

Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Kontext¹

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert

Das Thema spricht nicht von den Verwaltungsgerichten, sondern von der Verwaltungsgerichtsbarkeit, apostrophiert also nicht die Gerichte als Institution, sondern deren Funktion als Gerichtsbarkeit. Es spricht auch nicht von den Verwaltungsgerichtsbarkeiten der Europäischen Union einerseits, der diversen Mitgliedstaaten andererseits, sondern verwendet den alles umgreifenden Singular. Gleichwohl erscheint es mir ertragreicher, das Thema aus einer nationalen Perspektive anzugehen, und zwar - pars pro toto - aus der deutschen; nicht weil diese besonders wichtig wäre, sondern weil sie mir nun einmal am vertrautesten ist. Zudem ist sie der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in vielem eng verwandt, und so möge man mir die Verwegenheit nachsehen, die deutsche Sicht als Beitrag zum Jubiläum des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs darzubieten.

Zunächst muss der Ausgangspunkt fixiert werden. Deshalb dient mein erster Abschnitt dazu, die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit nach Eigenart und Funktion wenigstens in knappen Strichen zu skizzieren. Alsdann soll dies in den europäischen Kontext gestellt werden. Dabei wählt der zweite Abschnitt die vertikale Perspektive und betrachtet die Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Mehrebenensystem, während der dritte Abschnitt aus horizontaler Sicht die Stellung der Gerichtsbarkeit im System der Gewaltenteilung beleuchtet. Naturgemäß fallen bei einer solchen Analyse auch Schwachstellen auf, und ich möchte einige Anregungen geben und auch die eine oder andere kritische Bemerkung machen. Eine versöhnliche Schlussbemerkung soll aber unterstreichen, dass wir uns aufs Ganze gesehen auf gutem Wege befinden.

¹ Vortrag beim Symposium aus Anlass des 140jährigen Bestandes des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs am 03.11.2016 in Wien. - Frau RichterIn am Verwaltungsgericht Dr. von Daniels danke ich sehr für wertvolle Unterstützung.

1. Kurze Charakterisierung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit

Eine Verwaltungskontrolle durch unabhängige Gerichte ist nicht selbstverständlich. Sie ist sogar etwas ganz Außergewöhnliches: Die meisten Staaten organisieren zwar Zivil- und Strafgerichte, suchen sich aber einer gerichtlichen Verwaltungskontrolle zu entziehen, sei es indem sie sie gar nicht erst installieren, sei es indem sie die Reichweite ihrer Kontrolle beschränken, ihre Verfahrenslaufzeiten bis zur Ineffektivität in die Länge ziehen oder ihre Urteile schlicht ignorieren. Eine gerichtliche Verwaltungskontrolle stellt nämlich die innere Souveränität der Regierung in Frage. Im Deutschland des 19. Jahrhunderts ging es insofern um die Souveränität des Fürsten, und es war immer deren Ansicht, dass „the king can do no wrong“; in manchen - auch europäischen - Ländern des 21. Jahrhunderts geht es um die Souveränität des Wahlvolkes, über die jeweilige Politik mit Mehrheit zu entscheiden, also um demokratische Legitimität. In beiden Fällen geht es um die Herrschaft der Regierenden. Die gerichtliche Verwaltungskontrolle stellt dem die Herrschaft des Gesetzes entgegen: die „rule of law“.

In Deutschland wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit im ausgehenden 19. Jahrhundert etabliert. Sie ist das Ergebnis zweier Grundentscheidungen, die bis heute nachwirken und Erscheinungsbild und Tätigkeit der Verwaltungsgerichte prägen.

Die erste Grundentscheidung war ein Kompromiss. Schon seit dem Wiener Kongress wurde immer wieder die Forderung nach einer besseren Verwaltungskontrolle laut. Dabei ging es weniger um die Rechte der Bürger, die bislang kaum anerkannt waren; eher schon um die Befugnisse der jungen Parlamente, bei Fragen von Freiheit und Eigentum mitzureden; in erster Linie aber um das Interesse der Staatsleitungen, Korruption und Verschwendung öffentlicher Mittel möglichst zu unterbinden. Uneinigkeit bestand freilich über die Ausgestaltung dieser Verwaltungskontrolle. Die einen plädierten für eine verwaltungsinterne Aufsicht, die anderen für die Zuständigkeit der Zivilgerichte. Gegen ersteres sprach die mangelnde Unabhängigkeit der aufsichtsführenden Beamten, gegen das andere die Skepsis der Bürokratie gegen das liberale Bürgertum, aus welchem sich damals die meisten Zivilrichter rekrutierten. Robert von Mohl und Rudolf von Gneist schlugen den Kompromiss vor, der alsdann schrittweise realisiert wurde: zwar eine verwaltungsexterne, gerichtliche Kontrolle, aber nicht

