind. Insofern kann aber auch ein Vergleich zu der nationalen Praxis, wie zum Beispiel der deutschen Verfassungspraxis, gezogen werden. Dort werden auch Verwaltungsabkommen durch Rechtsverordnung und selbst Verwaltungsvorschrift geschlossen.

Materiell-rechtlich müssen sich rechtsverbindliche Verwaltungsabkommen und nicht-rechtsverbindliche Verwaltungsabsprachen an dem institutionellen Gleichgewicht messen lassen. Voraussetzung der Verletzung dieses Prinzips ist jedoch, dass eine primärrechtliche Norm wie Artikel 218 AEUV, Artikel 16 EUV oder Artikel 17 EUV durch die Verhaltensweisen der Kommission (oder des Rates) verletzt wird.¹⁴⁹ Die nicht-rechtsverbindliche Verwaltungszusammenarbeit der Kommission dürfte insoweit unproblematisch sein, als sie sich im Rahmen der Verwaltungsautonomie der Kommission hält oder sie im Rahmen der Außenvertretung der Union von Artikel 17 (1) EUV gedeckt ist. In der Abgrenzung zu Artikel 16 (1) EUV – der Rolle der politischen Willensbildung, die dem Rat zukommt – ist das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit zwischen den Institutionen angemessen zu berücksichtigen.

Wie oben dargelegt werden diese Formen der Kooperation eine wachsende Bedeutung gewinnen. Der alleinige Grund für diese Entwicklung ist jedoch nicht nur in der oben genannten bewussten Abkehr von multilateralen völkerrechtlichen Verträgen und neuen internationalen Partizipationsformen, wie Netzwerken oder public-private partnerships, zu suchen. Die Kommission ist auch insbesondere mit internationalen Organisationen zur Beziehungspflege durch informelle Verwaltungszusammenarbeit gezwungen, weil entweder das Statut der internationalen Organisation einen Beitritt der EU nicht ermöglicht oder aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten keine Einigkeit erzielt werden kann, ob die EU einer solchen Organisation neben den Mitgliedstaaten beitreten sollte. Dabei sind diese Formen der Kooperation nicht unproblematisch; einerseits müssen sie sich immer wieder deutlich von politischen Verträgen, die dem Verfahren des Artikels 218 AEUV folgen, abgrenzen und andererseits sind bei den nicht-rechtsverbindlichen Absprachen im Namen der Union die Beteiligungsrechte des Rates zu beachten. Für die Verwaltungskooperation der Kommissi-

149 Dazu siehe EuGH, Rs. C-28/12 (Fn. 2), ECLI:EU:C:2015:282, Rn. 53.

sion ist es begrüßenswert, dass nunmehr nicht rechtsverbindliche Absprachen eine Abbedingungsklausel im Text enthalten, die keine Zweifel über die Intentionen der Parteien zulassen. Jedoch ist die fehlenden Transparenz und die nur beginnende Systematisierung dieses Wildwuchses ein Hauptproblem einer unumgänglichen Rechtspraxis der internationalen Verwaltungsbeziehungen. Es gibt zu denken, dass der Zugang zu solchen Dokumenten transparenter bei den Kooperationspartnern der EU geregelt ist als bei der Europäischen Union, die insbesondere bezogen auf internationale Organisationen nicht an dieselben strikten Prinzipien und Grundrechte gebunden sind.

Auswirkungen der Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts in ausgesuchten Referenzgebieten

Internationalisierung des unionalen Währungsverwaltungsrechts

*Michael Potacs, Wien**

In Bezug auf die Außenbeziehungen der Europäischen Währungsunion besitzt der Rat auf Initiative der Kommission oder der EZB Befugnisse, die von ihm bisher kaum in Anspruch genommen wurden. Damit liegt die Gestaltung der Wechselpolitik in der Hand des ESZB, das sich jedoch seit geraumer Zeit mit Devisenmarktenterventionen zurückhält. In der internationalen Zusammenarbeit führt die Passivität der europäischen Institutionen zu einem gewissen Machterhalt der Mitgliedstaaten, der in einem Spannungsverhältnis zur Vorstellung einer gemeinsamen Währungspolitik steht.

I. Einleitung

Wohl kaum eine Einschätzung hat sich mittlerweile als treffsicherer erwiesen, wie die von *Jürgen Schwarze* schon vor einiger Zeit getroffene Aussage: „Der Euro löst die bestehenden Probleme nicht, sondern lässt deren Lösung umso dringlicher erscheinen“¹. Ein durch den Euro sichtbar gewordenes Grundproblem der Union besteht wohl unzweifelhaft darin, dass die Kompetenzen der Europäischen Wirtschaftsverfassung zwischen Einrichtungen der Union und Mitgliedstaaten geteilt sind. Da die in den Mitgliedstaaten verfolgten politischen Interessen nicht immer mit den Vorgaben der Union im Einklang stehen, kann es zu divergenten Entwicklungen mit den mittlerweile sattsam bekannten Problemen kommen. An Diskussionen und Vorschlägen zur Lösung dieses grundsätzlichen Spannungsverhältnisses fehlt es freilich nicht², worauf an dieser Stelle auch nicht näher eingegangen werden soll. Im Folgenden soll vielmehr etwas näher die Frage in den Blick genommen werden, welche internationale Dimension das Europäische Währungsverwaltungsrecht aufweist.

Dabei können Zuständigkeitsfragen freilich nicht außer Betracht bleiben. Hängt doch das möglichst reibungslose Funktionieren bestimmter Maßnahmen nicht zuletzt auch von einer gelungenen Organisation ab. Davon ausgehend ist zunächst einmal daran zu erinnern, dass die Europäische Wirtschaftsverfassung in gewissem Umfang eine divergente Struktur aufweist: Während Träger der Wirtschaftspolitik (freilich eingebunden in bestimmte unionsrechtliche Vorgaben) nach wie

* Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs ist Professor für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

1 *J. Schwarze*, Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza, in: Schwarze (Hrsg.), Europarecht, 2012, S. 465.

2 Siehe zu diesbezüglichen Vorschlägen etwa *M. Potacs*, Verantwortung in der Wirtschafts- und Währungsunion, in: A. Hatje (Hrsg.), Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung in der Europäischen Union, Europarecht, Beiheft 2/2015, 2015, S. 135, 143 ff.

vor die Mitgliedstaaten sind, ist die „Währungssouveränität“³ für die an der Währungsunion teilnehmenden Mitgliedstaaten weitgehend auf das System der Europäischen Zentralbanken (ESZB) unter der Leitung der EZB übergegangen. Im Folgenden soll daher insbesondere auch der Frage nachgegangen werden, wie sich die Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Internationalisierung des unionalen Währungsverwaltungsrechts darstellt.

II. Begriffsbestimmung

Eine nähere Betrachtung dieser Fragestellung setzt freilich zunächst einmal eine begriffliche Klärung voraus. Denn was kann man unter einer „Internationalisierung“ des Europäischen Währungsverwaltungsrechts überhaupt verstehen?

Die Problematik beginnt bereits beim Verständnis des Begriffes „Internationalisierung“. Ist es doch geradezu das kennzeichnende Merkmal der Europäischen Währungsunion, dass sie eine Währungsgemeinschaft mehrerer Mitgliedstaaten darstellt und in diesem Sinne „international“ ist. Würde man den Begriff der „Internationalisierung“ im vorliegenden Zusammenhang in diesem Sinne verstehen, dann hätte der Begriff der „Internationalisierung“ kaum einen zusätzlichen Erklärungswert zum Begriff der „Währungsunion“. Will man diese Tautologie vermeiden, dann muss dem Begriff der „Internationalisierung“ demgegenüber eine spezifischere Bedeutung beigemessen werden. „Internationalisierung“ kann demnach jedenfalls einmal nur die Beziehungen der Währungsunion gegenüber nicht der Währungsunion angehörenden Staaten betreffen. Bei diesem Verständnis wären von der „Internationalisierung“ allerdings auch die Beziehungen der Euro-Mitgliedstaaten zu den nicht der Eurozone angehörenden Mitgliedstaaten („Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung“⁴) umfasst. Die Beziehungen der Währungsunion zu diesen Mitgliedstaaten sind freilich grundverschieden von jenen zu Drittstaaten, zumal ein erheblicher Teil der EU-Mitgliedstaaten nach dem Konzept des AEUV nur für eine „Übergangszeit“ nicht der Währungsunion angehören soll. Will man daher die internationale Dimension der Währungsunion aufzeigen, so erscheint eine Darstellung von deren Beziehung zu Rechtsträgern *außerhalb* der Union als angemessener. Die folgenden Ausführungen haben daher auch die Rechtsgrundlagen der Währungsunion in ihrem Verhältnis zu Drittstaaten und internationalen Organisationen oder Konferenzen zum Inhalt.

Etwas weniger problematisch erscheint demgegenüber der Begriff des „Währungsverwaltungsrechts“. Darunter können jene Rechtsakte verstanden werden, die einen währungsrechtlichen Charakter aufweisen. Gerade die jüngere Rechtsprechung des EuGH zeigt freilich, dass die Abgrenzung auch hier nicht messerscharf gezogen werden kann, weil im System des Unionsrechts eine „wirtschafts-

3 H.J. Hahn/U. Häde, Währungsrecht², 2010, S. 134, Rn. 7, haben die Mitgliedstaaten allerdings „ihre Währungssouveränität nicht aufgegeben, sondern von ihr Gebrauch gemacht“.

4 Art. 139 Abs. 1 AEUV.

politische“ Maßnahme mitunter ebenso eine „mittelbare“ Auswirkung auf die Währungspolitik⁵ aufweisen kann wie eine währungspolitische Maßnahme auf die Wirtschaftspolitik⁶. Im Anschluss an diese Rechtsprechung werden daher hier unter dem Begriff Währungsverwaltungsrecht Rechtsakte mit einem „unmittelbar“ währungspolitischen Inhalt verstanden. Die folgenden Darlegungen befassen sich daher mit solchen Rechtsakten in ihren „Außenwirkungen“ gegenüber Drittstaaten und internationalen Organisationen.

III. Ziele der Währungsunion

Zum besseren Verständnis dieses Instrumentariums ist an die Ziele der Währungsunion zu erinnern, die ebenso wie jene der Wirtschaftsunion in Art. 119 AEUV festgeschrieben sind. Die Wirtschaftsunion beruht demnach auf einer Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt, der Festlegung gemeinsamer Ziele, dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb⁷, stabilen Preisen, gesunden öffentlichen Finanzen und monetären Rahmenbedingungen sowie einer tragfähigen Zahlungsbilanz⁸. Die Währungsunion umfasst demgegenüber den Euro als einheitliche Währung „sowie die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Geld- und Wechselkurspolitik, die beide vorrangig das Ziel der Preisstabilität verfolgen und unbeschadet dieses Ziels“ die Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union unter Beachtung des Grundsatzes einer offenen Marktwirtschaft fördern sollen⁹.

Bereits in dieser Grundsatzbestimmung wird die internationale Dimension der Währungsunion angesprochen, indem auch die Festlegung einer einheitlichen Wechselkurspolitik zu deren Ziel erhoben wird. Allerdings wird diese Zielsetzung ebenfalls in den Dienst der „vorrangigen“ Sicherstellung der Preisstabilität gestellt. Die Preisstabilität als „vorrangiges Ziel“ der Währungsunion wird überdies auch noch in Art. 127 Abs. 1 AEUV und in Art. 2 der ESZB-Satzung hervorgehoben. Nach unbestritten Ansicht ist damit die Sicherung des *Binnenwertes* der einheitlichen Währung gemeint.¹⁰ Auch in der Gestaltung ihrer Beziehungen nach „außen“ ist daher die Währungsunion dem primären Ziel der Sicherung des „inneren“ Wertes des Euro verpflichtet. Allerdings kann auch der „äußere“ Wert der gemeinsamen Währung die Preisstabilität im Binnenmarkt beeinflussen, was bei

5 Siehe EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Slg. 2012, I-00000, Rn. 56.

6 Siehe EuGH, Rs. C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Urteil v. 16.06.2015, noch nicht in Slg., Rn. 52.

7 Art. 119 Abs. 1 AEUV.

8 Art. 119 Abs. 3 AEUV.

9 Art. 119 Abs. 2 AEUV.

10 Z.B. *H.J. Hahn/U. Häde* (Fn. 3), S. 134, Rn. 11; *M. Potacs*, Art. 127 AEUV, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar³, 2012, 1570, Rn. 2; *L. Lammers*, Die Politik der EZB an den Grenzen Ihres Mandats? Zur Ver einbarkeit unkonventioneller Maßnahmen mit dem europäischen Recht, EuZW 2015, S. 212, 213, 215; *C. Wutscher*, „whatever it takes“ - Das OMT-Programm und die Rolle der EZB in der Krisenbewältigung, ZÖR 70, 2015, S. 381, 389.

der Handhabung der Befugnisse im Rahmen des ESZB im Auge behalten werden muss.

IV. Instrumente des ESZB

1. Mittelbare Steuerung des Wechselkurses

Davon ausgehend lassen sich in Bezug auf den „Außenwert“ der EU mittelbar wirksame von unmittelbar wirksamen Instrumenten unterscheiden. Als mittelbar wirksame Maßnahmen können vor allem die in den Art. 17 ff geregelten „geldpolitischen Instrumente“¹¹ der Kredit-, Offenmarkt- und Mindestreservepolitik angesehen werden, auch wenn mit ihnen primär andere Ziele als eine Einflussnahme auf die Wechselkurspolitik verfolgt werden. Alle diese Maßnahmen bewirken freilich stets auch eine Steuerung der Geldmenge¹², weshalb sie unabhängig von der jeweils konkret verfolgten Zielsetzung Auswirkungen auf den Wechselkurs der gemeinsamen Währung haben können. So kann ein niedriger Leitzinssatz¹³ im Rahmen von Kreditgeschäften des ESZB gemäß Art. 18.1 ESZB-Satzung das primäre Ziel verfolgen, der Gefahr eines Rückganges der Investitionen und einer damit verbundenen Deflation entgegenzuwirken. Wegen dem Sinken des Zinsniveaus können aber auch Veranlagungen aus Drittstaaten in der Eurozone zurückgehen, was in weiterer Folge ein Sinken des Außenwertes des Euro zur Folge haben kann.

Ebenso vermag eine Intervention auf den Kapitalmärkten in Form von Käufen oder Verkäufen von „börsengängigen Wertpapieren“ gemäß Art. 18.1 ESZB-Satzung, zu denen auch Staatsanleihen gehören¹⁴, ihrem primären Ziel nach „eine ordnungsgemäße geldpolitische Transmission und die Einheitlichkeit der Geldpolitik sicherstellen“¹⁵. Aber auch eine solche Maßnahme kann die Zinsen für Staatsanleihen senken, was deren Attraktivität für Anleger aus Drittstaaten vermindert und dadurch den Außenwert der gemeinsamen Währung drückt. Schließlich vermag auch eine Veränderung der Mindestreserven von in den Mitgliedstaaten niedergelassenen Instituten gemäß Art. 19.1 ESZB-Satzung¹⁶ eine Verknappung der Geldmenge und damit primär eine Anhebung oder Senkung der Zinssätze zum Ziel haben. Dadurch wird jedoch wiederum das Anlegerverhalten aus Drittstaaten beeinflusst, was ebenfalls Konsequenzen für den Wechselkurs des Euro haben kann.

11 *M. Selmayr*, Das Recht der Europäischen Währungsunion, in: Müller-Graf (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht. Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, S. 1387, 1571, Rn. 234; *R. Schmidt*, Die entfesselte EZB, JZ 2015, S. 317, 319.

12 *U. Kramer/T. Hinrichsen*, Die Europäische Zentralbank, JuS 2015, S. 673, 677.

13 Dazu *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1572, Rn. 238.

14 Siehe EuGH Rs C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Rn. 55.

15 EuGH Rs C-62/14 (*Gauweiler u.a.*), Rn. 47.

16 Näher *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1572, Rn. 239.

2. Unmittelbare Steuerung des Wechselkurses

Allerdings ist zu betonen, dass nach Art. 18.1. ESZB-Satzung das ESZB auf Finanzmärkten auch tätig werden kann, indem es auf in Fremdwährung lautende Geschäfte abschließt und damit die Wechselkurspolitik durch Intervention auf den Devisenmärkten direkt steuert. In Ergänzung dazu wird der EZB und den nationalen Zentralbanken in Art. 23 ESZB-Satzung die Befugnis eingeräumt, Deviengeschäfte im Verkehr mit dritten Ländern und internationalen Organisationen abzuschließen. Vor allem ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass gemäß Art. 127 Abs. 2 AEUV und Art. 3.1. ESZB-Satzung das ESZB die offiziellen Währungsreserven der Euro-Teilnehmerstaaten zu halten und zu verwalten hat, die mit dem Eintritt in die Währungsunion vollständig in den Verantwortungsbereich des ESZB übertragen worden sind¹⁷.

Grundsätzlich wäre auch eine solche Wechselkurspolitik dem vorrangigen ESZB-Ziel der Preisstabilität verpflichtet, weshalb sich insoweit auch eine Gestaltung des Außenwertes der gemeinsamen Währung der Aufrechterhaltung ihres Innenwertes unterordnen müsste. Tatsächlich hat aber das ESZB zuletzt im Jahre 2000 zugunsten des Euro auf den Devisenmärkten interveniert, weshalb seither die Wechselkurspolitik des ESZB durch ein „floaten“ gekennzeichnet ist.¹⁸ Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass nach dem System des AEUV die Wechselkurspolitik keineswegs allein dem ESZB überlassen ist. Vielmehr ist im AEUV vorgesehen, dass der Rat dem ESZB insoweit durchaus Vorgaben setzen kann.

3. Vorgaben des Rates

a) Teilnahme an Wechselkurssystemen

So wird der Rat in Art. 219 Abs. 1 AEUV dazu ermächtigt, „förmliche Vereinbarungen über ein Wechselkurssystem für den Euro gegenüber den Währungen von Drittstaaten“ zu treffen. Solche Vereinbarungen könnte der Rat nach dieser Bestimmung auf Empfehlung der EZB oder der Kommission nach Anhörung des Europäischen Parlaments allerdings nur einstimmig¹⁹ beschließen. Sie würden gegebenenfalls auch Interventionspflichten des ESZB mit sich bringen.²⁰ Auf Grund dieser Vorschrift könnte der Rat daher etwa den Eintritt des Euro zu einem Festkurssystem („Bretton Woods Nr 2“²¹) ermöglichen. Allerdings wäre sowohl bei Abschluss eines solchen Abkommens als auch bei der weiteren Vorgehensweise im Rahmen eines solchen Systems das vorrangige Gebot der Preisstabilität zu beachten. Wohl um die Handlungsfähigkeit innerhalb eines solchen Systems zu er-

17 Zum Umfang dieser Währungsreserven näher *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1588, Rn. 258.

18 *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1589, Rn. 260.

19 Dabei wären gemäß Art. 139 Abs. 2 lit. g) allerdings nur die Mitgliedstaaten der Eurozone stimmberechtigt.

20 *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1611, Rn. 283.

21 *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1590, Rn. 261.

leichtern²², ist in Art. 219 Abs. 1 AEUV vorgesehen, dass der Rat mit qualifizierter Mehrheit (und nicht einstimmig wie beim Beschluss über den Beitritt zum Wechselkurssystem) „in dem Bemühen, zu einem mit dem Ziel der Preisstabilität im Einklang stehenden Konsens zu gelangen“, darin die Euro-Leitkurse festlegen, ändern oder aufgeben kann. Der Europäische Rat verabschiedete allerdings bereits 1997 eine Entschließung, wonach der Beitrag des Euro zum Weltwährungssystem nicht in der Gründung eines „Bretton Woods Nr 2“ bestehen soll, sondern darin, über das ESZB einen „Hort der Preisstabilität“ zu schaffen.²³ Dementsprechend ist die Regelung des Art. 219 Abs. 1 AEUV bisher auch *nicht* zur Anwendung gekommen.

b) Allgemeine Orientierungen

Sofern kein Wechselkurssystem gegenüber einer oder mehrerer Währungen von Drittstaaten besteht, kann der Rat gemäß Art. 219 Abs. 2 AEUV allerdings auf Empfehlung der Kommission oder der Europäischen Zentralbank allgemeine Orientierungen für die Wechselkurspolitik „gegenüber diesen Währungen“ aufstellen. Diese allgemeinen Orientierungen können sich auf mehrere oder eine Währung von Drittstaaten (argumentum „diesen“) beziehen. Auch dürfen sie gemäß Art. 219 Abs. 2 AEUV „das vorrangige Ziel des ESZB, die Preisstabilität zu gewährleisten, nicht beeinträchtigen“. Umstritten ist die Frage, ob diese allgemeinen Orientierungen einen verbindlichen Charakter aufweisen²⁴ oder lediglich eine unverbindliche Orientierungshilfe darstellen²⁵. Bejaht man den verbindlichen Charakter solcher Orientierungen, dann könnten sie Interventionsverpflichtungen des ESZB nach sich ziehen. Aus der Wortwahl „allgemeine Orientierungen“ (englisch: „general orientations“; französisch: „orientations générales“) ist jedenfalls zu schließen, dass dem ESZB dadurch keine detaillierten Handlungsverpflichtungen, sondern lediglich Richtungen und Ziele aufgegeben werden dürfen²⁶. Vor allem aber ist zu betonen, dass der Rat bisher *keine* solchen Orientierungen erlassen hat, wodurch die Wechselkurspolitik des ESZB bisher auch insoweit von Vorgaben des Rates befreit war.

V. Währungsvereinbarungen

Keine Interventionsverpflichtungen ergeben sich für das ESZB allerdings aus „Vereinbarungen im Zusammenhang mit Währungsfragen und Devisenregelungen“.

22 M. Potacs, Art. 219 AEUV, in: J. Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar³, 2012, S. 21021, Rn. 7.

23 Entschließung des Rates vom 13.12.1997 über die wirtschaftspolitische Koordinierung in der dritten Stufe der WWU und zu den Artikeln 109 und 109b des EG-Vertrags („Luxemburg-Entschließung“), ABl. C 35 vom 2.2.1998, S. 1, Zif. 7.

24 So etwa M. Potacs (Fn. 21), S. 2022, Rn. 7.

25 So etwa B. Dziechciarz, Rechtliche Integration der nationalen Zentralbanken in das Europäische System der Zentralbanken und in das Eurosyste, 2009, S. 71; Hahn/Häde (Fn. 3), S. 289, Rn. 14.

26 M. Selmayr (Fn. 11), S. 1591, Rn. 262.

gen“²⁷, die gemäß Art. 219 Abs. 3 AEUV von der Union mit einem oder mehreren Drittstaaten oder internationalen Organisationen auszuhandeln und abzuschließen sind. Diese Rechtsgrundlage wurde tatsächlich bereits mehrfach in Anspruch genommen und für Abkommen im Zuge der formellen Übernahme des Euro durch Drittstaaten („Euroisierung“²⁸) genutzt.²⁹

Zu betonen ist jedoch, dass gemäß Art. 219 Abs. 4 AEUV die Mitgliedstaaten „unbeschadet der Unionszuständigkeit und der Unionsvereinbarungen über die Wirtschafts- und Währungsunion“ weiterhin das Recht haben „in internationalen Gremien Verhandlungen zu führen und internationale Vereinbarungen zu treffen“. Was die zuletzt erwähnte Befugnis zum Abschluss internationaler Vereinbarungen betrifft, so kann sie sich wohl nur auf vor Eintritt in die Eurozone abgeschlossene Verträge beziehen, die gemäß Art. 351 AEUV grundsätzlich unberührt bleiben. Denn die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Vereinbarungen auf währungspolitischem Gebiet ist ab Eintritt in die Eurozone wohl von den daran teilnehmenden Mitgliedstaaten auf die Union übergegangen. Davon muss schon deshalb ausgegangen werden, weil eine währungspolitische Kompetenz der Mitgliedstaaten der Euro-Gruppe mit dem Konzept der Währungsunion kaum zu vereinbaren ist. Aus diesem Grund ist auch nur schwer vorstellbar, dass die Mitgliedstaaten der Eurozone ihre bereits bestehenden Abkommen gänzlich autonom ändern dürfen. Der Rat geht daher mit einiger Berechtigung (offenbar in analoger Anwendung von Art. 219 Abs. 3 AEUV) davon aus, dass die Änderung solcher bestehender Verträge durch die Mitgliedstaaten einer Ermächtigung durch den Rat bedarf³⁰. Allerdings ist in Art. 219 Abs. 4 AEUV auch noch vom Recht der Mitgliedstaaten die Rede, „in internationalen Gremien Verhandlungen zu führen“. Das lenkt den Blick auf die internationale Zusammenarbeit der Währungsunion, die hier zuletzt behandelt werden soll.

VI. Internationale Zusammenarbeit

Tatsächlich sind Vertreter der Mitgliedstaaten durchaus in internationalen Gremien vertreten, die für die Währungsunion von maßgeblicher Bedeutung sind. Das betrifft einmal die Teilnahme an G7- oder G20-Treffen, die auf informeller Grundlage erfolgen. Die Mitgliedstaaten der Eurozone sind aber vor allem auch Mitglieder des IWF, der auf völkervertragsrechtlicher Grundlage beruht. Nach Art. II Abschn. 1 und 2 des IWF-Abkommens können Mitglieder des Fonds nur „Länder“ sein, worunter die EU jedoch nicht zu verstehen ist³¹. Davon abgesehen

27 *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1611, Rn. 283.

