

Der Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als neuer Prüfstein für das “Kooperationsverhältnis” zwischen EuGH und BVerfG

*Dominik Hanf**

I. Einleitung

Das Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ist ein “Dauerbrenner” sowohl des institutionellen Gemeinschaftsrechts als auch des nationalen Verfassungsrechts. Zwar wurde die Grundregel dieses Verhältnisses bereits in den sechziger Jahren vom EuGH entwickelt¹ und vom BVerfG übernommen.² Sie besagt, daß das europäische Gemeinschaftsrecht vorrangig anwendbar ist und daß nationales Recht im Konfliktfall daher unanwendbar bleibt. Zum Teil heftig umstritten blieb dagegen bis heute die Anwendung dieser Regel in Einzelfällen, insbesondere bei Konflikten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht.³ Insbesondere in Deutschland gerät dabei seit einigen Jahren aber auch die – von vielen als zu extensiv angesehene – Interpretation des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH in die Kritik.⁴

Hauptkonfliktpunkte sind bis heute die Frage nach dem Verhältnis von gemeinschaftsrechtlichem und grundgesetzlichem Grundrechtsschutz sowie die Frage nach der Rechtsfortbildung durch den EuGH (Tragweite des “Integrationsprogramms”). Diese Themenkreise waren daher Gegenstand mehrerer Urteile des

* Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent an der juristischen Fakultät der Universität Lüttich und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut d'études juridiques européennes “Fernand Dehousse”. Dieser Beitrag entstand im Rahmen eines von der belgischen Bundesregierung finanzierten und durch die Universitäten Lüttich, Gent und Brüssel (ULB) durchgeführten Forschungsprogramms (P.A.I. P4/04: droit de l'intégration européenne).

¹ EuGH, Slg. 1964, 1251 (*Costa/ENEL*) – siehe auch EuGH, Slg. 1970, 629 (*Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel*).

² BVerfG E 22, 293; BVerfG E 31, 145 (174).

³ Zu den Schranken der Integrationsermächtigung des Art. 23 und des vor 1993 einschlägigen Art. 24 GG siehe vor allem C. Tomuschat, Art. 24, Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung 1981); H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Tübingen 1972), 47 ff.; A. Bleckmann, in: *Festschrift Doehring* (hrsg. von K. Hailbronner, Berlin u. a. 1989), 63 ff. – zusammenfassend mit weiteren Nachweisen D. Hanf, RTDE 1994, 391 ff.

⁴ So auch das BVerfG in seiner *Maastricht*-Entscheidung (E 89, 155). Aus der zahlreichen Literatur siehe z. B. U. Everling, *Yearbook of European Law* 14 (1994), 1 ff.; J.A. Frowein, *ZaöRV* 54 (1994), 1 ff.; Hanf (Anm. 3), 391 ff.; J. Kokott, *AöR* 119 (1994), 207 ff.; W. Schroeder, *ZfRV* 1994, 143 ff. (alle mit ausführlichen Nachweisen). – Siehe auch die Nachweise bei U. Everling, BVerfG und EuGH nach dem Maastricht-Urteil, in: *Gedächtnisschrift Grabitz* (hrsg. von A. Randelzhofer u. a., München 1995), 57 (58, Fn.5).

BVerfG.⁵ Kritisch überprüfte das Gericht auch die Auswirkungen des supranationalen Entscheidungsmechanismus auf die deutsche Bundesstaatlichkeit.⁶

Seit mehreren Jahren beobachtet die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft intensiv die Einflüsse der Gemeinschaftsrechtsetzung und -rechtsprechung auf das nationale Verwaltungsrecht.⁷ Sie mußte dabei feststellen, daß nicht nur das besondere Verwaltungsrecht zunehmend "europäisiert" wird. Vor allem der vom EuGH eingeforderte Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts hat weitrei-

⁵ BVerfG E 37, 271 (*Solange I*); BVerfG E 52, 187 ("Vielleicht"); BVerfG E 58, 1 (*Eurocontrol*); BVerfG E 73, 339 (*Solange II*); BVerfG E 89, 155 (*Maastricht*).

⁶ BVerfG E 92, 203 (*EWG-Fernsehrichtlinie*).

⁷ Die Literatur zu diesem Thema ist in den letzten Jahren enorm angeschwollen. Siehe unter anderem M. Brenner, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union* (Tübingen 1996); ders., *Die Verwaltung 1998*, 1 ff.; R. Breuer, DVBl 1997, 1211 ff.; M. Bullinger, EuR Beiheft 1/1995, 35 ff.; M. Burgi, *Verwaltungsprozeß und Europarecht* (München 1996); S. Cassese, Staat 1994, 25 ff.; C.D. Classen, NJW 1995, 2457 ff.; ders., *Die Europäisierung des Verwaltungsrechts*, in: K.F. Kreuzer u.a. (Hrsg.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union* (Baden-Baden 1997), 107 ff.; ders., *VerwArch* 88 (1997), 645 ff.; T. v. Danwitz, DVBl 1998, 421 ff.; ders., DÖV 1996, 481 ff.; D. Ehlers, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in: H.U. Erichsen (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (10. Auflage, Berlin u.a. 1995), 68 ff.; C. Engel, *Die Verwaltung 1992*, 437 ff.; U. Everling, NVwZ 1987, 1 ff.; U.M. Gassner, DVBl 1995, 16 ff.; A. Jannasch, VBlBW 1996, 163 ff.; W. Kahl, NVwZ 1996, 865 ff.; E. Klein, *Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts im europäischen Integrationsprozeß*, in: C. Starck (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze. Bedingungen, Ziele, Methoden* (Göttingen 1992); ders., Staat 1994, 39 ff.; R. Koch, EuZW 1995, 78 ff.; J. Kokott, DVBl 1993, 1235 ff.; K.H. Ladeur, EuR 1995, 227 ff.; S. Magiera, *Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen*, in: Festschrift Börner (hrsg. von J.F. Baur u.a., Köln u.a. 1992), 213 ff.; ders., DÖV 1998, 173 ff.; R. Mögele, BayVBl 1993, 552 ff.; G. Nicolaysen, *Ein Binnenmarkt für öffentliche Aufträge – das Ende für VOB und VOL?*, in: Festschrift Börner (hrsg. von J.F. Baur u.a., Köln u.a. 1992), 345 ff.; M. Pagenkopf, NVwZ 1993, 217 ff.; H.J. Papier, ZHR 152 (1988), 493 ff.; ders., *Die Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verwaltungs- und Verfahrensrecht*, in: M. Kloepfer/D. Merten/H.J. Papier/W. Skouris, *Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit* (Berlin 1989), 51 ff.; I. Pernice/S. Kadelbach, DVBl 1996, 1100 ff.; H.W. Rengeling, VVDStRL 53 (1994), 202 ff.; T.S. Richter, DÖV 1995, 846 ff.; G.C. Rodríguez Iglesias, EuGRZ 1997, 289 ff.; M. Ruffert, DVBl 1998, 69 ff.; M. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG* (5. Auflage 1998), § 48 Rn. 29 ff.; D.H. Scheuing, *Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns* (Baden-Baden 1994), 289 ff.; E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1993, 924 ff.; ders., DVBl 1997, 281 ff.; J.P. Schneider, NJW 1992, 1197 ff.; F. Schoch, JZ 1995, 109 ff.; ders., DVBl 1997, 289 ff.; R. Scholz, DÖV 1998, 261 ff.; J. Schwarze, *Vorläufiger Rechtsschutz im Widerstreit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrens- und Prozeßrecht*, in: Festschrift Börner (hrsg. von J.F. Baur u.a., Köln u.a. 1992), 389 ff.; ders., DVBl 1996, 881 ff.; ders., *Deutscher Landesbericht*, in: ders. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union* (Baden-Baden 1996), 123 ff.; E. Steindorff, ZHR 152 (1988), 474 ff.; P. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG* (5. Auflage 1998), Einl.Rn.129 ff.; K.P. Sommermann, DVBl 1996, 889 ff.; R. Streinz, *Der Einfluß des Europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, in: M. Schweitzer (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsrecht* (Wien 1991), 241 ff.; ders., ZfRV 1994, 59 ff.; R. Uerpman, DÖV 1998, 226 ff.; R. Wahl/D. Groß, DVBl. 1998, 2 ff.; M. Zuleeg, VVDStRL 53 (1994), 154 ff. – Dem Verf. nicht zugänglich war das Werk von A. Hatje, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung* (Baden-Baden 1998).

chende Auswirkungen auf Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsverfahrenrechts. Diese Entwicklung wird von Teilen der Wissenschaft nicht ohne Sorgen verfolgt. Befürchtet wird, neben einer Aushöhlung deutscher Verwaltungsrechtstradition, vor allem eine schleichende Aushöhlung der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie sowie eine Verkürzung des Rechtsschutzes. Auch in diesem Zusammenhang werden die Auslegungsmethoden des EuGH kritisiert und teilweise als Kompetenzverstoß der Gemeinschaft gebrandmarkt. So ist es nicht erstaunlich, daß nun auch für diesen Konfliktbereich der Ruf nach einem "klärenden Wort" des BVerfG laut wird.⁸

Diese Bedenken betreffen Grundfragen des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht. Wie weit reichen das im Zustimmungsgesetz jeweils umrissene "Integrationsprogramm" und damit die Kompetenzen des EuGH? Inwieweit müssen rechtsstaatliche Garantien auf Gemeinschaftsebene dem grundgesetzlichen Standard entsprechen, damit die Grenzen der Integrationsermächtigung des Art. 23 GG nicht überschritten werden? Schließlich stellt sich von neuem die Frage, wie in Konfliktfällen das Kooperationsverhältnis zwischen dem EuGH und dem BVerfG konkret auszugestalten ist.

Besonders umstritten ist die Rechtsprechung des EuGH betreffend die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte, da dessen Vertrauensschutzkonzeption nicht immer mit derjenigen des § 48 VwVfG übereinstimmt. Anhand dieses Beispiels soll daher der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit die geschilderten Ängste begründet sind und ob ein Ruf nach einer Kontrolle des EuGH durch das BVerfG (d. h. nach einem weiteren *Solange*-Urteil⁹) berechtigt und sinnvoll ist.

II. Die Rechtsprechung des EuGH zum Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte

In seiner Rechtsprechung hat der EuGH im Laufe seiner Rechtsprechungstätigkeit auf dem Wege der "wertenden Rechtsvergleichung"¹⁰ auch wichtige Grundsätze des Verwaltungsverfahrens herausgearbeitet.¹¹ Dazu gehört – neben den

⁸ So jüngst besonders prononciert Scholz (Anm. 7), 261 ff.

⁹ In Anlehnung an die Anfang der 90er Jahre geführte Diskussion um die Notwendigkeit einer "Solange III"-Entscheidung des BVerfG. Kern dieser Diskussion war die Frage, ob das BVerfG repressiven und präventiven Rechtsschutz gegen Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft gewähren sollte, die (deutsche) Grundrechte oder auch die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern berührten. In diesem Sinne R. Scholz/K.H. Friauf, *Europarecht und Grundgesetz* (Berlin 1990); R. Scholz, NJW 1990, 941 (943–945), dagegen zu Recht U. Everling, EuR 1990, 195 (201); C.D. Ehlermann, EuR Beiheft 1/1991, 27–38; C. Tomuschat, EuR 1990, 340 ff.

¹⁰ Dazu K. Zweigert, RabelsZ 28 (1964), 601 (611); H.W. Daig, Festschrift Zweigert (hrsg. von H. Bernstein u. a. 1981), 395 ff.; A. Bleckmann, Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte, in: Festschrift Börner (Anm. 7), 29 ff.; ders., DÖV 1993, 837 ff.

¹¹ Als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, die den Rechtsordnungen gemeinsam sind (vgl. Art. 215 II EGV). Zum europäischen Verwaltungsrecht vgl. das Standardwerk von J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht I und II* (Baden-Baden, 1988) sowie M. Schweitzer (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsrecht* (Wien 1991).

Grundsätzen der Rechtmäßigkeit der Verwaltung,¹² der Rechtssicherheit¹³ oder auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip¹⁴ – ebenfalls das Vertrauensschutzprinzip.¹⁵

Diese Grundsätze binden unmittelbar die Gemeinschaftsgewalt, aber indirekt auch die nationalen Verwaltungen, wenn sie Gemeinschaftsrecht vollziehen. In

¹² Eingriffe der Gemeinschaftsgewalt in die Privatsphäre natürlicher und juristischer Personen bedürfen einer Rechtsgrundlage im Vertrag oder im Sekundärrecht: EuGH, Slg. 1989, 2859 (2924) – (*Hoechst*); Verbot des Verstoßes gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht: EuGH, Slg. 1954/55, 7 (23 ff., 29, 79, 97 ff.) – (*Monnet-Rabatt*); EuGH, Slg. 1961, 109 (172) – (*SNUPAT*); EuGH, Slg. 1977, 5 (17) – (*Baubuis*); EuGH, Slg. 1978, 927 (946 ff.) – (*Ramel*); EuGH, Slg. 1979, 1185 (1208 f.) – (*NTN Toyo Bearing [Kugellager]*); Verbot des Verstoßes gegen Gemeinschaftsgrundrechte: EuGH, Slg. 1985, 531 (548 ff.) – (*ADBHU*); Bindung der Gemeinschaftsorgane an das von ihnen selbst gesetzte Recht: GA Warner, in: EuGH, Slg. 1973, 575 (529 ff.) – (*Kommission/Rat*); Verbot von Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch: EuGH, Slg. 1954/55, 7 (34) – (*Frankreich/Hohe Behörde*); GA Langrange, in: EuGH, Slg. 1954/55, 131 (157 ff.) – (*ASSIDER*); EuGH, Slg. 1958/59, 131 (151 f.) – (*Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse*); EuGH, Slg. 1958/59, 271 (301 ff.) – (*Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie*); EuGH, Slg. 1958/59, 89 (108 ff.) – (*Nold*); EuGH, Slg. 1976, 1395 (1402 f.) – (*Giuffrida*); EuGH, Slg. 1983, 2105 (2124 ff.) – (*Schloh*); zur Ermessensausübung EuGH, Slg. 1965, 595 (616) – (*Chambre Syndicale de la sidérurgie française*), siehe auch GA Roemer in dieser Sache, 621; EuGH, Slg. 1973, 1091 (1111) – (*Balkan Import Export*); EuGH, Slg. 1976, 19 (30) – (*Balkan Import Export*); EuGH, Slg. 1979, 69 (81) – (*Racke*) – aus der neueren Rechtsprechung siehe EuG, Slg. II 1995, 1533 (1611) – (*Langnese*).

¹³ EuGH, Slg. 1962, 97 (113) – (*Bosch und van Rijn*); EuGH, Slg. 1970, 661 (686 f.) – (*ACF Chemiepharma [Chinin]*); EuGH, Slg. 1970, 733 (753) – (*Buchler*); EuGH, Slg. 1970, 769 (799) – (*Boehringer*); EuGH, Slg. 1973, 125 (143) – (*Schröder*); EuGH, Slg. 1974, 607 (620) – (*König*); EuGH, Slg. 1978, 383 (399) – (*Bauche*); EuGH, Slg. 1978, 1019 (1032) – (*Töpfer*); EuGH, Slg. 1978, 1347 (1355 f.) – (*British Beef Company*); EuGH, Slg. 1978, 1991 (2004) – (*Scholten-Honig*); EuGH, Slg. 1979, 69 (86) – (*Racke*); EuGH, Slg. 1980, 617 (630) – (*Ferwerda*) – siehe nun EuG, Slg. II 1997, 381 – (*Oliveira/Kommission*); EuG, Slg. II 1995, 729 – (*BASF/Kommission*); GA Cosmas, in: EuGH, Slg. I 1996, 569 (581) – (*Duff/Irland*).