durch die allgemeinen Zivilgerichte, sondern durch besondere Verwaltungsgerichte, die der Administration nach Herkunft und Sozialisation nicht fremd gegenüberstehen.

Damit bahnte sich die zweite Grundentscheidung schon an: die Verwaltungskontrolle nicht als objektives Beanstandungsverfahren, sondern im Wege des kontradiktorischen Rechtsstreits, also des Streits um materielle Rechte zweier Kontrahenten, des Bürgers einerseits, des Staates andererseits. Damit waren wichtige Kernelemente fixiert: Erstens bedurfte es eines Klägers. Kein Gericht wird von Amts wegen tätig: Wo kein Kläger, da kein Richter. Hierin vor allem beweist sich die Neutralität und politische Passivität des Gerichts, auch - und gerade - des Verwaltungsgerichts. Zweitens muss der Kläger eigene subjektive Rechte geltend machen, die ihm von dem Klagegegner - der Behörde - bestritten werden. Gegenstand des Prozesses ist also das materielle Recht, und zwar dasjenige materielle Recht, welches die beiden Prozessgegner zu ihrem Rechtsverhältnis verbindet. Die scharfe Unterscheidung zwischen Prozessrecht und materiellem Recht und die Ausrichtung des Prozessrechts auf das materielle Recht kennzeichnen das deutsche Recht wie wenig es sonst. Und drittens umgrenzt das materielle Klägerrecht zugleich die Kompetenz des Gerichts. Primärer Zweck des Prozesses ist, den Streit zwischen den Parteien zu entscheiden. Primärer Zweck ist hingegen nicht, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sichern; das ist nur - aber immerhin - zusätzlicher Effekt des Urteils.

Diese zweite Grundentscheidung für das sogenannte subjektive Rechtsschutzmodell wurde nicht in einem Zuge getroffen. Sie ist das Ergebnis einer jahrzehntelangen Entwicklung und setzte sich erst mit der Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes 1949 vollends durch. Sie drängte das objektive preußische Kontrollmodell zurück, das manche Ähnlichkeit mit dem französischen Recht aufweist, und knüpfte stattdessen an Konzeptionen der süddeutschen Staaten an. Sie ging einher mit der schrittweise vorangetriebenen Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht und wurde durch die dogmatische Durchbildung der prozessrechtlichen Institute weiter verfestigt: der Verpflichtungsklage, der Beiladung, des einstweiligen Rechtsschutzes. Und die kontradiktorische Konfrontation von Bürger und Staat bildete nach 1949 die Grundlage dafür, praktisch das gesamte Verwaltungsrecht auf die Grundrechte hin auszurichten, deren Ausfluss die subjektiv-öffentlichen Rechte des klagenden Bürgers ja regelmäßig sind.