28 *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1601, Rn. 281 ff.

29 Siehe etwa die Währungsvereinbarungen mit Monaco (Abl. 2002 Nr. 142/59), mit dem Vatikan (Abl. 2010 Nr. 28/13), mit Andorra (Abl. 2011 Nr. C 369/1) und San Marino (Abl. 2012 Nr. C 121/5).

30 Siehe dazu die Nachweise bei *M. Potacs* (Fn. 21), S. 2021, Rn. 4.

31 AA *R. Smits*, in: *H. v. d. Goeben/J. Thiesing/C.-D. Ehlermann* (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁶, 2003, S. 111, Rn. 214.

bleiben die Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten aus dem IWF-Abkommen gemäß Art. 351 AEUV unberührt. Für die Koordinierung der Vorgangsweise der Mitglieder der Eurozone in solchen internationalen Gremien enthält Art. 138 AEUV eine Rechtsgrundlage.

So kann der Rat³² gemäß Art. 138 Abs. 1 AEUV auf Vorschlag der Kommission „zur Gewährleistung der Stellung des Euro im internationalen Währungssystem“ bei internationalen Konferenzen und Einrichtungen einzunehmenden „gemeinsame Standpunkte“ beschließen. Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass ein solcher gemeinsamer Standpunkt nur zu Fragen „von besonderer Bedeutung für die Wirtschafts- und Währungsunion“ beschlossen werden darf, was auf ein Gebot zur restriktiven Handhabung dieser Bestimmung schließen lässt³³. Außerdem kann der Rat gemäß Art. 138 Abs. 2 AEUV auf Vorschlag der Kommission Maßnahmen erlassen, um eine „gemeinsame Vertretung“ bei internationalen Einrichtungen und Konferenzen sicherzustellen. Beide rechtliche Möglichkeiten wurden allerdings bisher nicht genutzt³⁴, was etwa im IWF dazu führt, dass Euroteilnehmerstaaten mit Drittstaaten in „Stimmrechtsgruppen“ vereint sind³⁵. In Bezug auf den IWF wurde im Europäischen Rat 1997 lediglich eine Entschließung gefasst, dass sich die Mitgliedstaaten als Mitglieder des IWF „darum bemühen“ sollen, „zu pragmatischen Vereinbarungen zu gelangen, die die Durchführung der IWF-Überwachung und die Darlegung des Gemeinschaftsrechtsstandpunkts, in den IWF-Gremien erleichtern“³⁶. Hinsichtlich der G7-Treffen einigte man sich beim Europäischen Rat 1998 darauf, dass der Präsident der Eurogruppe an G7-Treffen teilnehme, falls der Präsident des ECOFIN-Rates nicht aus einem dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaat kommt. In der Praxis nimmt der Präsident der Euro-Gruppe in der Regel an den G7-Treffen der Finanzminister und Zentralbankenpräsidenten, nicht aber an den G20-Treffen teil.³⁷ In jedem Fall wurden die dem Rat von Art. 138 AEUV zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur rechtlich verbindlichen Koordinierung der Position der Währungsunion bislang nicht ausreichend genutzt, was zu einem Machtverlust der Mitgliedstaaten bei der für Währungsfragen relevanten internationalen Zusammenarbeit führt, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zur einheitlichen Währungspolitik der an der Währungsunion teilnehmenden Mitgliedstaaten steht³⁸.

32 Gemäß Art. 138 Abs. 3 AEUV sind auch hier nur die Ratsmitglieder der Eurozone stimmberechtigt.

33 D.-E. Khan, Art. 138 AEUV, in: R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union⁵, 2010, S. 543, Rn. 2; S. Kadelbach, Art. 138 AEUV, in: H. Siekmann (Hrsg.), EWU. Kommentar zur Europäischen Währungsunion, 2013, S. 565, 569, Rn. 11.

34 Siehe S. Kadelbach (Fn. 33), S. 582, Rn. 50, der deshalb erwägt, dass Art. 138 AEUV „unpraktikabel ist“.

35 Näher M. Selmayr (Fn. 11), S. 1616, Rn. 292.

36 Entschließung des Europäischen Rates vom 13.12.1997 (ABl. 1998 Nr. C 35/1). Außerdem wurde beim Europäischen Rat von Wien am 11. Und 12.12.1998 entscheiden, dass die Standpunkte der Gemeinschaft durch das „zuständige Mitglied des Exekutivdirektoriums jenes Mitgliedstaates vorgetragen“ wird, „das gerade die Präsidentschaft der Union innehat“; näher dazu B. Martenczuk, Die Außenvertretung der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Währungspolitik, ZaöRV 1993, S. 93, 102 f.

37 M. Selmayr (Fn. 11), S. 1617, Rn. 293.

38 Kritisch daher etwa auch S. Kadelbach (Fn. 33), S. 580, Rn. 40.

Zu erwähnen ist schließlich auch noch, dass die EZB „unbeschadet“³⁹ des Art. 138 AEUV und mit ihrer Zustimmung die nationalen Zentralbanken gemäß Art. 6.2. befugt sind, sich an „internationalen Währungseinrichtungen“ zu beteiligen. Von dieser Außenvertretungsbefugnis hat die EZB vor allem durch ihre Mitgliedschaft in der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich Gebrauch gemacht, an der allerdings ausschließlich Zentralbanken beteiligt sind.⁴⁰ Zumindest insoweit zeigt die Währungsunion damit auch auf internationalem Parkett deutlich ihre Präsenz.

VII. Schlussfolgerung

Die vorangegangene tour d'horizon zu den Außenbeziehungen der Europäischen Währungsunion ergibt insgesamt folgendes Gesamtbild: nach dem System des AEUV besitzt der Rat weitgehende Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Außenbeziehungen der Währungsunion, von denen bisher allerdings nur in verhältnismäßig geringem Umfang Gebrauch gemacht wurden. Das führt im Bereich der Wechselkurspolitik dazu, dass sie weitgehend in der Hand des ESZB liegt, das sich jedoch mit flexiblen Wechselkursen begnügt. Dagegen führt die Passivität der europäischen Institutionen im Bereich der internationalen Zusammenarbeit dazu, dass den Mitgliedstaaten hier doch noch gewisse Kompetenzen verbleiben, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zur prinzipiellen Übertragung der „Währungssouveränität“ auf das ESZB durch die an der Währungsunion teilnehmenden Mitgliedstaaten und der damit verbundenen Vorstellung einer gemeinsamen Währungspolitik steht. Dennoch kommt man kaum umhin, die Währungsunion gerade in ihrer Außenwirkung als durchaus erfolgreich einzustufen. Hat sich doch der Euro als ihr sichtbarer Ausdruck als anerkannte Währung auf den internationalen Devisenmärkten mittlerweile fest etablieren können. In Anbetracht der durch den Euro zumindest auch mitverursachten Schulden- und Konjunkturkrise mancher Mitgliedstaaten der Eurozone, mag man daher fast geneigt sein, den Euro in seiner Außenwirkung mitunter als erfolgreicher einzustufen, wie in seiner Binnenwirkung.

39 Art. 6.3.ESZB-Satzung. Siehe zur Abgrenzung der Kompetenzen des ESZB gemäß Art. 6 ESZB-Satzung gegenüber Art. 138 AEUV näher *S. Kadelbach* (Fn. 33), S. 576 f., Rn. 31.

40 *S. Kadelbach* (Fn. 33), S. 576, Rn. 30; *M. Selmayr* (Fn. 11), S. 1616, Rn. 292.

Internationalisierung des europäischen Vergaberechts (?)

*Marc Bungenberg**

Die Europäisierung des Vergaberechts ist mehrfach Thema des wissenschaftlichen Wirkens von Jürgen Schwarze gewesen¹, ebenso finden internationale Entwicklungen Berücksichtigung in seinen Analysen. Im folgenden soll in einem ersten Schritt die Europäisierung des nationalen Vergaberechts skizzenhaft nachgezeichnet werden, bevor sodann die Internationalisierung des europäischen Vergaberechts beleuchtet wird. Es wird dabei zu beobachten sein, dass die EU hier mit einem bestimmten Politikansatz nach innen in das Binnenmarktrecht wie nach außen in das internationale Vergaberecht zu wirken versucht, um hier für kongruente Vorgaben für die auf nationaler Ebene erfolgende spezifische Ausgestaltung zu sorgen.

I. Europäisierung des nationalen Vergaberechts

Es ist allgemein bekannt, dass vor 1999 wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland bereits vielfach stattgefunden hat² Vorgaben des Europarechts insbesondere in Hinblick auf Rechtsschutzfragen aber geflissentlich ignoriert worden sind.³ Mit der GWB-Reform aus dem Jahr 1999⁴ ist es zu einer Zweiteilung des Vergaberechts gekommen; detaillierte Vergaberichtlinien sowie das GWB-Vergaberecht gelangen ausschließlich oberhalb sogenannter Schwellenwerte zur Anwendung, auf öffentliche Auftragsvergaben anwendbares europäisches Recht beschränkt sich auf Grundrechte und Grundfreiheiten.⁵ Irgendwelche Schwellenwerte sind dem unionalen Primärrecht bekanntlich fremd. Die EU hat im mitgliedstaatlichen Recht für eine Neuausrichtung gesorgt: Vergabe im Wettbewerb, aber bei der Möglichkeit der Einbeziehung langfristiger Effizienzgesichtspunkte in das Vergabeverfahren und insbesondere die Zuschlagsentscheidung.

* Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Direktor des Europa-Instituts sowie Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität des Saarlandes.

1 Vgl. u. a. J. Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des Europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, S. 133 ff.

2 Vgl. u. a. F. Rittner, Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, S. 313 ff.; M. Dreher, Die Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1997, S. 343 ff.

3 EuGH, Rs. C-433/93 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1995:263, Slg. 1995, I-2303 ff.

4 Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge, BGBl. I S. 2512.

5 Hierzu M. Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 122f.

II. Völkerrechtliche vergaberechtliche Verpflichtungen als integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung

Internationale Verpflichtungen der EU sind – wie auch die ständige Rechtsprechung des EuGH belegt und es nunmehr auch Art. 216 Abs. 2 AEUV zu entnehmen ist – integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung.⁶ Dies hat zur Folge, dass alle internationalrechtlichen Verpflichtungen der Union im Bereich der Auftragsvergabe bindende Wirkung für die EU wie auch die EU-Mitgliedstaaten entfalten. Die EU ist in diesem Bereich neben dem WTO-Beschaffungsabkommen („Agreement on Government Procurement“ – GPA) eine Vielzahl von bilateralen, regionalen und plurilateralen Verpflichtungen eingegangen.⁷

Innerhalb des Unionsrechts nehmen die völkervertraglichen Verpflichtungen unter unmittelbarer Beteiligung der EU einen Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht ein. Dies ergibt sich aus Art. 216 Abs. 2 und Art. 218 Abs. 11 AEUV unmittelbar. Nach Art. 216 Abs. 2 AEUV sind die von der Union geschlossenen Abkommen sowohl für die Unionsorgane als auch für die Mitgliedstaaten verbindlich. Hiermit wird die innergemeinschaftliche Befolgung des für die Union kraft Völkerrecht verbindlichen Abkommens angeordnet.⁸ Völkerrechtliche Abkommen der Union stellen insofern einen „integrierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung“ dar. Sie haben zugleich als integrierender Unionsrechtsbestandteil Teil am Prinzip des Vorrangs des Unionsrechts vor den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.⁹ Grundsätzlich kommen völkerrechtlichen Abkommen der Union daher auch Anwendungsvorrang vor entgegenstehenden nationalem deutschen Recht zu.

Im Gegensatz zu multilateralen Abkommen, wie z.B. dem GATT, ist das WTO-Agreement on Government Procurement von 1994, wie auch der Vergabekodex 1979, als „plurilaterales Abkommen“ nur für diejenigen WTO-Mitglieder verbindlich, die speziell dieses Abkommen ratifiziert haben. Für die anderen WTO-Mitglieder begründet es weder Rechte noch Pflichten. Trotz des begrenzten Teilnehmerkreises¹⁰ ist das GPA in den institutionellen Rahmen der WTO integriert. Das GPA ist in den vergangenen Jahren leicht reformiert worden – einen Quantsprung stellt dies allerdings nicht dar. Und auch der Mitgliederkreis hat sich nur leicht erweitert.¹¹ Weitere Reformen des WTO-Beschaffungswesens unter

6 St. Rspr. seit EuGH, verb. Rsen. 21-24/72 (International Fruit), ECLI:EU:C:1972:115, Slg. 1972, 1219, 1229; Rs. 181/73 (Haegemann), ECLI:EU:C:1974:41, Slg. 1974, 449, 460.

7 Hierzu im Überblick: *M. Bungenberg*, in: U. Loewenheim/K. M. Meessen/A. Riesenkampff (Hrsg.), *Kartellrecht*, 2. Aufl. 2009, Vor §§ 97 ff. Rn. 103 ff.; *H.-J. Prieß*, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 3. Aufl. 2005, S. 31 ff.

8 *K. Lachmayer/S. von Förster*, in: *H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje* (Hrsg.), 7. Aufl. 2015, Art. 216 AEUV Rn. 24.

9 Zur Rangfrage *Bungenberg*, in: *H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje* (Fn. 8), Art. 218 AEUV Rn. 120.

10 Dies sind Kanada, Hong Kong (China), Israel, Japan, Südkorea, Liechtenstein, Aruba, Norwegen, Singapur, Schweiz, die Vereinigten Staaten von Amerika, Island sowie die Europäische Gemeinschaft mit ihren Mitgliedstaaten.

11 Hinzugekommen sind Armenien, Montenegro, Taiwan und Neuseeland. Verhandlungen über einen Beitritt werden derzeit u.a. mit Albanien, China, Georgien und Saudi-Arabien geführt.

Beteiligung der EU sind – so kann man es recht kurz zusammenfassen – gescheitert.

Umfassendere allgemeine Transparenzverpflichtungen wollen viele Staaten – insbesondere solche, die sich durch schlechte Regierungsführung auszeichnen, nicht – ein multilaterales Transparenzübereinkommen im Vergaberecht ist gescheitert.¹² Ein solches Transparenzabkommen sollte als eines der sog. Singapore Issues im Rahmen der WTO verhandelt werden; die EU hatte sich hierfür wiederholt eingesetzt, jedoch ist dieses Thema dann mit der Cancun-Ministerkonferenz wieder von der Verhandlungsagenda genommen worden.¹³

Und auch eine Einbeziehung des Vergaberechts in das GATS ist niemals wirklich vorangekommen.¹⁴ Der eingesetzten Arbeitsgruppe gelang es bislang nicht, einen Konsens über die das GATS ergänzenden materiellrechtlichen Bestimmungen zu erzielen.¹⁵ Nicht nur hat also die Doha-Runde bis heute keinen Erfolg gehabt, sondern muss als gescheitert angesehen werden, vielmehr haben auch alle außerhalb der Doha-Verhandlungsagenda teilweise unmittelbar im geltenden WTO-Recht angelegten Ansätze zu einer Fortentwicklung des internationalen Vergaberechts zu keinerlei Ergebnissen geführt.¹⁶

Im Vergaberecht zeigt sich allerdings derzeit sehr anschaulich, was auch in anderen Bereichen des internationalen Wirtschaftsrechts zu beobachten ist: Eine Multilateralisierung wird angestrebt, hat bis zu einem bestimmten Punkt Erfolg, dann allerdings – wie zuletzt im WTO-Bereich mit dem Scheitern der Implementierung der Singapore Issues in die Doha-Runde und letztlich sogar dem Scheitern eben dieser – kommt es zu einer Phase der Stagnation, und sodann zu bilateralen Ansätzen. Insoweit finden sich Kapitel über die Auftragsvergabe derzeit in einer größeren Anzahl von bi- und regionalen Abkommen, jedenfalls in allen wirtschaftsrechtlichen Abkommen, die die EU abschließt. So hat die EU zuletzt entsprechende Freihandelsabkommen u.a. mit Peru und Kolumbien, den Staaten Mittelamerikas und Süd-Korea abgeschlossen, und bereits abschließend Freihandelsabkommen mit Vietnam, Singapur und Kanada verhandelt.

12 Allgemein hierzu *A. Reich*, International Public Procurement Law, 1999, S. 354 ff.; *V. Rege*, Transparency in Government Procurement – Issues of Concern and Interest to Developing Countries, JWT 2001, S. 489 ff.; vgl. auch *O. Dörr*, in: *M. Dreher/G. Motzke* (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland Rn. 190.

13 Vgl. das Abschlussdokument von Cancún (WT/MIN(03)/W/24). Vgl. zum Scheitern von Cancún u. a. *H. Hauser*, Die WTO nach Cancún, Aussenwirtschaft 58 (2003); *M. Bungenberg*, in: *R. Pitschas* (Hrsg.), Handel und Entwicklung im Zeichen der WTO – ein entwicklungspolitisches Dilemma, 2007, S. 233 ff. (256); *J. Bhagwati*, Don't Cry for Cancún, Foreign Affairs 83 (2004), S. 52 ff.

14 Vgl. hierzu den annual report of the working party of GATS rules, abrufbar unter: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpserv_e.htm.

15 WTO Doc. S/WPGR/M/85 v. 5.11.2014.

16 Hierzu u. a. *M. Bungenberg*, Die Zukunft der WTO nach Nairobi, IFO-Schnelldienst 05/2016, 69. Jahrgang, S. 8 ff., abrufbar unter: <https://www.ifo-group.de/de/ifoHome/publications/docbase/details.html?docId=19190220>.

III. Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der vergaberechtlichen völkerrechtlichen Verträge der EU

Getrennt hiervon ist allerdings die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit zu beantworten. Für das GPA lässt sich die ständige Rechtsprechung des EuGH seit der Entscheidung Portugal/Rat übertragen, wonach das WTO-Recht wegen seiner Natur und Struktur grundsätzlich nicht zu den völkerrechtlichen Verträgen gehört, „an denen der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane misst“.¹⁷ Die Begründung des EuGH stellt insbesondere auf das WTO-Streitbeilegungsverfahren und die Implementierung von Entscheidungen ab (vgl. Art. 21 und 22 DSU). Diese Begründungsansätze sind umfassend auf das GPA übertragbar.¹⁸ Die Regeln über das Streitschlichtungsverfahren mit seinem entscheidenden Art. 22 Abs. 2 DSU finden auch auf das GPA Anwendung; die anderen großen Handelspartner der EU haben das GPA ebenfalls ratifiziert und lehnen eine unmittelbare Anwendbarkeit ab.

Ähnlich stellt sich die Sachlage heute in Bezug auf die seitens der EU zuletzt abgeschlossenen vergaberechtlich relevanten bilateralen Abkommen dar. Allerdings schließen diese eine unmittelbare Anwendbarkeit zunehmend explizit aus. So ist eine unmittelbare Anwendbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen worden mit dem EU-Kanada-Abkommen,¹⁹ mit dem EU-Vietnam-Abkommen²⁰ ebenso wie mit dem EU-Singapur-Abkommen.²¹ Soweit ersichtlich, ist lediglich im EU-Süd-Korea-Abkommen²² der Ausschluss unmittelbarer Anwendbarkeit nicht ausdrücklich angeordnet.

Unabhängig von der Frage der unmittelbaren Anwendung hat die EU mit dem Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen die völkerrechtliche Verpflichtung, innerunionales Recht völkerrechtskonform auszugestalten und dieses hierfür gegebenenfalls zu modifizieren. So haben die Anhänge zum WTO-Übereinkommen weitreichenden Einfluss auch auf das Unionsrecht.²³ Die EU – wie auch ihre Mitgliedstaaten – ist zu vertragskonformen Verhalten gemäß Art. XVI ÜWTO verpflichtet: Jedes WTO-Mitglied hat gemäß Abs. 4 dafür Sorge zu tragen, „dass seine Gesetze, sonstigen Vorschriften und Verwaltungsverfahren mit seinen Verpflichtungen auf Grund der als Anlage beigefügten Übereinkommen im Einklang stehen“. Hierdurch muss es zwangsläufig zu einer Anpassung des unionalen Vergaberechts an das WTO-Recht kommen, wenn sich dieses weiterentwickelt und vom jeweils existierenden EU-Binnenmarktvergaberecht abweichen sollte. Gle-

17 EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), ECLI:EU:C:1999:574, Slg. 1999, I-8395 Rn. 46.

18 Zur – zu verneinenden – Frage nach der unmittelbaren Anwendung des GPA vgl. M. Bungenberg, Die Ausweitung des Geltungsbereichs des Government Procurement Agreement, WuW 2000, S. 872 ff.; O. Dörr, in: M. Dreher/G. Motzke (Fn. 12), Einleitung: Vergaberecht in Deutschland Rn. 188; H. Diehl, Völkerrechtliche Beschaffungsabkommen, 2009, S. 80 ff.

19 Abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

20 Abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

21 Abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

22 ABl. EU 2011 L 127/6.

23 Hierzu u. a. T. Vollmöller, Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 2001, S. 122 ff.

ches gilt selbstredend auch für andere völkerrechtliche Abkommen; mit der Unterzeichnung und Ratifikation übernehmen die Vertragsparteien die völkerrechtliche Verpflichtung, ggf. entgegenstehendes nationales Recht abzuändern oder zu ergänzen.

IV. Einflussnahme der EU auf das internationale Vergaberecht oder bloßer Nachvollzug

Zwar schließt die EU in ihre Freihandelsabkommen nunmehr umfassende vergaberechtliche Verpflichtungen mit ein, ebenso wie sie an das GPA gebunden ist. Allerdings ist festzustellen, dass es hierbei zum Export unionaler vergaberechtlicher Grundsätze in das internationale Vergaberecht kommt. Insoweit finden sich die unionalen Vergabeverfahren im internationalen Kontext wieder, ebenso die Aufteilung in einen Bereich oberhalb, und einen Bereich unterhalb der Schwellenwerte.

Bezüglich der Weiterentwicklung des GPA lässt sich festhalten, dass die EU entscheidenden Einfluss nicht nur bei der Abfassung im Rahmen der Tokio-Runde (die zum sog. Vergabekodex geführt hat),²⁴ sondern sodann auch im Rahmen der Uruguay Runde²⁵ und schließlich bei der Modernisierung und Reform, die zum GPA „2012“²⁶ geführt hat,²⁷ genommen hat. Hierdurch ist es der EU jeweils gelungen, ihre Ansatzpunkte im Binnenmarktvergaberecht im Grunde auf die internationale Ebene zu übertragen, wobei die Verpflichtungen auf der internationalen Ebene im Bereich des GPA vergleichsweise große Ausgestaltungsspielräume für nationales bzw. unionales Vergaberecht zulässt.²⁸

Zwar sind elektronische Vergaben, inverse Auktionen, Rahmenvereinbarungen oder auch der zunächst im EG-Vergabesekundärrecht eingeführte „wettbewerbliche Dialog“ zunächst nicht im GPA vorgesehen gewesen, weshalb sich die Frage der GPA-Kompatibilität stellen konnte, jedoch sind hier mit dem GPA „2012“ entsprechende Ergänzungen auf der völkerrechtlichen Ebene erfolgt. Der Wettbewerb der vergaberechtlichen Regelungssysteme als Entdeckungsverfahren und eine einseitige Weiterentwicklung des unionalen Vergaberechts wird durch die im GPA aufgeführten Eckpunkte zumindest beschränkt.

24 GATT Doc. MTN/NTM/W/211/ Rev. 1; Text: ABl. 1980 L 71/44; GATT BISD26 (1980) 33; umfassend zur Entwicklung des internationalen Beschaffungsabkommens *A. Blank/G. Marceau*, The History of the Government Procurement Negotiations Since 1945, PPLR 1996, S. 77 ff.

25 Ausführlich zur Entwicklung *H. Krenzler*, in: H.-J. Prieß/G. M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, 2003, A I Rn. 7ff.

26 https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm; vgl. hierzu auch GPA – Opening markets and promoting good governance, abrufbar unter: https://www.wto.org/english/thewto_e/20y_e/gpa_brochure2015_e.pdf.

27 Umfassend zu den Neuerungen *A. Reich*, The New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment, Journal of International Economic Law 12 (4) 2009, S. 989 ff.

28 Hierzu *M. Bungenberg* (Fn. 5), S. 339.

Neben diesem plurilateralen Abkommen lassen sich die internationalen Abkommen der EU, die vergaberechtlich relevante Kapitel enthalten, in zwei Gruppen einteilen: es sind zum einen solche mit WTO-GPA-Mitgliedern, und zum anderen Abkommen mit Staaten, die eben gerade eine solche WTO-Bindung bislang nicht eingegangen sind, zu vergleichbaren Verpflichtungen seitens der EU aber faktisch gedrängt werden.