¹⁴ EuGH, Slg. 1970, 1125 (1137 f.) – (*Internationale Handelsgesellschaft*); EuGH, Slg. 1970, 1161 (177 f.) – (*Köster*); EuGH, Slg. 1976, 19 (32) – (*Balkan Import Export*); EuGH, Slg. 1979, 677 (684 f.) – (*Buitoni*); EuGH, Slg. 1979, 2137 (2150 f.) – (*Atalanta*); EuGH, Slg. 1979, 3727 (3746 f.) – (*Hauer*); EuGH, Slg. 1986, 3537 (3555 f.) – (*Maas*); EuGH, Slg. 1987, 1675 (1687) – (*Neumann*) – aus jünster Zeit siehe EuGH, Slg. I 1995, 4070 – (*Dominikanerinnenkloster Altenhohenau*); EuG, Slg. II 1996, 427 (455) – (*NBM France/Kommission*); EuG, Slg. II 1996, 815 – (*National Farmers/Kommission*); GA Lenz, in: EuGH, Slg. I 1996, 813 – (*Frankreich und Irland/Kommission*); EuGH, Slg. I 1996, 3375 – (*Hüpeden*); EuGH, Slg. I 1996, 3953 – (*Bosphorus AS/Irland*); GA Elmer, in: EuGH, Slg. I 1996, 4239 (4257) – (*Fattoria autonoma tabacchi*); EuGH, Slg. I 1997, 4215 – (*Affish BV*).

¹⁵ Erstmals ausdrücklich in EuGH, Slg. 1965, 893 (911) – (*Lemmertz-Werke*); zu Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten aber schon EuGH, Slg. 1957, 83 (118) – (*Algera*); EuGH, Slg. 1961, 109 (172) – (*SNUPAT*); EuGH, Slg. 1962, 511 (543 ff.) – (*Hoogovens*); nach dem Urteil *Lemmertz-Werke* siehe EuGH, Slg. 1966, 529 (545) – (*Compagnie des Forges*); EuGH, Slg. 1973, 723 (729 f.) – (*Westzucker*); EuGH, Slg. 1976, 1097 (1108 f.) – (*Elz*); EuGH, Slg. 1978, 1019 (1032) – (*Töpfer*); EuGH, Slg. 1978, 1347 (1355) – (*British Beef Company*); EuGH, Slg. 1978, 1991 (2004) – (*Scholten-Honig*); EuGH, Slg. 1983, 2539 ff. – (*Meiko Konservenfabrik*); EuGH, Slg. 1987, 1 (47) – (*Deutschland/Kommission*) – aus jüngster Zeit: EuG, Slg. II 1995, 2379 – (*Lefebvre u. a./Kommission*); EuG, Slg. II 1995, 2944 (2989) – (*Vereinigung von Exporteurs*); EuG, Slg. II 1996, 247 (278) – (*Industrias Pesqueras Campos S.A./Kommission*); EuGH, Slg. I 1996, 569 (584) – (*Duff/Irland*); EuG, Slg. II 1996, 873 (876) – (*Climax Paper/Rat*); EuG, Slg. II 1997, 381 – (*Oliveira S.A./Kommission*); EuGH, Slg. I 1997, 1329 – (*Empresa Nacional de Urano*); EuGH, Slg. I 1997, 1591 – (*Alcan*); EuGH, Slg. I 1997, 1931 – (*Spanien/Kommission*).

diesem Abschnitt wird zunächst die Vertrauensschutzkonzeption des EuGH vorgestellt (1.) und dann kurz erläutert, inwieweit diese für das nationale Verwaltungsverfahren – d.h. vor allem für die Anwendung des § 48 VwVfG – bedeutsam werden können (2.).

1. Die Vertrauensschutzkonzeption des EuGH

Wie im nationalen Recht tritt das Problem des Vertrauensschutzes besonders auch dann in den Vordergrund, wenn rechtswidrige begünstigende Entscheidungen zurückgenommen werden sollen.¹⁶ Klären mußte der EuGH vor allem zwei Fragen: Wie erwirbt (und verliert) man schutzwürdiges Vertrauen und nach welchen Kriterien muß ein solches mit widerstreitendem „Gemeinschaftsinteresse“ abgewogen werden?

1.1. Dogmatische Grundlegung des Vertrauensschutzprinzips durch den EuGH

Dogmatische Grundlage für den Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht ist dessen Anerkennung als allgemeiner Rechtsgrundsatz, der allen Mitgliedstaaten gemeinsam ist.¹⁷ Es ist – wie auch das Gebot der Rechtssicherheit – Ausfluß allgemeiner Gerechtigkeitsprinzipien und des Rechtsstaatsprinzips, die in gemein-europäischer Verfassungstradition Grundlage aller rechtlich verfaßten Gemeinschaften sind.

Häufig wird nun behauptet, daß der EuGH das Vertrauensschutzprinzip aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit abgeleitet hat.¹⁸ Dies ist jedoch nicht zutreffend.¹⁹ Der EuGH verwendet beide meist als selbständige, nebeneinander geltende Prinzipien.²⁰ Dies leuchtet auch ein. Das Vertrauensschutzprinzip dient dem Schutz bestimmter individueller Vertrauenspositionen aufgrund von Gerechtigkeitserwägungen. Dadurch verdrängt es aber in diesen Fällen das Gesetz und die Gesetzmäßigkeit, die gerade der Garantie der allgemeinen Berechenbarkeit und

¹⁶ Weitere Anwendungsbereiche des Vertrauensschutzes sind die Fragen betreffend die Selbstbindung der Verwaltung und die Rückwirkung von Normen.

¹⁷ Zur dogmatischen Herleitung ausführlich und rechtsvergleichend K.D. Borchard, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (Berlin, 1988), 9 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung bis 1965 (*Lemmertz-Werke*) s. *ibid.*, 60 ff. – Zum europarechtlichen Vertrauensschutz siehe auch C. Crones, *Selbstbindungen der Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (Baden-Baden 1997), 108 ff. G. Michels, *Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen* (Frankfurt/Main u.a. 1996); E. Steindorff, ZHR 152, 474 (481 ff.); M. Schlockermann, *Rechtssicherheit als Vertrauensschutz* (München 1984); F. Hubeau, CDE 1983, 143 ff.; P. Gilsdorf, RIW 1983, 22 ff.; G. Püttner, EuR 1975, 219 ff.

¹⁸ So z.B. G. Gornig/C. Trüe, JZ 1993, 884 (891).

¹⁹ Nur in der Rechtssache *Westzucker*, Slg. 1973, 723 (729), brachte der EuGH das Prinzip der Rechtssicherheit und das des Vertrauensschutzes in eine direkte Verbindung.

²⁰ EuGH, Slg. 1981, 2735 (2743) – (*Salumi*); EuGH, Slg. 1982, 381 (388) – (*Bout*).

Vorhersehbarkeit, der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz für alle Rechtsunterworfenen zu dienen bestimmt ist.²¹

Das Vertrauensschutzprinzip ist somit ein Rechtsprinzip der Gemeinschaft. Auch ein Markt- oder Unionsbürger muß sich auf die Richtigkeit hoheitlicher Entscheidungen verlassen können. Das Gemeinschaftsrecht muß somit grundsätzlich redlich erworbenes Vertrauen schützen. Andererseits kann die Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes mit anderen, gleichrangigen, aber meist widerstreitenden Interessen kollidieren. Hierzu zählen vor allem das Vertrauen Dritter und der Anspruch aller Unionsbürger auf Gleichbehandlung, die durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und dem der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geschützt werden.²² Diese Interessen müssen dann gegeneinander abgewogen werden.

1.2. Wie entsteht schutzwürdiges Vertrauen?

Ein schutzwürdiges Vertrauen entsteht dann, wenn die Gemeinschaft eine vertrauensbegründende Maßnahme getroffen und dadurch eine vertrauensbegründende Situation geschaffen hat.²³ Dies ist typischerweise bei dem Erlass einer begünstigenden Entscheidung der Fall, da sich der Betroffene auf die Rechtmäßigkeit einer solchen Entscheidung verlassen darf.²⁴ Kurz: Die Gemeinschaft muß sich selbst gebunden haben. So entschied der EuGH, daß ein berechtigtes Vertrauen dann besteht, wenn die Frist zwischen der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit und der Aufhebung einer rechtsbegründenden Entscheidung unangemessen lang war.²⁵ Eine solche Situation kann aber nicht eintreten, wenn die Gemeinschaft noch keine konkrete Maßnahme getroffen hat,²⁶ wenn der Begünstigte falsche oder unvollständige Angaben gemacht hat²⁷ oder wenn der Betroffene die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme hätte erkennen können.²⁸

In der Frage der Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit stellt der EuGH in seiner Vertrauensschutzrechtsprechung hohe Anforderungen an die Wirtschaftsteilneh-

²¹ Dazu Borchard (Anm. 17), 4 ff. mit Nachweisen. – Zur Problematik im Grundgesetz siehe BVerfGE 13, 261 (271); K. Stern, Staatsrecht I (München 1984), § 20 IV 4 g ff.; M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (München 1996), Art. 20, Rn. 84.

²² Zur zentralen Stellung dieses Prinzips im Gemeinschaftsrecht siehe EuGH, Slg. 1979, 623 (637) – (*Granaria*); dazu auch J. Schwarze, NJW 1986, 1067 (1068).

²³ EuGH, Slg. I 1996, 569 (584) – (*Duff/Irland*).

²⁴ Dazu Borchard (Anm. 17), 86 ff.; J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht II, 922 ff.

²⁵ EuGH, Slg. 1957, 83 (118 f.) – (*Algera*); GA Roemer, in: EuGH, Slg. 1965, 893 (922) – (*Lemmerz-Werke*); EuGH, Slg. 1982, 749 (764) – (*Alpha Steel*); EuGH, Slg. 1987, 1005 (1036) – (*Consorzio Cooperative d'Abruzzo*).

²⁶ EuGH, Slg. I 1997, 1329 – (*Empresa Nacional de Uranio*); EuG, Slg. II 1995, 2379 – (*Lefebvre u. a./Kommission*).

²⁷ EuGH, Slg. 1961, 109 (173) – (*SNUPAT*).

²⁸ Dazu siehe EuGH, Slg. 1965, 893 (911 f.) – (*Lemmerz-Werke*), vorher schon EuGH, Slg. 1957, 213 (236) – (*Société des usines à tubes de la Sarre*).

mer.²⁹ Er stellt grundsätzlich auf einen Wirtschaftsteilnehmer ab, der seine Geschäfte umsichtig, besonnen und vorausschauend führt.³⁰

So kann sich niemand auf die Unkenntnis der im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlichten Regelungen und Informationen berufen. Daher entschied der EuGH, so daß auch dann kein schutzwürdiges Vertrauen entsteht, wenn nationale Behörden den gemeinschaftsrechtlichen Zolltarif falsch angewendet haben.³¹

Auch in dem praktisch wichtigsten Fall der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen stellt der EuGH in der Frage des schutzwürdigen Vertrauens auf einen umsichtigen und vor allem rechtskundigen Wirtschaftsteilnehmer ab. So muß sich dieser vergewissern, daß eine durch die nationalen Behörden gewährte Beihilfe der Beihilfenaufsicht der Kommission unterliegt und daß das vorgeschriebene gemeinschaftsrechtliche Prüfungsverfahren eingeleitet bzw. durchgeführt wurde.³² Anderenfalls kann bei dem Begünstigten kein schutzwürdiges Vertrauen bestehen.³³

1.3. Abwägung zwischen individuellem Vertrauensschutzinteresse und Gemeinschaftsinteresse

Kann der EuGH einmal anhand der dargestellten Kriterien das Vorliegen eines schutzwürdigen Vertrauens bejahen, folgt daraus jedoch nicht automatisch ein Ausschluß der Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes. Nun ist vielmehr das festgestellte individuelle Vertrauensschutzinteresse mit dem Gemeinschaftsinteresse zum Ausgleich zu bringen.

Welches ist in diesem Fall das Gemeinschaftsinteresse? Hier sind zwei Aspekte bedeutsam: der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung³⁴ und die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes. Der erste Grundsatz zielt auf die

²⁹ Allgemein zum Kriterium der Vorhersehbarkeit in der Vertrauensschutzkonzeption des EuGH siehe Michels (Anm. 17), 15 ff.

³⁰ EuGH, Slg. 1975, 1615 (1639) – (*Céréales*); EuGH, Slg. 1978, 169 (178) – (*Lührs*); EuGH, Slg. 1979, 171 (180) – (*Spitta*); EuGH, Slg. 1981, 1291 (1306) – (*Debayer*); EuGH, Slg. 1982, 3057 (3079) – (*Oleifici Mediterranei*).

³¹ EuGH, Slg. 1989, 2415 (2438) – (*Binder/HZA Bad Reichenhall*); EuGH, Slg. I 1990, 2659 (2676) – (*Behn/HZA Itzehoe*). – Zur vertrauensszerstörenden Wirkung von Kommissionsvorschlägen, Informationen und Mitteilungen vgl. EuGH, Slg. 1975, 1615 (1639) – (*Céréales*); EuGH, Slg. 1979, 101 (111 f.) – (*Decker*); EuGH, Slg. 1979, 69 (86) – (*Racke*); EuGH, Slg. 1982, 1763 (1778) – (*Staple Dairy Products*). Der Informationspflicht der Wirtschaftsteilnehmer entspricht aber auch eine solche der Gemeinschaft, vgl. EuGH, Slg. I 1991, 3695 (*Crispoltoni*).

³² EuGH, Slg. 1990, 3437 (3457) – (*Staatliche Beihilfen [Aluminium]*), weitere Nachweise siehe unten.

³³ Zu den strengen Maßstäben des EuGH bei der Gewährung von Vertrauensschutz allgemein siehe die Einschätzungen von GA Van Gerven, in: EuGH, Slg. I 1994, 5757 (5762 f.) – (*Transafrica SA*) und von GA Lenz, in: EuGH, Slg. 1985, 2858 (2865) – (*Finsider/Kommission*). Kritisch Borchard (Anm. 17), 120 ff., 141; ihm folgend Michels (Anm. 17), 15 ff., 29, differenziert Crones (Anm. 17), 115 ff., 161 f.

³⁴ Als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts, vgl. den Wortlaut des Art. 173 EGV ("Der Gerichtshof überwacht die Rechtmäßigkeit des Handelns des Rates und der Kommission."). Siehe dazu auch EuGH, Slg., 1969, 111 ff. – (*SNUPAT*); EuGH, Slg. 1962, 511 ff. – (*Hoogovens*).

Geltung des "richtigen Rechts" (*Kisker*), die neben der Vorhersehbarkeit hoheitlichen Handelns dem Schutz Dritter vor Diskriminierung dient. Die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes ist von einer möglichst einheitlichen und effektiven Geltung des Gemeinschaftsrechts abhängig.³⁵ Der EuGH betont in diesem Zusammenhang, daß es für die Errichtung und das Funktionieren eines Binnenmarktes wesentlich ist, daß andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert werden.³⁶ Hierfür ist auch die Durchsetzung der Wettbewerbsprinzipien entscheidend.³⁷ Zu berücksichtigen sind auch die Funktionsfähigkeit der Märkte³⁸ und der Schutz vor Vergeltungsmaßnahmen von Drittländern im Bereich des gemeinsamen Agrarmarktes.³⁹

Die Interessenabwägung zwischen dem Individualinteresse und den Gemeinschaftsinteressen erfolgt methodisch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁴⁰ Durch diese, dem deutschen Recht entstammende Methode werden krasse Mißverhältnisse und Einseitigkeiten grundsätzlich ausgeschlossen und rechtsstaatliche Standards gewahrt. Die Anwendung hängt aber entscheidend von der Beurteilung der Wichtigkeit der Gemeinschaftsinteressen im Einzelfall ab. Dabei besteht eine eindeutige Tendenz des EuGH zur Bevorzugung der Gemeinschaftsinteressen.⁴¹

1.4. Zusammenfassung

Das Vertrauensschutzprinzip ist schon seit Beginn der europäischen Integration durch den EuGH als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt worden. Dabei stellt der EuGH relativ hohe Anforderungen an die Schutzwürdigkeit des Vertrauens, indem er den Wirtschaftssubjekten weitgehende Informationspflichten auferlegt. Ein einmal als schutzwürdig anerkanntes Vertrauen muß sich dann an den Schranken der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes messen lassen. Auch wenn rechtsstaatliche Mindeststandards damit sicherlich gewahrt bleiben, fällt der Vertrauensschutz für deutsche Verhältnisse recht schwach aus.