2. Europäischer Kontext in vertikaler Sicht: das Mehrebenenproblem

Dieses Konzept der Verwaltungsgerichtsbarkeit trat nun ein in den europäischen Kontext. In vertikaler Sicht lässt sich der europäische Kontext als Mehrebenenproblem beschreiben, das sich im europäischen Staatenverbund ähnlich stellt wie in allen Bundesstaaten. Für die Rechtsprechung muss regelmäßig klargelegt werden, ob die Gerichtsbarkeit des Bundes auf das Recht des Bundes beschränkt ist oder auch das Recht der Gliedstaaten erfasst. Auf den ersten Blick ist die Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten des europäischen Staatenverbundes insofern denkbar stark: Die Gemeinschaftsgerichte haben in Ansehung des mitgliedstaatlichen Rechts keinerlei Kompetenz. Doch erweist sich dieser erste Eindruck als trügerisch. Er stellt noch nicht in Rechnung, dass das mitgliedstaatliche Recht in immer größerem Maße von Unionsrecht überformt wird. Entsprechend nimmt der Einfluss der Gemeinschaftsgerichte zu. Das betrifft nicht nur die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts selbst, sondern auch die des mitgliedstaatlichen Rechts, soweit es vom Unionsrecht beeinflusst ist. Nähme diese Entwicklung ungebremst ihren Fortgang, so gerieten die nationalen Gerichte immer mehr zu bloßen Instanzgerichten der Gemeinschaftsgerichte.² In einem Bundesstaat ist das nichts Ungewöhnliches. In einem Staatenverbund wie der Europäischen Union, in dem die Mitgliedstaaten auf ihre staatliche Souveränität und Eigenart besonderes Gewicht legen, ist das jedoch nicht akzeptabel, und es stellt sich die Frage, wie dem gesteuert werden kann.

2.1 Auslegung des Unionsrechts

Ein erster Teil dahingehender Überlegungen betrifft das Unionsrecht selbst. Im Grundsatz ist für die Auslegung zweifelhaften Unionsrechts der Europäische Gerichtshof allein zuständig, und er hat dieses Monopol mit seiner frühen CILFIT-Judikatur noch nachdrücklich unterstrichen.³ Wie so oft waren und sind es aber ganz praktische Schwierigkeiten, die zu Abstrichen an der reinen Lehre nötigen. So hat die zunehmende Geschäftslast des Gerichtshofs zu Überlegungen geführt, ob der Ge-

² Das würde durch eine fachliche Spezialisierung der Kammern des EuGH noch akzentuiert; vgl. von Danwitz, MedR 2016, 571 (572).

³ EuGH, 06.10.1982, CILFIT - Rs. C-283/81 - Slg. 1982, S. 3415.

richtshof bei der Pflege und Fortentwicklung des Unionsrechts die nationalen Höchstgerichte nicht irgendwie beteiligen sollte. Die Überlegungen betreffen durchweg das Vorabentscheidungsverfahren:⁴ Einige plädieren für eine Lockerung der CILFIT-Judikatur. Aus den Niederlanden stammt der Vorschlag einer Ampel-Lösung, derzufolge der Gerichtshof einem Antwortvorschlag, mit dem das nationale Gericht seine Vorlage versieht, ohne eigene Begründung schlicht zustimmen, dem Antwortvorschlag also „grünes Licht“ geben kann.⁵ Realisierbar erscheint dies nur bei Vorlagen des nationalen Höchstgerichts; bei Vorlagen von Instanzgerichten würden sich sonst Schwierigkeiten beim innerstaatlichen Rechtsmittelzug einstellen. Seine Schwäche hat der Ampelvorschlag darin, dass das „grüne Licht“ voraussetzt, dass der Gerichtshof die Auslegung durch das nationale Gericht billigt; das ähnelte einem Instanzenzug, und aus der Kooperation würde Hierarchie.⁶ Besser wäre, wenn der Gerichtshof weniger bedeutsame Vorlagen - auch solche ohne Antwortvorschlag - an das nationale Höchstgericht mit der Ermächtigung zurück- oder weitergibt, die Vorlagefrage selbst zu beantworten; erst wenn ein anderes nationales Höchstgericht dieser Antwort für seinen Bereich nicht folgen will, müsste der Gerichtshof dessen Divergenzvorlage dann zu eigener Entscheidung annehmen, um die nötige Einheitlichkeit des Unionsrechts zu wahren.

Seine normative Rechtfertigung findet all dies im Prinzip der Kooperation zwischen den Gemeinschaftsgerichten und den Gerichten der Mitgliedstaaten, die in diversen Spielarten beschworen wird.⁷ Tatsächlich erscheint es überaus wünschenswert, das Prinzip der Kooperation vermehrt in gelebte Praxis umzusetzen. Freilich sollte zunächst Einvernehmen darüber erzielt werden, wie das Prinzip verstanden wird. Insofern stehen sich eine statische und eine dynamische Spielart gegenüber. Für die statische Sichtweise wirft jede Forderung nach Kooperation die Frage einer klaren Abgrenzung von Kompetenzen auf. Das ist nicht falsch, aber unvollständig und erfasst

4 Aus dem EuGH selbst zeigt man sich regelmäßig skeptisch gegenüber Vorschlägen, die auf eine Veränderung des Vorabentscheidungsverfahrens hinauslaufen; vgl. *Skouris*, EuZW 2015, 241 (242); *von Danwitz*, Der richterliche Dialog in der Gerichtspraxis des Vorabentscheidungsverfahrens, in: Ulrich Becker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Schwarze, 2014, S. 661 (664 f.).