Bei ersterer Gruppe, die Vergabekapitel in den Abkommen mit Korea, Kanada oder Singapur, werden insbesondere der personelle wie auch der materiellrechtliche Anwendungsbereich des GPA ausgedehnt,²⁹ aber auf die verfahrensrechtlichen Vorgaben des GPA verwiesen.³⁰ Grundsätzlich sind hier nur wenige Abweichungen vom unionalen Binnenmarktvergaberecht festzustellen, da die EU wie gerade ausgeführt bereits auf die Ausgestaltung der GPA-Vorgaben in der Vergangenheit auf internationaler Ebene umfassend Einfluss genommen hat. Damit ist es allerdings zu neuen Marktzugangsmöglichkeiten für EU-Unternehmen gekommen. So werden mit CETA erstmals kanadische Provinzen und lokale Einheiten in internationale vergaberechtliche Ausschreibungsverpflichtungen einbezogen.³¹

Die zweite Gruppe der Freihandelsabkommen mit nicht GPA-Mitgliedern sieht die Schaffung eines am EU-Vergaberecht und GPA angelegten selbständigen Verfahrenssystems der öffentlichen Auftragsvergabe vor. Hierbei kommt es unmittelbar zu einem Export des europäischen Wirtschaftsverwaltungsrechts mit samt seinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen auf die internationale Ebene. Diese Entwicklung lässt sich zuletzt beobachten u.a. in den Abkommen mit Peru und Kolumbien,³² sowie in der Vergangenheit bereits in solchen mit Mexiko³³ und Chile.³⁴

In beiden angeführten Konstellationen sind Beschaffungskapitel aber Instrument der EU zur Schaffung von Marktzugangsrechten in diesem bedeutenden Sektor in den jeweiligen Drittstaaten. In letzterem Fall werden die Beschaffungskapitel der Freihandelsabkommen zudem als Instrument zur Förderung von “good governance-Strukturen” in Drittstaaten angesehen und sind kompatibel mit international anerkannten “Best Practices”. Solche Freihandelsabkommen können ein “Sprungbrett” zu einem späteren GPA-Beitritt sein, wenn sich die Vertragsstaaten der EU bereits bilateral zu einer entsprechenden Ausgestaltung ihrer nationalen Rechtsordnung verpflichtet haben.

Soweit Drittstaaten zukünftig nicht bereit sind, mit der EU entweder ein Beschaffungsabkommen abzuschließen oder Unionsunternehmen auch ohne eine solche Verpflichtung zu ihrem Beschaffungsmarkt zuzulassen, hat die Kommission vorgeschlagen, Unternehmen aus eben solchen Staaten, die sich einer nichtdiskrimi-

29 Siehe EU-Korea-Abkommen Kapitel 9.

30 Siehe EU-Korea-Abkommen Kapitel 9.

31 Siehe Kapitel 19 im EU-Kanada-Abkommen (CETA).

32 ABI. EU 2012 L 354/3.

33 ABI. EG 2000 L 157/10.

34 ABI. EU 2002 L 352/3.

nierungsfreien Zulassung von europäischer Unternehmen verschließen, im Gegenzug vom europäischen Beschaffungsmarkt auszuschließen.³⁵

V. Fazit:

Durch das nur plurilaterale WTO-Vergaberecht werden bislang solche „Eckpunkte“ des Beschaffungswesens geregelt, die insbesondere den Grundprinzipien des Außenhandelsrechts zuzuordnen sind, so bspw. Nichtdiskriminierungs-, Transparenz- und Rechtsschutzvorgaben. Der nationalen bzw. unionalen Ebene werden weitgehende Ausgestaltungsspielräume überlassen, so auch weite Regelungsspielräume zur politischen Instrumentalisierung des Vergaberechts. Andererseits bilden die detaillierten GPA-Verfahrensausgestaltungen faktisch ein Korsett, innerhalb dessen sich die jeweilige Innovation und ihre rechtliche Ausgestaltung zu entfalten hat.

Bislang bestand im Beschaffungsbereich eine starke Binnenmarktfixierung. EU schafft bislang erst neuerdings umfassendere Zugangsmöglichkeiten für eigene Unternehmen zu Drittstaatsmärkten.

Nach dem Scheitern von weitergehenden multilateralen Ansätzen im internationalen Vergaberecht außerhalb des GPA kommt es heute verstärkt zu einem Bilateralismus auch im Vergaberecht, d.h. zunächst Internationalisierung außerhalb der WTO, die langfristig aber zu einer Förderung des WTO-GPA bzw. einen verstärkten Beitritt zu diesem führen kann. Hierbei kommt es vornehmlich aber zu einem Export des unionalen Wirtschaftsverwaltungsrechts auf die internationale Ebene – und nicht umgekehrt. Unabhängig hiervon bildet sich damit aber verstärkt auch ein „internationales“ Vergaberecht aus. Über das internationale Vergaberecht – d.h. Beschaffungskapitel in bilateralen Abkommen – sorgt die EU auch in Drittstaaten für eine Europäisierung dieses Rechtsbereiches, wohingegen in anderen Bereichen – wie dem Investitionsschutzrecht – teilweise eine „NAFTAisierung“ festzustellen ist.

35 Kommissionsvorschlag vom 21.03.2012, Vorschlag für eine Verordnung zum Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittstaaten zum EU-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge und zu Verfahren zur Unterstützung der Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus der EU zu öffentlichen Beschaffungsmärkten in Drittstaaten, KOM(2012) 124 endg.; vgl. auch P. A. Messerlin, Openness in public procurement markets: Time for a reality check, ECIPE Policy Paper 3/2013.

Unionsrecht und Völkerrecht

Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen*

Jürgen Schwarze

I. Einführung und Problemaufriss

In dem Thema meines Vortrages liegt für den Europarechtler einige Brisanz. Gehen doch die Gemeinschaftspraxis, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH,¹ sowie die wohl herrschende Auffassung in der Literatur heute davon aus, daß das europäische Gemeinschaftsrecht vom Völkerrecht und vom nationalen Recht zu unterscheiden sei und eine neue, eigenständige Rechtsordnung bilde.²

Von diesem Ausgangspunkt aus betrachtet, erscheint es nur konsequent, die innerhalb der Gemeinschaft zu ordnenden Rechtsbeziehungen nach Möglichkeit ausschließlich dem Regime des europäischen Gemeinschaftsrechtes, nicht aber der Herrschaft des allgemeinen Völkerrechtes zu unterstellen. Mit der Frage nach dem Anwendungsbereich des allgemeinen Völkerrechtes in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen stehen damit zugleich die Eigenständigkeit des europäischen Gemeinschaftsrechtes, seine Leistungskraft bei der rechtlichen Absicherung und Lenkung des Integrationsprozesses und insbesondere sein nach Möglichkeit ausschließlicher normativer Herrschaftsanspruch in der Gemeinschaft auf dem Prüfstand. Für die wissenschaftliche Diskussion auf dem Gebiet des Europarechtes erscheint bemerkenswert, daß sich die Fragestellung grundsätzlich verschoben hat. In den Anfangsjahren der Europäischen Gemeinschaften, speziell in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des EWG-Vertrages, stand die Frage nach der Rechtsqualität des Gemeinschaftsrechtes und insbesondere dessen Verhältnis zum nationalen Recht im Vordergrund. Nachdem das europäische Gemeinschaftsrecht unter maßgeblicher wissenschaftlicher Wegbereitung – ich nenne hier vor allem das Referat von *Hans Peter Ipsen* auf der Bensheimer Tagung

* Geringfügig ergänzte Fassung eines anlässlich des VIII. Wissenschaftlichen Kolloquiums der Wiss. Gesellschaft für Europarecht in Bad Ems am 30. 9. 1982 gehaltenen Referates. Das Kolloquium vom 30. 09./ 1. 10. 1982 stand unter dem Generalthema „Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht“ (vgl. Ankündigung EuR 1982, 192). Die Referate von *Rudolf Bernhardt* und *Gerhard Bebr* werden später veröff. (die Red.).

1 S. dazu grundlegend Slg. IX/1963, 1, 25 (*Van Gend & Loos*) und Slg. X/1964, 1251 f. (*Costa/E.N.E.L.*); ebenso bereits BVerfGE 22, 293, 296 = Eur 1968, 134 mit Anm. *Ipsen*.

2 S. dazu insbes. *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, §§ 2/30–32, 10/5–7; *Nicolaysen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1979, 7; *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, 53; *L.-J. Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1977, 640 ff; *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, Rechtsordnung und Politik, 1979, 55; *Sørensen*, „Eigene Rechtsordnungen“ – Skizze zu einigen systemanalytischen Betrachtungen über ein Problem der internationalen Organisation, Fs. *Kutscher*, 1981, 415 ff., (432); *Ganshof van der Meersch*, in: *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles 1969, *Introduction générale* Rdn. 130 ff.; *Kapteyn/Verloren van Themaat*, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 1974, 22 ff.; *Lasok/Soldatos*, *Les Communautés Européennes en fonctionnement*, Bruxelles 1981, 202 f.; *Reuter/Combacau*, *Institutions et relations internationales*, Paris 1980, 386; Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani (Hrsg. *Franco Angeli*), Milano 1978, und *Stein/Hay/Waelbroeck European Community Law and Institutions in Perspective*, Indianapolis–New York 1976, 182 ff.

der Gesellschaft für Europarecht im Jahre 1964³ – jedenfalls in der Gemeinschaftspraxis als eigenständiges, vom Völkerrecht und staatlichen Recht unterschiedenes Recht mit Vorrang und unmittelbarer Wirkung anerkannt war, war eine gewisse Verfestigung bei der rechtlichen Charakterisierung der Gemeinschaft und ihres Rechtes eingetreten. Aus deutscher Sicht hatte auch der umstrittene, nunmehr insbesondere durch die *Eurocontrol*-Entscheidungen⁴ überholte *Solange*-Beschluß⁵ des BVerfG an der Qualifizierung des Gemeinschaftsrechtes als eigenständiges, aus einer autonomen Rechtsquelle fließendes Recht festgehalten, das weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht sei. In letzter Zeit mehren sich freilich diejenigen Abhandlungen, die die Frage der Rechtsnatur des europäischen Gemeinschaftsrechtes erneut aufgreifen und grundsätzlich erörtern.⁶ Dabei steht nunmehr das Verhältnis des Gemeinschaftsrechtes zum allgemeinen Völkerrecht im Brennpunkt des Interesses. Provozierend ließe sich sagen, daß die rechtswissenschaftliche Fragestellung in gewisser Weise der Lage der Gemeinschaft entspricht. Es nimmt nicht wunder, daß in Zeiten zunehmender Zweifel selbst am Bestand der Gemeinschaft und einer deutlich zu beobachtenden Tendenz zu Formen intergouvernementalen Zusammenarbeit völkerrechtliche Deutungsversuche erneut in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt werden.

In dieser Situation erscheint der Versuch einer Bestandsaufnahme, inwieweit das Gemeinschaftsrecht heute noch Raum für die Anwendung des allgemeinen Völkerrechtes beläßt oder aber für sich selbst eine Ausschließlichkeitswirkung beanspruchen kann, sinnvoll und notwendig.

Die Schlüsselbegriffe, die das Thema meines Vortrages maßgeblich bestimmen und näher eingrenzen, sind einmal der Begriff des allgemeinen Völkerrechts und zweitens sein Geltungsanspruch in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen. Unter allgemeinem Völkerrecht werden hier entsprechend den Regeln des

3 Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht, in: *Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Heft 29. d. Abh. a. d. Ges. Bürgerl. R., Handelsr. u. Wirtschaftsr., 1965, 1 ff.

4 Beschl. v. 23. 6. 1981, BVerfGE 58, 1 = EuGRZ 1982, 172 mit Ann. *Frowein* und Beschl. v. 10. 11. 1981, BVerfGE 59, 63. In diesen Beschlüssen hat das BVerfG hinsichtlich der gerichtlichen Anfechtbarkeit von Hoheitsakten zwischenstaatlicher Einrichtungen die Existenz eines Rechtsschutzsystems für entbehrl. erklärt, „das in Umfang und Wirksamkeit in jeder Hinsicht dem Rechtsschutzsystem gleichkommt, wie es in bezug auf Akte der deutschen öffentlichen Gewalt von Verfassung wegen gewährleistet ist. Eine derart weitgehende Ausrichtung der rechtlichen Ausgestaltung einer zwischenstaatlichen Einrichtung an den innerstaatlichen Bestimmungen eines beteiligten Staates ließe letztlich der in Art. 24 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden „Verfassungsentscheidung für eine internationale Zusammenarbeit“ (*Klaus Vogel*) zuwider... und würde die Bundesrepublik Deutschland im Bereich der Einrichtungen im Sinne des Art. 24 GG nicht selten faktisch „vertragsunfähig“ machen“ (so der Beschl. v. 23. 6. 1981, aaO, 41). Zuvor war das BVerfG bereits in dem sog. *Vielleicht*-Beschluß vom 25. 7. 1979 (BVerfGE 52, 187 = EuR 1980, 68 mit Ann. *Ipsen*; dazu auch *Tomuschat*, BVerfG contra EuGH – Friedensschluß in Sicht, NJW 1980, 2611 ff.) in gewisser Hinsicht von der starren Haltung des *Solange*-Beschlusses abgerückt.

5 BVerfGE 37, 271, 277/278 = EuR 1975, 150 mit Bespr. *Ipsen* EuR 1975, 1.

6 Dazu etwa *Bleckmann*, Die Rechtsnatur des Europäischen Gemeinschaftsrechts, DÖV 1978, 391; *Bernhardt*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht, Fs. R. *Bindschedler*, Bern 1980, 229; *Zuleeg*, Der Bestand der Europäischen Gemeinschaft, Gedächtnisschrift *Sasse*, 1981, Bd. 1, 55; *Everling*, Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge? Zum Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht, Fs. *Mosler*, 1983, 173.

Art. 38 des Statutes des Internationalen Gerichtshofes das internationale Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes verstanden. Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention⁷ zu. Die allgemeine Frage, welche Rechtswirkungen solche rechtsetzenden Kollektivverträge („law making treaties“) zu entfalten vermögen, kann dabei insofern dahingestellt bleiben,⁸ als der Internationale Gerichtshof die hier interessierenden Regeln ganz überwiegend bereits als Ausdruck bestehenden völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes gewertet hat.⁹

Wenn es hier um den Anwendungsbereich des allgemeinen Völkerrechtes in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen geht, so bleibt die Frage, welchen Regeln des allgemeinen Völkerrechtes die Gemeinschaft in ihren Außenbeziehungen, d. h. im Verhältnis zu Drittstaaten und internationalen Organisationen unterliegt, außer Betracht. Daß die Europäische Gemeinschaft, die als internationale Organisation über Völkerrechtssubjektivität verfügt,¹⁰ in ihren vielfältigen internationalen Beziehungen und Kontakten im völkerrechtlichen Verkehr prinzipiell an die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechtes gebunden ist, unterliegt im Ergebnis keinem Zweifel.¹¹ Welche Rolle die Gemeinschaft heute als neuer Rechts träger im Geflecht der traditionellen zwischenstaatlichen Beziehungen erfüllt, wird im einzelnen das Referat von Herrn *Bernhardt*¹² erweisen. Aus meinem Vor

7 Die Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. 5. 1969 ist im Einklang mit ihrem Art. 84 am 27. 1. 1980 in Kraft getreten. Sie ist bislang nicht von allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft unterzeichnet worden. Übersicht der Staaten, die die Konvention unterzeichnet haben bzw. ihr beigetreten sind, und Stand innerstaatlicher Ratifikation: Multilateral Treaties Deposited With The Secretary General (Status as at 31. 12. 1981), UN-Doc. ST/LEG/SER. I.

8 Obwohl auch sog. law making treaties im Ausgangspunkt nur die Unterzeichnerstaaten binden, haben sie doch die Tendenz, ein rechtliches Eigengewicht zu entfalten und Rechtswirkungen auch für Drittstaaten zu erzeugen. S. dazu insb. *Oppenheim/Lauterpacht*, International Law, Vol. I, 8. Aufl., London 1955, 27 f., 880; ferner etwa *Brierly*, The Law of Nations, 6. Aufl., Hrsg. *Humphrey Waldock*, Oxford 1963, 57 f.; *Lauterpacht*, International Law, being the collected papers of *Hersch Lauterpacht*, Hrsg. *E. Lauterpacht*, Vol. I, Cambridge 1970, 60, 88 und 115; *Schwarzenberger*, A Manual of International Law, 5. Aufl., London 1967, 152 und *Henkin/Pugh/Schachter/Smit*, International Law, St. Paul, Minn. 1980, 71 f. Die Wiener Vertragsrechtskonvention erklärt nach Art. 34 Verträge grundsätzlich nur für die Vertragsparteien, nicht aber für Drittstaaten für verbindlich. Dies schließt freilich nach Art. 38 nicht aus, daß eine vertragliche Bestimmung als ein Satz des Völker gewohnheitsrechts, der als solcher anerkannt ist, für einen Drittstaat verbindlich wird. Es erweist sich bei der Wiener Konvention insgesamt nicht immer als leicht, exakt die Grenzlinie zu bestimmen, inwieweit sie im Sinne des Art. 13 Abs. 1 a der UN-Charta lediglich bereits bestehendes Gewohnheitsrecht kodifiziert bzw. zu einer fortschreitenden Entwicklung des Völkerrechts beiträgt. Dazu insbes. *Sinclair*, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester 1973, 12 f. Zum Rechtsgehalt insgesamt insbes. *Mosler*, The International Society as a Legal Community, Alphen 1980, 99 f.; *Wetzel/Rauschning*, The Vienna Convention on the Law of Treaties – Travaux Préparatoires, Frankfurt 1978, Einf. S. 7 f.; *Sinclair*, aaO, 6 f.

9 Gesamtüberblick, welche Bestimmungen der Wiener Konvention der IGH als Ausdruck bestehenden völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts gewertet hat, bei *Müller/Wildhaber*, Praxis des Völkerrechts, 2. Aufl., Bern 1982, 91; *Ress*, Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, BerDGeSVR 23 (1982), 7 ff., 10 f. und *Wetzel/Rauschning* (Fn. 8), 15–17.

10 Vgl. Art. 210 EWGV: „Die Gemeinschaft besitzt Rechtspersönlichkeit.“

11 Die Bindung der internationalen Organisationen an die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechtes hat der IGH (Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980, p. 89/90) kürzlich mit den Worten unterstrichen: „International organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties.“ S. dazu etwa *Schermers*, International Institutional Law, Alphen 1980, 781 ff. m.w.N. und *Thierry/Combacau/Sur/Vallée*, Droit international public, 3. Aufl., Paris 1981, 721 f.

12 Vgl. die Fußn. * oben.

trag bleibt auch ausgeklammert, welche Wirkungen völkerrechtliche Verträge, die die Gemeinschaft abgeschlossen hat bzw. in die sie in der Nachfolge der Mitgliedstaaten eingetreten ist, in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen erzeugen. Hier darf ich auf das Referat von Herrn *Bebr*¹³ verweisen. Im Rahmen eines Vortrages läßt sich naturgemäß das weitgespannte Thema des allgemeinen Völkerrechtes in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen nicht bis in alle Einzelheiten ausleuchten. Ich muß hier Schwerpunkte setzen. Dabei greife ich dankbar die Anregungen des Vorstandes bei der Themenpräzisierung auf und orientiere mich auch an der praktischen Relevanz der ausgewählten Fragenkreise. Danach ergeben sich unter dem Leitthema der Anwendbarkeit des allgemeinen Völkerrechtes in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen folgende Einzelfragen:

1. inwieweit die Mitgliedstaaten nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechtes noch frei über den Bestand der Gemeinschaft verfügen können, inwieweit also die Mitgliedstaaten noch Herren der Gemeinschaftsverträge sind,
2. ob die Gemeinschaftsverträge nach den allgemein anerkannten völkerrechtlichen Grundsätzen kündbar sind,
3. ob bei Vertragsverletzungen durch einzelne Mitgliedstaaten auf die völkerrechtlichen Instrumente der Retorsion und der Repressalie zurückgegriffen werden kann, falls die Gemeinschaft untätig oder erfolglos bleibt. In diesen Zusammenhang gehört auch das Problem, ob ein Mitgliedstaat, der ein Urteil des EuGH unbeachtet läßt, deswegen schadensersatzpflichtig gemacht werden kann.
4. und zwar vielfältig verbunden mit den drei bisher aufgeführten Fragen – das Problem, ob bei der Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechtes besondere Auslegungsgrundsätze gelten oder ob auch hier die allgemein anerkannten völkerrechtlichen Interpretationsregeln Geltung beanspruchen können.

Die Antwort auf alle diese Einzelfragen setzt freilich voraus, daß das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen heute noch anwendbar ist. Diesem prinzipiellen Problem sind die folgenden Ausführungen in erster Linie gewidmet.

Zunächst soll hier ein Überblick über den Stand der Meinungen im Schrifttum zu dem angesprochenen Fragenkreis geliefert werden.

Daran schließt sich eine ausführliche Analyse der Rechtsprechung des EuGH an. Sie soll vor allem Aufschluß darüber geben, inwieweit das europäische Gemeinschaftsrecht die in der Gegenwart auftretenden Rechtsprobleme aus sich selbst heraus zu lösen imstande ist bzw. inwieweit sich hier ein ergänzender Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechtes als notwendig erweist.

13 Vgl. die Fußn. * oben.

II. Diskussionsstand im Schrifttum

Das Thema der Anwendbarkeit des allgemeinen Völkerrechtes in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen wird überaus kontrovers diskutiert. Das Meinungsspektrum reicht hier von rein integrationsrechtlichen Auffassungen, die neben dem europäischen Gemeinschaftsrecht für das allgemeine Völkerrecht jedenfalls in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen prinzipiell keinen Anwendungsraum mehr sehen, bis hin zu jenen Meinungen, die, soweit nicht spezielle gemeinschaftsrechtliche Regelungen eingreifen, das allgemeine Völkerrecht im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander und in ihrem Verhältnis zur Gemeinschaft nach wie vor für anwendbar erachten.

Einigkeit besteht, bei allerdings unterschiedlicher Begründung, nur darüber, daß das Gemeinschaftsrecht, soweit es die Beziehungen der Mitgliedstaaten zueinander regelt, als Sonderrecht die Anwendung des allgemeinen Völkerrechtes ausschließt.¹⁴

Ebensowenig kann im Gegenzuge zweifelhaft sein, daß das allgemeine Völkerrecht die Rechtsbeziehungen der Mitgliedstaaten dort bestimmt, wo sie völlig außerhalb der Gemeinschaftsverträge und ohne Bezug zur Gemeinschaft handeln.¹⁵ Einigkeit sollte im übrigen darüber bestehen, daß – wenn auch überlagert durch Gemeinschaftsverpflichtungen – ein völkerrechtliches Handeln der Mitgliedstaaten nach wie vor dort stattfinden kann, wo die Verträge es, wie etwa in Art. 220 EWGV,¹⁶ erlauben.¹⁷

Daß sich darüber hinaus auch bei gemeinschaftsbezogenen Sachverhalten Handlungsformen der Mitgliedstaaten herausgebildet haben, die in einen Grenzbereich von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht einzuordnen sind, haben wohl zuerst die von *Joseph H. Kaiser*¹⁸ eingehend gewürdigten „Beschlüsse der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten“ deutlich gezeigt.

Allen jenen in der Gemeinschaftspraxis entstandenen Beschußformen, die im Grenzbereich von Recht und Politik, von Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht liegen, kann ich mich an dieser Stelle nicht im einzelnen zuwenden.

Zu einer eingehenderen Würdigung ihres jeweiligen Rechtsgehaltes darf ich auf einen umfangreichen Beitrag von *Ulrich Everling*¹⁹ verweisen.

14 Vgl. *Everling* (Fn. 6), S. 174.

15 Insoweit ist der EuGH auch nicht befugt, über die Auslegung völkerrechtlicher Bestimmungen zu entscheiden, die zwischen den Mitgliedstaaten Bindungen außerhalb des gemeinschaftsrechtlichen Bereichs schaffen. So ausdrücklich Urt. v. 27. 11. 1973, Slg. 1973, 1329, 1333.

16 Dazu neuerdings mit umf. Nachv. von Lit. u. Rspr. *I. Schwartz*, Übereinkommen zwischen den EG-Staaten: Völkerrecht oder Gemeinschaftsrecht?, Fs. *Grawe*, 1981, 551 ff.

17 Vgl. *P. Reuter*, La Cour de Justice des Communautés Européennes et le Droit International, Fs. *Guggenheim*, Genève 1968, 665 ff., 668.

18 Die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, Fs. *Ophüls*, Karlsruhe 1965, 107 ff.

19 Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschlüsseungen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, demnächst Gedächtnisschrift *L.-J. Constantinesco*. E. weist dort zu Recht darauf hin, daß der Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 5 EWGV) bei jenen vielfältigen Beschußtypen eine Rückbindung an das Gemeinschaftsrecht bewirkt. Dazu auch *Bothe*, „Soft Law“ in den Europäischen Gemeinschaften?, Fs. *Schlochauer*, Berlin/New York 1981, 761 ff.

Ich muß mich hier auf die prinzipielle, im Schrifttum nachhaltig umstrittene Frage beschränken, ob über die erwähnten Punkte hinweg, über die Einigkeit besteht, zur Ordnung der innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen allein das Gemeinschaftsrecht oder, zumindest ergänzend, auch das allgemeine Völkerrecht Geltung beanspruchen kann.