³⁵ Dazu siehe die prägnante Darstellung bei Borchard (Anm. 17), 124f.

³⁶ EuGH, Slg. 1980, 3751 ff. – (*Luccini*); EuGH, Slg. 1966, 529 ff. – (*Châtillon*); EuGH, Slg. 1965, 997 ff. – (*Société des Aciéries du Temple*); EuGH, Slg. 1965, 447 ff. – (*Sorema*).

³⁷ EuGH, Slg. 1965, 447 ff. – (*Sorema*).

³⁸ EuGH, Slg. 1979, 3727 ff. – (*Hauer*); EuGH, Slg. 1982, 1763 f. – (*Staple Dairy Products*).

³⁹ EuGH, Slg. 1978, 57 ff. – (*Union Malt*).

⁴⁰ Dazu Borchard (Anm. 17), 125; zum Verhältnismäßigkeitsprinzip siehe die in Anm. 14 angeführte Rechtsprechung des EuGH.

⁴¹ Borchard (Anm. 17), 126; Michels (Anm. 17), 29.

2. Europäischer Vertrauensschutz im nationalen Verwaltungsverfahren: die Verzahnung gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Verfahrensrechts am Beispiel der Beihilfekontrolle

Ein Großteil der Kompetenzen der Gemeinschaft sind solche des besonderen Verwaltungsrechts. Viele Rechtsgebiete, so das Beamtenrecht, das Umwelt- und Vergaberecht, das Lebensmittel- und Ausbildungsförderungsrecht sehen sich zunehmend durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben mit-, aus- und umgestaltet.⁴² Da die Gemeinschaft über keine nennenswerten Vollzugskompetenzen verfügt, ist sie für die Umsetzung ihrer Rechtsakte in hohem Maße von den Verwaltungen der Mitgliedstaaten abhängig.⁴³ Es kommt somit zu Verzahnungen von gemeinschaftsrechtlichem besonderen Verwaltungsrecht und nationalem allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrecht. Die Probleme wechselseitiger Verzahnungen werden in besonderem Maße deutlich bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen.⁴⁴

2.1. EG-Beihilfekontrolle und nationales Verwaltungsverfahrenrecht

Art. 92 und 93 EGV regeln die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit nationaler staatlicher Beihilfen. Danach ist eine Beihilfe materiell rechtswidrig, wenn sie nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (Art. 92 EGV). Formell rechtswidrig ist sie, wenn das Notifizierungsverfahren nach Art. 93 III EGV nicht eingehalten wurde.⁴⁵

Die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit nach Art. 92 oder 93 III EGV trifft die Kommission und ordnet die Aufhebung der durch nationale Behörden gewährten Beihilfe an (Art. 93 II EGV). Daraus ergibt sich – als Konkretisierung der Pflicht der Mitgliedstaaten zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts⁴⁶ – für die nationalen Behörden eine Rückforderungspflicht.⁴⁷

⁴² Zu den verschiedenen Aspekten der Europäisierung des deutschen Verwaltungsrechts vgl. die in Anm. 7 angeführte Literatur. Einen guten Überblick gibt Schwarze (Anm. 7).

⁴³ Sogenannter mitgliedstaatlicher Vollzug. Dabei wird unterschieden zwischen der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts (unmittelbarer Vollzug) und der Anwendung nationaler Durchführungsbestimmungen durch die nationalen Verwaltungen (mittelbarer Vollzug). Siehe dazu nur Ehlers (Anm. 7), 89 ff. mit ausführlichen Nachweisen.

⁴⁴ Dazu siehe unter anderem Kokott (Anm. 7), 1235; Magiera, in: Festschrift Börner (Anm. 7), 213 ff.; Michels (Anm. 17); Papier, in: M. Kloepfer u.a. (Anm. 7), 51 (insb. 63 ff.); Richter (Anm. 7), 846 ff.; J. Schwarze, Subventionen im Gemeinsamen Markt und der Rechtsschutz der Konkurrenten, in: Gedächtnisschrift Martens (hrsg. von P. Selmer u.a., Berlin u.a. 1987), 819; ders., Deutscher Landesbericht (Anm. 7), 123 (157 ff.); Steindorff (Anm. 7), 474 ff.

⁴⁵ Zur Beihilfekontrolle siehe u.a. G. von Wallenberg, Kommentierung von Art. 92–94, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union (München, Stand 1996); A. Evans, European Community Law of State Aid (Oxford 1997) sowie die Beiträge in: *Faculté de droit de l'Université de Liège* (Hrsg.), Actes du Colloque "Les aides d'Etat en droit communautaire et en droit national" (erscheint 1999 bei Bruylant, Brüssel).

⁴⁶ Art. 5 EGV. Dazu EuGH, Slg. 1980, 617 – (*Ferweda*); EuGH, Slg. 1983, 2633 – (*Deutsche Milchkontor*).

⁴⁷ EuGH, Slg. 1987, 921 – (*Deufil*); EuGH, Slg. 1990, 1005 (1020) – (*Belgien/Kommission*).

Für den Vollzug der Rückforderung von – in Deutschland üblicherweise durch Verwaltungsakte gewährten⁴⁸ – gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen bestehen keine Regelungen im Gemeinschaftsrecht. Daher sind die diesbezüglichen Kompetenzen nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung bei den Mitgliedstaaten verblieben und nationales Verfahrensrecht anzuwenden.⁴⁹

Diese Anwendbarkeit des nationalen Verfahrensrechts wird häufig schlagwortartig als Grundsatz der nationalen Verfahrensautonomie bezeichnet.⁵⁰ Sie besteht grundsätzlich dann, wenn das Gemeinschaftsrecht (einschließlich der allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze)⁵¹ keine Regelungen bereitstellt und wird auch vom EuGH ausdrücklich anerkannt.⁵²

Für die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen ist somit in Deutschland in erster Linie § 48 VwVfG – einschließlich der dort normierten Vertrauensschutzkonzeption – einschlägig.⁵³

2.2. Gemeinschaftsrechtliche Schranken der nationalen Verfahrensautonomie: *Wirksamkeitsgebot und Diskriminierungsverbot*

Aus dem nationalen Recht ist das enge Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem materiellen und dem Verfahrensrecht bekannt.⁵⁴ Die Anwendung verschiedener nationaler Verfahrensrechte führt in der Gemeinschaft zu unterschiedlicher Anwendung des materiellen Verwaltungsrechts. Diese unterschiedliche Anwendung

⁴⁸ M. Schröder, ZHR 152 (1988), 391 (399); Papier (Anm. 7), 493 (495), beide mit Verweis auf D. Ehlers, VerwArch 74 (1983), 112 (122 ff.).

⁴⁹ EuGH, Slg. 1983, 2633 (2665) – (*Deutsche Milchkontor*); EuGH, Slg. 1989, 175 (192) – (*Kommission/Deutschland*); EuGH, Slg. I 1990, 959 (1019) – (*Belgien/Kommission*); EuGH, Slg. I 1990, 3437 (3456 f.) – (*Kommission/Deutschland*), seitdem ständige Rechtsprechung (zuletzt EuGH, Slg. I 1997, 1591 – [*Alcan*]). – So auch die herrschende Ansicht in der Literatur, vgl. nur D. Ehlers, DVBl 1991, 605 (612); Magiera, in: Festschrift Börner (Anm. 7), 213 (224); E. Pache, NVwZ 1994, 318 (321); Papier, in: Klopfer u. a. (Anm. 7), 51 (57).

⁵⁰ Dies gilt vor allem für das französischsprachige Schrifttum. Vgl. D. Simon, Le système communautaire juridique (Paris 1997), 81 ff.; S. Van Raepenbusch, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes (Paris u. a., 2. Auflage 1998), 377 f. – Für Deutschland siehe W. Rengeling, in: Gedächtnisschrift Sasse (hrsg. von R. Bieber u. a., Baden-Baden 1981), 197 (198 f.).

⁵¹ EuGH, Slg. 1983, 2633 (2665) – (*Deutsche Milchkontor*).

⁵² Zuletzt in EuGH, Slg. I 1997, 1591 – (*Alcan*).

⁵³ Zu den jeweiligen Spezialvorschriften siehe Sachs (Anm. 7), § 48 Rn. 3 ff. – Dabei ist jeder Verwaltungsakt auch innerstaatlich als rechtswidrig anzusehen, wenn unmittelbar wirkende Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts verletzt wurden, vgl. nur EuGH, Slg. 1964, 1251 (1273) – (*Costa/Enel*). Im Subventionsbereich handelt es sich dabei um die Fälle der durch Kommissionsentscheid konkret festgestellten materiellen Rechtswidrigkeit einer Beihilfe sowie nach zutreffender Ansicht auch die unter Verletzung des Durchführungsverbotes gewährten Beihilfen (sogenannte formelle Rechtswidrigkeit [str.], siehe zum Streitstand nur Richter (Anm. 7), 846 [848 f.] sowie die Nachweise bei Sachs [Anm. 7], § 48 Rn. 32 Fn. 72). Nach Ablauf der Klagefrist ist die Berufung auf die angebliche Rechtswidrigkeit der Kommissionsentscheidung nicht mehr möglich (vgl. EuGH, Slg. 1983, 3707 [3716] – [*Kommission/Frankreich*]), woran auch ein nationales Gericht gebunden ist (EuGH, Slg. I 1994, 833 – [*Textilwerke Deggendorf GmbH/Deutschland*] sowie BVerwG E 92, 81 [83]).

⁵⁴ Siehe dazu E. Schmidt-Aßmann, Die Verwaltung 1994, 137 (146 ff.).

trägt aber bereits den Keim für weitgehende Diskriminierungen der Marktteilnehmer innerhalb des Binnenmarktes in sich – deren Abschaffung und Verhinderung immer noch Hauptanliegen des Gemeinschaftsrechts ist.

Daher hat der EuGH immer betont, daß der Grundsatz der nationalen Verfahrensautonomie – ähnlich wie der Grundsatz des Vertrauensschutzprinzips – nicht schrankenlos Geltung beanspruchen kann.⁵⁵ Vielmehr müssen bei der Anwendung nationalen Verfahrensrechts zwei – inhaltlich eng miteinander verknüpfte – Schranken beachtet werden: die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und das Diskriminierungsverbot.

Das Wirksamkeitsgebot⁵⁶ besagt, daß die Verwirklichung der Gemeinschaftsregelung nicht praktisch unmöglich gemacht werden darf. Die Anwendung mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts darf nicht dazu führen, daß das Ziel einer gemeinschaftlichen Regelung nicht mehr erreicht wird. Dieser Grundsatz ist zwar einleuchtend, aber relativ unbestimmt. Er wird daher von Fall zu Fall vom EuGH konkretisiert. In den Fällen der Rücknahme rechtswidriger Beihilfebescheide ist festzustellen, daß die Gewährung von Vertrauensschutz durch die nationale Behörde praktisch zur Nichtdurchführung der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbote führt. Eine solche Beeinträchtigung der Wirksamkeit einer Gemeinschaftsregelung muß sich daher auch an gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben – und dabei vor allem am gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzkonzept – messen lassen. Es ist dabei – auch bei der nationalen Rücknahmeentscheidung nach nationalem Verfahrensrecht – vor allem die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbssystems und das Verbot der Nichtdiskriminierung anderer Marktteilnehmer in Rechnung zu stellen.⁵⁷

Das Diskriminierungsverbot ist in den Fällen der Rückforderung rechtswidrig gewährter nationaler Beihilfen insofern zu berücksichtigen, als daß bei der Rücknahme eines Subventionsbescheides das Gemeinschaftsinteresse voll berücksichtigt werden muß.⁵⁸

⁵⁵ Siehe nur EuGH, Slg. 1983, 2633 (2666 ff.) – (*Deutsche Milchkontor*); vgl. auch Streinz, in: *Europäisches Verwaltungsrecht* (Anm. 7), 241 (264 ff.).

⁵⁶ Dazu F. Snyders, *Modern Law Review* 56 (1993), 19 ff.; ihm folgend M. Nettesheim, *Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts*, in: *Gedächtnisschrift Grabitz* (hrsg. von A. Randelzhofer u. a., München 1995), 447 ff.

⁵⁷ Zu diesen Grundsätzen siehe nur EuGH, Slg. 1973, 215 (276) – (*Continental Can*); dazu auch Schwarze, in: *Gedächtnisschrift Martens* (Anm. 44), 839 ff.

⁵⁸ Das Diskriminierungsverbot ist von Bedeutung beim unmittelbaren Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten, die dabei keinen Unterschied zum Vollzug nationaler Regelungen machen dürfen. Beim mittelbaren Vollzug (Beachtung des Gemeinschaftsrechts in rein nationalen Fallkonstellationen) ist dieser Aspekt weniger wichtig und wird als Konkretisierung des Wirksamkeitsgebots behandelt. Dazu GA Darmon, in: EuGH, Slg. 1989, 183 (185) – (*Kommission/Deutschland*); Magiera, in: *Festschrift Börner* (Anm. 7), 225; Michels (Anm. 17), 101. Für den völligen Wegfall dieser Schranke in Fällen der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen Schwarze, *Deutscher Landesbericht* (Anm. 7), 158; C.M. Happe, *NVwZ* 1993, 32 (33). – Ausführlich zum Diskriminierungsverbot Streinz, in: *Europäisches Verwaltungsrecht* (Anm. 7), 241 (267 ff.).

Die Tragweite dieser Anwendungsgrenzen hat der EuGH auch in seiner Rechtsprechung zur Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen präzisiert. Diese Rechtsprechung wirkt sich insbesondere auf das Vertrauensschutzkonzept des § 48 VwVfG aus.

2.3. Die Rechtsprechung des EuGH zum Vertrauensschutz bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen

Der EuGH hatte mehrere Gelegenheiten, die oben genannten Schranken der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie im Hinblick auf die Gewährung von Vertrauensschutz bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide zu präzisieren.

Der EuGH bestätigt zunächst die Zulässigkeit der Anwendung nationaler Vertrauensschutzregeln auch bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen.⁵⁹ Er begründet dies mit der Tatsache, daß das Vertrauensschutzprinzip nicht nur ein Grundsatz nationaler Rechtsordnungen, sondern auch der Gemeinschaftsordnung ist.⁶⁰ Es entspricht aufgrund der gegenwärtigen Kompetenzverteilung⁶¹ auch dem Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie.

Dies heißt aber nicht, daß nationale Vertrauensschutzregelungen schrankenlos gelten. Bei der Frage nach der Schutzwürdigkeit des Vertrauens bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide sind – im Interesse der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, der Wahrung der einheitlichen Wettbewerbsordnung und der Nichtdiskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer – vielmehr gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe zu beachten.⁶²

In den konkret entschiedenen Fällen bedeutet dies, daß ein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand einer staatlichen Beihilfe regelmäßig nur dann entstehen kann, wenn sich die Begünstigten der Einhaltung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfekonrollverfahrens vergewissert haben.⁶³ Dem vom EuGH als Leitbild dienenden umsichtigen, besonnenen und vorausschauend planenden Wirtschaftsteilnehmer könne eine solche Informationspflicht zugemutet werden. Hat dieser seiner Informationspflicht nicht Genüge getan, besitzt er kein schutzwürdiges Vertrauen.⁶⁴

⁵⁹ Siehe nur EuGH, Slg. I 1983, 2633 – (*Deutsche Milchkontor*); EuGH, Slg. I 1990, 959 ff. – (*Belgien/Kommission*); EuGH, Slg. I 1990, 3437 ff. – (*Kommission/Deutschland*); EuGH, Slg. I 1995, 673 ff. – (*Kommission/Italien*); EuGH, Slg. I 1997, 1591 – (*Alcan*).