5 *Meij*, Effective preliminary cooperation: some eclectic notes, in: Raad van State (Hrsg.), The Uncertain Future of the Preliminary Rulings Procedure, Symposium Council of State, The Netherlands, 2004, 32 (41 f.); *Jacobs*, Further reform of the preliminary ruling procedure – towards a “green light” system? in: Gaitanides/Kadelbach/Iglesias (Hrsg.), Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg, 2005, 204 (210 f.).

6 Zutreffend *Skouris*, EuGRZ 2008, 343 (348).

7 Aus der umfangreichen Literatur nur: *Skouris*, EuGRZ 2008, 343; *von Danwitz*, ZRP 2010, 143; *Leenaerts*, EuR 2015, 3 (8 ff.).

noch nicht das Wesentliche. Dieses erschließt sich erst einer dynamischen Sicht. Hiernach ist Kooperation im Wesentlichen Dialog, Diskurs. Auslegung des Gesetzes bedeutet hiernach immer auch Fortentwicklung des Rechts. Deren Kriterium aber ist das Argument: Das beste Argument setzt sich durch, bis es ein noch besseres gibt. Dabei ist gleichgültig, wer das Argument formuliert; dies kann auch ein nationales Gericht sein.

Eine derartige diskursive Kooperation lässt sich nur ins Werk setzen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Am wichtigsten ist, dass jedes Gericht seine Entscheidungen begründet. Nur dann ist Diskurs möglich; begründungsloser Dezisionismus verweigert demgegenüber den Dialog.⁸ Sodann sollten die europäischen und die nationalen Gerichte ihre Kooperation dadurch unter Beweis stellen, dass sie ihren Dialog auch öffentlich machen. Deshalb sollte es geradezu selbstverständlich sein, dass sie die Ansicht des jeweils anderen Gerichts zu einer Rechtsfrage in den Gründen ihrer Entscheidung ausdrücklich referieren und detailliert beantworten, besonders wenn sie dieser Ansicht nicht folgen wollen.⁹ Hinzu kommt schließlich eine praktische Voraussetzung, die mit der Vielsprachigkeit zusammenhängt: Nationale Gerichte sollten sich bemühen, ihre Entscheidungen zum Unionsrecht auch auf Englisch, Französisch oder Deutsch zur Verfügung zu stellen und in einer gemeinsamen Datenbank zu dokumentieren, wie sie von ACA-Europe mit „jurifast“ betrieben wird.

Eine solche diskursive Fortentwicklung des Unionsrechts wird wertvolle Früchte hervorbringen. Dies vielleicht nicht so sehr bei der Auslegung des oft recht kleinteiligen europäischen Sekundärrechts, mit Sicherheit aber bei der fortschreitenden Herausbildung eines europäischen Allgemeinen Verwaltungsrechts. Das Recht der Europäischen Union speist sich aus den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten; das gilt für sämtliches Unionsrecht, wird aber im Allgemeinen Verwaltungsrecht am deutlichsten. Hier nun sieht man, welche Bedeutung dem Wettbewerb der Ideen und Modelle für die Lösung paralleler Probleme zukommt, und man lernt den Wert der Rechtsverglei-

⁸ Zur Zusammenarbeit zwischen dem EuGH und dem deutschen Bundesverwaltungsgericht insb. die Beiträge von *Skouris* und *von Danwitz*, NVwZ Beilage 1/2013, 32 u. 44. Laut *von Danwitz*, ZESAR 2008, 57 (63 f.) ist es mitgliedstaatlichen Gerichten durch ausführlich begründete Vorlagen mitunter gelungen, den EuGH zu einer Änderung seiner Rechtsprechung zu veranlassen.