Für die rein integrationsrechtliche Sicht, die konsequent durchgehalten wird, nenne ich hier stellvertretend *Hans Peter Ipsen*, *Pierre Pescatore*, *Ulrich Everling* und *Hans Kutscher*. *Ipsen*²⁰ hat prägnant formuliert: „Solange die Gemeinschaften sind – und so sind, wie sie sind –, zählt das Gemeinschaftsrecht weder zum Völker- noch zum Staatsrecht.“ Speziell auf das Argument eingehend, die Gemeinschaften unterlägen, da sie auf der Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrages entstanden seien, nach wie vor auch den Regeln des Völkerrechtes, hat *Ipsen* darauf hingewiesen, die Gemeinschaften beruhten nicht auf völkerrechtlichem Vertrag, sondern auf einem lediglich Vertragsformen verwendenden Gesamtakt staatlicher Integrationsgewalt, der die Gemeinschaften verfaßt habe. Auch hier gelte der Satz *Albert Hänel*s „Inhalt und Wesen einer Ordnung ist das eine, ihre Entstehungsgrundlage das andere“, und schon mit diesem Gesamtakt hätten die Gemeinschaften die Verfassungsschwelle überschritten.²¹ Alle hier in der Einleitung aufgeführten Einzelfragen werden von *Ipsen* nachdrücklich im Sinne eines Ausschlusses allgemeiner Grundsätze des Völkerrechtes beantwortet: Da die Gemeinschaftsgründung Verfassungsgebung sei, könnten die Mitgliedstaaten nicht mehr beliebig nach völkerrechtlichen Regeln über die Gemeinschaft disponieren.²² Die Zeitspanne der Gemeinschaftsverträge schließe eine Kündigung nach völkerrechtlichen Grundsätzen aus.²³ Sanktionen bei Vertragsverletzungen bestimmten sich ausschließlich nach Gemeinschaftsrecht, nicht mehr nach allgemeinem Völkerrecht.²⁴ Eine völkerrechtliche Auslegung der Gemeinschaftsverträge zugunsten einer tunlichen Respektierung staatlicher Souveränität habe im Gemeinschaftsrecht keinen Platz.²⁵ Ähnlich hat *Pescatore*²⁶ vielfach darauf hingewiesen, daß der Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften qualitativ anders zu bewerten sei als derjenige zu einer der zahllosen gewöhnlichen internationalen Organisationen. Er betont: „En se faisant membre de la Communauté, l'Etat se place en effet dans un cadre structurel bien défini, régi par un droit dont les contraintes dépassent de loin, en intensité, celles de l'ordre juridique international. L'adhésion à la Communauté est un acte qui touche aux bases constitutives de

20 AaO (Fn. 2), § 1/6 = S. 7.

21 *Ipsen*, Über Supranationalität, Fs. *Scheuner*, Berlin 1973, 211 ff., 220/221.

22 AaO (Fn. 2), § 4/25–26 = S. 100, 101.

23 AaO, § 4/20 = S. 99.

24 AaO, § 26/2 = S. 531.

25 AaO, § 5/77 = S. 133.

26 S. zuletzt: Aspects judiciaires de l'„acquis communautaire“, Rev. europ. 1981, 617 ff. Den Verfassungscharakter der Gemeinschaftsverträge hat *P.* in der Fs. *Kutscher*, 1981, 319 ff. unterstrichen: Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht – ein Kapitel Verfassungsgeschichte in der Perspektive des Europäischen Gerichtshofs, systematisch geordnet.

l'Etat“.²⁷ Dem allgemeinen Völkerrecht als Recht der Koordination und der Kooperation stellt *Pescatore* das Gemeinschaftsrecht gegenüber, das durch die weitreichenden Merkmale der Solidarität und der Integration charakterisiert sei.²⁸ Für ihn bildet der Rückgriff auf das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen einen „facteur de désintégration“.²⁹ Er will, wie er neuerdings bildhaft formuliert hat, bewußt vermeiden, daß mit dem allgemeinen Völkerrecht ein „trojanisches Pferd“ in das Gemeinschaftsrecht eingeführt werde.³⁰ Anders als *Ipsen* hat neuerdings *Everling* den Ausschließlichkeitsanspruch des europäischen Gemeinschaftsrechtes und den Ausschluß des allgemeinen Völkerrechtes bei der Regelung der innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen begründet. Nach *Everling* ergibt sich aus dem Begriff eines Gesamtaktes nichts für den Charakter des Gemeinschaftsrechtes und darüber, welche Regeln innerhalb der Gemeinschaft gelten. „Vielmehr muß gefragt werden, ob sich die Gemeinschaftsrechtsordnung nach Struktur, Inhalt und Umfang bereits als eine derart eigenständige und vervollständigte Rechtsordnung darstellt, daß sie die Anwendung ergänzender Regelungen des allgemeinen Völkerrechtes ausschließt.“³¹ Dies ist nach Auffassung von *Everling* heute der Fall.

Aus dem Kreis der hier stellvertretend erwähnten Befürworter einer ausschließlich gemeinschaftsrechtlich orientierten Betrachtungsweise hat schließlich *Kutschер*³² verschiedentlich die Gemeinschaftsverträge als „Integrationsverträge“ deutlich von gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträgen abgegrenzt und nachdrücklich für ihre rein gemeinschaftsrechtliche Auslegung plädiert.

Spezifische völkerrechtliche Interpretationsgrundsätze wie insbesondere die Regel „*in dubio mitius*“ seien im Gemeinschaftsrecht fehl am Platze.³³ Vielmehr sei eine am Gemeinschaftszweck ausgerichtete, bewußt integrationsfreundliche Rechtsprechung um so notwendiger, als starke Tendenzen zu beobachten seien, „*intergouvernementale Kooperation an die Stelle von Integration zu setzen*“.³⁴

Diesen rein integrationsrechtlichen Auffassungen stehen solche Meinungen gegenüber, die nach wie vor an klassisch völkerrechtlichen Grundsätzen festhalten und auch das Recht der Europäischen Gemeinschaften lediglich als eine Entwick-

27 *Pescatore*, Rev. europ. 1981, 621 f.

28 S. International Law and Community Law – A Comparative Analysis, CMLR 1970, 167 ff., 169. Dazu auch: *Le Droit de l'Intégration*, Leiden 1972. Dem Ansatz von *P.* ausdrücklich zustimmend *Meessen*, The Application of Rules of Public International Law within Community Law, CMLR 1976, 485.

29 *Pescatore*, L'Ordre juridique des Communautés Européennes – Étude des sources du droit communautaire, Liège 1975, 165, zust. *Jacot-Guillarmod*, Droit communautaire et droit international public, Genève 1979, 47.

30 *Pescatore*, Die Rechtsprechung des EuGH zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen, *Fs. Mosler*, 1983, 661 (663 Fn. 5).

31 AaO (Fn. 6), S. 176.

32 S. zuletzt: Der Schutz von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Der Grundrechts-schutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht (Hrsg. *Kutschер/Rogge/Matscher*), Rechtsstaat in der Bewährung Bd. 11, Heidelberg 1982, 35 ff., 36.

33 Vgl. *Kutschер*, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht des Richters, in: Begegnung von Justiz und Hochschule am 27. und 28. 9. 1976, Luxemburg, I 33.

34 *Kutschер*, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392 ff., 410.

lungsstufe des Völkerrechtes betrachten. Ich nenne hierfür etwa *Werner Meng*.³⁵ Er hält das Gemeinschaftsrecht nach wie vor für Völkerrecht und schreibt wörtlich: „Die These von der Autonomie ist ein Idealbild, kein normativer Befund.“³⁶ Im deutschen Schrifttum wird diese Auffassung insbesondere auch von *Albert Bleckmann* in zahlreichen Beiträgen vertreten.³⁷ Dabei wird immer wieder darauf abgehoben, daß die Europäischen Gemeinschaften auf der Basis eines völkerrechtlichen Vertrages entstanden seien und sich von dieser völkerrechtsvertraglichen Grundlage nach wie vor nicht gelöst hätten. Repräsentativ verweise ich dazu ergänzend auf *Manfred Zuleeg*³⁸ und auf *Christian Tomuschat*.³⁹ Beide halten die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nach völkerrechtlichen Grundsätzen nach wie vor für die „Herren der Verträge“. *Tomuschat* betont ausdrücklich: „die Rechtsform des völkerrechtlichen Vertrages stellt nicht etwa eine belanglose Äußerlichkeit dar, sondern prägt entscheidend die effektive Einstellung aller Beteiligten zur rechtlichen Bestandskraft der Europäischen Gemeinschaften“.⁴⁰

Auf einer mittleren Linie zwischen den gegensätzlichen Positionen einer rein gemeinschaftsrechtlichen und einer mehr klassisch-völkerrechtlichen Betrachtungsweise liegt die Auffassung von *Rudolf Bernhardt*.⁴¹ Obwohl ihm die Unterschiede zwischen den völkerrechtlichen und den gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsregeln nicht so gewichtig zu sein scheinen, betont er doch, daß die Mitgliedstaaten mindestens insofern nicht mehr „Herren der Verträge“ geblieben seien, als sie durch ihr nachfolgendes Verhalten weder die Gemeinschaftsverträge außerhalb des gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Verfahrens fortzubilden noch authentisch zu interpretieren vermögen.⁴² Darin liegt nach Ansicht von *Bernhardt* ein wesentlicher Unterschied zum allgemeinen Völkerrecht und den in Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention niedergelegten Regeln.

Zu dem Bilde der unterschiedlichen Auffassungen über die Einordnung der Europäischen Gemeinschaften ausschließlich in das System des Gemeinschaftsrechtes oder, mindestens ergänzend, in das System des allgemeinen Völkerrechtes, gehört schließlich die Ansicht *Werner von Simsons*.⁴³ Sie läßt sich nicht ohne weiteres nahtlos in das Schema einer rein integrationsrechtlichen oder einer mehr klassisch völkerrechtlichen Sicht der Zusammenhänge einordnen. *Von Simson*

35 Das Recht der internationalen Organisationen – eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, Baden-Baden 1979, bes. 119 ff., 162 ff. m.w.N. Ebenfalls für eine Qualifizierung des Gemeinschaftsrechts als Teil des Völkerrechts *Seidl-Hohenveldern*, Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 3. Auf. 1979, Rz. 1503. Weitere Nachw. der Anhänger einer völkerrechtlichen Betrachtungsweise bei *Everling*, (Fn. 6), Fn. 6–12.

36 AaO (Fn. 35), 167.

37 Besonders deutlich: Die Rechtsnatur des Europäischen Gemeinschaftsrechts – Zur Anwendbarkeit des Völkerrechts im Europäischen Rechtsraum, DÖV 1978, 391 ff.

38 AaO (Fn. 6), 55 ff., 58 f.

39 Zweitbearbeitung des Art. 24 GG im Bonner Kommentar, 1981, Rdn. 48 und 99.

40 Zweitbearbeitung des Art. 24 GG im Bonner Kommentar, 1981, Rdn. 48 und 99.

41 Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Fs *Kutscher*, 1981, 17 ff. bes. 21.

42 Zur Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Fs *Kutscher*, 1981, 17 ff. bes. 21.

43 Der politische Wille als Gegenstand der Europäischen Gemeinschaftsverträge, Fs *Riese*, Karlsruhe 1964, 83 ff., 97/98; vgl. jetzt auch *ders.* Wachstumsprobleme einer europäischen Verfassung, Fs *Kutscher*, 1981, 481 ff.

sieht den Kern der Gemeinschaftsbildung darin, daß hier eine politische Entscheidung über die Unterwerfung des Staatslebens unter eine durch die Gemeinschaft anerkannte und fortschreitend zu befolgende Zwangsläufigkeit stattgefunden habe, die weniger und weniger reversibel und weniger und weniger einer Alternativentscheidung seitens der Mitgliedstaaten ausgesetzt sei. „Diese Unterwerfung unter eine voraussehbare Zwangsläufigkeit“, so von Simson, „ist der eigentliche konstituierende Akt, durch den die einzelstaatliche Souveränität, nicht so sehr einer supranationalen Organisation, als vielmehr gemeinsamen, nur zusammen zu erfüllenden Existenzbedingungen unterstellt wird.“⁴⁴

Diese Zusammenstellung der unterschiedlichen Meinungen verdeutlicht m. E. recht instruktiv, welche prinzipiellen Positionen zum Verhältnis von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht heute insgesamt vertreten werden.

Jenen grundsätzlichen Standpunkten lassen sich schwerlich wesentlich neue hinzufügen. Mit ihnen erscheint die Bandbreite denkbarer prinzipieller Auffassungen zur Anwendbarkeit des allgemeinen Völkerrechtes in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen relativ erschöpft.

III. Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH

Angesichts der seit den Anfängen der Gemeinschaft immens angewachsenen Judikatur des EuGH kommt deren Darstellung und Analyse eine besondere Bedeutung zu. Dabei kommt es einmal darauf an zu zeigen, welche Haltung der Gerichtshof gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht im internen Rechtsraum der Gemeinschaften eingenommen hat. Zum anderen ist im Zusammenhang mit der Schilderung der vom Gerichtshof entwickelten Problemlösungen zu erörtern, ob das Gemeinschaftsrecht bislang die auf unserem Gebiet aufgetretenen rechtlichen Konflikte aus sich heraus angemessen zu lösen vermochte, oder in welchem Umfang hier das allgemeine Völkerrecht Hilfestellung leisten mußte. Daneben stellt sich die weitere Frage, ob das Gemeinschaftsrecht zur Bewältigung zukünftiger, bislang nicht aufgetretener Probleme hinreichend gerüstet ist bzw. zu diesem Zweck ergänzend auf Grundsätze des allgemeinen Völkerrechtes zurückgreifen muß.

Zunächst wende ich mich der Haltung zu, die der Gerichtshof zu der prinzipiellen Frage des Verhältnisses von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht eingenommen hat. Sodann gehe ich den in der Einleitung aufgeführten Einzelfragen nach, in denen das Problem der Anwendbarkeit des allgemeinen Völkerrechtes in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen virulent wird. In die Darstellung wird, insbesondere zur Verdeutlichung eines möglichen Kontrastes zum Gemein-

⁴⁴ Der politische Wille als Gegenstand der Europäischen Gemeinschaftsverträge, Fs Riese, Karlsruhe 1964, 83 ff., 97/98; vgl. jetzt auch ders. Wachstumsprobleme einer europäischen Verfassung, Fs Kutscher, 1981, 481 ff.

schaftsrecht, jeweils ein kurzer Hinweis auf die einschlägigen Regeln des Völkerrechtes aufgenommen.

Das grundsätzliche Problem, ob die Regeln des allgemeinen Völkerrechtes auch im internen Rechtsraum der Gemeinschaft Geltung beanspruchen können, ergibt sich nicht nur deshalb, weil die Gemeinschaften auf der Grundlage völkerrechtlicher Verträge der Mitgliedstaaten errichtet wurden und sich von dieser Grundlage möglicherweise noch nicht vollständig gelöst haben. Es folgt auch aus der oft beschriebenen prinzipiellen Unvollständigkeit des Gemeinschaftsrechtes, das in seinen Anfängen vielfach nur eine Einigung im Grundsätzlichen bereithielt und als ein in der Entwicklung befindliches Recht auf eine fortschreitende Ergänzung und Vervollkommnung angelegt ist.⁴⁵ Als ein der Ergänzung bedürftiges Recht konnte und kann das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich in zweierlei Hinsicht bei anderen, bereits bestehenden Rechtsordnungen Anleihen aufnehmen, zum einen bei dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, zum anderen beim Völkerrecht. Daß damit – je nachdem, wozu man sich ausschließlich oder doch überwiegend entschloß – in gewisser Weise eine prinzipielle Weichenstellung verbunden war, wurde bereits in den ersten Rechtssachen vor dem EuGH, damals noch dem Gerichtshof der EGKS, deutlich. Es lohnt sich, bei der Erörterung des Themas sich derjenigen Sätze zu erinnern, mit denen Generalanwalt *Lagrange* in einem seiner ersten Schlußanträge vor dem Gerichtshof das Problem umrissen hat.⁴⁶

Nach einem Hinweis darauf, daß der Gerichtshof „in keiner Weise ein internationaler Gerichtshof“ sei, „sondern daß ihm die Rechtsprechung innerhalb einer von sechs Staaten geschaffenen Gemeinschaft obliege, die weit eher einer bundesstaatlichen als einer internationalen Einrichtung gleiche“, hat er es als Aufgabe des Gerichtshofes bezeichnet, „die Anwendung eines Vertrages sicherzustellen“, der, „wenn er auch in der Form internationaler Verträge abgeschlossen wurde und... zweifelsohne ein solcher ist, von einem materiellen Gesichtspunkt aus betrachtet, darum nicht minder die Charta der Gemeinschaft darstellt“. „Was die Quellen des internen Rechtes dieser Gemeinschaft anbelangt“, so *Lagrange*, „so steht dem offensichtlich nichts im Wege, daß man sie gegebenenfalls im internationalen Recht suche, normalerweise jedoch und am häufigsten wird man sie eher im innerstaatlichen Recht der verschiedenen Mitgliedstaaten finden.“ *Lagrange* hat außerdem an dieser Stelle auch einen überzeugenden Grund genannt, warum man eher auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten als auf die des Völkerrechtes zurückgreifen sollte: „... die sogenannten allgemeinen Rechtsgrundsätze sind notwendigerweise viel verschwommener, wenn man gezwungen ist, sie in weltweitem Rahmen zu suchen, als wenn man auf die in einem einzigen Staat geltende Überlieferung zurückgreifen kann.“⁴⁷

45 Aus jüngster Zeit dazu ausführlich *M. Hilf*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982, 224 ff.

46 Zur Rs. 8/55, Slg. II 1955–1956, 266 f.

47 AaO, 267/268. Gegen eine Heranziehung völkerrechtlicher Grundsätze im Gemeinschaftsrecht früher schon GA *Roemer* zur Rs. 6/54, Slg. I/1953–1954, 244 und später zur Rs. 24 u. 34/58, Slg. VI/1960, 669. Aus jüngster Zeit siehe jetzt GA *Mancini* in seinen Schlußanträgen v. 7. 12. 1982 zur Rs. 230/81 (*Luxemburg* gegen

Überblickt man die Rechtsprechung des Gerichtshofes insgesamt, die heute einen Zeitraum von mehr als 25 Jahren umfaßt und stattliche Bände der Amtlichen Sammlung füllt, so läßt sich feststellen, daß der Gerichtshof den von Generalanwalt *Lagrange* empfohlenen Weg eingeschlagen hat. Er hat die bestehenden Lücken des Gemeinschaftsrechtes nahezu ausschließlich unter Berücksichtigung der allgemeinen Rechts- und Verfassungsgrundsätze der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquelle geschlossen, wie es Art. 215 Abs. 2 EWGV für den speziellen Bereich der Amtshaftung in der Gemeinschaft ausdrücklich vorsieht. Daneben hat er den Rückgriff auf die Grundsätze des allgemeinen Völkerrechtes bis auf ganz wenige Ausnahmefälle vermieden.⁴⁸ Zu diesem Zweck wurde auch der Computer des Gerichtshofes befragt, und der muß seine Rechtsprechung ja kennen!

Und auch in den ganz wenigen Ausnahmefällen handelt es sich praktisch immer darum, daß, wie etwa im Fall *Burgoa* hinsichtlich des Schutzes von Drittländern aufgrund früherer völkerrechtlicher Verträge, die Übereinstimmung der vertraglichen Regeln, hier des Art. 234 EWGV, mit den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechtes lediglich festgestellt wurde.⁴⁹ In ähnlicher Weise hat der EuGH im Falle *Van Duyn* davon gesprochen, daß „der EWG-Vertrag in den Beziehungen der Mitgliedstaaten zueinander sicher nicht den völkerrechtlichen Grundsatz außer acht lassen wollte, wonach ein Staat seinen eigenen Staatsangehörigen die Einreise in sein Hoheitsgebiet nicht untersagen darf“.⁵⁰

Die manchmal als Beleg für die Heranziehung völkerrechtlicher Grundsätze im Gemeinschaftsrecht aus der frühen Rechtsprechung angeführte Entscheidung zu dem umstrittenen Grundsatz der „*implied powers*“ hat sich für die Anerkennung der Auslegungsregel des „*effet utile*“ ausdrücklich „auf einen sowohl im Völkerrecht als auch im innerstaatlichen Recht allgemein anerkannten Auslegungsgrund- satz“ berufen.⁵¹

Im übrigen hat der EuGH es aber auch in seiner früheren Rechtsprechung unterlassen, auf völkerrechtliche Grundsätze sein Urteil zu stützen. Die entscheidende Distanzierung und der ausdrückliche Abschied von herkömmlichen völkerrechtlichen Kategorien und Auslegungsmethoden ist dann bekanntlich in der berühmten Entscheidung *Van Gend & Loos*⁵² erfolgt. Vor einem Kreis bedeutender Fachleute des Europarechtes möchte ich nur noch einmal daran erinnern, daß sich der EuGH hier bei der Auslegung des Art. 12 EWGV in einer für die weitere Rechtsprechung richtungweisenden Entscheidung ausdrücklich gegen eine von den drei

Europäisches Parlament), in denen er sich gegen eine Heranziehung des im Völkerrecht geltenden Estoppel-Prinzips innerhalb des Gemeinschaftsrechts ausspricht.

48 Zur untergeordneten Bedeutung des Völkerrechts bei der Herausbildung des Gemeinschaftsrechts vgl. *Bebr*, *Judicial Control of the European Communities*, London 1962, 29; *K. Roemer*, *Betrachtungen zum Verhältnis Gemeinschaftsrecht – nationales Recht*, Karlsruhe 1969, 5; *Meessen*, *Der räumliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts und das allgemeine Völkerrecht*, EuR 1973, 18 ff., 28 f. und *Hilf* (Fn. 45), 228.

49 Slg. 1980, 2787, 2802.

50 Slg. 1974, 1337, 1351 = EuR 1976, 47 mit Anm. *Rittstieg*. Kritisch zu diesem Punkte *Parry/Hardy*, *EEC-Law*, 2. Aufl., London 1981, Rdn. 29–03 = S. 422/423.

51 Slg. II/1955–1956, 312.

52 Slg. IX/1963, 1, 25.

am Verfahren beteiligten Regierungen und von dem Generalanwalt vertretene klassisch-völkerrechtliche Interpretation gewendet und unter Anerkennung unmittelbarer Rechte für den einzelnen den EWG-Vertrag als eine „neue Rechtsordnung des Völkerrechtes“ bezeichnet hat.

Den Begriff „neue Rechtsordnung des Völkerrechtes“ hat der EuGH dann, auch dies soll hier nur kurz in Erinnerung gerufen werden, wenig später in der Entscheidung *Costa/E.N.E.L.*⁵³ zugunsten der Charakterisierung des Gemeinschaftsrechtes als „eigene Rechtsordnung“ aufgegeben, die fortan der Rechtsprechung des Gerichtshofes ihr Gepräge gab.

Alle weiteren einschlägigen Entscheidungen können und brauchen hier nicht erwähnt zu werden. Hinweisen möchte ich lediglich, als neuerliche Bestätigung des alten Grundsatzes, daß das Gemeinschaftsrecht vom Völkerrecht und die Gemeinschaftsverträge von herkömmlichen völkerrechtlichen Verträgen zu unterscheiden seien, aus jüngster Zeit auf das von der Kommission für die Stellung der Gemeinschaft innerhalb ihrer internationalen Beziehungen zu Recht für bedeutsam erklärte Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *Polydor*,⁵⁴ in dem er mit Rücksicht auf die weiterreichende Zielsetzung der Gemeinschaft und das ihr anvertraute hoheitliche Instrumentarium sogar einen gleichlautend verwendeten Begriff, den der „Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen“, in einem traditionellen Freihandelsabkommen zwischen der EG und Portugal anders als im engeren Bereich des Gemeinschaftsrechts interpretiert hat. Daß er später bei einer ähnlichen Auslegungsfrage in der Rechtssache *Papst*⁵⁵ eine Bestimmung des Assoziierungsvertrages mit Griechenland im selben Sinne wie den EWG-Vertrag ausgelegt hat, erklärt sich aus der besonderen Rechtsnatur des Assoziierungsverhältnisses. Im *Polydor*-Urteil hat der EuGH damit erneut die besonderen Wesensmerkmale herausgestrichen, die die Gemeinschaft nach seiner Auffassung charakterisieren. Seit der Entscheidung *Costa/E.N.E.L.*⁵⁶ hat er in immer neuen Wendungen betont, daß hier im Unterschied zu gewöhnlichen internationalen Verträgen eine Gemeinschaft auf unbegrenzte Zeit geschaffen worden sei, die über eigene Organe, über Rechts- und Geschäftsfähigkeit, internationale Handlungsfähigkeit und insbesondere über echte, unmittelbar in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hineinreichende Hoheitsbefugnisse verfüge, deren Recht Vorrang vor jedwedem nationalen Recht genieße und deren Rechtsordnung dem Gemeinschaftsbürger in erheblichem Umfange subjektive Rechte verleihe. Wie ein roter Faden durchzieht dabei die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Gedanke der Gemeinschaftsgründung auf unbegrenzte Zeit,⁵⁷ der Endgültigkeit der Souveränitätsbeschränkung⁵⁸ und der Unwiderruflichkeit⁵⁹ der durch die Verträge be-

53 Slg. X/1964, 1251, 1269 f.

54 Vom 9. 2. 1982, Rs. 270/80, Slg. 1982, 329.

55 Urt. v. 9. 4. 1982, Rs. 17/81, noch unveröff.

56 AaO (Fn. 53), 1269 f.

57 Slg. 1971, 1003, 1018 = EuR 1972, 251.

58 Slg. 1979, 629, 644.

59 Slg. 1978, 2151, 2153, LS 8 = EuR 1979, 186 mit Anm. v. Preuschen.

schlossenen Verpflichtungsübernahme seitens der Mitgliedstaaten. Es genügt, hier neben dem Urteil zur *Versorgungsagentur*,⁶⁰ dem Fall *Simmenthal II*⁶¹ und dem *Euratom*-Beschluß⁶² aus der jüngsten Rechtsprechung auf das *Fischerei*-Urteil Rs. 804/79 vom 5. Mai 1981⁶³ zu verweisen. Dort hat der Gerichtshof nicht nur erneut die Endgültigkeit der Zuständigkeitsübertragung auf die Gemeinschaft und die Unantastbarkeit ihrer eigenen Befugnisse betont, sondern auch die Notwendigkeit einer fortdauernden Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft durch die Wendung unterstrichen, daß „die Gemeinschaft unter allen Umständen imstande bleiben müsse, ihren Verantwortlichkeiten unter Beachtung der vom Vertrag geforderten wesentlichen Gleichgewichtsverhältnisse nachzukommen“.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung kann kaum zweifelhaft sein, daß die Mitgliedstaaten nicht mehr als „Herren der Verträge“ zu bezeichnen sind. Abweichend vom allgemeinen Völkerrecht, wonach es den Staaten frei steht, einen einmal – auch auf unbegrenzte Zeit – geschlossenen Vertrag durch übereinstimmenden Beschuß aller Vertragspartner förmlich oder formlos beliebig zu ändern oder aufzuheben⁶⁴ – ich verweise dazu auf die Art. 39, 54, 57 und 59 der Wiener Vertragsrechtskonvention als Ausdruck überkommenen Völker gewohnheitsrechtes –, sind die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft bewußt eine auf Dauer angelegte Bindung eingegangen, aus der sie sich nicht mehr nach Belieben zu lösen und die sie nur noch in den vertraglich vorgesehenen Formen (vgl. Art. 236 EWGV) abzuändern vermögen.⁶⁵

60 S. Fn. 57.

61 S. Fn. 58.

62 S. Fn. 59.

63 Slg. 1981, 1045 = EuR 1982, 164. Dazu *J. Schwarze*, Un geschriebene Geschäftsführungs befugnisse für die Kommission bei Untätigkeit des Rates?, EuR 1982, 133 ff.