⁶⁰ EuGH, Slg. I 1990, 3237 (3456 f.) – (*Kommission/Deutschland*).

⁶¹ Zu den Kompetenzen der Gemeinschaft auf dem Gebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts siehe Kahl (Anm. 7), 865.

⁶² EuGH, Slg. I 1983, 2633 – (*Deutsche Milchkontor*); EuGH, Slg. I 1990, 959 ff. – (*Belgien/Kommission*); EuGH, Slg. I 1990, 3437 ff. – (*Kommission/Deutschland*); EuGH, Slg. I 1995, 673 ff. – (*Kommission/Italien*); EuGH, Slg. I 1997, 1591 – (*Alcan*).

⁶³ So schon EuGH, Slg. 1975, 1615 (1639) – (*Céréales*); EuGH, Slg. 1978, 169 (178) – (*Lübrs*); EuGH, Slg. 1979, 171 (180) – (*Spitta*); EuGH, Slg. 1981, 1291 (1306) – (*Debayer*); EuGH, Slg. 1982, 3057 (3079) – (*Oleifici Mediterranei*). – Vgl. die in der obigen Anm. angeführten Urteile.

⁶⁴ So nochmals ausdrücklich EuGH, Slg. I 1997, 1591 – (*Alcan*).

2.4. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf die Anwendung des § 48 VwVfG bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide

Nach deutschem Verwaltungsverfahrenrecht ist die Rücknahme auch von begünstigenden Verwaltungsakten grundsätzlich möglich; sie steht im Ermessen der Verwaltung (§ 48 I S.1 VwVfG). Dabei wird der Ermessensrahmen für die Rücknahme durch die Regelungen der Absätze II bis IV abgesteckt.⁶⁵

Nach § 48 II S.1 VwVfG sind rechtswidrige Verwaltungsakte, die Geldleistungen gewähren, nicht rücknehmbar, wenn der Begünstigte in den Bestand vertraute und dieses Vertrauen schutzwürdig ist. Die Schutzwürdigkeit muß anhand einer Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme ermittelt werden. Eine Schutzwürdigkeit des Vertrauens kann gemäß § 48 II S.2 VwVfG dann regelmäßig angenommen werden, wenn die Geldleistung verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen wurde, die nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig gemacht werden kann. Schließlich genießt der Adressat eines begünstigenden Verwaltungsakts nach § 48 IV VwVfG Vertrauensschutz, wenn die Behörde nicht innerhalb eines Jahres nach Kenntniserlangung der die Rücknahme rechtfertigenden Tatsachen nicht zurücknimmt.

Es scheint hier somit ein Konflikt zu bestehen zwischen der Vertrauensschutzrechtsprechung des EuGH (kein Vertrauen bei Verletzung der Informationspflichten) und der Regelannahme des § 48 II S.2 VwVfG sowie der Jahresfrist des § 48 IV VwVfG. Dieser Konflikt ist nach Ansicht des EuGH durch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts zu entschärfen;⁶⁶ ist dies nicht möglich, wird die nationale Regelung in den einschlägigen Fällen aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unanwendbar.⁶⁷

Die konsequenteste Lösung ist der völlige Ausschluß des Vertrauens des Begünstigten auch im nationalen Recht. Dafür bietet sich die Möglichkeit an, den Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtliche Informationspflicht als grob fahrlässiges Nichtwissen der Rechtswidrigkeit des Beihilfebescheides i.S.d. § 48 II S.3 Nr.3 VwVfG zu interpretieren.⁶⁸

Die Rechtsprechung ist jedoch einen anderen Weg gegangen. Sie läßt das Vertrauen des Beihilfeempfängers im Rahmen der Interessenabwägung des § 48 II (2) VwVfG zurücktreten.⁶⁹ Diese Lösung hat den Vorteil, flexibler auf Einzelfälle eingehen zu können. So ist es bislang noch offen, ob die gemeinschaftsrechtliche Informationspflicht gleichermaßen auf alle Beihilfegewährungen unabhängig von ihrer Höhe und vor allem unabhängig von der Größe des begünstigten Unterneh-

⁶⁵ Sachs (Anm. 7), § 48 Rn. 91.

⁶⁶ Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, siehe EuGH, Slg. I 1994, 3325 – (*Faccini Dori*).

⁶⁷ EuGH, Slg. 1983, 2633 (2696 f.) – (*Deutsche Milchkontor*); zur Verdrängung EuGH, Slg. I 1990, 3433 (3466 ff.) – (*Kommission/Deutschland*); zuletzt EuGH, Slg. I 1997, 1591 – (*Alcan*).

⁶⁸ Dafür U. Fastenrath, JZ 1992, 1080 (1083 f.); F. Schulze, EuZW 1993, 283.

⁶⁹ BVerwGE 92, 81; OVG Münster, JZ 1992, 1080 m. Anm. U. Fastenrath. – aus der Literatur siehe Michels (Anm. 17), 123 ff.; Pache (Anm. 49), 318 (323); D. Triantafyllou, NVwZ 1992, 436 (439 f.).

mens gilt.⁷⁰ Solche Fragen können im Rahmen der Abwägung aufgeworfen und dem EuGH gemäß Art. 177 EGV zur Vorabentscheidung vorgelegt werden. Auf diesem Wege können dem EuGH auch eventuelle Bedenken unterbreitet werden und die Ausdifferenzierung des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes angestrebt werden.

Der Weg der Inkorporation gemeinschaftsrechtlicher Vertrauensschutzmaßstäbe im Rahmen der Abwägung des § 48 II S.2 VwVfG läßt allerdings die Problematik der Jahresfrist des § 48 IV VwVfG offen.⁷¹ Heute wird allgemein anerkannt, daß die Frist ab dem spätestmöglichen Zeitpunkt zu laufen beginnt, d.h. ab der Bestandskraft der Kommissionsentscheidung bzw. ab der Zustellung des Urteils des EuGH, das die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der staatlichen Beihilfe bestätigt.⁷² Mit dieser Interpretation dürfte der Großteil der "Problemfälle" gemeinschaftsrechtskonform zu lösen sein.

Problematisch bleiben jedoch die Fälle, in denen die zuständige Behörde die Jahresfrist verstreichen läßt. Nach jüngster EuGH-Rechtsprechung kann sich ein Begünstigter nicht auf die Vertrauensschutzvorschrift des § 48 IV VwVfG berufen, wenn er sich nicht der Einhaltung der Beihilfekontrolle vergewissert hat.⁷³ Dies ist jedoch nur schwer mit dem Wortlaut des § 48 IV VwVfG in Einklang zu bringen. Dennoch hat der EuGH entschieden, daß "die zuständige Behörde gemeinschaftsrechtlich verpflichtet ist, den Bewilligungsbescheid für eine rechtswidrig gewährte Beihilfe ... selbst dann noch zurückzunehmen, wenn sie die nach nationalem Recht im Interesse der Rechtssicherheit dafür bestehende Ausschußfrist hat verstreichen lassen."⁷⁴ § 48 VwVfG ist somit in diesem Sinne aus- und weiterzuentwickeln. Dies erscheint auch möglich. Hier wurde bereits vorgeschlagen, der Kommissionklage fristhemmende⁷⁵ oder -unterbrechende⁷⁶ Wirkung zuzumessen.⁷⁷

Die geschilderte Rechtsprechung des EuGH zu den Schranken bei der Gewährung von Vertrauensschutz im Rahmen der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide führt somit zu einer Überlagerung der in § 48 VwVfG normierten deutschen Konzeption des Vertrauensschutzes.

2.5. Zusammenfassung

Die kurze Darstellung der Rechtsprechung des EuGH zu den Schranken der nationalen Verfahrensautonomie am Beispiel des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide zeigt, daß die Ver-

⁷⁰ Michels (Anm. 17), 111 ff.; 118 ff.

⁷¹ Schwarze, Deutscher Landesbericht (Anm. 7), 163 ff.

⁷² BVerwGE 70, 356 ff. Siehe dazu sowie zum Meinungsstand die Darstellung Michels' (Anm. 17), 145 ff.; ausführlich dazu auch Richter (Anm. 7), 846 (852 f.).

⁷³ EuGH, Slg. I 1997, 1591 – (*Alcan*).

⁷⁴ EuGH, Slg. I 1997, 1591 (1592, 1619) – (*Alcan*).

⁷⁵ von Wallenberg (Anm. 45), Art. 93 Rn. 54.

⁷⁶ C.M. Happe, NVwZ 1993, 33 (36), der seinen Lösungsvorschlag aus der Parallele zu mehrstufigen Verwaltungsrechtsverhältnissen herleitet.

⁷⁷ Siehe auch Pache (Anm. 49), 318 (325); Schwarze, Deutscher Landesbericht (Anm. 7), 163.

schränkung von supranationalem und nationalem Verwaltungsrecht schon weit fortgeschritten ist. Die Anwendung des §48 VwVfG wird nunmehr in diesen Fällen von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben determiniert und das dort normierte Vertrauensschutzkonzept durch das gemeinschaftsrechtliche Vertrauensschutzkonzept überlagert.

III. Die Kritik an der Rechtsprechung des EuGH

In diesem Abschnitt soll die Kritik an der dargestellten Rechtsprechung des EuGH dargestellt und bewertet werden. Die Kritik bezieht sich zum einen auf das gemeinschaftsrechtliche Vertrauensschutzkonzept als solches (1.) und zum anderen auf das Problem der Beschränkung der nationalen Verfahrensautonomie (2.).

1. Zum Vertrauensschutzkonzept des EuGH

Die Vertrauensschutzkonzeption des EuGH sieht sich dem Vorwurf ausgesetzt, allzu hohe Anforderungen an den Marktbürger zu stellen und das Gemeinschaftsinteresse einseitig in den Vordergrund der Interessenabwägung zu stellen.

1.1. Zu den Informations- und Sorgfaltspflichten des Marktbürgers

Vor allem die weitreichenden Informations- und Sorgfaltspflichten, die den Wirtschaftsteilnehmern eine regelmäßige Lektüre des Amtsblatts der EG,⁷⁸ Kenntnis des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverfahrens⁷⁹ und eine eigene Prüfung der Einhaltung dieses Verfahrens durch die nationale Behörde auferlegen, werden häufig als überzogen angesehen.⁸⁰

Diese Kritik ist jedoch zu differenzieren. Grundsätzlich wird man größeren Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung die genannten Informationspflichten durchaus zumuten können. Auch ist zu berücksichtigen, daß die Kommission gewisse "Minimalbeihilfen" von ihrer Beihilfekontrolle ausnimmt.⁸¹ Von solchen Beihilfen dürften nun gerade kleinere und mittlere Unternehmen vornehmlich betroffen sein.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß der EuGH nur anhand von Einzelfällen entscheidet. Seine Urteile betrafen bisher nur Unternehmen, denen man die ge-

⁷⁸ EuGH, Slg. 1989, 2415 (2439) – (Binder), EuGH, Slg. I 1990, 2659 (2676) – (Behn Verpackungsbedarf).

⁷⁹ Über die Folgen des Verstoßes gegen diese Bestimmungen informiert die Mitteilung der Kommission vom 24.11.1983 (ABl. EG C 318/3), siehe dazu auch von Wallenberg (Anm. 45), Art. 93 Rn. 73.

⁸⁰ Borchard (Anm. 17), 120ff., 141; Michels (Anm. 17), 15ff., 29, 136; Pache (Anm. 49), 318 (323).

⁸¹ Sogenannte *de minimis*-Regel. Die "Interventionsschwelle" wurde von der Kommission auf 100.000 ECU (in einem Förderungszeitraum von drei Jahren) festgelegt. Vgl. ABl. EG C 68 vom 6.3.1996, 9.

steigerten Informationspflichten aufgrund ihrer Größe und Organisationsstruktur durchaus zumuten konnte. Die Aussagen des EuGH sind jedoch offen für Differenzierungen nach der Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazität der betroffenen Unternehmen.⁸²

Der EuGH hatte bisher noch keine Gelegenheit, diese Möglichkeiten zu konkretisieren. In der Literatur⁸³ wird grundsätzlich davon ausgegangen, daß die Informationspflichten zwar grundsätzlich für alle Wirtschaftsteilnehmer bestehen. Deren Umfang ist aber im Einzelfall zum einen von der Höhe der gewährten Beihilfe, zum anderen aber auch von der Größe (Bestehen einer Rechtsabteilung), der internationalen Verflochtenheit und der Vertrautheit des betroffenen Unternehmens mit den gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenvorschriften⁸⁴ abhängig.

1.2. Das Gemeinschaftsinteresse im Abwägungsvorgang

Weiterer Kritikpunkt ist die häufig als einseitig empfundene Bevorzugung des Gemeinschaftsinteresses im Rahmen der vom EuGH selbst vorgenommenen oder von ihm als Ergebnis nationaler Verwaltungs(gerichts)entscheidungen erwarteten Interessenabwägung.⁸⁵

In der Tat kommt der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft, insbesondere der Funktionsfähigkeit der Märkte und der im Vertrag niedergelegten Wettbewerbsordnung in der Rechtsprechung des EuGH eine überwiegende Bedeutung zu. Dieses Übergewicht des Grundsatzes der Effizienz der Verwaltung führt zu einem – im Vergleich zum deutschen Recht – schwächeren Bestands- und Vertrauensschutz.⁸⁶

Dieser Befund läßt sich jedoch erklären. Ein Gutteil der Vertrauensschutz-Rechtsprechung des EuGH bezieht sich auf – hier nicht behandelte – Probleme der Selbstbindung der Verwaltung und der Rückwirkung von Normen, meist in den „gelenkten“ Stahl- und Agrarbereichen. Hier ist eine bevorzugte Berücksichtigung von Effektivitätsgesichtspunkten angesichts der Regelungsmaterien des Gemeinschaftsrechts vertretbar. Regulierte Märkte verlangen aufgrund des ständigen Wechsels ökonomischer Faktoren ein rasches Handeln des Gemeinschaftsgesetzgebers und der Kommission. Dies erfordert somit weite – nicht übermäßig durch den Schutz von Besitzständen eingeschränkte – Ermessensspielräume für Gesetzgeber und Verwaltung.

⁸² EuGH, Slg. I 1990, 3437 (3457) – (*Kommission/Deutschland*). Ein Unternehmen darf „grundsätzlich“ auf die Ordnungsgemäßheit einer Beihilfe vertrauen, wenn das Verfahren des Art. 93 EGV eingehalten wurde, wobei es einem Wirtschaftsteilnehmer „regelmäßig“ möglich ist, sich der Einhaltung des Verfahrens zu vergewissern, er sich „ausnahmsweise“ aber auch auf besondere vertrauensbegründende Umstände berufen kann. Dazu eingehend Michels (Anm. 17), 116ff.

⁸³ Dazu Fastenrath (Anm. 68), 1080 (1083); Happe (Anm. 76), 32 (35); W. Heiermann, EWS 1994, 145 (147); Magiera, in: Festschrift Börner (Anm. 7), 213 (229); Michels (Anm. 17), 116ff.; Triantafyllou (Anm. 69), 436 (439).

⁸⁴ Dazu GA Darmon, in: EuGH, Slg. 1989, 175 (186) – (*Kommission/Deutschland*).

⁸⁵ Borchard (Anm. 17), 126; Engel (Anm. 7), 437 (448, 457); Michels (Anm. 17), 29.

⁸⁶ Vgl. nur Borchard, Engel und Michels, *ibid*.