⁹ Der EuGH referiert in den Gründen seiner Vorabentscheidungen regelmäßig die Rechtsansichten der Beteiligten des Ausgangsrechtsstreits, der Kommission sowie der beteiligten Regierungen der Mitgliedstaaten und gibt hierauf Antwort. Es wäre zu wünschen, dass er auch Antwortvorschläge des vorliegenden nationalen Gerichts - die im Vorlagebeschluss häufig unterbreitet werden - in gleicher Weise behandelte.

chung als wichtiger Methode gerade der europäischen Rechtsfortbildung kennen und schätzen.¹⁰ Kooperation zwischen Gemeinschaftsgerichten und nationalen Gerichten heißt deshalb auch und vor allem: Rechtsprechungsvergleichung.¹¹ Nur das bringt voran; nur das befriedet auch, weil jede nationale Rechtskultur an der Fortbildung des Unionsrechts beteiligt wird und sich hier in irgendeiner Facette wiederfindet.

2.2 Mitgliedstaatlicher Vollzug des Unionsrechts

Beim mitgliedstaatlichen Vollzug des Unionsrechts ist demgegenüber Zurückhaltung angesagt. Hier vor allem müssen die Unionsorgane - auch die Unionsgerichte - die Eigenständigkeit der nationalen Rechtsordnungen respektieren. Ihre Aufgabe beschränkt sich darauf, darüber zu wachen, dass gewisse Mindeststandards nicht unterschritten werden. Das betrifft zum einen das Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrensrecht. Wenn soeben von einem europäischen Allgemeinen Verwaltungsrecht die Rede war, so war damit das Organisations- und Verfahrensrecht der europäischen Eigenverwaltung gemeint, nicht hingegen dasjenige der mitgliedstaatlichen Verwaltungen; ob ein Mitgliedstaat das europäische Allgemeine Verwaltungsrecht auch für den Vollzug des Unionsrechts durch seine nationalen Behörden für anwendbar erklärt, obliegt seiner souveränen Entscheidung.¹² Und es betrifft zum anderen das Gerichtsverfassungs- und Prozessrecht. Auch hier bestehen in den diversen Mitgliedstaaten unterschiedliche Kontrollsysteme, vom subjektiven Rechtsschutzmodell Deutschlands, auch Österreichs, über verschiedene Mischmodelle bis hin zum objektiven Kontrollmodell Frankreichs, und es ist nicht Sache der europäischen Union, die Mitgliedstaaten zu einem Systemwechsel zu nötigen.

Diese Grundsätze hat der Europäische Gerichtshof früh anerkannt und unterstrichen. Er hat für sich lediglich die Aufgabe und die Befugnis reklamiert, über die Einhaltung eines Mindeststandards zu wachen, und hat diesen mit den beiden Prinzipien der Äquivalenz und der Effektivität markiert.¹³ Das Äquivalenzprinzip verbietet jedem Mitgliedstaat die Diskriminierung aus Gründen einer anderen Staatsangehörigkeit; das

¹⁰ Vgl. insb. Schneider/Hofmann/Ziller (Hrsg.), ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht, 2015, und dazu Schneider/Rennert/Marsch (Hrsg.), ReNEUAL-Musterentwurf, Tagungsband, 2016.

¹¹ *Skouris*, EuGRZ 2008, 343 (344) verweist auf den wissenschaftlichen Dienst des EuGH, der in kurzer Zeit rechtsvergleichende Untersuchungen durchführen könne.

¹² So auch das Prinzip des ReNEUAL-Musterentwurfs (Fußn. 5). Erwogen, aber abgelehnt wurde auch eine mögliche Bindung der nationalen Behörden an die in dem Musterentwurf vorgeschlagenen Regelungen; dazu auch *Skouris* DBVI. 2016, 201 (203).