64 Vgl. *Mc Nair*, The Law of Treaties, Oxford 1961, 506; *Oppenheim/Lauterpacht* (Fn. 8), 937; *Ch. Rousseau*, Droit international public, 9. Aufl., Paris 1979, 68 ff.; *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 4. Aufl., 1980, Rdn. 304; *Bernhardt* (Fn. 6), 229 ff., 234. S. auch die Separate opinion von Judge *Read* zum Fall *International Status of South-West Africa*, I.C.J. Reports 1950, 167: „Any legal position, or system of legal relationships, can be brought to an end by the consent of all persons having legal rights and interests which might be affected by their termination.“ Zu Einschränkungen dieses Grundsatzes bei Gründungsverträgen internationaler Organisationen s. etwa *Mosler*, Völkerrecht als Rechtsordnung, ZäöRV 36/1–3 (1976), 5 ff., 24; *Ress*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, ZäöRV 36/1–3 (1976), 226 ff., 247; *Kelsen/Tucker*, Principles of International Law, 2. Aufl., 1967, 494 f. und *Oppermann*, Grundfragen der Mitgliedschaft in Internationalen Organisationen, BerDtgGesVR 17 (1975), 54 ff., 90 f.

65 Im Ergebnis ebenso für eine Abänderungsbefugnis der Mitgliedstaaten allein auf dem dafür vertraglich vorgesehenen Wege aus neuerer Zeit insb. *Everling* (Fn. 6), S. 188.; *Sørensen* (Fn. 2), 415 ff., 432; *Jacot-Guillarmod* (Fn. 29), 11 f., 45 f.; *Ganshof van der Meersch*, Communautés européennes et droit international, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1975, Tome 148 (1978), 46; *Louis*, Quelques considérations sur la révision des traités instituant les Communautés, CahDrEur 1980, 553 ff., 558; *Hasford*, Die Jurisdiktion der Europäischen Gemeinschaften, Bern 1977, 175; *Cérexhe*, Le droit européen, Les institutions, Leuven 1979, 236. Aus früherer Zeit dafür neben den hier besonders erwähnten Anhängern einer rein integrationsrechtlichen Betrachtungsweise (o. Fn. 20-34) prämoniert etwa *Thieme*, Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staaten gemeinschaften, VVDStRL 18, 50 ff., 72; *Steiger*, Staatslichkeit und Überstaatlichkeit, Berlin 1966, 133 f. und *Lambers*, Les clauses de révision des Traités instituant les Communautés Européennes, AnnFrDrInt 1961, 593 ff., 606. Die Fälle einer Änderung des EGKSV ohne das vertraglich vorgesehene Verfahren (Art. 95, 96) aus den Anfängen der Gemeinschaft, die Vertragsänderung anlässlich der Eingliederung des Saarlandes in die Bundesrepublik vom 27. 10. 1956 und das im Zusammenhang mit der Gründung der EWG und der EAG stehende Abkommen über gemeinsame Organe vom 25. 3. 1957, von *Everling* (aaO/Fn. 6, S. 187) als „Jugendsünden“ bezeichnet, haben sich in der politischen Praxis seitdem nicht wiederholt. Zu den besonderen, nicht das eigentliche Ausscheiden eines Mitgliedstaates betreff-

Die ursprünglich vereinbarte, weitreichende Zielsetzung zur Integration ist inzwischen in bald drei Jahrzehnten realer Gemeinschaftsexistenz jedenfalls prinzipiell beibehalten worden und hat der Gemeinschaft jenseits der traditionellen Formen internationaler Organisationen ihre Originalität, ihre eigene Dynamik und eine besondere Struktur verliehen. Für die rechtliche Beurteilung bedeutet dies, daß die Mitgliedstaaten sie heute nicht mehr beliebig durch Rückgriff auf das allgemeine Völkerrecht zur Disposition stellen können.

Man mag dieses Ergebnis zusätzlich damit begründen, daß die Gemeinschaftserrichtung ein Akt der Verfassungsgebung sei, der nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden könne, bzw. daß die Gemeinschaft, einmal ins Leben gerufen, eine reale politische und wirtschaftliche Existenz mit einem Eigengewicht entfaltet habe, die im Zeitablauf sich immer weniger in Frage stellen ließe. Sicher erscheint mir jedenfalls soviel, daß nach dem Wortlaut der Verträge und den Intentionen der Vertragsparteien ein engerer Zusammenschluß beabsichtigt war, als er gewöhnlichen völkerrechtlichen Verbindungen eigen ist, und daß die Vertragsparteien diese besonderen rechtlichen Bindungen nicht sollten in Zweifel ziehen können.

Daß allerdings allein mit den Mitteln des Rechts letztlich rein faktisch ein gegenwärtiges Verhalten der Mitgliedstaaten nicht verhindert werden kann, besagt für die vom Gerichtshof wiederholt bekräftigten, besonderen, das allgemeine Völkerrecht verdrängenden gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen wenig.⁶⁶ Wir stoßen hier an die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Gemeinschaftsrechtes, bei einem dauerhaft fehlenden politischen Willen der Mitgliedstaaten allein durch normative Gebote den Fortbestand der Gemeinschaft zu garantieren.

Was die Spruchpraxis des EuGH anbelangt, so liegen speziell zur Frage der formlosen Abänderbarkeit der Gemeinschaftsverträge durch politische Beschlüsse der Mitgliedstaaten zwei einschlägige Entscheidungen vor. Auch hier unterscheidet sich der vom Gerichtshof vertretene Standpunkt von den nach allgemeinem Völkerrecht anerkannten Grundsätzen.

Während nach allgemeinem Völkerrecht als Ausdruck der Souveränität der Vertragspartner die nachfolgende Praxis der Beteiligten als ein maßgebliches Kriterium der Vertragsauslegung anerkannt ist (vgl. insbes. Art. 31, Abs. 3 Buchst. b der

fenden Problemen des beabsichtigten „Austritts“ Grönlands aus der Gemeinschaft s. insb. *Hilf* i. d. 3. Aufl. von *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, EWGV-Komm., 1983, Art. 240 Rdn. 14. A. A. – für eine nach wie vor unbeschränkte Abänderungsbefugnis der Mitgliedstaaten aufgrund der allgemeinen Regeln des Völkerrechts – aus neuerer Zeit neben den hier besonders erwähnten Anhängern einer traditionellen völkerrechtlichen Betrachtungsweise (o. Fn. 35-40) insb. *Deliège-Seqvaris*, Révision des Traités Européens en dehors des procédures prévues, CahDrEur 1980, 539 ff.; *Bleckmann*, Zur Funktion des Gewohnheitsrechts im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1981, 101 ff., 114 und *Matthias*, Integrationsprobleme innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, JÖR 29 (1980), 85 ff. Früher dafür etwa *Carstens*, Die kleine Revision des Vertrages über die EGKS, ZAORV 21 (1961), 1 ff., 6; *Wagner*, Grundbegriffe des Beschlusstrechts der Europäischen Gemeinschaften, 1965, 117 f. und *Zuleeg*, GYIL 20 (1977), 246 ff., 253 f.

66 Vgl. dazu auch *Nicolaysen*, (Fn. 2), 24.

Wiener Vertragsrechtskonvention),⁶⁷ hat der EuGH in den Fällen *Defrenne II*⁶⁸ und *Manghera*⁶⁹ späteren politischen Absprachen der Mitgliedstaaten weder die Rechtsmacht zur Abänderung des Vertrages zuerkannt noch sie zu dessen Interpretation als Auslegungshilfe herangezogen.

Auch darin kommt, wie in den zuvor erwähnten Fällen *Van Gend & Loos*,⁷⁰ *Costa/E.N.E.L.*⁷¹ und den Folgeentscheidungen, deutlich zum Ausdruck, daß der EuGH die Verträge als Verfassung der Gemeinschaft, nicht aber als einen herkömmlichen internationalen Vertrag versteht und dementsprechend interpretiert.⁷² Der Verfassungscharakter der Verträge⁷³ und insbesondere die vom Gerichtshof betonte Gemeinschaftserrichtung auf unbegrenzte Zeit schließen es auch aus, folgt man der Rechtsprechung des EuGH, daß die Mitgliedstaaten ein einseitiges Kündigungsrecht für sich in Anspruch nehmen oder als Austrittsgrund die „*clausula rebus sic stantibus*“ anrufen könnten.

Hinsichtlich der Verweigerung eines einseitigen Kündigungsrechtes bei einem Vertragsschluß auf eine bestimmte Dauer wie beim Montanvertrag auf 50 Jahre (vgl. Art. 97 EGKSV) bzw. auf unbegrenzte Zeit wie beim EWG- und EAG-Vertrag (so Art. 240 EWGV und gleichlautend Art. 208 EAGV) besteht, wenn ich recht sehe, jedenfalls nach überwiegender Auffassung keine Divergenz zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien und den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechtes.

Da die Verträge keine ausdrücklichen Regeln über den Austritt enthalten, kommt hier, unter Berücksichtigung der Wiener Vertragsrechtskonvention, nicht deren Art. 54, der – eigentlich selbstverständlich – ein Recht zum Austritt im Einklang mit den besonderen Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages gewährt, sondern allein ein Austrittsrecht nach Art. 56 in Betracht.

Nach dieser Vorschrift soll bei Verträgen, die keine Bestimmungen über ihre Beendigung enthalten und weder eine Kündigung noch einen Austritt vorsehen, ein Kündigungs- oder Austrittsrecht nur dann bestehen, wenn festgelegt ist, daß die Vertragspartner eine Kündigungs- oder Austrittsmöglichkeit zulassen wollten (Abs. 1 Buchst. a) oder sich ein solches Recht implizite aus der Natur des Vertrages ergibt (Abs. 1 Buchst. b).

Der Rechtsgehalt dieser Bestimmung ist freilich nicht zweifelsfrei auszumachen.⁷⁴ Nicht nur wurde der Buchstabe b (Kündigungs- oder Austrittsrecht aus der „Natur des Vertrages“) erst am Ende der Beratungen⁷⁵ in den Konventionstext

67 Dazu insb. *Bernhardt* (Fn. 41). Dieser völkerrechtliche Auslegungsgrundsatz wird auch in der *Eurocontrol*-Entscheidung des BVerfG vom 10. 11. 1981 (Fn. 4), 95 ausdrücklich erwähnt.

68 Slg. 1976, 455, 478 = EuR 1977, 43 mit Anm. Schwarze.

69 Slg. 1976, 91, 102.

70 Fn. 52.

71 Fn. 53.

72 Fn. 54.

73 Zum Verfassungscharakter der Gemeinschaftsverträge insb. *Ipsen* (Fn. 2), § 2/33 = S. 64; *Pescatore*, *Fs. Kutscher* (Fn. 26), 319 ff. und *Matthies*, Die Verfassung des gemeinsamen Marktes, Gedächtnisschrift *Sasse*, Bd. 1, 1981, 115 ff.

74 Dazu insb. *Akehurst*, Withdrawal from international organizations, CLP 1979, 143 ff., 144.

75 Zu den Konventionsberatungen im einzelnen auch *Wetzel/Rauschning* (Fn. 8), zu Art. 56.

eingefügt und dieser Artikel lediglich mit äußerst knapper Mehrheit angenommen, so daß auch angesichts der kontroversen Diskussion während der Konventionsberatungen mehr als unsicher erscheint, in welchem Umfang Art. 56 der Konvention bereits bestehendes völkerrechtliches Gewohnheitsrecht kodifiziert.

Überhaupt hatte es sich im Zuge der Arbeiten an der Vertragsrechtskonvention als ein besonderes Problem herausgestellt, inwieweit die normalen Rücktritts- und Kündigungsvorschriften für völkerrechtliche Verträge auf die Gründungsverträge internationaler Organisationen ohne weiteres „paßten“, was schließlich dazu führte, daß nicht nur hinsichtlich der speziellen Rücktritts- und Kündigungsvorschriften, sondern bereits in der Einleitung der Wiener Konvention in Art. 5 ein allgemeiner Vorbehalt zugunsten der besonderen satzungsmäßigen Regeln internationaler Organisationen aufgenommen wurde.⁷⁶

Geht man hier von der besonderen Zielsetzung der Europäischen Gemeinschaften aus, die in den Gründungsverträgen zum Ausdruck kommt, so wollten die Vertragspartner mit den Römischen Verträgen, nachdem bereits die Montanunion auf eine relativ lange Zeit angelegt war, eine Gemeinschaft auf unbegrenzte Zeit (Art. 240 EWGV) errichten, die „die Grundlage für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker“ schaffen sollte (so die Präambel des EWG-Vertrages). Mit dieser Zielsetzung läßt sich ein beliebiges einseitiges Kündigungsrecht nicht vereinbaren.⁷⁷

Es entspricht im übrigen den Beratungen bei der Abfassung der Wiener Vertragsrechtskonvention wie auch der herrschenden Lehre im völkerrechtlichen Schrifttum, daß ein ungeschriebenes, impliziertes Austritts- bzw. Kündigungsrecht bei solchen Verträgen nicht in Betracht kommt, die auf einen bestimmten Zeitraum oder auf unbegrenzte Zeit abgeschlossen worden sind,⁷⁸ so daß in diesem Punkte Übereinstimmung zwischen völkerrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Be trachtung besteht.

Wenn demgegenüber gelegentlich, so insbesondere von *Dagtoplou*,⁷⁹ der Versuch unternommen wird, die Formulierung Vertragsabschluß auf „unbegrenzte Zeit“ in dem Sinne zu interpretieren, daß die Geltungsdauer des Vertrages „nicht festgelegt“, also offen sei, mithin der Vertrag jederzeit nach den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention gekündigt werden könne, so entspricht eine solche Auslegung, die man als „rather sophisticated“ bezeichnen muß, weder der klaren Absicht der vertragsschließenden Parteien noch der Verfassungsstruktur der Gemeinschaften, wie sie vom EuGH in langjähriger Rechtsprechung näher konturiert worden ist.⁸⁰ In gleicher Weise kann auch die Anrufung der *clausula rebus sic stantibus* ein einseitiges Ausscheiden der Mitgliedstaaten aus der Gemeinschaft

76 Dazu mit ausführlichen Hinweisen zu den Konventionsberatungen *Wetzel/Rauschning* (Fn. 8), zu Art. 5.

77 Dazu nur *Ipsen* (Fn. 2), § 4/20 = S. 99; *Louis*, Die Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1980, 46 und *Hilf*, in: *Groeben/Boeckh/Thiesing*, EWGV-Komm. 2. Aufl. 1974, Art. 240 Anm. 6.2.1.

78 Dazu insb. *Sinclair* (Fn. 8), 101/102; *Akehurst* (Fn. 74), 144, 150 f.m.w.N.; *Brierly* (Fn. 8), 331; *Mc Nair* (Fn. 64), 505; *Oppenheim/Lauterpacht* (Fn. 8), 938. *Greig*, International Law, 2. Aufl. London 1976, 857.

79 Recht auf Rücktritt von den Römischen Verträgen?, *Fs Försthoff*, München 1972, 77 ff.

80 *Ebeno Everling*, (Fn. 6), S. 183.

nicht rechtfertigen. Dieser von manchen Autoren als „weitaus umstrittenster Auflösungsgrund völkerrechtlicher Verträge“⁸¹ bezeichnete Grundsatz ist heute in Art. 62 der Wiener Vertragsrechtskonvention näher umschrieben und in seiner dortigen Ausprägung vom Int. Gerichtshof in seinen Urteilen zum *britisch-isländischen*⁸² und zum *deutsch-isländischen Fischereistreit*⁸³ aus dem Jahre 1973 im wesentlichen als kodifiziertes Völker gewohnheitsrecht bezeichnet worden. Es entspricht insoweit dem Stande der herrschenden Lehre im Völkerrecht, daß eine restriktive Handhabung der Klausel des Wandels der maßgeblichen Verhältnisse als Beendigunggrund völkerrechtlicher Verträge geboten ist⁸⁴ und die Klausel im übrigen dort nicht einzugreifen vermag, wo der betreffende Vertrag selbst in bestimmter Form für die Berücksichtigung künftiger veränderter Umstände Vorsorge getroffen hat.⁸⁵ Dies ist im Rahmen der europäischen Gemeinschaftsverträge in Gestalt eines Rechtes zur Ergänzungsgesetzgebung in Art. 235 EWGV, genauer Regeln über die Änderung der Verträge (Art. 236), näher umschriebener Schutzklauseln⁸⁶ in Notfällen und vor allem, soweit hier an Vertragsverletzungen seitens anderer Mitgliedstaaten als Ursache für die Vertragsbeendigung zu denken ist, in Form spezieller Vertragsverletzungs- und Aufsichtsverfahren (Art. 169, 170 EWGV) ausdrücklich geschehen.

Insbesondere im Zusammenhang mit der sogleich als gesondertem Sachgesichtspunkt zu behandelnden Reaktion auf Vertragsverletzungen, gestützt auf völkerrechtliche Rechtsgrundsätze, hat der EuGH den Mitgliedstaaten stets ein einseitiges Handeln verwehrt und sie nachdrücklich auf die in den Gemeinschaftsverträgen vorgesehenen speziellen Verfahren und Instrumente verwiesen.

Gestattete man den Mitgliedstaaten zum Zwecke der Rechtfertigung einer Sezession aus dem Gemeinschaftsverbund einen beliebigen Rückgriff auf den völkerrechtlichen Grundsatz der „*clausula rebus sic stantibus*“, so würde dies einen schwerwiegenden Eingriff in die Verfassungsstruktur der Gemeinschaften und ihr besonders ausbalanciertes Regelungs- und Entscheidungssystem bedeuten.⁸⁷

Der spezielle Rücktrittsgrund wegen Vertragsbruches der Vertragspartner, der auch für multilaterale Verträge in Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention vorgesehen ist, soll hier ebenfalls unter dem nun folgenden Gesichtspunkt erlaubter Reaktionen auf Vertragsverletzungen seitens anderer Mitgliedstaaten erörtert werden.

81 *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, Berlin 1976, 418.

82 Urt. v. 2. 2. 1973, I.C.J. Reports 1973, S. 3, 18.

83 Urt. v. 2. 2. 1973, I.C.J. Reports 1973, S. 49, 63.

84 *Brierly* (Fn. 78), 338; *Brownlie*, Principles of public international law, 3. Aufl., Oxford 1979, 618; *Oppenheim/Lauterpacht* (Fn. 8), 940; *Verdross/Simma* (Fn. 81), 424; *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, Freiburg 1973, 86. Die Absicht, den Anwendungsbereich der Klausel möglichst eng zu begrenzen, hat auch die Beratungen der Wiener Vertragsrechtskonvention und die Formulierung des Art. 62 maßgeblich bestimmt. Dazu *Sinclair* (Fn. 8), 105 f. u. *Wetzel/Rauschning* (Fn. 8), zu Art. 62, S. 431.

85 Vgl. *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 1975, 499.

86 Dazu neuerdings umf. *A. Weber*, Schutznormen und Wirtschaftsintegration, Baden-Baden 1982, bes. 435 ff. Zur Frage, ob die bestehenden Schutzklauseln in der Praxis ausreichend sind, s. insb. *Oppermann*, Schutzklauseln in der Endphase des Gemeinsamen Marktes, EuR 1969, 231 ff., 237.

87 Dazu statt vieler *Ipse* (Fn. 2), § 4/21–24 = S. 100.

Im Bereich möglicher Sanktionen gegenüber Vertragsverletzungen durch einzelne Mitgliedstaaten hat die Frage eines ergänzenden Rückgriffs auf allgemeine Grundsätze des Völkerrechtes in letzter Zeit zunehmende Aktualität und in gewisser Hinsicht auch eine praktische Relevanz erlangt.

Zugleich ist freilich gerade auf diesem Gebiet, was die Haltung des EuGH anbelangt, besonders deutlich geworden, daß er die Gemeinschaftsrechtsordnung als eine eigenständige Rechtsordnung versteht, die eine Anreicherung oder Vervollständigung anhand andersgearteter Struktur- und Ordnungsprinzipien, wie sie das Völkerrecht kennzeichnen, nicht erlaubt.

Bekanntlich enthält nur der Montanvertrag in Art. 88 spezielle Sanktionsvorschriften, welche im Falle von Vertragsverletzungen durch bestimmte Mitgliedstaaten ihnen gegenüber die Aussetzung von Zahlungen aus der Gemeinschaftskasse sowie Retorsionsmaßnahmen durch die Gemeinschaft selbst bzw. nach einer entsprechenden Ermächtigung seitens der Gemeinschaft durch einzelne Mitgliedstaaten gestatten. Von diesen Sanktionsmöglichkeiten ist allerdings in der Gemeinschaftspraxis nie Gebrauch gemacht worden. Insofern bleibt die Vorschrift des Art. 88 EGKSV, wie kürzlich *Gerhard Bebr* noch einmal festgestellt hat, „a dead letter“.⁸⁸

In der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes⁸⁹ findet sich, ohne daß es sich dort aber um eigentliche Sanktionsmaßnahmen handelte, für unser Thema lediglich der bemerkenswerte Satz, Art. 88 EGKSV müsse, weil er in seinem Gehalt bei weitem über die bisher anerkannten klassischen Regeln des Völkerrechtes hinausgehe, eng ausgelegt werden.

Eine Renaissance und zugleich eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung ist Art. 88 EGKSV nun allerdings in der jüngsten Rechtsprechung zur Festsetzung von Erzeugungsquoten für die Stahlindustrie im Rahmen der Krisenmaßnahmen nach Art. 58 EGKSV zuteil geworden.

Hier hat der Gerichtshof kürzlich im *Klöckner*-Urteil⁹⁰ vom 7. Juli 1982 auf die Rüge des deutschen Stahlunternehmens, angesichts jahrelanger massiver vertragswidriger Subventionierung in anderen Mitgliedstaaten habe die Kommission mindestens bei der Ausgestaltung der Erzeugungsquotenregelung zugunsten der nichtsubventionierten Unternehmen einen Ausgleich vornehmen müssen, immerhin anerkannt, daß den von der Klägerin erhobenen Vorwürfen eine berechtigte Besorgnis zugrundeliege. Im übrigen hat der EuGH der Kommission dort entgegengehalten, sie könne den Argumenten des Unternehmens nicht „mit dem bloßen Hinweis auf die ihr nach Art. 88 offenstehenden Möglichkeiten begegnen, da sie anscheinend von diesen keinen Gebrauch gemacht habe.“⁹¹

In dem später beschlossenen, von der Regelungsmaterie her sehr viel weiterreichenden EWG-Vertrag sind ebenso wie im EAG-Vertrag bekanntlich keine dem

88 *Bebr*, Development of Judicial Control of the European Communities, The Hague/Boston/London 1981, 326.

89 Rs. 20/59, Slg. VI/1960, 681, 713.

90 Rs. 119/81, noch unveröffentlicht.

91 Rdn. 18 hektogr. Fassung.

Montanvertrag vergleichbaren Sanktionsvorschriften mehr enthalten. Hier stellt sich deshalb im Zusammenhang mit möglichen Sanktionsmaßnahmen gegen einzelne vertragsbrüchige Mitgliedstaaten das Problem des Rückgriffes auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechtes in besonderer Schärfe.