In dem speziellen Fall des Vertrauensschutzes bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen überläßt der EuGH die Interessenabwägung den nationalen Gerichten. Er setzt für diese jedoch konkrete Maßstäbe, die verhindern sollen, daß die gemeinschaftsrechtlichen Beihilfekontrollregelungen nicht ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt und damit die gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsordnung untergraben wird. Genaugenommen wird hier durch den EuGH das Gemeinschaftsinteresse mit dem Grundsatz der nationalen Verfahrensautonomie abgewogen (dazu unten). Da diese Rechtsprechung im Endeffekt das Ermessen der nationalen Behörden und Gerichte bei der Rücknahmeentscheidung gemeinschaftsrechtlich bindet, kann der EuGH zumindest indirekt auch in diesen Fällen eine Interessensabwägung zwischen Allgemein- und Individualinteressen vornehmen. Dazu ist es aber bisher nicht gekommen, da in den bisher entschiedenen Fällen – soweit ersichtlich – aufgrund des Verstoßes gegen die gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensregeln und insbesondere der Informationspflichten bereits das Bestehen schutzwürdigen Vertrauens verneint wurde.⁸⁷

1.3. Fazit

Die Kritik an der Vertrauensschutzrechtsprechung des EuGH greift häufig etwas kurz. Die hohen Sorgfaltspflichten wurden für große, international tätige Unternehmen entwickelt und lassen Spielraum für die besonderen Umstände bei kleineren Unternehmen. Die Regulierung hochkomplexer und raschen Veränderungen unterworfenen Märkte erfordert eine gewisse Flexibilität von Gesetzgebung und Verwaltung; dabei ist davon auszugehen, daß in solchen Bereichen tätige Unternehmer diese Umstände kennen. Auch wenn der Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht weniger betont wird als im deutschen Recht, lassen sich für die Position des EuGH doch vertretbare Gründe finden. Schließlich ist das Vertrauensschutzproblem bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide in erster Linie ein Problem der Abgrenzung von Wirksamkeitsgesichtspunkten (des Gemeinschaftsrechts) und nationaler Verfahrensautonomie.

⁸⁷ Einzige Ausnahme ist der Fall RSV (EuGH, Slg. 1987, 4617), der zugleich der einzige Fall ist, in dem der EuGH den Vertrauensschutz des betroffenen Unternehmens vor das Rücknahmeinteresse der Gemeinschaft gestellt hat. Das betroffene Unternehmen hatte zusätzliche Mittel für eine bereits von der Kommission genehmigte Beihilfe bezogen, und die Kommission hatte sich 24 Monate Zeit gelassen, um eine Entscheidung zu erlassen, ohne daß besondere rechtfertigende Umstände für eine solche Verzögerung ersichtlich gewesen wären. Aufgrund seiner Besonderheiten ist dieser Fall nicht verallgemeinerungsfähig. Siehe dazu auch GA Lenz, in: EuGH, Slg. I 1997, 1591 (1603) – (*Alcan*).

2. Zur Beschränkung der nationalen Verfahrensautonomie durch den EuGH

Die geschilderte Rechtsprechung des EuGH zum Vertrauensschutz bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide wird insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer übermäßigen Beschränkung der nationalen Verfahrensautonomie kritisiert.

2.1. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

Die "klassische" Position formulierte der EuGH in der Rechtssache *Rewe*⁸⁸ im Jahre 1976: Solange das Gemeinschaftsrecht keine einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen für dessen Vollzug bereitstellt, müssen die nationalen Behörden und Gerichte auf nationales Verwaltungs- und Prozeßrecht zurückgreifen. Dabei darf die Anwendung des nationalen Rechts das Gemeinschaftsinteresse nicht diskriminieren und die Durchführung des Gemeinschaftsrechts nicht praktisch unmöglich machen.⁸⁹

Damit hatte der EuGH eine Formel gefunden, die es dem nationalen Richter zunächst ermöglichte, das nationale Verfahrensrecht anzuwenden, wobei er im Zweifelsfalle den EuGH nach Art. 177 EGV bezüglich der Tragweite des Gemeinschaftsrechts konsultieren konnte. Gleichzeitig erlaubte es die auch als *Soweit-Rechtsprechung* oder als *umgekehrte Solange-Rechtsprechung* bezeichnete Formel⁹⁰ dem EuGH, die Tragweite des Gemeinschaftsrechts auszudehnen. Dies konnte durch die Bildung und Fortbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze und/oder durch eine restriktive Auslegung der Schranken (Nicht-diskriminierung, Effektivitätsgebot) erfolgen. Kurz: Der Umfang der nationalen Verfahrensautonomie war somit von Anfang nicht eindeutig festlegbar, sondern wurde immer durch die Rechtsetzungs- und Rechtsprechungstätigkeit der Gemeinschaft bestimmt. Der Grundsatz der nationalen Verfahrensautonomie ist somit nur ein relativer.⁹¹

Mit der Rechtssache *Deutsche Milchkontor*⁹² im Jahre 1983 deutete der EuGH nun erstmals die mögliche Tragweite der "Soweit-Formel" an, indem er die – ursprünglich für die rechtsstaatliche Begrenzung der Gemeinschaftsgewalt ent-

⁸⁸ Slg. 1976, 1989ff.

⁸⁹ Vorläufer dieser Rechtsprechung waren EuGH, Slg. 1960, 1131 – (*Humblet*); EuGH, Slg. 1971, 49 – (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*). Sie wurde bestätigt in ständiger Spruchpraxis, vgl. EuGH, Slg. 1980, 1205 – (*Denkavit*); EuGH, Slg. 1980, 1887 – (*Express Dairy Foods*); EuGH, Slg. 1983, 2633 – (*Deutsche Milchkontor*), aber auch durch EuGH, Slg. 1995, 4599 (4620f.) – (*Peterbroeck*); EuGH, Slg. 1995, 4705 (4737) – (*van Schijndel und van Veen*); EuGH, Slg. 1996, 1029 (1153) – (*Brasserie du Pêcheur und Factortame*); EuGH, Slg. 1997, 1591 (1616) – (*Alcan*).

⁹⁰ Dazu Rengeling (Anm. 7), 202 (225) mit Nachweisen in Fn.116.

⁹¹ Anschaulich J. Temple Lang, E.L.Rev. 23 (1998), 109ff. und Rodríguez Iglesias (Anm. 7), 289ff.; siehe auch A. von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf (Anm. 45), Art. 5 Rn. 34 und S. Magiera, DVBl 1998, 173 (177) mit weiteren Nachweisen.

⁹² EuGH, Slg. 1983, 2633.

wickelten – allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts als potentielle Schranke der nationalen Verfahrensautonomie bezeichnete. Zwar hielt der EuGH in diesem Fall die Regelung des § 48 VwVfG grundsätzlich mit den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen für vereinbar. Doch war nun klar, daß sich der EuGH durch die entsprechende Ausgestaltung allgemeiner Rechtsgrundsätze “einen gegenständlich kaum begrenzten Zugriff auf kollisionsfähiges Normenmaterial ... für die Verdrängung entgegenstehenden Verwaltungs- und Gerichtsverfassungsrechts der Mitgliedstaaten”⁹³ eröffnen konnte.

Lange Zeit übte sich der EuGH trotz des ihm durch die “Soweit-Formel” zur Verfügung stehenden Vereinheitlichungspotentials im *judicial self restraint*. Eine nationale Verfahrensregelung wurde meist nur der Prüfung unterzogen, ob sie abstrakt-generell gemeinschaftsrechtsdiskriminierend wirkt. Seit Ende der 80er Jahre ging der EuGH jedoch daran, sein Vereinheitlichungspotential zunehmend auszuschöpfen. Dies erfolgt meist durch eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung der nationalen Verfahrensnorm⁹⁴ am Maßstab gemeinschaftsrechtlicher, aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus Effektivitätsüberlegungen entwickelter Rechtssätze. Zu Recht bezeichnet Schwarze dies als “Wandel”⁹⁵ der Rechtsprechung und charakterisiert ihn folgendermaßen: “Während der EuGH bisher die Unterschiedlichkeiten der nationalen Verfahrens- und Prozeßrechte, wenn auch mißbilligend, in Kauf genommen hat, wirkt er nun mehr auf Einheitlichkeit hin.”⁹⁶

Die Auswirkungen dieser Rechtsprechung wurden am Beispiel des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfeschüsse aufgezeigt. Die Anwendung des § 48 VwVfG ist zwar an sich grundsätzlich zulässig und geboten. Führt diese jedoch im Einzelfall zu einer Beeinträchtigung der Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegelungen ohne daß der gemeinschaftsrechtlich definierte Vertrauensschutz eingreift, muß § 48 VwVfG gemeinschaftsfreundlich ausgelegt werden. Ist dies – wie unter Umständen bei der Fristregelung des § 48 IV VwVfG – nicht möglich, muß die nationale Regelung unangewendet bleiben.⁹⁷

⁹³ So die kritische Einschätzung von Danwitz’ (Anm. 7), 421 (424).

⁹⁴ EuGH, Slg. I 1995, 4599 (4621 ff.) – (Peterbroeck); EuGH, Slg. I 1995, 4703 (4737 f.) – (van Schijndel und van Veen); EuGH, Slg. I 1996, 5403 (5452 f.) – (Kraaijeveld). Siehe auch C. Peliki-Vellios, Le principe de l’autonomie procédurale à la lumière de la jurisprudence Peterbroeck et Van Schijndel, Actualités du droit 1998, 68 ff.

⁹⁵ Schwarze, in: Festschrift Börner (Anm. 7), 389 (393).

⁹⁶ Schwarze, in: Festschrift Börner (Anm. 7), 389 (397).

⁹⁷ Weitere, hier nicht zu erörternde Beispiele sind die Urteile des EuGH zum vorläufigen Rechtsschutz, zur gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung sowie zur Einklagbarkeit individueller Gemeinschaftsrechte. Für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und für die Staatshaftung hat der EuGH zur Sicherung der einheitlichen Wirksamkeit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sogar gemeinschaftseinheitliche Tatbestandsvoraussetzungen geschaffen. EuGH, Slg. I 1991, 413 (542 ff.) – (Zuckerfabrik Süderdithmarschen); EuGH, Slg. I 1995, 3761 (3791 ff.) – (Atlanta); EuGH, Slg. I 1995, 5357 (5415 ff.) – (Francovich); EuGH, Slg. I 1996, 1026 (1146 ff.) – (Brasserie du Pêcheur).

2.2. Die Kritik an der neueren Rechtsprechung

Die Ausweitung der gemeinschaftsrechtlichen Schranken der nationalen Verfahrensautonomie durch den EuGH ist unter mehreren Gesichtspunkten kritisiert worden. Die neuere Rechtsprechung verletze die vom Gerichtshof selbst entwickelten Vorrangregeln, käme einer Kompetenzerweiterung der Gemeinschaft zu Lasten der Marktbürger gleich, respektiere nicht den Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie und entziehe sich schließlich jeder objektiven Nachprüfbarkeit.

2.2.1. Zur Verletzung der Vorrangregeln

Erster Kritikpunkt ist die Verletzung der Vorrangregeln. Die Beschränkung der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie erfolge in erster Linie aufgrund der aus Art. 5 EGV begründeten Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Gemeinschaftsrecht effektiv umzusetzen. Dieses seien jedoch nur mitgliedschaftliche Nebenpflichten, die mit effektivitätshemmendem nationalen Verfahrensrecht nur "indirekt" kollidierten und die daher alleine nationales Recht nicht verdrängen könnten. Auf dieser Rechtsgrundlage könne daher allenfalls eine Pflicht zu gemeinschaftsfreundlicher Auslegung des nationalen Vollzugsrechts ihre Grundlage finden. Nationales Recht verdrängen könne aber nur eine unmittelbar geltende Gemeinschaftsrechtsnorm.

Entsprechend wird in den Fällen der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfebescheide argumentiert, daß hier keine unmittelbar anwendbare Regel des Gemeinschaftsrechts besteht, die die Fristvorschrift des § 48 IV VwVfG verdrängen könnte.⁹⁸

Diese Argumentation wirft die grundsätzliche Frage auf, ob der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wirklich von seiner unmittelbaren Anwendbarkeit abhängig ist. Da deren Behandlung eine ausführliche Untersuchung des vielschichtigen und vieldeutigen Konzeptes der unmittelbaren Anwendbarkeit erfordern und somit den Rahmen der vorliegenden Abhandlung sprengen würde, soll dieser Punkt hier nicht vertieft werden.

Für die Beihilfefälle entscheidend ist jedoch die Tatsache, daß die unbestritten inhaltlich präzise Entscheidung der Kommission, die die Rückforderung der Beihilfe anordnet, gegenüber dem Beihilfeempfänger unmittelbare Wirkung entfaltet. Dementsprechend kann diese Entscheidung vom – unmittelbar betroffenen – Beihilfeempfänger gemäß Art. 173 IV EGV angegriffen werden; sie erwächst auch ihm gegenüber in Bestandskraft.⁹⁹

Durch diese Kommissionsentscheidung – wie auch durch ein diese Entscheidung bestätigendes Urteil des EuGH – wird der allgemeine Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes konkretisiert. Die Entscheidung bzw. das Urteil macht somit aus

⁹⁸ Zu dieser Argumentation siehe C.D. Classen, JZ 1997, 724 (725).

⁹⁹ EuGH, Slg. I 1994, 833 – (TWD). – Ablehnend Classen, *ibid.*

dem allgemeinen Rechtsgrundsatz einen – für den entschiedenen Fall unmittelbar wirksamen – konkreten Rechtssatz des Gemeinschaftsrechts. Gerät nun nationales Recht mit einem solchen “konkretisierten allgemeinen Rechtsgrundsatz” in Konflikt, muß es letzterem aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts weichen und ist in der betreffenden Fallkonstellation unanwendbar.

Um einen solchen Konflikt handelt es sich in den hier behandelten Beihilfefällen. Nach der Vertrauensschutzkonzeption des EuGH – Ergebnis einer der frühesten Konkretisierungen eines “den Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Rechtsgrundsätzen”¹⁰⁰ – besteht für einen Beihilfeempfänger im Falle der Nichtbeachtung des beihilferechtlichen Überprüfungsverfahrens kein Vertrauensschutz. Dagegen gesteht die deutsche Vertrauensschutzkonzeption (§48 IV VwVfG) diesem nach Ablauf der Jahresfrist in der Regel einen solchen zu. Letztere bleibt somit in den entsprechenden Fällen unanwendbar.¹⁰¹

2.2.2. Kompetenzausweitung zu Lasten des Marktbürgers?

Die Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung nationaler Verfahrensautonomie dient in erster Linie der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts und damit der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft, die sich als Rechtsgemeinschaft versteht.¹⁰² Wichtiges Element der Rechtsfortbildung des EuGH – und oft entscheidend für deren Akzeptanz bei den nationalen Richtern – ist die Tatsache, daß Gemeinschaftsrecht die Rechtsposition des Marktbürgers erweitert.¹⁰³ Besonders gut illustriert dies zum einen die Grundrechtsrechtsprechung des EuGH, aber auch die Beschränkung der nationalen Regelungen, die Ausschußfristen für die Rückforderung gemeinschaftswidrig erhobener Abgaben zu Lasten der Marktteilnehmer vorsahen.¹⁰⁴

Die hier besprochene Beschränkung der nationalen Verfahrensautonomie wirkt sich dagegen zu Lasten der betroffenen Unternehmen aus. Zu fragen ist daher, ob in diesen Fällen die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH nicht sehr viel strengeren Maßstäben unterliegen muß.¹⁰⁵

Dazu ist anzumerken, daß gerade die Beihilferegelungen des EGV Schlüsselemente einer Ordnungspolitik sind, die Wettbewerbsverzerrungen nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch und vor allem zwischen den Marktteilnehmern abzubauen und zu verhindern trachtet. Die wirksame Anwendung der Beihilferegelungen dient daher in erster Linie dem Ziel, eine Diskriminierung

¹⁰⁰ Art. 215 EGV.

¹⁰¹ Dabei sind die im zweiten Abschnitt dieser Abhandlung aufgezeigten Wege der gemeinschaftsfreundlichen Interpretation des §48 IV VwVfG einer “nur”-Nichtanwendung vorzuziehen.

¹⁰² Zur EG als Rechtsgemeinschaft siehe EuGH, Slg. 1986, 1357 ff. – (*Les Verts*); E. Klein, VVD-StRL 50 (1991), 56 (57); M. Zuleeg, NJW 1994, 545 ff.