entspricht dem Grundgedanken der Europäischen Union, lässt sich leicht und klar handhaben und ist deshalb weitgehend unproblematisch. Schwierigkeiten bereitet hingegen das andere Prinzip, demzufolge die Ausgestaltung des nationalen Verwaltungsverfahrens- und Prozessrechts die Durchsetzung des Unionsrechts nicht übermäßig erschweren oder gar unmöglich machen darf.¹⁴ Die Schwierigkeit liegt darin, dass seine Anwendung stets eine Abwägung zwischen dem materiellen Unionsrecht einerseits und nationalen Belangen der Rechtssicherheit, der Verfahrensrationalität, auch der Praktikabilität andererseits erfordert. Die Schwierigkeit liegt auch darin, dass diese Abwägung nicht auf derselben Rechtsebene geschieht, sondern dass der Pol des materiellen Rechts als Unionsrecht tendenziell den Vorrang vor dem gegenläufigen Pol der Rechtssicherheit beansprucht, das „bloß“ mitgliedstaatlicher Natur ist. Daher ist die Versuchung groß, mitunter übergroß, über die Aufgabe der Wahrung eines Mindeststandards hinauszugehen und in den autonomen Bereich des Mitgliedstaates hineinzuregieren. Wird dieser Versuchung nachgegeben, so wird der „effet utile“ oft ohne weitere Begründung - dezisionistisch - bemüht; wahrscheinlich würde eine nähere Begründung gerade in solchen Fällen zu größerer Zurückhaltung veranlassen.

Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit hat in jüngster Vergangenheit gegenläufige Beispiele für beides erfahren.¹⁵ Die Kommission hatte mit der Vertragsverletzungsklage mehrere Vorschriften des deutschen Verwaltungsprozessrechts gerügt, weil diese mit der Aarhus-Konvention nicht vereinbar seien. Ihren Hauptangriff hatte sie gegen das subjektive Rechtsschutzmodell selbst geführt. Dem ist der Gerichtshof nicht gefolgt; er hat diese Systementscheidung des deutschen Rechts vielmehr respektiert¹⁶ und sich darauf beschränkt, eine ergänzende Verbandsklage zu verlangen, mit der anerkannte Umweltverbände die gerichtliche Überprüfung umweltrelevanter Vorhaben auf deren Vereinbarkeit mit objektivem Umweltgemeinschaftsrecht herbeiführen können. Das ist einwandfrei; es entspricht ohnehin deutschem Prozessrecht, Ver-

¹³ Grundlegend EuGH, 21.09.1983, Deutsches Milchkontor - Rs. C-205/82 - Slg. 1983 S. 2633. Vgl. allg. *Rennert*, Bestandskraft rechtswidriger Verwaltungsakte und Gemeinschaftsrecht, DVBI 2007, 400.

¹⁴ Vgl. hierzu von *Danwitz*, DVBI 2008, 537 (539).

¹⁵ Zum Folgenden: EuGH, 15.10.2015, Kommission/Deutschland - Rs. C-137/14 -; dazu *Rennert*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Referat beim 71. DJT 2016 in Essen, demnächst in DVBI 2017, Heft 2.

¹⁶ Vgl. *Skouris*, DVBI 2016, 937 (942 f.), der für eine freiwillige Konvergenz durch Rechtsvergleichung plädiert.

bandsklagen oder andere objektive Kontrollinstrumente dort vorzusehen, wo das Individualklagesystem strukturelle Kontrolldefizite aufweist.

Deutlich zu bemängeln ist demgegenüber, dass der Gerichtshof das Instrument der materiellen Präklusion für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklärt hat. Hiernach ist ein Kläger, der den Genehmigungsbescheid für ein großes Infrastrukturvorhaben anfecht, mit Einwänden im Prozess ausgeschlossen, die er nicht schon im Verwaltungsverfahren vorgebracht hat, obwohl ihm dies möglich gewesen ist. Dieses Instrument bewirkt, dass die Behörde ihre Genehmigungsentscheidung möglichst in Kenntnis aller Gesichtspunkte trifft; es schützt zudem die Funktionsfähigkeit der gerichtlichen Kontrolle vor Überfrachtungen mit immer neuem Vorbringen. Dass es den Rechtsschutz vor Gericht nicht unzumutbar verkürzt, hatte das Bundesverfassungsgericht in einer ausführlich und sorgfältig begründeten Entscheidung festgestellt.¹⁷ Zudem ist die materielle Präklusion keine deutsche Besonderheit; die meisten Mitgliedstaaten kennen vergleichbare Instrumente. All diese Gesichtspunkte lässt der Europäische Gerichtshof unerwähnt. Er verwirft die materielle Präklusion mit zwei lakonisch knappen Bemerkungen. Inwiefern dies zur Wahrung eines Mindeststandards unvermeidlich war, bleibt im Dunkeln. Zur näheren Ausformung des Effektivitätsgrundsatzes leistet das keinen Beitrag. Wahrscheinlich handelt es sich um einen der gottlob seltenen Ausreißer, die jedem Höchstgericht einmal unterlaufen - leider um einen mit gravierenden Folgen für die Realisierung großer Infrastrukturvorhaben.