Im Rahmen des ungeschriebenen allgemeinen Völkerrechtes ist in gewissem Umfang eine Selbsthilfe der Staaten gegenüber anderen erlaubt,⁹² und zwar in Gestalt der Retorsion⁹³ als milderer einseitiger Reaktion auf ein bloß unfreundliches, lediglich die Interessensphäre berührendes Verhalten und der Repressalie⁹⁴ als schärferer Vergeltungsmaßnahme gegenüber einem völkerrechtswidrigen Eingriff in die eigenen Rechtspositionen, die ihrerseits als Eingriff in geschützte Rechte nur deshalb gestattet wird, weil sie sich gegen ein zuvor begangenes völkerrechtliches Delikt richtet.

Einigkeit besteht auf diesem Gebiet, soweit ich sehe, allerdings darüber, daß in jedem Fall zunächst die von seiten des Gemeinschaftsrechtes bei Vertragsbruch zur Verfügung gestellten Verfahren und Instrumente erschöpfend genutzt sein müssen, bevor an einen Rückgriff auf völkerrechtliche Sanktionen zu denken ist.⁹⁵ Hier müßte also zuvor ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den vertragsbrüchigen Staat nach Art. 169 bzw. 170 EWGV durchgeführt und ggf. ein zweites Urteil des Gerichtshofes wegen Nichtbefolgung des ersten, die Vertragsverletzung feststellenden Urteils nach Art. 171 EWGV erfolglos erstritten sein, bevor sich die Frage völkerrechtlicher Sanktionsmaßnahmen als „ultima ratio“ stellt.⁹⁶ Was die Rechtsstellung des Gemeinschaftsbürgers anbelangt, so muß hier freilich betont werden, daß er nach der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des EWG-Vertrages, anders als im Montanrecht,⁹⁷ keinen gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch darauf hat, die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens

92 Vgl. *Verdross*, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964, 424 f.

93 Zum Begriff *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 3, 2. Aufl., München 1977, 94; *Partsch*, „Retorsion“ in: *Strupp/Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 3, Berlin 1962; *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 4. Aufl., 1980, Rdn. 1288; *Tomuschat*, Repressalie und Retorsion. Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung, *ZaÖRV* 1973, 179 ff., 184 und *Verdross/Simma*, (Fn. 81), 648.

94 Zum Begriff *Berber* (Fn. 93), 95 f. mit einem Hinweis auf die vom Institut de Droit International in Art. 1 der „Résolution sur le régime de représailles en temps de paix“ 1934 gelieferte Definition; „Les représailles sont des mesures de contrainte, dérogatoires aux règles ordinaires du droit des gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit“; *Bleckmann*, Gedanken zur Repressalie, *Fs Schlochauer*, 1981, 193 ff.; *Dominicé*, Représailles et droit diplomatique, *Fs Hans Huber*, Bern 1981, 541 ff.; *Guggenheim*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. II, Basel 1951, 583 f.; *Partsch*, „Repressalie“ (Fn. 93); *Petersmann*, Internationale Wirtschaftsanaktionen als Problem des Völkerrechts und des Europarechts, *ZVgLR* Wiss 80 (1981), 1 ff., 16; *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 85), Rdn. 1289; *Tomuschat*, aaO, 185; *Vénézia*, La notion de représailles en droit international public, *RGDIP* 1960, 465 ff.; *Verdross/Simma* (Fn. 81), 652 f. Aus der Rspr. s. insb. den *Naulila-Fall*, Sentence arbitrale du 31 juillet 1928 concernant la responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique, *RIAA* Bd. 2, S. 1011. Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. *Ziegler*, Reflexe des Völkerrechts im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, *Fs Coing*, München 1982, 45 3 ff., 455 f. mit Hinw. z. ausf. Regelung im *PrALR*.

95 Dazu grunds. *Ipsen* (Fn. 2), § 26/2 = S. 531. Speziell zum Ausschluß des Rücktrittsrechts wegen Vertragsverletzung insoweit *Simma*, Zum Rücktrittsrecht wegen Vertragsverletzung nach der Wiener Konvention von 1969, *Fs. v. d. Heyde*, Berlin 1977, 615 ff., 628.

96 Dafür insb. *Bleckmann*, Zwangsmittel im Gemeinsamen Markt?, *RIW/AWD* 1978, 91 ff., 94; vgl. *ders.* Europarecht, 3. Aufl., 1980, 111.

97 Vgl. Rs. 7 u. 9/54, Slg. II/1955–1956, 55 u. Rs. 30/59, Slg. VII/1961, 3.

durch die Kommission zu erzwingen, wenn er sich durch ein vertragswidriges Verhalten eines Mitgliedstaates geschädigt fühlt.⁹⁸ Er bleibt hier auf die beschwerliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den vertragsbrüchigen Mitgliedstaat vor dessen Gerichten verwiesen.

Der EuGH hat den Weg einer ergänzenden Bezugnahme auf völkerrechtliche Grundsätze bei der Durchführung von Vertragsverletzungsverfahren nicht eingeschlagen. Vielmehr hat er in kontinuierlicher Rechtsprechung bei seiner Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Ahndung von Vertragsbrüchen durch die Mitgliedstaaten die Berücksichtigung völkerrechtlicher Grundsätze ausdrücklich ausgeschlossen. Als „leading case“ ist hier ein Urteil aus dem Jahre 1964⁹⁹ zu nennen, das die *Kommission* gegen *Belgien* und *Luxemburg* erstritten hat. In diesem Fall hat der EuGH bekanntlich expressis verbis den auf das allgemeine Völkerrecht gestützten Einwand der beklagten Staaten, der ihnen gegenüber erhobene Vorwurf einer Vertragsverletzung sei bereits deshalb unbegründet, weil die Gemeinschaft ihrerseits vertragsbrüchig geworden sei, mit dem Hinweis zurückgewiesen, „ein solcher Zusammenhang zwischen den Verpflichtungen der Rechtsunterworfenen“ – der bekannte Gedanke der Reziprozität im Völkerrecht¹⁰⁰ – könne „jedoch für das Gemeinschaftsrecht nicht anerkannt werden“. „Der Vertrag“, so der EuGH, „schafft nicht nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den verschiedenen Rechtssubjekten, für die er gilt, sondern er stellt eine neue Rechtsordnung auf, nach der sich die Befugnisse und Pflichten der Rechtssubjekte sowie die zur Feststellung und Ahndung etwaiger Rechtsverletzungen erforderlichen Verfahren bestimmen.“¹⁰¹ Daraus folgt für die Mitgliedstaaten insbesondere das Verbot, sich durch einseitige Ausgleichs- und Abwehrmaßnahmen selbst ihr Recht zu verschaffen.¹⁰²

An dem Grundsatz, daß den Mitgliedstaaten auch bei internen ökonomischen oder politischen Schwierigkeiten nur die gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Verfahren – die Teilnahme am Prozeß der innergemeinschaftlichen Willensbildung in den dafür eingesetzten Organen und ggf. die Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens als Reaktion auf einen nicht anders abzustellenden Vertragsbruch – zur Verfügung stehen, hat der Gerichtshof in einer Vielzahl von Fällen, auch in dem *Schaffleisch*-Urteil,¹⁰³ konsequent festgehalten.

98 Vgl. Rs. 48/65, Slg. XIII/1967, 39/40. Zu den Unterschieden zwischen EGKS- und EWGV s. GA *Gand* ebd. 43 f., vgl. ferner *Hartley*, The Foundations of European Community Law, Oxford 1981, 302 f.

99 Rs. 90 u. 91/63, Slg. 1964, 1329.

100 Dazu grundlegend *Simma*, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1972; *Virally*, Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain, RdC 122 (1967, III), 1 ff. und *Decaux*, La réciprocité en droit international, Paris 1980. Speziell zum Reziprozitätsprinzip als Grundlage für die Retorsion und die Repressalie *Berber* (Fn. 93), 94 f.

101 Slg. (Fn. 99), 1344.

102 Vgl. Rs. 48/71, Slg. 1972, 529, 535; Rs. 39/72, Slg. 1973, 101, 115 = EuR 1973, 226 mit Anm. *Millarg*; Rs. 52/75, Slg. 1976, 277, 284 f.; Rs. 78/76, Slg. 1977, 595, 613 und Rs. 128/78, Slg. 1979, 419, 429. Zum Verbot einseitiger nationaler Dringlichkeitsmaßnahmen während der Übergangszeit mit Rücksicht auf das in Art. 226 EWGV geregelte Verfahren der Genehmigung mitgliedstaatlicher Schutzmaßnahmen s. Rs. 7/61, Slg. VII/1961, 687, 719.

103 Rs. 232/78, Slg. 1979, 2729, 2739; vgl. auch im *Schaffleisch*-Fall die spätere Einstw. Anordnung, Rs. 24 u. 97/80, Slg. 1980, 1319, 1333.

Aus der jüngsten Rechtsprechung verweise ich hierfür auf die gegen *Frankreich* wegen einseitig verfügter *Importbeschränkungen für italienischen Wein* im italienisch-französischen „Weinkrieg“ erlassene Einstweilige Anordnung vom 4. März 1982,¹⁰⁴ ferner auf das Urteil gegen *Italien* aus dem Juni 1982,¹⁰⁵ das die von Italien eingeführte Pflicht zur Stellung einer Kautionsregelung ist allerdings in unserem Zusammenhang bemerkenswert, daß der EuGH neben dem neuerlich bestätigten Grundsatz, daß Zahlungsbilanzprobleme nur in den dafür vorgesehenen gemeinschaftsrechtlichen Verfahren, nicht aber durch einseitige nationale Maßnahmen gelöst werden dürfen, in einer gewissen Lockerung der sonst geltenden strengen Anforderungen den Mitgliedstaaten das Recht zugesteht, mit allen Mitteln, d. h. durch die eigenen Behörden, zu kontrollieren, ob die Vorauszahlungen tatsächlich für echte Geschäfte geleistet werden, unter dem Vorbehalt freilich, daß durch diese einseitigen nationalen Kontrollen der innergemeinschaftliche Warenverkehr nicht behindert werden darf.¹⁰⁶

Im übrigen bleibt aber für einen ergänzenden Rückgriff auf Maßnahmen der Retorsion und der Repressalie, wie sie das allgemeine Völkerrecht anerkennt, im Gemeinschaftsrecht nach der Konzeption des Gerichtshofes kein Raum.

Die Gemeinschaftsrechtsordnung wird auch und gerade an dieser, für das Rechtsdenken in den besonderen Kategorien der Integration empfindlichen Stelle als ein sich selbst genügendes System und Regelwerk verstanden, das über ausreichende eigene Formen und Verfahren zur Reaktion auf Vertragsbrüche seitens der Mitgliedstaaten verfügt.

Ich meine, der Gerichtshof hat den von ihm eingeschlagenen Weg mit Recht gewählt. Der – auch nur ergänzende – Rückgriff auf die völkerrechtlichen Instrumente der Retorsion und der Repressalie scheint mir für das Gemeinschaftsrecht nicht angemessen und wenig hilfreich zu sein. Zum einen sind jedenfalls bislang die Fälle einer bewußten und beharrlichen Nichtanwendung von Urteilen des Gerichtshofes seitens einzelner Mitgliedstaaten in der Gemeinschaftspraxis die ganz große Ausnahme geblieben. Im Grunde ist hier nur die Weigerung Frankreichs zu nennen, das sog. *Schafffleisch*-Urteil des Gerichtshofes¹⁰⁷ zu befolgen. Doch auch hier erfolgte schließlich die Rückkehr zur gemeinschaftsrechtlichen Legalität.

Gerade in diesem Zusammenhang, was die Respektierung von Urteilen der zuständigen höchsten Gerichtsinstanzen anbelangt, läßt sich im Gemeinschaftsrecht hinsichtlich der generellen Rechtsbefolgung ein deutlicher positiver Unterschied

104 Rs. 42/82, noch unveröff. – Rdn. 20 hektogr. Fassung.

105 Rs. 95/81, v. 9. 6. 1982, noch unveröff. – Rdn. 17 hektogr. Fassung.

106 AaO.

107 Fn. 103. Zur Gefährdung der Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft durch die Vorgänge um das Schafffleisch-Urteil s. *Kutscher*, Abschied vom Gerichtshof, Eur 1981, 1, 6 f. und: Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, Eur 1981, 392, 407, 411 sowie *G. Meier*, Integrationskraft und Rechtsgemeinschaft, RIW/AWD 1980, 39 sowie: Die Europäische Rechtsgemeinschaft am Scheideweg, RIW/AWD 1981, 246. Zu den Vorgängen in der Bundesrepublik im Anschluß an das Urteil des EuGH vom 7. 7. 1981 zu den sog. Butterfahrten, Rs. 158/80, Slg. 1981, 1805 s. *Grunwald*, Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, EuR 1982, 254 ff., 259 f. und *Everling*, EuR 1982, 301, 302.

zum allgemeinen Völkerrecht und zu der dort zunehmend zu beklagenden Nichtachtung der Autorität des Int. Gerichtshofes feststellen,¹⁰⁸ was freilich nicht dazu führen darf, im Gemeinschaftsrecht auch nur einen Fall mangelnder Urteilsbefolgung zu verharmlosen. In dem einzigen Fall, in dem sich bislang nach der Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens¹⁰⁹ eine erneute Verurteilung des betreffenden Mitgliedstaates wegen Nichtausführung des ersten, die Vertragsverletzung feststellenden Urteils als notwendig erwies, im sog. *Kunstschatze-Fall*,¹¹⁰ war die Nichtanwendung des gegen *Italien* ergangenen Urteils, wie *Claus-Dieter Ehlermann* mit Recht hervorgehoben hat, eher auf „administrative Ineffizienz“ als auf eine hartnäckige Nicht-Akzeptanz des Urteils zurückzuführen.¹¹¹ Zum anderen erscheinen mir die einseitig verhängbaren Vergeltungsmaßnahmen der Retorsion und der Repressalie, die z. T. auch im Kreise der Völkerrechtler – so etwa von *Georg Dahm*¹¹² – als „Überrest einer vergangenen Rechtskultur“ bezeichnet werden, mit den in der Gemeinschaft geltenden und sie beherrschenden Rechtsgrundsätzen schwerlich vereinbar zu sein. Das dort geschaffene Rechtssystem zeichnet sich dadurch aus, daß unter der Kontrolle der Gemeinschaft und ihrer Instanzen einschließlich der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofes genau geregelte Verfahren zur Reaktion auf Vertragsbrüche einzelner Mitgliedstaaten vorgesehen sind, nicht aber das Prinzip einer nicht näher umgrenzten Selbsthilfe gelten soll. Der EWG-Vertrag betont in Art. 219 ausdrücklich, daß „Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Vertrages nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln“ sind.

Darüber hinaus ist zu bedenken, worauf *Everling*¹¹³ kürzlich hingewiesen hat, daß das Gemeinschaftsrecht den Gemeinschaftsbürgern von den Staaten unabhängige Rechte aus der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehen hat. Würde man einzelnen Mitgliedstaaten, gestützt auf die völkerrechtlichen Grundsätze der Retorsion und der Repressalie, gestatten, im Verhältnis zu anderen Staaten der Gemeinschaft, jedenfalls zeitweilig, bestimmte Rechtsgrundsätze außer Kraft zu setzen, so könnten sie damit zugleich über geschützte Rechte der einzelnen disponieren. Bei einer rechtspolitischen Bewertung erscheinen mir deshalb die in der Einführung systemfremder völkerrechtlicher Instrumente in das Gemeinschaftsrecht liegenden Nachteile, insbesondere auch die durch den praktischen Gebrauch von Retorsion und Repressalie hervorgerufene Gefahr der Eskalation im Verhältnis der Mit-

108 Vgl. *Bernhardt*, Das Urteil des IGH im Ägäis-Streit, Fs *Schlochauer*, 1981, 167 und die Fälle mangelnder Urteilsbefolgung bei *Greve*, Über den Gesamtkarakter der jüngsten Epoche der Völkerrechtsgeschichte, ebd. 301 ff., 318 sowie bei *Müller/Wildhaber* (Fn. 9), 479.

109 Rs. 7/68, Slg. 1968, 634 = EuR 1969, 44.

110 Rs. 48/71, Slg. 1972, 529, 535.

111 Die Verfolgung von Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten durch die Kommission, Fs *Kutscher*, 1981, 135 ff., 149.

112 Völkerrecht, Bd. II, Stuttgart 1961, 433. *K. Friedrich*, Wirtschaft als Waffe – Gedanken anlässlich der Iran-Sanktionen, NJW 1980, 2620 verwendet den Ausdruck „archaisches Vergeltungsprinzip“, um das völkerrechtliche Instrument der Repressalie zu charakterisieren. Skeptisch gegenüber einer rein rechtlichen Be trachtungsweise beim Einsatz von Sanktionen im Rahmen der internationalen Wirtschaftsbeziehungen *Carreau/Juillard/Flory*, Droit international économique, 2. Aufl., Paris 1980, 22 f.

113 Vgl. Fn. 6.

gliedstaaten zueinander, ungleich größer zu sein als ihr Nutzen für die Sicherung der Legalität des Gemeinschaftsrechtes.¹¹⁴ Auch hier stoßen wir letztlich an die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Gemeinschaftsrechtes. Gegenüber der Nichtachtung von Urteilen des Gerichtshofes, die bislang in der Gemeinschaftspraxis erfreulicherweise die absolute Ausnahme geblieben ist, gibt es keinen perfekt wirksamen normativen Schutz. Hier können wir in der Gemeinschaft, wie auch sonst bei den Entscheidungen höchster Gerichte, nur auf das bestehende Ansehen der Gerichtsinstanz, auf ein gemeinsames Rechtsbewußtsein und schließlich auf das nüchterne Kalkül der Staaten hoffen, andernfalls in ähnlicher Form das Opfer von mitgliedstaatlichem Vertragsbruch werden zu können.

Wenn überhaupt, scheint mir als Reaktion auf die Nichtanwendung eines Urteils des Gerichtshofes eher ein Schadensersatzanspruch erwägenswert, den die Gemeinschaft, ein geschädigter Mitgliedstaat oder ein betroffener einzelner gegen den vertragsbrüchigen Mitgliedstaat erheben könnte. Ein solcher Schadensersatzanspruch wird neuerdings, insbesondere im Anschluß an das *Schaffleisch*-Urteil des EuGH,¹¹⁵ vereinzelt im Schrifttum¹¹⁶ erörtert und ist, wie sich aus der einschlägigen Literatur¹¹⁷ und der Berichterstattung durch die „Times“ ergibt, seinerzeit durch Großbritannien durchzusetzen versucht worden. Im einzelnen hat Großbritannien Anfang 1980¹¹⁸ einen später¹¹⁹ zurückgezogenen, nicht näher begründeten Antrag bei der Kommission eingebracht, diese möge dafür sorgen, daß dem Vereinigten Königreich wegen der Nichtanwendung des *Schaffleisch*-Urteils durch Frankreich unter Einschaltung des EuGH ein Schadensersatz in Höhe von 20 Mill. Pfund zuerkannt werde.

Bei der Erörterung eines möglichen, aus einem Vertragsbruch resultierenden Schadensersatzanspruches steht naturgemäß im Vordergrund der Überlegungen, auf welche Rechtsgrundlage er sich stützen ließe. In unserem Problemzusammenhang ergibt sich speziell die Frage, ob dafür auch Rechtsgrundsätze des allgemeinen Völkerrechtes oder nur die Vorschriften des Gemeinschaftsrechtes in Betracht kommen.

*Bleckmann*¹²⁰ und neuerdings *Derrick Wyatt*, der letztere unter dem bezeichnenden grundsätzlichen Titel „New Legal Order, or Old?“¹²¹ haben einen solchen Schadensersatzanspruch durch Rückgriff vornehmlich auf völkerrechtliche Rechtsgrundsätze auch für das Gemeinschaftsrecht bejaht. Hierzu ist anzumerken, daß es seit dem grundlegenden *Chorzow*-Urteil des StIGH aus dem Jahre 1928¹²²

114 Dazu *Everling* (Fn. 6) und die Editorial Comments, The Mutton and Lamb Story: isolated incident or the beginning of a new era?, *CMLR* 1980, 311, 313.

115 Fn. 103.

116 S. insb. *Ehlermann*, *Fs Kutscher*, 151 f. und *Hartley* (Fn. 98), 312 ff.

117 Vgl. *Hartley* (Fn. 98), 315.

118 „Times“ vom 11. 1. 1980.

119 „Times“ vom 2. 10. 1980.

120 Europarecht, 3. Aufl. 1980, 111 f.

121 Eur Law Rev 1982, 147 ff., 160 f.

122 Vom 13. 9. 1928, Judgment on the Merits, PCIJ, Series A, No. 17, spez. S. 29. Dazu insb. *Mosler* (Fn. 8), 168. S. ferner etwa StIGH v. 26. 7. 1927 im Fall *Chorzow Factory* (Jurisdiction), PCIJ Series A – No. 9, spez. S. 21; die Advisory Opinion des IGH v. 11. 4. 1949 im Fall *Reparations for Injuries suffered in the*

zu den in der internationalen Rechtsprechung wiederholt bestätigten anerkannten allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechtes rechnet, „that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation“.

Da ein allein auf völkerrechtliche Rechtsgrundsätze gegründeter Schadensersatzanspruch gegen einen vertragsbrüchigen Mitgliedstaat ähnlichen prinzipiellen Einwänden begegnen könnte, wie sie zum Ausschluß von Retorsion und Represalie in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen geführt haben, soll hier zunächst anhand der Rechtsprechung des EuGH weiter nach einer möglichen gemeinschaftsrechtlichen Fundierung eines solchen Anspruches gefragt werden. Hierfür läßt sich in erster Linie ein Urteil des Gerichtshofes aus dem Jahre 1973¹²³ anführen, in dem er über eine Vertragsverletzungsklage der *Kommission* gegen *Italien* wegen verzögerlicher administrativer Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften über die Gewährung von Prämien für die Schlachtung von Kühen befinden mußte. In diesem Fall hat der EuGH zur Rechtfertigung eines Rechtsschutzinteresses an der Fortführung eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens trotz Einstellung des beanstandeten nationalen Verhaltens, ähnlich wie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage im deutschen Verwaltungsprozeßrecht,¹²⁴ darauf verwiesen, daß bei verzögerlicher oder Nicht-Erfüllung einer von der Kommission festgestellten gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung „ein sachliches Interesse an einem Urteil... nach den Artikeln 169 und 171 des EWG-Vertrages deshalb bestehen kann, weil dieses die Grundlage für eine Haftung abgeben kann, die möglicherweise einen Mitgliedstaat infolge seiner Pflichtverletzung gegenüber anderen Mitgliedstaaten, der Gemeinschaft oder einzelnen trifft.“¹²⁵

Hier soll, unter Aussparung etwaiger Ansprüche der Gemeinschaft selbst sowie privater einzelner, etwas eingehender nur der Schadensersatzanspruch eines Mitgliedstaates gegen einen anderen behandelt werden, weil sich speziell insoweit die Frage stellt, ob das Gemeinschaftsrecht dafür eine Rechtsgrundlage zur Verfügung stellt oder ob zu diesem Zweck ein Rückgriff auf die geschilderten allgemeinen Grundsätze des Völkerrechtes sich als notwendig erweist.

Das erwähnte Urteil nennt für die dort angeführte Haftung des vertragsbrüchigen Staates keine spezielle gemeinschaftsrechtliche Anspruchsgrundlage. Anders als bei den Regeln über die Amtshaftung, die die Gemeinschaft für Amtspflichtsverletzungen ihrer Organe trifft (vgl. Art. 215 Abs. 2, 178 EWGV), sehen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über das Vertragsverletzungsverfahren (Art. 169 ff. EWGV) eine solche Schadensersatzpflicht jedenfalls nicht ausdrücklich vor. Art. 171 EWGV spricht für den Fall einer festgestellten Vertragsverlet-

Service of the United Nations, ICJ Reports 1949, S. 174, spez. S. 184 und das Urt. vom 9. 4. 1949 im *Korfu-Kanal-Fall*, ICJ Reports 1949, S. 4, spez. S. 23; vgl. *Verdross/Simma* (Fn. 81), 629 f. m.w.N.

123 Rs. 39/72, Slg. 1973, 101 = EuR 1973, 226 mit Anm. *Millarg*.

124 Gem. § 113 I 4 VwGO kann trotz Erledigung des angegriffenen Verwaltungsaktes ein berechtigtes Interesse an der Fortsetzung des Prozesses mit Rücksicht auf einen späteren Amtshaftungsprozeß bestehen. Vgl. BVerwG, Urt. v. 14. 1. 1980, NJW 1980, 2426; *Kopp, VwGO*, 5. Aufl. 1981, § 113 Rdn. 58; *Redeker/von Oertzen, VwGO*, 7. Aufl. 1981, § 113 Rdn. 14 jeweils m.w.N.