¹⁰³ Dazu unter dem Gesichtspunkt des Problems der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrechts C.D. Classen, VerwArch 88 (1997), 645 ff.

¹⁰⁴ EuGH, Slg. 1980, 2545 – (*Ariete*); EuGH, Slg. 1980, 1559 – (*Mireco*).

¹⁰⁵ So C. Classen (Anm. 98), 724 (725).

Dritter zu vermeiden. Der im nationalen Rücknahmeverfahren als Vertreter des Allgemeininteresses zum Schutze eben dieser Dritten auftretende Mitgliedstaat ist dagegen in der Realität gar kein solcher: Er war ja gerade an einer solchen Wettbewerbsverzerrung zugunsten des begünstigten Unternehmens interessiert und hat dabei sogar die Jahresfrist für die Rückforderung verstreichen lassen.¹⁰⁶

Somit ist also festzuhalten, daß die Rechtsfortbildung des EuGH der Durchsetzung eines Systems der Nichtdiskriminierung der Marktteilnehmer dient. Dies mag zwar im Einzelfall zu Lasten des durch die nationale, aber rechtswidrig gewährte Beihilfe Begünstigten gehen, der aber, wie vorstehend aufgezeigt, auch im Gemeinschaftsrecht nicht auf rechtsstaatliche Garantien verzichten muß. Die Rechtsprechung des EuGH dient aber dem Schutz der übrigen Marktteilnehmer, so daß der Gesichtspunkt der Beschränkung der Rechte Einzelner keine grundsätzliche Kritik an der Spruchpraxis des EuGH trägt.

2.2.3. Die Verletzung des Grundsatzes der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie

Zentraler Vorwurf an den EuGH ist die Verletzung des Grundsatzes der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie. Dieser Kritik liegt die Vorstellung zugrunde, daß den Mitgliedstaaten der gesamte Bereich des Vollzugsrechts sowie der Verwaltungsorganisation als ausschließliche Kompetenz verblieben sei, in den einzugreifen der Gemeinschaft nicht gestattet sei.¹⁰⁷ Diese Vorstellung einer Trennung der Kompetenzbereiche von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten wird jedoch in dieser Schlichtheit nicht der Realität gerecht.

Wie Art. 5 EGV zum Ausdruck bringt, haben sich die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die Ziele der Gemeinschaft und die von der Gemeinschaft zu deren Verwirklichung erlassenen Rechtsakte durchzuführen.¹⁰⁸ Dies bedeutet nun zwangsläufig auch eine Einschränkung der nationalen Verfahrensautonomie: Nationales Recht muß gemeinschaftsfreundlich ausgelegt und unter Umständen umgestaltet werden, häufig sind neue Strukturen der Verwaltungsorganisation notwendig.¹⁰⁹

Die Berufung auf einen abstrakten Grundsatz der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie findet auch keine Grundlage im EGV, der diesen mit keinem Wort erwähnt. Einzig entscheidend für die Frage nach der Kompetenzverteilung ist Art. 3 b EGV, der das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im Vertrag verankert.¹¹⁰ Der Frage der Kompetenzverletzung durch den EuGH soll aber in einem getrennten Abschnitt nachgegangen werden.

¹⁰⁶ Diesen grundlegenden Unterschied zu einer "rein nationalen" Fallkonstellation verkennt in besonders eklatanter Weise Scholz (Anm. 7), 261 (264).

¹⁰⁷ von Danwitz (Anm. 7), 421 (429 ff.); Scholz (Anm. 7), 261 (262 f.); wohl auch Classen (Anm. 98), 724 (725 f.).

¹⁰⁸ Zu Art. 5 EGV siehe z.B. von Bogdandy (Anm. 91).

¹⁰⁹ Dazu Rodríguez Iglesias (Anm. 7), 289 ff.; Schwarze, Deutscher Landesbericht (Anm. 7), 123 (148 ff.); von Bogdandy, *ibid.*, Rn. 43.

¹¹⁰ von Bogdandy, *ibid.*

2.2.4. Der Vorwurf mangelhafter objektiver Nachprüfbarkeit

Schließlich wird der Rechtsprechung des EuGH auch vorgeworfen, daß die von ihr konkretisierten allgemeinen Rechtsgrundsätze und Schranken der mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume nur schwer objektiv nachprüfbar sind. Fallentscheidungen und Orientierung am "gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts" gestatteten es dem EuGH zwar, das Gemeinschaftsrecht flexibel zu gestalten und fortzuentwickeln. Doch sei diese Methode der Rechtssicherheit abträglich und vor allem in grundrechtsrelevanten Bereichen aufgrund fehlender objektiver Vorhersehbarkeit nicht hinzunehmen.¹¹¹

Bei näherem Hinsehen handelt es sich hier um die klassischen Vorbehalte, die traditionell gegen Richterrecht ins Feld geführt werden. Zielpunkt der Kritik scheint daher weniger die Methode der richterlichen Rechtsfortbildung als solche zu sein, da sie grundlegend in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft anerkannt ist. Angegriffen wird hier vielmehr die konkrete Rechtsfortbildungstätigkeit des EuGH, die aufgrund ihrer die mitgliedstaatlichen Kompetenzen beschränkenden Auswirkungen als Bedrohung der mitgliedstaatlichen Autonomie empfunden wird. Daher soll auf diese Probleme in dem folgenden Abschnitt zur Kompetenzfrage eingegangen werden.

2.3. Fazit

Die Kritik an der Beschränkung der nationalen Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten durch die neuere Rechtsprechung des EuGH läuft bei näherer Betrachtung im wesentlichen auf die Frage nach den Grenzen der Gemeinschaftskompetenzen und insbesondere der Rechtsfortbildungskompetenzen des EuGH hinaus.

IV. Die zielgerichtete Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH anhand des Wirksamkeitsgrundsatzes: Rechtsfortbildung oder doppelter Kompetenzverstoß?

Scholz hat jüngst in einer Besprechung des *Alcan*-Urteils die Ansicht vertreten, der EuGH habe sich durch seine Rechtsprechung eines "zweifachen Kompetenzverstoßes" schuldig gemacht.¹¹² Die durch den Gerichtshof vorgenommene Einschränkung der nationalen Verfahrensautonomie mißachte sowohl die Organkompetenzen des EuGH im Verhältnis zum Gemeinschaftsgesetzgeber als auch die Verbandskompetenzen der Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten.¹¹³ Damit setzt sich Scholz an die Spitze der (deutschen) Kritiker des EuGH, die dessen Rechtsprechung nicht als Rechtsfortbildung, sondern als aktive

¹¹¹ Classen (Anm. 98), 724 (725); von Danwitz (Anm. 7), 421 (428); differenziert Rengeling (Anm. 7), 202 (224 ff.).

¹¹² Scholz (Anm. 7), 261 (264 f.).

¹¹³ *Ibid.*

Rechtspolitik entgegen der in den EG-Verträgen niedergelegten Kompetenzordnung ansehen.¹¹⁴

Die Frage nach den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung gehört zu den klassischen Fragen der Rechtswissenschaft, die unter staatsrechtlichen Aspekten vor allem das Verhältnis zwischen Legislative und Judikative betrifft.¹¹⁵ Üben verschiedene Hoheitsträger auf dem gleichen Gebiet Hoheitsgewalt aus, wie dies in Bundesstaaten und auch in der Europäischen Union der Fall ist, stellt sich die Frage nach der Rechtsfortbildung auch als Frage der Kompetenz- und Machtverteilung zwischen den betroffenen Hoheitsträgern dar. Ihr soll daher im folgenden nachgegangen werden.

1. Die Argumente der EuGH-Kritiker

Nach Artikel 94 EGV kann der Rat alle der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfekontrolle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen erlassen. Dennoch hat der Rat von dieser Befugnis bis heute keinen Gebrauch gemacht. Aus dieser Untätigkeit schließen die Kritiker des EuGH, daß der Rat im Rahmen der ihm zustehenden politischen Entscheidungsfreiheit bewußt nicht von seiner Vereinheitlichungskompetenz Gebrauch machen wollte.¹¹⁶ Damit habe er indirekt für das Fortbestehen verschiedener nationaler Konzepte auch hinsichtlich der Rücknehmbarkeit von Beihilfebescheiden optiert. Durch seine neuere, auf die Wirksamkeit und diskriminierungsfreie Anwendung der Beihilfekontrolle zielende Rechtsprechung versuche der EuGH nun aber, diese negative Entscheidung des Rates zu korrigieren. Dadurch setze er sich an die Stelle des gemäß Art. 4 iVm. 94 EGV kompetenten Rates und überschreite somit seine Kompetenzen.¹¹⁷

Dieser Kompetenzverstoß stelle gleichzeitig auch einen Verstoß gegen die Verbandskompetenzen der Gemeinschaft dar. Solange der Rat noch keine Durchführungsvorschriften nach Art. 94 EGV erlassen habe und somit noch keine Gemeinschaftsregelung existiere, blieben die Mitgliedstaaten aufgrund des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 3 b EGV) zuständig. Für die Rücknehmbarkeit der gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfebescheide bedeute

¹¹⁴ Siehe von Danwitz (Anm. 7), 421 (428ff.); weitere Nachweise bei Zuleeg (Anm. 7), 156 (155ff.).

¹¹⁵ Siehe z.B. T.M.J. Möllers, EuR 1998, 20ff.; T. Stein, Richterrecht wie anderswo auch?, in: Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen (Heidelberg 1986), 619ff.; P. Ver Loren van Themaat, Die Aufgabenverteilung zwischen dem Gesetzgeber und dem Europäischen Gerichtshof bei der Gestaltung der Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: Festschrift von der Groeben (hrsg. von E.J. Mestmäcker, Baden-Baden 1987), 425ff.; R. Dehousse, La Cour de Justice des Communautés européennes (Paris 1994); P. Demaret, Le juge et le jugement dans l'Europe aujourd'hui: la Cour de justice des Communautés européennes, in: R. Jacob (Hrsg.), Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes (Paris, 1995), 305 (354ff.); K. Lenaerts, Yearbook of European Law 1992, 1ff.; H. Rasmussen, RFAP 63 (1992), 413ff.; F. Schockweiler, JT droit européen 18/1995, 73ff.; J.H.H. Weiler, JCMS 31 (1993), 417ff.

¹¹⁶ Scholz (Anm. 7), 261 (265); dazu auch Stein (Anm. 115), 619 (632).

¹¹⁷ So dezidiert Scholz (Anm. 7), 261 (265); wohl auch Classen (Anm. 98), 724 (725).

dies, daß sie nach nationalem Recht, d. h. in Deutschland nach § 48 VwVfG erfolgen müsse. Etwaige Ungleichheiten im Vollzug der gemeinschaftlichen Beihilferegulungen seien daher hinzunehmen.¹¹⁸ Die durch den EuGH vorgenommene, die Gemeinschaftskompetenzen ausdehnende und die mitgliedstaatlichen Kompetenzen einschränkende Interpretation der Beihilfevorschriften und des Art. 5 EGV sei daher nicht mit dem geltenden EG-Vertragsrecht zu vereinbaren.

Inakzeptabel sei aber nicht nur die Rechtsprechung des EuGH in den Beihilfefällen. Allgemein folge der EuGH keiner anerkannten Dogmatik und stelle das Gemeinschaftsinteresse (*in dubio pro communitate*) einseitig in den Vordergrund.¹¹⁹ Gleiches gelte auch für die Integrationsziele. Der EuGH lege das Integrationsprogramm bewußt extensiv aus, um dann Regelungslücken der Verträge zu "finden".¹²⁰ Diese könne er dann – häufig gegen den Wortlaut der Verträge – durch Richterrecht füllen. Kurz: In den Augen seiner Kritiker entwickelt der EuGH kein "Richterrecht wie anderswo auch",¹²¹ sondern betreibt "Rechtserfindung" zu Lasten der mitgliedstaatlichen Kompetenzen.

2. Argumente für die extensive Rechtsprechung des EuGH

Die Gegenposition vertritt dagegen die Auffassung, die – zugegebenermaßen mutige – Rechtsprechungstätigkeit des EuGH könne nicht als Kompetenzverstoß angesehen werden.¹²² Art. 164 EGV räume, wie allgemein anerkannt werde,¹²³ dem EuGH die Befugnis ein, rechtsfortbildend tätig zu werden. Das Wesen der Rechtsfortbildung liege gerade darin, daß ein Rechtssatz über den Wortlaut des Gesetzes hinaus gefunden werde.¹²⁴ Eine systematische, zielorientierte Auslegung sei ebenfalls in allen Rechtsordnungen anerkannt – insbesondere seitdem auch und gerade im Verfassungsrecht eine Abkehr vom Gesetzespositivismus stattfand.¹²⁵

Die Gemeinschaft sei, ähnlich wie bei ihrer Gründung die Vereinigten Staaten, auf die Bildung und Entwicklung einer "more perfect Union" angelegt. Ihre Verfassung sei als "Wandelverfassung" (H.P. Ipsen) konzipiert: Auf bestimmte Ziele

¹¹⁸ Scholz, *ibid.*; Classen, *ibid.*

¹¹⁹ Siehe z.B. von Danwitz (Anm. 7), 421 (428), der insbesondere das Kriterium der Vereitelungsprüfung kritisiert, die für ihn "als eine verkappte 'effet utile'-Prüfung (erscheint), deren Rationalität sich jeder kritischen Nachprüfung entzieht" und "dem EuGH zur Verwirklichung selbstgesetzter Integrationsvorstellungen (dient), auch und gerade entgegen der im Primärrecht der Gemeinschaft von den Vertragsherren konzidierten Gemeinschaftsbefugnisse."

¹²⁰ Zu dem Problem der Lückenfüllung siehe Stein (Anm. 115), 619 (627 ff., 636 f.).

¹²¹ So – in Frageform – der Titel der Abhandlung von Stein (Anm. 115).

¹²² Z.B.: K.D. Borchardt, Gedächtnisschrift Grabitz (Anm. 56), 29 ff.; M. Dauses, DRiZ 1984, 349 ff.; ders., Integration 1994, 215 ff.; A.M. Donner, AöR 1981, 1 ff.; U. Everling, Festschrift Kutscher (hrsg. von W.G. Grewe u. a., Baden-Baden 1981), 155 ff.; ders. (Anm. 4); H. Kutscher, EuR 1981, 392 ff.; I. Pernice, in: Grabitz/Hilf (Anm. 45), Art. 164; P. Pescatore, Festschrift Kutscher (*ibid.*), 319 ff.; ders., Gedächtnisschrift Constantinesco (hrsg. von G. Lücke, Baden-Baden 1983), 559 ff.; Zuleeg (Anm. 102), 545 ff.; ders., JZ 1994, 1 ff.; ders., BB 1994, 581 ff.

¹²³ Siehe auch BVerfG E 75, 223 (243 f.).

¹²⁴ Möllers (Anm. 115), 20 (26).