3. Europäischer Kontext in horizontaler Sicht: das Gewaltenteilungsproblem

Die Europäische Union stellt die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten nicht nur - in vertikaler Sicht - vor das Mehrebenenproblem. Mitunter scheint auch - in horizontaler Sicht - ein Gewaltenteilungsproblem auf. Hier sind Gerichte besonders empfindlich. Vielleicht entzündet sich die richterliche Empfindlichkeit ja auch an einzelnen Maßnahmen und Formulierungen, die nicht wirklich so gemeint sind, und muss sich deshalb den Vorwurf zu überzeichnen gefallen lassen. Aber besser einmal zu oft gemahnt als einmal zu selten.

¹⁷ BVerfGE 61, 82; vgl. noch BVerwG, 14.07.2011 - 9 A 12.10 - BVerwGE 140, 149 und 29.09.2011 - 7 C 21.09 - NVwZ 2012, 176.

Aufgabe der Europäischen Kommission ist es, über die Einhaltung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten zu wachen. Sie besitzt hierzu das Instrument der Vertragsverletzungsklage vor dem Gerichtshof, in den Bereichen der Grundfreiheiten daneben auch administrative Instrumente der unionalen Eigenverwaltung, namentlich bei der Beihilfenaufsicht. Derartige administrative Maßnahmen der Kommission teilen häufig die Interessenlage privater Marktteilnehmer gegenüber dem jeweiligen Mitgliedstaat, etwa die Interessen der Wettbewerber eines Subventionsempfängers. Der Wettbewerber kann das Tätigwerden der Kommission veranlassen, indem er die Subvention in Brüssel anzeigt. Dem Wettbewerber steht daneben aber auch die Klage vor den nationalen Gerichten offen. Das dient ebenfalls der Durchsetzung des Unionsrechts, nunmehr auf private Initiative hin, weshalb man vom „private enforcement“ spricht.

Diese Verfahrenskonkurrenz hat ihre Tücken. Sie verführt die Organe der Union nämlich etwa im Beihilfenrecht dazu, die eigenen administrativen Aufsichtsmittel zu vernachlässigen und stattdessen die Verwaltungsgerichte der Mitgliedstaaten zu Aufsichtszwecken zu instrumentalisieren.¹⁸ Das „private enforcement“ vor Gericht wirkt nämlich viel direkter. Das gilt namentlich für vorläufige Maßnahmen während des laufenden Prüfverfahrens der Kommission, ob die Beihilfe genehmigt werden kann: Während eine einstweilige Anordnung der Kommission - besonders eine einstweilige Rückzahlungsanordnung - durch das Unionsrecht an einschränkende Kautelen wie besondere Dringlichkeit oder das Drohen erheblicher Nachteile geknüpft ist,¹⁹ wird von den nationalen Gerichten eine Verurteilung ohne solche Einschränkungen verlangt. Die unionsrechtlichen Instrumente bleiben deshalb ungenützt; sie liegen brach. So wird Unionsrecht nicht vollzogen; eigentlich wird es sogar umgangen.

Zum Problem der Gewaltenteilung wird dies dann, wenn die nationalen Gerichte obendrein an tatsächliche oder rechtliche Wertungen der Kommission gebunden werden. Eine Bindung der Dritten Gewalt an Wertungen der Zweiten Gewalt, die sie doch eigentlich kontrollieren soll, stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung dar, die überaus ernst zu nehmen ist. So entsteht der Eindruck, als

¹⁸ Zum Nachfolgenden EuGH, 21.11.2013, Lufthansa - Rs. C-284/12 - NJW 2013, S. 3771 = EuZW 2014, S. 65 = DVBI 2014, 715; dazu *Renner*, Die Bindung des nationalen Richters an Eröffnungsentscheidungen der Kommission, DVBI 2014, 669. Vgl. auch BVerwG, 26.10.2016 - 10 C 3.15 -.