125 AaO (Fn. 123), 112.

zung allgemein die Verpflichtung des verurteilten Mitgliedstaates aus, „die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben“. Es gibt aber m. E. mehrere Gründe, die dafür sprechen – einen die Schadensersatzpflicht ausdrücklich bejahenden Präzedenzfall gibt es bislang nicht –, daß auch das Gemeinschaftsrecht auf der Basis eines ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundatzes bei Vertragsbruch eine Verpflichtung zum Schadensersatz im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander anerkennt¹²⁶ und daß darüber ggf. der Gerichtshof im Verfahren nach Art. 170 EWGV entscheiden kann. Als Beleg läßt sich nicht nur das erwähnte Urteil gegen Italien anführen. Auch in der Entscheidung des Gerichtshofes zum deutschen Kohlegesetz aus dem Jahre 1973¹²⁷ findet sich inzidenter ein Hinweis, der im Sinne der Bejahung einer Schadensersatzpflicht im Gemeinschaftsrecht herangezogen werden kann. Dort hat der EuGH im Zusammenhang mit dem Verfahren nach den Art. 169 bis 171 EWGV davon gesprochen, „der Vertrag ziele darauf ab, daß Verstöße und deren Folgen in Vergangenheit und Zukunft tatsächlich beseitigt werden“.

Weiterhin handelt es sich bei der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Rechts- oder Vertragsbruches um ein sehr allgemeines Rechtsprinzip, das nahezu jeder Rechtsordnung zugrundeliegt. In diesem Zusammenhang ist interessant, daß auch der StIGH in dem erwähnten *Chorzow*-Urteil¹²⁸ die Verpflichtung zum Schadensersatz bei Vertragsbruch nicht nur als einen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechtes, sondern darüber hinaus als „even a general conception of law“ bezeichnet hat. Es ist nicht anzunehmen, daß die ursprünglich sechs Mitgliedstaaten der Gemeinschaft mit ihrem relativ hohen Standard an Rechtstaatlichkeit diesen allgemeinen, im Völkerrecht wie im innerstaatlichen Recht anerkannten Rechtsgrundsatz in ihrem Verhältnis zueinander außer acht lassen wollten. Dafür spricht auch, daß die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruches, anders als die Retorsion und die Repressalie als nicht näher umgrenzte, der einseitigen Verfügungsgewalt der Staaten überantwortete Rechtsakte, einem gemeinschaftsrechtlichen Verfahren unterliegen würde, das nur unter maßgeblicher Beteiligung von Gemeinschaftsorganen, insbesondere unter vorheriger Einschaltung der Kommission nach Art. 170 Abs. 2–4 EWGV, durchgeführt werden könnte und dessen abschließende Sanktionierung durch den EuGH ausgesprochen würde. Auf diese Weise wird die Gefahr, daß die Anerkennung von Schadensersatzpflichten in bezug auf die Gemeinschaft desintegrerend wirken könnte, jedenfalls weitgehend ausgeschaltet. Eine andere Frage bleibt freilich, was die konkrete Durchsetzung eines Schadensersatzanspruches anbetrifft, in welchem Umfang er zu gewähren wäre und insbesondere wie substantiiert er vor Gericht dargetan werden müßte.¹²⁹ Das Völkerrecht gestattet nach herrschender Lehre und internationaler Praxis, daß der Staat in Ausübung seines Schutzrechtes grundsätzlich auch den Schaden, den

126 Ebenso *Ehlermann*, *Fs Kutscher*, 151.

127 Rs. 70/72, Slg. 1973, 813, 829 = EuR 1973, 342 mit Anm. *Millarg*; vgl. auch *Hartley*, (Fn. 98), 313 f.

128 Vgl. Fn. 122, S. 29.

129 Dazu auch *Ehlermann*, *Fs Kutscher*, 151 f.

seine Staatsangehörigen erlitten haben, als eigenen Schaden geltend macht,¹³⁰ jedenfalls dann, wenn die betroffenen Privaten zuvor erfolglos versucht haben, ihren Schaden vor den Gerichten des fremden Schädiger-Staates einzuklagen.¹³¹ Im Gemeinschaftsrecht besteht dafür im Gegensatz zum allgemeinen Völkerrecht um so weniger Grund, als hier dem Privaten durch das Gemeinschaftsrecht besondere, eigene Rechte verliehen worden sind, die er auch vor den Gerichten der anderen Mitgliedstaaten geltend zu machen vermag,¹³² wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die gerichtliche Rechtsdurchsetzung im Einzelfall schwierig sein und im übrigen die verfahrensmäßige Ausgestaltung des Rechtsweges von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren kann.¹³³ Dieses Eigenrecht des Bürgers führt im Ergebnis dazu, daß der Staat in diesem Fall grundsätzlich nur seinen direkt erlittenen eigenen Schaden geltend machen kann.¹³⁴ Dieser Schaden dürfte aber zumeist nur schwer zu beziffern sein.

Im Völkerrecht wird in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung der internationalen Gerichte¹³⁵ verlangt, daß der klagende Staat seine Ansprüche der Art und der Höhe nach spezifiziert, wenngleich es dort vielfach der gerichtlichen Praxis¹³⁶ entspricht, so etwa zuletzt im *Teheraner Botschafts-Fall*,¹³⁷ daß zunächst nur dem Grunde nach über die Schadensersatzpflicht entschieden wird, die genaue Festsetzung von Art und Höhe des zu leistenden Ersatzes aber einem späteren Urteil vorbehalten wird.

130 Sog. Eigenrechtstheorie im Gegensatz zur Vertretertheorie; vgl. *Berber* (Fn. 93), 20; *Brownlie*, (Fn. 84), 572; *Greig*, (Fn. 78), 523; *Seidl/Hohenveldern* (Fn. 93), Rdn. 1243; *Verdross/Simma* (Fn. 81), S. 633. Aus der Rspr. Urt. StIGH v. 30. 8. 1924 im Fall *Mavrommatis Palestine Concessions*, Series A, No. 2, spez. S. 12: „It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State... By taking up the case of one of its subjects... a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.“ Ähnlich IGH 11. 4. 1949 (Fn. 122), 184.

131 Sog. local remedies rule. Sie ist Bestandteil des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts: *Berber* (Fn. 93), 22; *Dahm*, VR III, 261; *Greig*, 580. Rspr.: IGH v. 21. 3. 1959 im *Interhandel Case*, ICJ Reports 1959, S. 6, spez. S. 27: „... a well established rule of customary international law.“ Sie ist aber auch in einer Reihe von Verträgen niedergelegt (s. z. B. Art. 26 EMRK).

132 Bei einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch Behörden der Mitgliedstaaten kann der geschädigte Private Schadensersatz im Rahmen des jeweiligen nationalen Staatshaftungsrechts vor den Gerichten der Mitgliedstaaten geltend machen. Vgl. Rs. 13/68, Slg. 1968, 680, 693 = EuR 1969, 47; Rs. 60/75, Slg. 1976, 45, 56 und Rs. 217/81, Urt. v. 10. 6. 1982, *Interagra*, noch unveröff. – Rdn. 7–10 hektogr. Fassung. Vgl. *Karpenstein*, Zur Wiedergutmachung von Vertragsverstößen der Mitgliedstaaten gegen das Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1977, 61 ff., 64 f. und *Rengeling*, Remedies for breach of Community Law, Deutscher Landesbericht, F.I.D.E. Vol. 1, London 1980, unter 4.7 m.w.N.

133 Dazu etwa GA *Reischl* zu Rs. 52/76, Slg. 1977, 193.

134 Ebenso *Ehlermann*, Fs *Kutscher*, 152.

135 S. insb. Urt. IGH v. 25. 7. 1974 im *deutsch-isländischen Fisheries Jurisdiction Case*, ICJ Reports 1974, S. 175, spez. S. 204: „In order to award compensation the Court can only act with reference to a concrete submission as to the existence and the amount of each head of damage. Such an award must be based on precise grounds and detailed evidence.“

136 Vgl. etwa Urt. IGH v. 9. 4. 1949 im *Korfu-Kanal-Fall*, ICJ Reports 1949, S. 4. Dazu *Müller/Wildhaber*, (Fn. 9), 317 f.

137 Urt. des IGH v. 24. 5. 1980, ICJ Reports 1980, S. 3; dt. Übers. *Müller/Wildhaber*, (Fn. 9), 327, EuGRZ 1980, 394 ff. Zum Vorbehalt der Entscheidung über Art und Höhe des Schadensersatzes für ein späteres Verfahren s. Nr. 6 der Entscheidungsgründe; vgl. auch *Folz*, Bemerkungen zur völkerrechtlichen Beurteilung der Vorfälle um die amerikanischen Geiseln im Iran, Fs *Schlochauer*, 271 ff., 282 f., *Wengler*, Der IGH entscheidet in der Sache der im Iran festgehaltenen Geiseln, NJW 1980, 1999 f.

Für das Gemeinschaftsrecht hat der EuGH¹³⁸ im Verfahren nach Art. 215 Abs. 2 EWGV bei der Feststellung der Amtshaftung der Gemeinschaft die Geltendmachung eines „symbolischen“ Schadensersatzes nicht geduldet und statt globaler Statistiken den Nachweis eines konkreten Schadens verlangt.

Ähnliches müßte auch für einen Schadensersatzprozeß zwischen Mitgliedstaaten gelten. Freilich dürften an die Darlegungspflicht des klagenden Mitgliedstaates auch keine übertriebenen Anforderungen in puncto Spezifizierung des Schadens gestellt werden. Soll der Ersatzanspruch in diesem Punkte nicht von vornherein zum Scheitern verurteilt sein, so wird man hier in gewisser Form auch pauschale Berechnungen genügen lassen müssen. Weitere Einzelheiten können an dieser Stelle nicht erörtert werden.

Für unsere Zwecke muß es hier bei der Feststellung sein Bewenden haben, daß grundsätzlich, und zwar gestützt auf Gemeinschaftsrecht, nicht auf Völkerrecht, im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander insbesondere im Fall der Nichtbefolung eines Urteils des Gerichtshofes eine Schadensersatzpflicht anzunehmen ist und für die gerichtliche Durchsetzung das Verfahren nach Art. 170 EWGV offensteht.¹³⁹ Daß ein solcher Schadensersatzprozeß freilich zumindest die Gefahr einer erneuten Nichtbefolung eines Urteilsspruches des Gerichtshofes schafft, sollte nicht verschwiegen werden. Auch ist die mitgliedstaatliche Entscheidung über die Erhebung einer Schadensersatzklage naturgemäß maßgeblich von Gesichtspunkten politischer Opportunität abhängig und kann durchaus als kalkuliertes Druckmittel im Rahmen des innergemeinschaftlichen Interessenausgleichs eingesetzt werden.

Will man versuchen, die unbedingte Beachtung von Urteilen des Gerichtshofes seitens der Mitgliedstaaten möglichst umfassend zu sichern, so könnte man neben der Anerkennung einer prinzipiellen Schadensersatzpflicht bei Mißachtung von Urteilen weiterhin erwägen, ob nicht der Kommission als Wächterin über die Einhaltung der Verträge, gestützt auf ihre allgemeinen Überwachungskompetenzen nach Art. 155 EWGV, besondere Befugnisse bei der Vollstreckung von Urteilen zustehen, so etwa im Extremfall die selbständige Auferlegung von Schadensersatzpflichten oder die Verfügung von Retorsionsmaßnahmen im Namen der Gemeinschaft. Immerhin ist in den frühen Kommentierungen zu Art. 171 EWGV, so etwa von *v. d. Groeben/v. Boeckh*, nachzulesen,¹⁴⁰ daß mangels entsprechender Vorschriften über die Vollstreckung richterlicher Urteile gegen Mitgliedstaaten in den Verträgen „es den mit der Kontrolle beauftragen Organen der Gemeinschaft überlassen bleibe, ob und ggf. welche Maßnahmen sie im Rahmen der ihnen übertragenen Befugnisse anzuwenden haben, um einen Staat zur Einhaltung seiner Verpflichtungen zu bringen“.

Ich meine, daß sich zugunsten der Kommission aus ihrem allgemeinen Überwachungsauftrag in Art. 155 EWGV, will man nicht das System der Gewaltenbalan-

138 Rs. 26/74, Slg. 1976, 677, 687.

139 Ebenso *Ehlermann*, *Fs Kutscher*, 152.

140 EWGV-Komm. 1960, Art. 171 Rdn. 2 S. 127 f.

ce in den Verträgen stören und den wesentlichen Grundsatz der „compérence d’attribution“¹⁴¹ verletzen, mangels ausdrücklicher Vollstreckungsvorschriften in diesem Fall, über ihre Rechte nach Art. 169 EWGV hinaus schwerlich weitergehende Vollstreckungsbefugnisse herleiten lassen,¹⁴² um die Beachtung von Urteilen des EuGH durch vertragsbrüchige Mitgliedstaaten sicherzustellen. Wenn überhaupt, scheint mir aus dem Gesichtspunkt der Einheit der Gemeinschaftsverträge¹⁴³ eher denkbar, auf die im Montanvertrag anerkannten Sanktionsmöglichkeiten des Art. 88 auch im Rahmen der anderen Gemeinschaftsverträge zurückzugreifen. Aber auch an der Gangbarkeit dieses Weges müssen erhebliche, im Ergebnis kaum überwindbare Zweifel deshalb bestehen, weil in die später beschlossenen Römischen Verträge keine besonderen Sanktionsvorschriften nach dem Vorbild des Montanvertrages mehr aufgenommen worden sind.¹⁴⁴

Unter den möglichen Sanktionen bei Vertragsverletzungen bleibt, insbesondere für den Fall der Nichtanwendung von Urteilen des Gerichtshofes, schließlich noch zu erörtern, ob insoweit im ergänzenden Rückgriff auf Grundsätze des allgemeinen Völkerrechtes für alle übrigen bzw. auch für besonders geschädigte einzelne Mitgliedstaaten Rechte zur Vertragsbeendigung bzw. Vertragssuspendierung gegenüber einem vertragsbrüchigen Staat nach den Regeln des Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention bestehen. Dort sind solche Rechte zur Vertragsbeendigung bzw. -suspendierung unter den näher in Abs. 2 bis 5 umschriebenen Umständen auch für die Partner eines multilateralen Vertrages bei einem wesentlichen Vertragsbruch („material breach“) seitens eines Vertragsstaates vorgesehen. Der Int. Gerichtshof¹⁴⁵ hat die in dieser Bestimmung enthaltenen Regeln, auch unter Hinweis darauf, daß sie auf der Wiener Konferenz ohne Gegenstimme angenommen wurden, im wesentlichen als bereits geltendes völkerrechtliches Gewohnheitsrecht gewertet.

Nach meiner Meinung können die in Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention vorgesehenen völkerrechtlichen Regeln im Gemeinschaftsrecht keine, auch keine ergänzende Geltung beanspruchen.

Ein Recht für eine durch die Vertragsverletzung besonders betroffene Vertragspartei, einseitig die Verletzung als Grund für die Suspendierung des Vertrages im Verhältnis zwischen ihr und dem vertragsbrüchigen Staat geltend zu machen (Art. 60 Abs. 2 Buchst. b), unterliegt ähnlichen Bedenken wie die Inanspruchnahme

141 Zu dessen Bedeutung etwa *L.-J. Constantinesco* (Fn. 2), 513 f.; *Ipsen* (Fn. 2), § 20/21 – 36; *Nicolaysen* (Fn. 2), 43 f.

142 Zur Beschränkung der Kommission auf die ihr nach den Verträgen eingeräumten Befugnisse *J. Schwarze* (Fn. 63), 142 f. m.w.N.

143 Dazu bes. *Bleckmann*, Die Einheit der Europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung – Einheit oder Mehrheit der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1978, 95 ff.

144 Zu den möglichen Motiven hierfür *Daig*, HdbEurWirtsch, Stand September 1974, I A 63 Art. 169 EWGV Anm. III, 2.

145 S. Advisory Opinion v. 21. 6. 1971 betr. die „Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)“, ICJ Reports 1971, S. 16, spez. S. 47. Insges. z. R. der einseitigen Vertragsbeendigung aufs. *Briggs*, Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention and the International Court of Justice, AJIL, Vol. 68, 1974, 51 ff.

me der völkerrechtlichen Instrumente der Retorsion und Repressalie aus diesem Grunde. Zur Reaktion auf Vertragsverletzungen müssen die für diesen Fall vorgesehenen besonderen gemeinschaftsrechtlichen Vertragsverletzungs- und Aufsichtsverfahren unter Ausschluß einseitiger Selbsthilfemaßnahmen der Staaten Exklusivität beanspruchen.¹⁴⁶ Wollte man ein Recht zu einer einseitigen Suspendierung des Vertrages wegen Vertragsbruches, gestützt auf völkerrechtliche Grundsätze, anerkennen, so würde den Staaten, abweichend von den Verträgen als kohärentem Verfassungs- und Regelsystem, ein Recht eingeräumt, das keinerlei Kontrolle seitens der Gemeinschaft oder einer Mitsprache ihrer Organe unterliegen würde. Im übrigen geht Art. 60 Abs. 4 der Wiener Konvention selbst davon aus, daß besondere Vertragsbestimmungen (hier: der Gemeinschaftsverträge) unberührt bleiben, die im Fall der Vertragsverletzung anwendbar sind.¹⁴⁷

Auch für die Reaktion aller übrigen Mitgliedstaaten, die für den Fall nachhaltiger und schwerer Vertragsverletzungen, insbesondere die dauerhafte Nichtbeachtung von Urteilen des EuGH oder die definitive Abkehr von gemeinschaftlich anerkannten fundamentalen Rechtsstaats- und Demokratiegrundsätzen,¹⁴⁸ sich gezwungen sehen könnten, den vertragsbrüchigen Staat aus der Gemeinschaft auszuschließen,¹⁴⁹ scheint mir ein Rückgriff auf völkerrechtliche Grundsätze nicht notwendig zu sein. Ein solcher Ausschluß als „ultima ratio“ in Extremfällen ließe

146 A. A. insb. *Bleckmann*, RIW/AWD 1978, 91 ff., 93 u. *Simma*, Fs v. d. *Heydte*, 628.

147 Zu den Vorbehalten, die im Zusammenhang mit den Rechten aus Art. 60 der Wiener Vertragsrechtskonvention gerade für die Gründungsverträge internationaler Organisationen bestehen, s. bes. die Separate Opinion von Judge *de Castro* zum Urteil des IGH v. 18. 8. 1972 im Fall Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v. Pakistan*), ICJ Reports 1972, S. 46, spez. S. 129 f. Nach einem Hinweis u. a. auf Art. 60 Abs. 4 und Art. 5 WRK betont *de Castro* die Besonderheiten der Gründungsverträge internationaler Organisationen: „In the course of the discussions at the Vienna Conference, emphasis was laid on the need for the utmost respect for the peculiarities of international organizations. The States did not wish to weaken the growing achievements and the effectiveness of international organizations... From the moment of its creation, an international organization is a new juridical reality... Whatever the nature of its legal personality may be, each organization has a constitution which provides it with a general rule to which all its members are subject. Their rights and obligations towards each other flow from this constitution.. The State which is in breach of those of its obligations or duties which derive from this constitution, towards another member State of the organization, is not in breach of a single bilateral treaty between them, it is in breach of the constitution of the organization. The effects of such a breach are governed by that constitution. It is only in a supplementary way that the general rules of international law, those enshrined in the Vienna Convention, may be applied.“.

148 In ihrer Kopenhagener Erklärung vom 7./8. 4. 1978 haben die im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs feierlich bekundet, daß „die Achtung und die Aufrechterhaltung der parlamentarischen Demokratie und der Menschenrechte in allen Mitgliedstaaten wesentliche Elemente ihrer Zugehörigkeit zu den Europäischen Gemeinschaften sind“ (EArch 1978, D 284). Hinsichtlich der Anhörungsrechte des Europ. Parlaments im Gesetzgebungsverfahren hat der EuGH (Rs. 139/79, Slg. 1980, 3393 = EuR 1981, 49 mit Anm. *Beutler*) für die Gemeinschaft selbst betont, daß diese Befugnisse „auf Gemeinschaftsebene, wenn auch in beschränktem Umfange, ein grundlegendes demokratisches Prinzip (widerspiegeln), nach dem die Völker durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind“. Zur Bedeutung des Verfassungsgrundsatzes der Demokratie für die EG zuletzt *Zuleeg*, Demokratie und Wirtschaftsverfassung in der Rechtsprechung des EuGH, Eur 1982, 21 ff., 22 f. m.w.N.

149 Allgemein zum Ausschluß von Mitgliedstaaten aus Internationalen Organisationen *Bowett*, The Law of International Institutions, London 1963, 317 ff.; *Greig* (Fn. 78), 851 ff.; *Menzel/K. Ipsen*, Völkerrecht, 2. Aufl. 1979, 264 f.; *Schermers*, International Institutional Law, Vol. 1 Leiden 1972, 54 ff.; *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 35), Rdn. 2030 ff.

sich durchaus auf ein auch in der Gemeinschaft gültiges Recht „of taking emergency action“, wie *Smit/Herzog*¹⁵⁰ es nennen, stützen.

Ein Vergleich zu dem Ausschluß aus einer Gesellschaft bei nachhaltiger Störung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes durch einen Gesellschafter liegt nahe, um die Allgemeingültigkeit dieses Prinzips an einem Beispiel zu verdeutlichen. Der frühere Präsident des Gerichtshofes *Robert Lecourt* hat den Vergleich gezogen, und ich meine, mit vollem Recht. *Lecourt* schreibt: „Six personnes fondent une société. Trois autres se joignent à elles. Un jour l'une d'elles prétend reprendre une partie de son apport pour en disposer unilatéralement en faveur des tiers, tout en continuant à participer aux avantages de la société. Se trouverait-il un juge, en quelque pays que se soit, pour sanctionner cette prétention? Pourquoi en serait-il autrement, si les associés sont non de simples particuliers, mais des Etats?“¹⁵¹ Ich halte den Vergleich und das dahinterstehende Argument für ein Ausschlußrecht kraft Gemeinschaftsrechts bei nachhaltigem Vertragsbruch für sehr einleuchtend und überzeugend.

Unter den in der Einleitung erwähnten Fragen bleibt nunmehr allein diejenige zu beantworten, ob für die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechtes besondere Auslegungsmethoden gelten oder ob der EuGH in seiner Rechtsprechung den traditionellen Interpretationsregeln des Völkerrechtes¹⁵² gefolgt ist. Ich denke, hier reicht eine Antwort in knapper Form aus. Sie kann, gerade auch unter dem Eindruck der zuvor mitgeteilten grundsätzlichen Urteile, nur im Sinne der Bejahung einer eigenständigen Auslegungsmethode ausfallen, die der EuGH in ständiger Rechtsprechung für das europäische Gemeinschaftsrecht gewählt hat.

Diese besondere Auslegungsmethode ist dadurch gekennzeichnet, daß im Wege einer vielfach über den Buchstaben der Verträge hinausreichenden teleologischen, dynamischen Interpretation den Zielen der Gemeinschaft und der Wahrung der Funktionsfähigkeit ihrer Organe vorrangige Bedeutung beigemessen wird.

Die Wahl dieser besonderen Auslegungsmethode ist darüber hinaus eine maßgebliche Ursache dafür, daß sich das europäische Gemeinschaftsrecht überhaupt in dem Umfange zu einer eigenständigen Rechtsordnung entwickeln konnte, wie dies bis heute aufgrund der Rechtsprechung des EuGH¹⁵³ geschehen ist. Zu einer eingehenderen Schilderung der im europäischen Gemeinschaftsrecht geltenden besonderen Auslegungsgrundsätze und -methoden besteht hier um so weniger Anlaß, als diese umfassend und mit eindringlicher Präzision im Jahre 1976 von

¹⁵⁰ The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty, Vol. 6, New York 1981, 6–364; ähnlich *G. Meier*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1974, 391 ff., 393 f.

¹⁵¹ *Lecourt*, L'Europe des juges, Bruxelles 1976, 304.

¹⁵² Daß sie bereits als solche nicht so leicht auszumachen sind, bezeugt der bekannte Satz von *Mc Nair* (Fn. 64), 364: „There is no part of the law of Treaties which the textwriter approaches with more trepidation than the question of interpretation.“

¹⁵³ Ausführliche Würdigung der Leistungen der europäischen Rechtsprechung bei der Herausbildung des europäischen Gemeinschaftsrechts jüngst durch *Eric Stein*, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AmJournIntl 75 (1981), 1 ff.

dem früheren Präsidenten des Gerichtshofes *Hans Kutscher*¹⁵⁴ dargelegt worden sind. Das damalige Ergebnis, die Existenz einer eigenständigen Auslegungsmethode im Europäischen Gemeinschaftsrecht, die sich von den traditionellen Interpretationsgrundsätzen des allgemeinen Völkerrechtes prinzipiell unterscheidet,¹⁵⁵ ist durch die seitherige Rechtsprechung des Gerichtshofes erneut in seiner Richtigkeit bestätigt worden. Ich kann deshalb insbesondere *Albert Bleckmann* nicht zustimmen, wenn er die These vertritt, der EuGH „folgt weitgehend den herkömmlichen Auslegungsmethoden des Völkerrechtes“.¹⁵⁶

Gewiß ist auch in der Entwicklung des modernen Völkerrechtes, worauf *Rudolf Bernhardt*¹⁵⁷ zu Recht verwiesen hat, in gewisser Hinsicht ein Abschied von der von ihm so bezeichneten „meistzitierten und zugleich zweifelhaftesten Auslegungsregel in *dubio mitius*“ festzustellen. Diese die mögliche Respektierung der staatlichen Souveränität gebietende Maxime¹⁵⁸ ist jedenfalls in den Kanon der Auslegungsregeln der Art. 31–33 der Wiener Vertragsrechtskonvention ausdrücklich nicht aufgenommen worden. Darüber hinaus zeichnet sich auch im Völkerrecht verstärkt ein Wandel zu einer dynamischen Vertragsinterpretation¹⁵⁹ und zu einer gerade den Besonderheiten der Gründungsverträge internationaler Organisationen Rechnung tragenden spezifisch-funktionellen Auslegungsmethode¹⁶⁰ ab,

154 AaO (Fn. 33), I, 1 ff.

155 Aao (Fn. 33), I, 32–38. Vgl. auch *ders.* EuR 1981, 392 ff., 400 f.

156 Zu den Auslegungsmethoden des EuGH, NJW 1982, 1177 ff., 1181. Ähnlich vermag *Bernhardt*, Fs *Bind-schedler*, 229 ff., 237, sowie Fs *Kutscher*, 17 ff., 20 f. keinen wesentlichen Unterschied zwischen den Auslegungsregeln des allgemeinen Völkerrechts und des Gemeinschaftsrechts zu erkennen.