¹²⁵ P. Pescatore, Rev.int.dr.comp. 26 (1974), 5 (10).

hin orientiert (Art. 1, 2 EGV), habe sie von Anfang an zahlreiche Regelungslücken aufgewiesen und dadurch deren Auffüllung als Integrationsprogramm festgelegt.¹²⁶ Die weitere Ausgestaltung des im Vertrag angelegten Integrationsprogrammes sowie die Anpassung der Verträge an veränderte Umstände obliege zwar in erster Linie den – im Rat oder in einer Regierungskonferenz vereinten – Mitgliedstaaten. Doch seien auch andere Organe und insbesondere der EuGH befugt, die Verträge im Lichte des angelegten Integrationsprogramms auszulegen und gegebenenfalls weiterzuentwickeln.¹²⁷

Dies gelte vor allem angesichts der Tatsache, daß sich der Gemeinschaftsgesetzgeber häufig im Verzug befinde und daß die Gemeinschaftsrechtsordnung nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern gerade auch die Bürger berechtigt und verpflichtet. Werde der EuGH nun von diesen angerufen, müsse er auch entscheiden, wolle er sich nicht dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aussetzen. So sei es in bestimmten Fällen notwendig und geboten, bei Untätigkeit der Legislativorgane im Interesse des Individualschutzes richterrechtliche Lösungen zu entwickeln.¹²⁸

Das Gleichgewicht zwischen der Gemeinschaftslegislative und -exekutive werde auch durch extensive Formen der Rechtsfortbildung nicht entscheidend gestört. Dem Gesetzgeber bleibe es immer vorbehalten, ihm unliebsame Rechtsfortbildungen durch entsprechende Gesetzes- oder Vertragsänderungen abzuändern oder gar völlig rückgängig zu machen.¹²⁹ Schließlich werde auch das Gleichgewicht zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten nicht wirklich beeinträchtigt, da gerade die – ohne eigenen exekutiven Unterbau bestehende – Gemeinschaftsrechtsordnung in besonderem Maße auf Akzeptanz in den Mitgliedstaaten angewiesen sei.¹³⁰ Schon aus ureigenstem Interesse werde der EuGH auf Rechtsentwicklungen gegen den Willen der Mitgliedstaaten, insbesondere gegen den anhaltenden Widerstand der nationalen Gerichte, verzichten und im Konfliktfall entsprechende Kurskorrekturen vornehmen.

Aus dieser Perspektive wird man die Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung der Anwendbarkeit des § 48 VwVfG bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen kaum als doppelten Kompetenzverstoß ansehen. Die Gemeinschaftsverträge sahen von Anfang an die schrittweise Herstellung zunächst

¹²⁶ Kritisch dazu Stein (Anm. 115), 619 (622).

¹²⁷ So insbesondere Pescatore (Anm. 122), 559 (576): "La Cour, ..., a l'obligation de se prononcer, l'obligation de dire le droit conformément à la mission générale qui lui est assignée par l'article 164 du traité."

¹²⁸ Pescatore, *ibid.*, 559 (576 f.): "A la différence du pouvoir politique, ..., le juge ne peut pas se dérober à son obligation de dire le droit à tout justiciable qui le saisit légalement. Se soustraire à cette obligation, serait le 'deni de justice', une telle dérobade constituerait une atteinte à l'une des règles fondamentales de l'éthique judiciaire. Il y a plus. La carence du législateur, son manque de résoudre des problèmes ..., a eu précisément pour effet d'augmenter les probabilités d'un contentieux judiciaire. ... Or, le juge étant obligé de se prononcer, ..., il n'a d'autre choix, parce que le législateur lui refuse de lui fournir les critères de solution appropriés, que de se rabattre sur les éléments de système qui se trouve à sa disposition."

¹²⁹ Möllers (Anm. 115), 20 (24). Von dieser Möglichkeit haben die Mitgliedstaaten bereits Gebrauch gemacht (siehe dazu unten Anm. 139).

¹³⁰ Unbestritten, vergleiche die in Anm. 115 zitierte Literatur.

eines Gemeinsamen Marktes, später eines Binnenmarktes vor, in dem auch unter Beihilfeempfängern Wettbewerbsgleichheit herrschen sollte. Konnten die sich aus unterschiedlichen Vertrauensschutzkonzepten ergebenden Ungleichheiten beim Vollzug der Beihilfenvorschriften zum Zeitpunkt der Urteile *Rewe* und *Milchkontor* aufgrund des damaligen Integrationsstandes noch hingenommen werden, ist dies mit dem Abschluß des Binnenmarktprogramms nicht mehr der Fall. Das im Laufe der Jahre fortentwickelte Gemeinschaftsrechtssystem weist nun somit eine Lücke auf, die durch eine strengere Definition der in Art. 5 EGV normierten Nebenpflichten der Mitgliedstaaten geschlossen werden kann. Diese Lücke wird nun vor allem im Interesse der Beihilfekonkurrenten geschlossen. Angesichts dieser Überlegungen erscheint das von der Gegenposition angeführte Argument der bewußten Nicht-Wahrnehmung der entsprechenden Kompetenzen durch den Rat (Art. 94 EGV) nicht überzeugend: Dieser befindet sich im gesetzgeberischen Verzug, der sich zudem nachteilig für die betroffenen Marktbürger auswirkt. Es bleibt ihm auch unbenommen, die Materie in einem anderen Sinne zu lösen, so daß ihm – wie im EGV vorgesehen – die Regelungskompetenz verblieben ist.

Schließlich wird man aus der hier dargestellten Perspektive auch einen Verstoß gegen Art. 3 b EGV nicht erkennen können. Das Recht der Rechtsfortbildung wird dem EuGH in Art. 164 EGV unbestritten zugestanden. Dies umfaßt vor allem die Definition der Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten sowie der Marktbürger. Die Einschränkung der Anwendung des §48 VwVfG in den geschilderten Beihilfefällen fügt sich in eine konsequente Interpretation des gemeinschaftlichen Integrationsprogramms als Verwirklichung eines Binnenmarktes unter Ausschluß von Diskriminierungen der Wirtschaftsteilnehmer in den Mitgliedstaaten. In einem solchen Kontext können Art. 5 EGV – in dogmatisch und systematisch nachvollziehbarer Weise – durchaus weitgehende mitgliedstaatliche Nebenverpflichtungen beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht entnommen werden.

Sollte das durch die gemeinschaftsrechtliche Rechtsfortbildung erzielte Ergebnis die Mitgliedstaaten oder nationale Gerichte nicht überzeugen, muß dieses nicht bestehen bleiben. Erneute Vorlagen an den EuGH können Zweifel zum Ausdruck bringen und diesen zu einer Revision seiner Rechtsprechung veranlassen. Den "Herren der Verträge" bleibt es unbenommen, eine solche Revision durch entsprechende Gesetzgebungstätigkeit selbst vorzunehmen. Die Tatsache, daß fast alle durch den EuGH entwickelten Rechtssätze – trotz ihres häufig zunächst revolutionär anmutenden Charakters – von den Marktbürgern, nationalen Gerichten und nicht zuletzt von den Mitgliedstaaten angenommen worden sind, spreche überdies für die Rechtmäßigkeit der Spruchpraxis des EuGH.

3. Stellungnahme

Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung der nationalen vertrauensschutzwährenden Regelungen bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen führt zu weitreichenden Überlegun-

gen zur Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts sowie dessen Verhältnis zum nationalen Recht. Im vorliegenden Rahmen wird sich unsere Stellungnahme – wie bereits die obige Schilderung der beiden Grundpositionen – nur auf wesentliche Aspekte der Problematik ohne Anspruch auf Vollständigkeit beschränken müssen.

3.1. Zur Methode

Entgegen engerer Auffassungen wird man auch dem EuGH die Kompetenz nicht absprechen können, rechtsfortbildend tätig zu werden. Dafür spricht in der Tat nicht nur Art. 164 EGV, sondern auch die besondere Lückenhaftigkeit der Gründungsverträge, die durch den EuGH erst „operabel“ gemacht wurden.

Den Kritikern ist dabei durchaus zuzugeben, daß der EuGH nicht immer „Richterrecht wie anderswo auch“ entwickelte. Im Gegensatz zur im klassischen Völkerrecht üblichen Methode beruht das durch den EuGH „gefundene“ Recht oft gerade nicht auf konsensualer Staatenpraxis.¹³¹ Der EuGH leitete im Gegenteil häufig Entwicklungen ein, für die es gerade keinen Konsens zwischen den Mitgliedstaaten gab („Verzug des Gesetzgebers“). Auch ist nicht abzustreiten, daß die Rechtsprechung zu massiven Gewichtsverschiebungen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten führte.¹³² Dafür bedarf es einer überzeugenden Begründung.

Die dafür von der Literatur gelieferten Rechtfertigungen sind für sich allein wenig überzeugend. Die sogenannte „Säumnis des Gesetzgebers“ kann – wie es die Kritiker der *Alcan*-Entscheidung tun – auch als „negative“ Entscheidung des Rates bzw. der Mitgliedstaaten im Sinne einer Entscheidung zu Lasten der Vereinheitlichung und zugunsten der Differenzierung entlang der nationalen Rechtsordnungen interpretiert werden. So betrachtet ist auch die Argumentation des EuGH wenig überzeugend, er setze sich ohne die Bildung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aus. Die Entscheidung könnte auch schlicht auf die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen verweisen und eventuell noch an den Gesetzgeber appellieren, wie es der EuGH in der Vergangenheit gerade in den Beihilfefällen wiederholt getan hatte.¹³³

Die Position des EuGH wird nur dann verständlich, wenn man seine Konzeption der Integrationsrechtsordnung akzeptiert, zu deren Auslegung er nach Art. 164 EGV berufen ist. Deren Ziel ist die Herstellung des Binnenmarktes als Teilziel einer „immer engeren Union“, in dem Diskriminierungen der Marktteilnehmer nur unter engen Voraussetzungen gestattet sind. Dabei haben die Mitgliedstaaten sich nicht nur untereinander auf dieses Ziel verpflichtet, sondern auch die Marktbürger an den Rechten und Pflichten dieses Projekts beteiligt. Das Verhalten der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des EGV darf sich daher nicht negativ auf die nun erweiterten Freiheitsrechte der Individuen auswirken. Im

¹³¹ Stein (Anm. 115), 619 (624f.).

¹³² Dazu siehe die Abhandlungen von J.H.H. Weiler, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 2403 ff.; ders. (Anm. 115), 417 ff.

¹³³ Stein (Anm. 115), 619 (632).

Lichte dieses Systems, das als "Verfassung" der Gemeinschaft begriffen wird,¹³⁴ werden "negative" Entscheidungen des Gemeinschaftsgesetzgebers zur "Säumnis", ein Verweis auf das nationale, häufig diskriminierende Recht zur "Rechtsverweigerung". Angesichts dessen ist daher besonders auf die Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu achten; sie darf nicht durch die Anwendung nationalen Rechts hintertrieben werden. Diese ziel- und wirksamkeitsorientierte Konzeption ist in sich stimmig, begründet jedoch eine Gemeinschaftsfreundlichkeit der Rechtsprechung des EuGH, die nationale Gestaltungsspielräume stark einschränken kann.

Man mag als Europa-, Staats- oder Verwaltungsrechtler dieser Konzeption zustimmen oder nicht. Auch kann man sie zwar in rechtspolitischer Hinsicht begrüßen, aber in rechtsdogmatischer Hinsicht für eine nur unzureichende Begründung oder gar Grundlage für die Rechtsfortbildung des EuGH halten.¹³⁵ Tatsache ist jedoch, daß der EuGH seine – ziel- und wirksamkeitsorientierte, sowie individualrechtsschützende – Konzeption von Anfang an konsequent verfolgt und aus ihr sehr konkrete Rechtssätze entwickelt hat, die von den Bürgern, den nationalen Gerichten und auch von den Mitgliedstaaten akzeptiert wurden. Eine entscheidende Rolle spielte dabei die Tatsache, daß die Mitgliedstaaten sowohl bei der Normsetzung als auch bei der Normdurchsetzung weitgehend "Herren des Verfahrens" geblieben sind.¹³⁶ Auch kennen die meisten Mitgliedstaaten oberste (Verfassungs-)Gerichte, die in nicht unerheblichem Maße rechtsfortbildend tätig sind und denen regelmäßig der Vorwurf unzulässiger Rechtsfortbildung und des Betreibens von Rechtspolitik gemacht wird.¹³⁷ Es erscheint daher müßig, die Rechtsfortbildungstätigkeit des EuGH prinzipiell in Frage zu stellen.

3.2. Zu den Grenzen

Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung lassen sich bereits im nationalen Rahmen nur schwer bestimmen. Im Falle des Gemeinschaftsrechts – einer höchst zielgerichteten, dynamischen, häufig immer noch "neuen" Rechtsordnung – fällt dies noch schwerer, da anerkanntermaßen die traditionellen Regeln der Rechtsfortbildung nur eingeschränkt Anwendung finden.¹³⁸ Dafür werden Einheitlichkeit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts als Maßstab für eine bewußt ziel-

¹³⁴ EuGH, Slg. 1991, 6079 (I. EWR-Gutachten); Pescatore, Festschrift Kutscher (Anm. 122), 319 ff.

¹³⁵ Z.B. von Danwitz (Anm. 7), 421 (429).

¹³⁶ Weiler (Anm. 132), 2403 ff.; ders. (Anm. 132), 417 ff.

¹³⁷ Dies zeigen in Deutschland die jüngsten Diskussionen um Urteile des BVerfG wie das *Schwangerschaftsabbruchs*-, *"Soldaten sind Mörder"*-, *Kruzifix*-, *Sitzblockadenurteil* etc. Dazu U. von Halteren, Verantwortlichkeit und Integration in einer mißtrauischen Demokratie – Zwei Studien zur Verfassungsgerichtsbarkeit (1. Demokratische Verantwortlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit. Nachbemerkungen zur Diskussion um das Kruzifix-Urteil. – 2. Integration als Mythos, Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts), Harvard Jean Monnet Chair Working Paper Series No. 4/96 (<http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/>).

¹³⁸ Pernice (Anm. 122), Art. 164 Rn. 23 ff.

orientierte Auslegung und Weiterentwicklung des Vertragstextes in besonderem Maße – auch und vor allem durch die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte – anerkannt.¹³⁹ Dadurch ist das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich in der Lage, in jeden nationalen Rechtsbereich einzuwirken, ohne daß dem EuGH ein eindeutiger Kompetenzverstoß objektiv nachgewiesen werden könnte.

So ist die weitere Einschränkung der nationalen Verfahrensautonomie im *Alcan*-Fall keineswegs zwingend als Kompetenzverstoß des EuGH zu werten. In einem sich vollendenden Binnenmarkt ist es nicht tragbar, daß ein Mitgliedstaat – bewußt oder unbewußt – mit Hilfe seines nationalen Verfahrensrechts die Wirksamkeit der gemeinschaftlichen Beihilfekontrollen zu Lasten anderer Marktteilnehmer hintertreibt. Daher ist es – trotz und gerade aufgrund der jahrelangen Untätigkeit des Rates – möglich, im Interesse aller Marktteilnehmer die gemeinschaftsrechtlichen Pflichten des Art. 5 EGV entsprechend auszulegen. Die Anwendung des – ursprünglich für die Eingrenzung der Gemeinschaftsgewalt entwickelten – allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Vertrauensschutzes auf die indirekt Gemeinschaftsrecht vollziehenden Mitgliedstaaten mag zwar “mutig” erscheinen. Dennoch ist der Anknüpfungspunkt zur Gemeinschaftsrechtsordnung aufgrund der negativen und verpflichtenden Kommissionsentscheidung eindeutig gegeben, so daß die Rechtsprechung des EuGH zumindest vertretbar erscheint.

Diese Argumentation muß nicht jeden überzeugen. Man kann sie, wie die angeführte Kritik an der Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung der nationalen Verfahrensautonomie zeigt, mit durchaus beachtlichen Gründen ablehnen. Es dürfte jedoch klar geworden sein, daß über die Grenzen der Rechtsfortbildung keine allgemeingültigen, einer objektiven Nachprüfbarkeit zugänglichen Kriterien entwickelt werden können. Die jüngste Rechtsprechung des EuGH wird sich daher in der politischen und gerichtlichen Praxis bewähren müssen.¹⁴⁰ Hier wird die Frage nach “zulässiger Rechtsfortbildung oder Kompetenzverstoß” beantwortet werden.