¹⁹ Art. 13 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13.07.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (kodifizierter Text) (ABl Nr. L 248, S. 9), zuvor Art. 11 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrages (ABl Nr. L 83, S. 1) m. sp. Änd. (BeihilfenVO).

würden die nationalen Verwaltungsgerichte zu nachgeordneten Behörden der Kommission: Sie erfüllen deren Aufsichtsfunktion über die Mitgliedstaaten, wozu sie dank ihrer richterlichen Unabhängigkeit auch durchaus prädestiniert sind. Ihre Unabhängigkeit besteht dann aber nur noch gegenüber den jeweiligen Prozessparteien, namentlich gegenüber dem - regelmäßig beklagten - Mitgliedstaat; sie besteht aber nicht mehr gegenüber den Unionsorganen, namentlich nicht gegenüber der Kommission. Die nationalen Gerichte rücken damit tendenziell aus dem Funktionsbereich der Dritten Gewalt herüber in denjenigen der Zweiten Gewalt.

Damit sehen sich die nationalen Verwaltungsgerichte vor einem Gewaltenteilungsproblem. Man sollte das auch nicht für akademisch halten. Seine praktische Dimension erlangt es vor dem Hintergrund des grundlegend gewandelten Selbstverständnisses der Kommission. Ursprünglich war die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft angetreten, die gemeinsame Rechtssätze vereinbart und deren Beachtung überwacht. Die Aufsicht der Kommission über die Mitgliedstaaten verstand sich als bloße Rechtsaufsicht. Das mag realistisch gewesen sein oder nicht; jedenfalls bildete es ein gutes Stück der Legitimationsgrundlage des Gemeinschaftshandelns. Das hat sich grundlegend geändert. Die Kommission ist politischer geworden. So ist die Kommission Juncker ausdrücklich als politische Kommission angetreten, die selbst Veränderungen herbeiführen will.²⁰ Sie nutzt gerade das europäische Wettbewerbsrecht, um eine eigene europäische Wirtschaftspolitik zu betreiben. Hierzu ist das europäische Wettbewerbsrecht auch vorzüglich geeignet, weil dessen ordoliberaler Ansatz jede nationale Verfolgung von Gemeinwohlbelangen einem rigiden Rechtfertigungszwang unterwirft, der den konkurrierenden Rechtfertigungszwang nach den Grundrechten des nationalen Verfassungsrechts deutlich in den Schatten stellt. Ob die Gemeinschaftsverträge der Kommission hierzu das Mandat erteilen, soll hier dahinstehen. Es macht es aber doppelt problematisch, die nationalen Verwaltungsgerichte dem unterzuordnen.

4. Schluss

Man sieht: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat ihre Stellung im Kontext der Europäischen Union noch nicht überall gefunden. Aus nationaler Sicht gibt es durchaus noch

²⁰ Vgl. *Timmermans*, Landkreis 2015, 749.

einige Baustellen, über die weiter gesprochen werden muss. Und ich habe den Eindruck, dass das nicht nur aus deutscher Sicht so ist.

Gleichwohl möchte ich versöhnlich schließen. Dazu berechtigen wenigstens zwei Umstände. Zum einen betrifft meine Kritik nur einzelne Punkte in einem Gesamtbild, das aufs Ganze gesehen durchaus positiv und erfreulich ist. Wenn solche Kritikpunkte herausgegriffen werden, führt das unweigerlich zu ihrer Betonung, vielleicht ihrer Überbetonung; insofern ist Deeskalation angebracht. Und zum anderen ermutigt der gute Gesprächsfaden, den das deutsche Bundesverwaltungsgericht - ebenso wie andere Höchstgerichte - zum Europäischen Gerichtshof unterhält. Deutschland hat zwar das Vorabentscheidungsverfahren erst mit einiger Verspätung für sich entdeckt. Heute kommen aber zahlreiche Vorlagen aus Deutschland, und sie bilden die Grundlage für einen guten fachlichen Dialog mit Luxemburg. Das wird ergänzt durch gemeinsame Tagungen und Seminare und einen regen Austausch in etlichen anderen Formaten. Bei den Höchstgerichten der anderen Mitgliedstaaten liegt es nicht viel anders. So bauen wir alle weiter mit an der Europäischen Union und der Europäischen Idee.