157 Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Köln/Berlin 1963, 143. Ebenfalls kritisch und mit Hinweisen auf die schwindende Bedeutung dieses Auslegungsgrundsatzes *Lauterpacht*, The Development of International Law by the International Court, London 1958, 360 und *Mc Nair* (Fn. 64), 765.

158 Zur Verwendung dieses Grundsatzes i. d. Rspr. s. StGH im Fall *Mossul* (Interpretation of Art. 3, Para. 2, of the Treaty of Lausanne), Advisory Opinion v. 21. 11. 1925, PCIJ, Series B, No. 12, S. 25: „... if the wording of a treaty provision is not clear, in choosing between several admissible interpretations, the one which involves the minimum of obligations for the Parties should be adopted“ sowie im *Lotus*-Fall, Urt. v. 7. 9. 1927, PCIJ, Series A, No. 10, S. 18: „The rules of law binding upon States emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law... Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.“ Zur heutigen Bedeutung des Grundsatzes vgl. v. *Münch*, Völkerrecht, 2. Aufl., 1982, 181 f.; *Verdross/Simma* (Fn. 81), 393 u. *Maarten Bos*, Theory and practice of Treaty Interpretation, Netherlands Intern. Law Review 1980, unter 5.2.3. (4) = S. 153 f.

159 S. insb. das *Nambia*-Gutachten des IGH (Fn. 145), 31: „... an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation“ und das Urteil des IGH v. 19. 12. 1978 im *Ägäis*-Streit zwischen Griechenland und der Türkei, ICJ Reports 1978, S. 3, spez. S. 33 f. mit dem Hinweis, daß ein griechischer Vorbehalt von 1931 „must be interpreted in accordance with the rules of international law as they exist today, and not as they existed in 1931. It follows that in interpreting and applying reservation (b) with respect to the present dispute the Court has to take account of the evolution which has occurred in the rules of international law...“. Zu den Grenzen einer dynamischen Vertragsinterpretation deutlich *Verdross/Simma* (Fn. 81), 395 f.

160 Dazu insb. das Gutachten des IGH v. 11. 4. 1949 (Fn. 122), 180: „... the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice“, die Dissenting Opinion von Richter *Alvarez* zum Gutachten im Fall *Admission to the United Nations*, v. 3. 3. 1950, ICJ Reports 1950, 16 f. mit dem Hinweis, daß „treaties creating an international organization... are not to be interpreted literally, but primarily having regard to their purposes“ und die Separate Opinion des Richters *de Castro* zum *Nambia*-Gutachten (Fn. 145), 184: „Multilateral treaties, conventions establishing an international organization and above all the Charter, are subject to particular rules of interpretation.“ Aus der Lit. vgl. insb. *Ress*, (Fn. 9), 13 f. m. u. *N.* und *Lang*, Les règles d'interprétation codifiées par la Convention de Vienne sur le Droit des Traités et divers types de traités, ÖZöffR 24 (1973), 113 ff., 149.

die dem jeweiligen Zweck der internationalen Organisation besondere Bedeutung beimißt.

Gleichwohl bleiben für die im europäischen Gemeinschaftsrecht anerkannten Auslegungsmethoden gewichtige Unterschiede bestehen, die sie in ihrer Vielzahl und Prägnanz deutlich von den herkömmlichen Auslegungsregeln des allgemeinen Völkerrechtes abheben und die die Bewertung mit dem Attribut der Eigenständigkeit¹⁶¹ rechtfertigen.

So findet abweichend von den Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 32) im Gemeinschaftsrecht ein ergänzender Rückgriff auf die nicht verfügbaren „travaux préparatoires“ nicht statt. Das nachfolgende Verhalten der Vertragspartner kann, wie im einzelnen geschildert, im Gegensatz zu Art. 31 Abs. 3 der Wiener Vertragsrechtskonvention bei der Auslegung der Gemeinschaftsverträge nicht herangezogen werden. Die Verträge werden bewußt dynamisch in einer Form ausgelegt, die häufig den Vertragstext weit hinter sich läßt. Wenn überhaupt, lassen sich hier eher Parallelen zu den Grundsätzen der Verfassungsinterpretation feststellen, wie sie im innerstaatlichen Recht Gültigkeit besitzen. Dies alles erlaubt eine deutliche Trennung und Unterscheidung vom allgemeinen Völkerrecht auch bei den Auslegungsmethoden und Interpretationsgrundsätzen, die das europäische Gemeinschaftsrecht in der Praxis des Gerichtshofes maßgeblich bestimmen.

IV. Abschließende Stellungnahme

Ich komme zu einer zusammenfassenden eigenen Stellungnahme: Insbesondere die Analyse der Rechtsprechung des EuGH hat gezeigt, daß das europäische Gemeinschaftsrecht in seiner heutigen Struktur, Gestalt und Dichte eigene Antworten auf die eingangs gestellten einzelnen Fragen bereithält und daß dementsprechend ein Rückgriff auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen weder notwendig noch geeignet erscheint, die dort auftretenden spezifischen Sachprobleme zu lösen.

Das Argument, da die Gemeinschaften auf der Basis völkerrechtlicher Verträge entstanden seien, unterlägen sie nach wie vor den Regeln des allgemeinen Völkerrechts, hat angesichts einer trotz aller Krisen und Hemmnisse seit nunmehr über 25 Jahren dauernden, in den Grundprinzipien eigentlich unumstrittenen Gemeinschaftsentwicklung und der langfristigen Entfaltung realer Gemeinschaftspolitik mit eigenen Wirkungsgesetzen jedenfalls entscheidend an Gewicht verloren. Es

161 Ebenso zuletzt *Sørensen* (Fn. 2), 432. S. weist auch auf den Unterschied zu den Interpretationsgrundsätzen des Europ. Gerichtshofes für Menschenrechte hin, der den allgemeinen völkerrechtlichen Methoden näher gefolgt sei. S. dazu ferner *Mosler*, Problems of Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights, Essays in Memory of *van Panhuys*, Rockville 1980, 149 ff. und *Ganshof van der Meersch*, EuGRZ 1978, 37 ff., 42. Aus der Rspr. s. etwa das Urteil v. 21. 2. 1975 im Fall *Golder*, EuGRZ 1975, 91, 93, wo der EGMR ausdrücklich auf die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention Bezug genommen hat.

kann heute der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts und seiner Loslösung vom Völkerrecht kaum mehr überzeugend entgegengesetzt werden. Unter dem Dach der allgemeinen Völkerrechtsordnung haben sich eigenständige Teilordnungen, „Subsysteme“, wie es *Max Sørensen*¹⁶² ausgedrückt hat, gebildet, die ihre eigenen spezifischen Regeln entwickelt haben und einen Rückgriff auf die allgemeineren Prinzipien des Völkerrechts nicht mehr gestatten.

Der entscheidende Grund, warum im Rahmen der innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen allein das Gemeinschaftsrecht, nicht aber, auch nicht ergänzend, das allgemeine Völkerrecht Geltung beanspruchen kann, hängt, abgesehen davon, daß die Gemeinschaftsverträge ein eigenes Verfassungs-, Regelungs- und Streitschlichtungssystem geschaffen haben, mit den besonderen Funktionen zusammen, die das Recht im Prozeß europäischer Integration erfüllen muß. Es gehört zu den Wesensmerkmalen des europäischen Gemeinschaftsrechts, daß es nicht nur eine Rechtsordnung zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zur Verfügung stellen muß, sondern daß ihm darüber hinaus auch eine instrumentale Funktion zur Herbeiführung der Integration zukommt. Will man aber einen Integrationsprozeß steuern, so muß das anzuwendende Recht auch über die nötige Steuerungskraft verfügen. Unter dem Blickwinkel der Sicherung des Bestandes und der Fortentwicklung der Gemeinschaft hat das Gemeinschaftsrecht der Gemeinschaft seit ihrer Gründung eine relativ gefestigte „Infrastruktur“ verschafft¹⁶³ und damit einen maßgeblichen Beitrag zur Herausbildung und zum Zusammenhalt der Gemeinschaft geleistet. Dieser Beitrag ist dadurch erbracht worden, daß die Gemeinschaft sich eines eigenen, ihr adäquaten Rechtes bediente, das sich deutlich vom herkömmlichen allgemeinen Völkerrecht abheben und unterscheiden wollte. Es läßt sich kaum bezweifeln, daß sich das europäische Gemeinschaftsrecht in seiner heutigen Struktur und Gestalt, die durch eine umfangreiche, eher ausufernde sekundäre Gesetzgebung und eine bedeutende, konsequent integrationsfreundliche Rechtsprechung entscheidend gekennzeichnet sind, hinsichtlich seiner Durchsetzbarkeit als sehr viel „härter“ erweist als das allgemeine Völkerrecht. Die erwähnten Bedenken von Generalanwalt *Lagrange*,¹⁶⁴ allgemeine Rechtsgrundsätze, die man nicht im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten, sondern im weltweiten Maßstab suchen wollte, müßten naturgemäß sehr viel verschwommener sein, gelten noch heute und haben eher an Gewicht gewonnen. Im Kreise der Völkerrechtler wird darauf hingewiesen, daß die zunehmende Universalität zu einem Verlust an inhaltlicher Präzision der allgemein anerkannten Re-

162 AaO (Fn. 161), 434.

163 Dazu *J. Schwarze*, Die Befugnis zur Abstraktion im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1976, 239. Der Ausdruck „rechtliche Infrastruktur“ geht auf *Streil*, EuGRZ 1976, 116 zurück. S. jetzt auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14. 10. 1981 zur Verantwortung des EuGH für die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, ABI. 1981, C 287/47.

164 Vgl. o. Fn. 46.

geln des Völkerrechts geführt habe bzw. überhaupt nur zu diesem Preis in der heutigen heterogenen Staatenwelt habe „erkauf“ werden können.¹⁶⁵

Wilhelm G. Grewe hat auf diesen Zustand jüngst sehr eindrucksvoll hingewiesen und seine Analyse mit den Worten beschlossen: „So umfassend der Geltungsanspruch (des) Völkerrechts ist, so aufwendig sein organisatorisches Gerüst, so hochentwickelt seine kodifikatorische Fortschreibung – so kontrovers ist andererseits sein Inhalt und seine Auslegung und so zweifelhaft seine Durchsetzung und Beachtung.“¹⁶⁶ Auf einer ähnlichen Linie liegt es, wenn *Prosper Weil*¹⁶⁷ ange- sichts struktureller Schwächen des Völkerrechts, insbesondere bezogen auf das dort zunehmend zu beobachtende „soft law“,¹⁶⁸ die besorgte Frage stellt „Vers une normativité relative en droit international?“ und einer schwindenden normati- ven Geltungskraft des Völkerrechts entgegentreten will.

Wenn diese aus völkerrechtlicher Sicht vorgenommene Analyse sich als zutref- fend erweist, besteht wenig Grund, sich vom allgemeinen Völkerrecht in den in- nergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen eine ergänzende normative Hilfe zur Sicherung des Bestandes der Gemeinschaft zu erhoffen, wie es sich etwa *Zu- leeg*¹⁶⁹ von dem Rückgriff auf das allgemeine Völkerrecht verspricht.

Die Rechtsprechung des EuGH hat es, nachdem sie relativ früh ihren eigenen Standort gefunden hatte, bewußt vermieden, Anleihen bei dem allgemeinen Völ- kerrecht aufzunehmen. Ich meine, dieser Weg muß auch in Zukunft konsequent fortgesetzt werden. Ich wage den Satz, wer anstelle des Gemeinschaftsrechts, auch zu dem positiven Zweck der Bestandserhaltung, auf das allgemeine Völker- recht zurückgreift bzw. ihm in den inngemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen einen ergänzenden Anwendungsspielraum eröffnet, schwächt ohne erkennbare Not die instrumentale Wirksamkeit, die das Recht im Integrationsprozeß besitzen kann.

Gewiß ergibt sich, bezogen auf das „härtere“ Gemeinschaftsrecht als Instrument zur Lenkung und Absicherung des Integrationsprozesses, für die Rechtsauslegung in der Gemeinschaft immer wieder das Problem, die Grenzlinie zu bestimmen, wie weit eine Vertragsinterpretation im Interesse der Förderung der Integration vorgreifen kann und an welcher Stelle sie Gefahr läuft, nicht mehr befolgt zu wer- den und damit über den Einzelfall hinaus die Rechtsgeltung und -durchsetzung, die Macht des Rechts¹⁷⁰ insgesamt, auf das Spiel setzt. Im Grunde geht es hier um eine schwierige Gratwanderung, die vornehmlich der EuGH bestehen muß. Ihm

165 *Grewe* (Fn. 108), 308 m.w.N. Zum Problem der Wandlungen des völkerrechtl. Systems zur Universalität frü- her bereits aufs. *Jenks*, *The Common Law of Mankind*, London 1958, 62 ff. Aus neuester Zeit unter jeweils spezif. Aspekten vgl. aufs. *Kimminich*, Das Völkerrecht und die neue Weltwirtschaftsordnung, ArchVR 20 (1982), 2 ff., 24 f. u. *Tomuschat*, Is Universality of Human Rights Standards an Outdated and Utopian Concept?, *Gedächtnisschrift Sasse*, Bd. II, 585 ff.

166 AaO (Fn. 165), 327. Früher bereits ähnlich *Zitelmann*, *Die Unvollkommenheit des Völkerrechts*, 1919, 14 f.

167 *Vers une normativité relative en droit international?*, RevGén 86 (1982), 5 ff.

168 Dazu aus neuester Zeit etwa auch *Baxter*, International Law in „Her Infinite Variety“, ICLQ 1980, 549 ff; *J. Becker*, Entwicklungskooperation in einem sich wandelnden Weltsystem, Frankfurt 1982, 254 f. u. *Bleck- mann*, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts, 1982, 338 f.

169 Der Bestand der Europäischen Gemeinschaft *Gedächtnisschrift Sasse* Bd I 55 ff. 56 f.

170 Dazu *O. Philipp*, Recht der Macht statt Macht des Rechts?, EG-Magazin 1982, 23 f.

obliegt es nämlich, die Wegesbreite einzuschätzen, bis zu welchem Punkte sich der weiteren Gemeinschaftsentwicklung normative Richtwerte vorgeben lassen, ohne durch einen zu weit ausgreifenden Vorwärtsschritt einen „Absturz“ zu risieren, indem die betroffenen Staaten sich in ihrer Integrationsbereitschaft überfordert fühlen und Widerstand leisten könnten.

Dies ist aber ein Problem des rechten Maßes bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Demgegenüber kann ich nicht erkennen, worin ein entscheidender Nutzen eines ergänzenden Rückgriffs auf allgemeine Grundsätze des Völkerrechts für die Gemeinschaftsentwicklung heute liegen könnte. Vielmehr liegen aus meiner Sicht der Dinge insoweit einige entscheidende Nachteile auf der Hand. Ein auch nur ergänzender Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des Völkerrechts zur Ordnung der innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen vermöchte nur zu leicht als normative Absicherung der innerhalb der Gemeinschaft überwunden geglaubten Formen traditioneller Diplomatie¹⁷¹ verstanden werden und die bereits zunehmend beklagten Verhaltensweisen klassisch-intergouvernementaler Zusammenarbeit anstelle echter Gemeinschaftsaktivität sogar noch zu fördern.

Die fallweise vorgenommene Anwendung völkerrechtlicher Grundsätze würde jedenfalls die Gefahr fließender Übergänge zwischen Gemeinschaftsrecht und allgemeinem Völkerrecht heraufbeschwören und zu einer Aufweichung des Gemeinschaftsrechts führen können.

Da das Gemeinschaftsrecht insbesondere aufgrund einer langjährigen gefestigten Rechtsprechung des EuGH heute ein hohes Maß an Eindeutigkeit besitzt, könnte, unter Beeinträchtigung der notwendigen Rechtssicherheit, die Feststellung und Ahndung von Vertragsverstößen der Mitgliedstaaten erschwert werden, wenn ihnen in Gestalt flexibler Grundsätze des Völkerrechts ergänzende Rechtfertigungsgründe an die Hand gegeben würden.

Diese Gesichtspunkte sollten zu einem gemeinschaftsrechtlichen Gebot des „principiis obsta“ gegenüber einem Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des Völkerrechts in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen führen.

Ein solches Konzept einer rein gemeinschaftsrechtlichen Ordnung der innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen läuft rechtspolitisch auf eine Strategie der Vorwärtsverteidigung hinaus, die mir im Hinblick auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft und den notwendigen Fortgang der Integration einer Verteidigung von Rückzugspositionen mit Hilfe des allgemeinen Völkerrechts eindeutig überlegen erscheint. Diese Bewertung wird auch nicht entscheidend durch den möglichen Einwand erschüttert, hier könnte zu Lasten der auch in der Gemeinschaft benötigten, aus dem Völkerrecht zu gewinnenden Notstandsregeln allzusehr das Schönwetterbild einer wohlgeordneten, funktionierenden Gemeinschaftsrechtsordnung gezeichnet werden. Man muß sich nämlich bewußt

171 Zu den Gefährdungen des europäischen Einigungsprozesses durch nationalistische Verhaltensweisen und die Wiedereinführung traditioneller diplomatischer Verfahren jetzt auch die Entschließung des Eur. Parl. zu den Leitlinien für die Reform der Verträge und die Verwirklichung der Europäischen Union vom 6. 7. 1982, ABl. 1982, C 238/25 unter Ziff. 1.

sein, daß ein Recht, das wie das allgemeine Völkerrecht in diesem Zusammenhang allein zur Bewältigung von Notstandslagen reklamiert wird, allzu leicht auf das für das Alltagsleben in der Gemeinschaft benötigte Recht der Normallage einwirken und dieses nivellierend und abschwächend zum Nachteil für die Integration verändern könnte.

Damit ist freilich nicht gesagt, daß allein mit den Mitteln des Gemeinschaftsrechts der Bestand und die Fortentwicklung der Gemeinschaft langfristig zu garantieren wären. Wir stoßen hier naturgemäß an immanente Grenzen der Leistungsfähigkeit des Rechts im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses. Soweit wie möglich soll das Recht dem Einigungsgeschehen Vorgabe, Rahmen und Halt bieten und auf diese Weise die Entfaltung der Gemeinschaftspolitik ermöglichen. Einen dauerhaft fehlenden politischen Willen der Mitgliedstaaten zur Integration kann aber das Gemeinschaftsrecht allein weder ausgleichen noch ersetzen.¹⁷² Hier sind wir in realistischer Einschätzung der Rolle des Rechts bei der Sicherung des Bestandes der Gemeinschaft auf ein wachsendes Gemeinschaftsbewußtsein und mehr noch auf die Rückbindung des Rechtes an das reale Zusammenwachsen der Mitgliedstaaten und ihrer Volkswirtschaften angewiesen, das, wie *Werner von Simson*¹⁷³ dargelegt hat, im Zusammenspiel von Normativität und Faktizität die Permanenz des politischen Willens zu europäischer Zusammenarbeit am ehesten zu garantieren vermag.

Mit drei Bemerkungen möchte ich schließen:

Einmal möchte ich betonen, daß mein Plädoyer für eine rein gemeinschaftsrechtliche Lösung der innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen nicht in dem Sinne verstanden werden darf, daß die Gemeinschaft durch die Betonung des prinzipiellen Unterschiedes zwischen Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht die naturgemäß auch zwischen diesen beiden Rechtsordnungen bestehenden Verbindungen leugnen und eine moderne Entwicklung des Völkerrechts aufgrund einer von vornherein restriktiven Haltung behindern sollte. Daß dies nicht das Anliegen der Gemeinschaft als eines auf das gute Funktionieren der internationalen Rechtsordnung besonders angewiesenen Völkerrechtssubjekts sein kann, hat die Kommission in dem Fall *Polydor*¹⁷⁴ und den Folgeprozessen mit Blick auf eine zunehmende Anerkennung der Direktwirkung einzelner Vertragsbestimmungen auch im Völkerrecht zu Recht hervorgehoben. In diesem Zusammenhang sei der zusätzliche Hinweis gestattet, daß die grundsätzliche Frage des Verhältnisses von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht bislang nahezu ausschließlich in der Richtung behandelt worden ist, welche Hilfe das Gemeinschaftsrecht vom allgemeinen Völkerrecht

¹⁷² Dazu insb. *Kaiser*, Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften, EuR 1966, 4 ff., 19; *Everling*, Das europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft, Fs *Kutscher*, 155 ff., 186; *v. Simson*, Wachstumsprobleme (Fn. 43), ebd. 483 f. u. *L.-J. Constantinesco*, Die Institutionen der Gemeinschaft an der Schwelle der 80er Jahre – Auf der Suche nach einem neuen Gleichgewicht, EuR 1981, 209 ff., 213, 239.

¹⁷³ AaO (Fn. 43).

¹⁷⁴ O. Fn. 49. Insb. ist hier das Plädoyer der Kommission im Fall *Kupferberg* (Rs. 104/81) zu nennen; Urt. v. 26. 10. 1982, noch unveröff.

erwarten könne. Ich meine, angesichts der stetigen Rechtsentwicklung im Bereich der Europäischen Gemeinschaften drängt sich auch die umgekehrte Frage auf, welche Relevanz das Europarecht für die Weiterentwicklung des Völkerrechts besitzt.¹⁷⁵ Bei allem Verständnis für eine Angleichung von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht auf bestimmten Gebieten kann dies freilich beim gegenwärtigen Stande einer fortgeschrittenen Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht dazu führen, daß die Gemeinschaft darauf verzichten könnte, ihre eigene Identität gegenüber der Außenwelt, die Autonomie ihres im Inneren geltenden Rechtes und den besonderen Charakter ihres Zusammenschlusses zu unterstreichen.

Eine zweite Bemerkung zielt auf ein Phänomen, besser auf Phänomene, denen hier, wie eingangs erwähnt, schon aus Zeitgründen nicht die gebührende Beachtung geschenkt werden konnte. Wir können seit längerem beobachten, daß sich außerhalb der Verträge, aber mit Beziehung auf die Gemeinschaft in einer Grauzone von Recht und Politik, von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht Instanzen und Verfahren (Europäischer Rat, Europäische Politische Zusammenarbeit etc.) gebildet haben,¹⁷⁶ denen im politischen Leben der Gemeinschaft eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt. Es ist hier nicht der Ort, allen diesen Einrichtungen und Handlungsformen jenseits des eigentlichen Vertragsrahmens eine besondere Betrachtung zu widmen.

Ich kann an dieser Stelle nur in recht pauschaler Form eine rechtspolitische Forderung unterstreichen, die Kommissionspräsident *Gaston Thorn* in diesem Zusammenhang anlässlich des 25. Jahrestages der Unterzeichnung der Verträge von Rom im März letzten Jahres erhoben hat:¹⁷⁷ Bei aller Anerkennung der in diesen neuen Formen politischen Handelns als Denkanstoß und Experimentierfeld liegenden Chancen für die künftige Gemeinschaftsentwicklung besteht doch Anlaß, so *Thorn* mit Recht, „den Wildwuchs zu sichten“ und nützliche Handlungsformen in die Verträge zu integrieren, damit sich nicht langfristig „Zusammenhanglosigkeit und Verschwommenheit der Regeln pragmatischen Handelns gegenüber den Institutionen und den Spielregeln der Verträge durchsetzen.“¹⁷⁸

Diese Forderung scheint mir, und dies ist die letzte, dritte Bemerkung, besonders im Zeichen einer erneuten Erweiterung der Gemeinschaft um so dringlicher zu sein, als diese Entwicklung zukünftig eine ohnehin zu beobachtende Tendenz zu klassisch intergouvernementaler Zusammenarbeit anstelle echten integrationsgemäßen Handelns verstärken könnte. Hier kann es nur darauf ankommen, den eigenständigen Regelungscharakter der Verträge als Verfassung der Gemeinschaft und den insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH geschaffenen „*acquis communautaire*“ aus rechtlicher Sicht wieder deutlicher in Erscheinung treten zu

175 *Balekjian*, Die Relevanz des Europarechts für die Weiterentwicklung des Völkerrechts, Fs *Verdross*, Berlin 1980, 343 ff. hat diese Frage neuerdings ausdrücklich gestellt.

176 Vgl. dazu *Everling* (Fn. 19).

177 Vgl. Rede EArch. 1982, D 223–225.

178 AaO (Fn. 177), D 224.

lassen, will die Gemeinschaft nicht ihre ursprüngliche innere Substanz und die besondere Struktur ihres Rechtes auf das Spiel setzen.