Dies lehren auch die Erfahrungen vieler “zusammengesetzter” Staatenwesen. Richterrecht, insbesondere in der Form der Ausweitung des Grundrechtsschutzes für Individuen, sorgte in vielen Bundesstaaten für einschneidende Modifizierungen der Kompetenzordnungen und wurde aus diesem Grunde auch häufig scharf angegriffen. Im Endeffekt wurde solche Entwicklung aber meist akzeptiert, ob

¹³⁹ Dies ergibt sich daraus, daß die Mitgliedstaaten nur sehr zurückhaltend und punktuell bestimmte Rechtsfortbildungen des EuGH korrigiert haben. So wurden die Auswirkungen der Rs. *Merk* (EuGH, Slg. 1981, 2063 ff.) in den Akten betreffend den Beitritt Spaniens und Portugals beschränkt (Art. 47 und 209 der Beitrittsakten, ABL EG L 302 vom 15.11.1985); die Auswirkungen der Rs. *Barber* (EuGH, Slg. I-1990, 1839 ff.) und der Rs. *Grogan* (EuGH, Slg. I-1991, 4685) wurden anlässlich der Revision der Verträge durch den Maastrichter Vertrag durch Protokoll Nr. 2 zu Art. 119 EGV bzw. durch Protokoll Nr. 17 zum EUV und EGV beschränkt. Soweit ersichtlich, korrigierte der EuGH danach seine Rechtsprechung im Sinne der Mitgliedstaaten, vgl. EuGH, Slg. I-1992, 5367 (*Generics*); EuGH, Slg. I-1993, 4879 (*Ten Oever*). – Dazu siehe ausführlich M. Fernández Salas, RMC 1/1996, 155 (167 f.).

¹⁴⁰ Weiler (Anm. 132), 417 ff.

sich dies nun in entsprechenden Änderungen der Verfassungs- oder Vertragstexte niederschlug oder nicht.¹⁴¹

Jedoch kann die Grenze der Akzeptanz auch überschritten werden. Dies ist der Fall, wenn der Gesetzgeber richterrechtliche Entwicklungen rückgängig macht – wie dies auch schon im Rahmen der EG geschehen ist.¹⁴² Erreicht ist diese Grenze wohl auch dann, wenn nationale Gerichte sich beharrlich weigern, bestimmte Rechtsentwicklungen des EuGH anzuerkennen und in ihren Entscheidungen umzusetzen.

Jedoch ist es nicht notwendig, Konflikte zwischen weiterentwickeltem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, die gleichzeitig und vor allem auch Konflikte der jeweiligen zur Interpretation berufenen Gerichte sind, bis auf die Spitze zu treiben. Vielmehr gibt es Verfahren, die dazu dienen, die Akzeptanz bestimmter Entwicklungen auszuloten und eventuelle Korrekturen an bestimmten Rechtsfortbildungen vorzunehmen. Dies führt zu der in einem getrennten Abschnitt zu behandelnden Frage nach dem “Kooperationsverhältnis” zwischen EuGH und nationalen Gerichten.

3.3. Fazit

Die Kritik an der Zurückdrängung der nationalen Vertrauensschutzkonzepte zugunsten eines gemeinschaftsrechtlichen Standards in den Fällen der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen läßt sich im wesentlichen auf eine Kritik an der durch den EuGH betriebenen Rechtsfortbildung zurückführen. Diese praktiziert der EuGH seit dem Beginn seiner Rechtsprechungstätigkeit. Dabei kommen spezielle, von ihm selbst entwickelte Auslegungsmethoden des Gemeinschaftsrechts zur Anwendung, die sich auf ein zielgerichtetes, dynamisches Verständnis der Integrationsrechtsordnung stützen. Im Zentrum dieser Rechtsfortbildung steht die Herstellung des Binnenmarktes und die Durchsetzung damit korrespondierender individueller Rechte der Marktbürger. Dieses Vorgehen wurde von den Mitgliedstaaten und den nationalen Gerichten sowie nicht zuletzt von den Marktbürgern weitgehend anerkannt.

Jedoch läßt sich im Einzelfall über die Methodik und die Grenzen der Rechtsfortbildungstätigkeit trefflich streiten. So ist es zwar unbestritten, daß dem EuGH grundsätzlich die Rechtsfortbildungskompetenz zusteht; es wird meist auch eingeräumt, daß diese angesichts des speziellen Charakters der Gemeinschaft auch die Bahnen allgemein anerkannter Rechtsfortbildung überschreiten darf. Jedoch kann bei jeder Weiterentwicklung des Gemeinschaftsrechts – die in vielen Fällen auch eine Ausdehnung der Gemeinschaftskompetenzen zu Lasten mitgliedstaatlicher Autonomie darstellt – deren Zulässigkeit mit gewichtigen Argumenten bezweifelt werden. Die Frage “Zulässige Rechtsfortbildung oder Kompetenzverstoß?” stellt

¹⁴¹ Vgl. die mehrbändige Studie von M. Cappelletti/ M. Seccombe/ J. Weiler, *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience* (Berlin u.a. 1986).

¹⁴² Fernández Salas (Anm. 139).

sich daher immer wieder neu und kann – je nach Standpunkt – unterschiedlich beantwortet werden.

Die Ausdehnung des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzkonzeptes zu Lasten der nationalen Konzeption bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen ist anhand der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nachvollziehbar und akzeptabel. Es spricht in der Tat vieles dafür, bei gemeinschaftsrechtlichen Anknüpfungspunkten auch gemeinschaftsrechtliche Standards einheitlich gelten zu lassen, um eine Diskriminierung anderer Marktteilnehmer auszuschließen. Diese Rechtsfortbildung läßt sich auch – das dynamische Verständnis der Integrationsrechtsordnung vorausgesetzt – durch Art. 164 EGV i.V.m. Art. 1, 2, 5 EGV rechtfertigen. Eine statischere, insbesondere auf die Wahrung nationaler Kompetenzen bedachte Auffassung wird diese jedoch als unzulässige, da gegen die Gemeinschaftskompetenzen verstoßende Rechtsfortbildung ablehnen müssen.

Entscheidend ist letztlich, ob die durch den EuGH vorgenommene Rechtsfortbildung in den Mitgliedstaaten und insbesondere bei den nationalen Gerichten akzeptiert wird. Ist dies nicht der Fall, besteht die Gefahr eines schweren Konfliktes zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht. Der Frage, wie dieser zu lösen bzw. zu vermeiden ist, soll im letzten Teil dieser Abhandlung am Beispiel des Verhältnisses von EuGH und BVerfG nachgegangen werden.

V. Das Verhältnis zwischen EuGH und BVerfG: Kooperation durch Konfrontation oder Dialog?

Die Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung der Vertrauensschutzkonzeption des §48 VwVfG bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte birgt – wie grundsätzlich jede Rechtsfortbildung durch den EuGH – die Gefahr der Ablehnung durch nationale Gerichte in sich. Diese kann sich durchaus zu einem offenen Konflikt zwischen EuGH und BVerfG verdichten, sollte letzteres dem Vorschlag Scholz' folgen und dem EuGH die Gefolgschaft in dieser Frage verweigern.¹⁴³

Dabei drängt sich die Frage auf, wer im Konfliktfalle über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Rechtsfortbildung durch den EuGH zu entscheiden hat. In diesem Abschnitt soll nachgewiesen werden, daß ein solcher Konflikt – sollte er erst einmal eskaliert sein – juristisch nicht mehr gelöst werden kann. Aus dieser Unlösbarkeit eines offenen Konfliktes muß daher eine Kooperationspflicht beider Gerichte abgeleitet werden. Dabei soll auch gezeigt werden, daß EGV und deutsches Verfassungsrecht recht deutliche Vorgaben für die Ausgestaltung dieses "Kooperationsverhältnisses" enthalten.

¹⁴³ Scholz (Anm. 7), 261 (267f.).

1. Zur juristischen Unlösbarkeit eines offenen Konfliktes zwischen EuGH und BVerfG

Akzeptiert ein oberstes nationales Gericht nicht die durch den EuGH vorgenommene Interpretation, stellt sich die Frage nach der Letztentscheidungskompetenz. Heintzen hat aufgezeigt, daß diese Frage nach der "Herrschaft" über die Gemeinschaftsverträge letztlich juristisch nicht entscheidbar ist.¹⁴⁴ Da diese Erkenntnis – wie es gerade der schon mehrfach zitierte Artikel von Scholz zeigt¹⁴⁵ – offensichtlich noch nicht überall zur Kenntnis genommen wurde, soll dies hier nochmals kurz nachvollzogen werden.

1.1. Die Position des BVerfG

Die Position des BVerfG, die in der vielkritisierten *Maastricht*-Entscheidung aus dem Jahre 1993 besonders deutlich zum Ausdruck kommt,¹⁴⁶ führt den Geltungsgrund der Gemeinschaftsverträge auf das nationale Zustimmungsgesetz zurück.¹⁴⁷ Dieses bestimme das Ausmaß der Kompetenzübertragung auf die Europäische Gemeinschaft. Angesichts einer nur ungenügenden demokratischen Legitimation der Gemeinschaft sei es daher Aufgabe des BVerfG, die Einhaltung der – durch den demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgeber gezogenen – Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft sicherzustellen.¹⁴⁸

Dabei wird dem EuGH zwar das Recht zugestanden, die Gemeinschaftsverträge verbindlich auszulegen und auch weiterzuentwickeln.¹⁴⁹ Jedoch behält sich das BVerfG das Recht vor, die Rechtsprechung des EuGH – wie auch die Akte anderer Gemeinschaftsorgane – auf ihre Übereinstimmung mit dem in dem Zustimmungsgesetz definierten Integrationsprogramm zu überprüfen und gegebenenfalls auch für unanwendbar zu erklären.¹⁵⁰ Einer besonderen Prüfung bedarf dabei immer die Frage, ob Gemeinschaftsakte mit den Anforderungen des Generalvorbehalts der Art. 23, 79 III GG (Einhaltung demokratischer, rechtsstaatlicher, sozialer und bundesstaatlicher Grundsätze sowie des Subsidiaritätsprinzips) entspricht.¹⁵¹

Die Mitgliedstaaten stellen sich somit als die "Herren der Verträge" dar, die die Tragweite des Integrationsprogramms bestimmen und kontrollieren. Sollten sich die – ohne Kompetenz-Kompetenz ausgestatteten – Gemeinschaftsorgane fort-dauernder Kompetenzverletzungen schuldig machen, stehe den Mitgliedstaaten

¹⁴⁴ M. Heintzen, AöR 119 (1994), 564 (565) – dagegen H.H. Rupp, AöR 120 (1995).

¹⁴⁵ Scholz (Anm. 7), 261 ff.

¹⁴⁶ BVerfGE 89, 155. Zur Literatur vgl. Anm. 4.

¹⁴⁷ BVerfGE 89, 155 (188) – (*Maastricht*).

¹⁴⁸ Anknüpfungspunkt ist dabei das Demokratieprinzip *via* Art. 38 I S.1 GG. Vgl. BVerfG, *ibid.*, (172, 182, 188, 197) und dazu beispielsweise Heintzen (Anm. 144), 564 (569 f.); V. Götze, JZ 1993, 1081 (1083); M. Schröder, DVBl 1994, 319.

¹⁴⁹ Dazu insbesondere BVerfGE 73, 339 (366 ff.) – (*Solange II*).

¹⁵⁰ BVerfGE 89, 155 (185) – (*Maastricht*).

¹⁵¹ BVerfGE 89, 155 (187 ff.) – (*Maastricht*).

ein (auch einseitig auszuübendes) Sezessionsrecht zu. Kurz: Das BVerfG beansprucht die Letztentscheidungskompetenz bei der Auslegung der Gemeinschaftsverträge.

1.2. Die Position des EuGH

Nach Auffassung des EuGH haben die Mitgliedstaaten durch die Gründung der Gemeinschaft eine – die Gemeinschaftsbürger miteinbeziehende – neue Rechtsordnung zur Schaffung einer Integrationsgemeinschaft geschaffen.¹⁵² Eine solche könne aber keinen Bestand haben, würde sie nun durch jedes nationale Verfassungsgericht nach seinen eigenen, jeweils aus unterschiedlichen Verfassungen abgeleiteten Kriterien ausgelegt und sogar teilweise für unverbindlich erklärt werden.¹⁵³ Daher müsse das Gemeinschaftsrecht – durchaus etwas “verfassungsblind” – einheitlich durch den nach Art. 164 EGV kompetenten EuGH ausgelegt werden.¹⁵⁴

Konsequenterweise seien auch die Grenzen der Vertragsauslegung durch den EuGH zu bestimmen. Dies gelte um so mehr, als die – durch die Mitgliedstaaten übertragenen – Gemeinschaftskompetenzen final ausgerichtet seien und gerade kein abschließender Kompetenzkatalog der Gemeinschaft existiere. Dabei könne und müsse der EuGH Zweifel an seiner Rechtsauslegung berücksichtigen, die ihm auf dem Wege des dafür eigens vorgesehenen Vorlageverfahren des Art. 177 EGV unterbreitet werden können. Jedoch könne eine verbindliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts und seiner Grenzen nur einheitlich durch den EuGH selbst erfolgen.¹⁵⁵

1.3. Konsequenz: juristische Unlösbarkeit eines offenen Konfliktes zwischen EuGH und BVerfG

Offensichtlich besteht in der Frage nach der Herrschaft über die Gemeinschaftsverträge ein “Fundamentaldissens”¹⁵⁶ zwischen EuGH und BVerfG. Beide Positionen sind – wie bereits die oben geschilderten Positionen bei der Frage der Zulässigkeit und des Umfangs der Rechtsfortbildung des EuGH – auf der Grundlage ihrer jeweiligen Prämissen juristisch in sich schlüssig.¹⁵⁷

Sicherlich mangelt es nicht an weiterführenden Argumenten, die die geschilderten Grundpositionen stützen sollen. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich dabei um vorjuristische Überlegungen, die von der jeweils vorgenommenen poli-

¹⁵² EuGH, Slg. 1964, 1964, 1141 – (*Costa/Enel*); EuGH, Slg. 1977, 741 (759) – (*Binnenschifffahrt*); EuGH, Slg. 1986, 1339 (1365) – (*Les Verts*); EuGH, Slg. 1991, 6079 (6102) – (*1. EWR-Gutachten*).

¹⁵³ EuGH, Slg. 1964, 1964, 1141 – (*Costa/Enel*); EuGH, Slg. 1970, 1125 – (*Internationale Handelsgesellschaft*); EuGH, Slg. 1978, 629 – (*Simmenthal II*).

¹⁵⁴ So v.a. EuGH, Slg. 1978, 629 – (*Simmenthal II*).

¹⁵⁵ Diese Haltung bestätigte der EuGH in seinem *1. EWR-Gutachten*, EuGH, Slg. 1991, 6079.

¹⁵⁶ So Heintzen (Anm. 144), 565 (578).

¹⁵⁷ Heintzen (Anm. 144), 565 (582).

tischen Wertung abhängen. Zur Erläuterung sei hier nur das in diesem Zusammenhang besonders häufig diskutierte Demokratieprinzip angesprochen.

Gegen die Letztentscheidungskompetenz des EuGH wird häufig eingewandt, daß die Mitgliedstaaten letztlich immer noch für das Gemeinwohl verantwortlich und demokratisch legitimiert seien.¹⁵⁸ Die Gemeinschaft besitze eine viel schwächere demokratische Legitimation und sei daher in demokratischer Hinsicht eine "Kostengängerin der Mitgliedstaaten"¹⁵⁹. Gegen eine solche Überlegung ließe sich einwenden, daß es keine juristisch anerkannte Regel über die notwendige – und im übrigen schwer meßbare – Intensität der demokratischen Legitimierung von Hoheitsgewalt gibt. Weiterhin ließe sich einwenden, daß der demokratische Souverän durchaus auch die Abtretung der Letztentscheidungskompetenz für den Bereich der Gemeinschaftsverträge an ein supranationales Gericht beschließen kann. Schließlich dürften erhebliche tatsächliche Zweifel an der Prämisse bestehen, die einzelnen Mitgliedstaaten seien immer noch wie im 19. Jahrhundert alleinig für das Gemeinwohl verantwortlich. Kurz: Wir befinden uns hier auf dem weiten Feld juristischer Letztbegründungen, die ihrerseits nicht mehr juristisch, sondern allenfalls politisch hinterfragt und begründet werden können.¹⁶⁰

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß EuGH und BVerfG in der Frage nach der Letztentscheidungskompetenz – der "Herrschaft" über die Gemeinschaftsverträge – gegensätzliche, sich gegenseitig ausschließende, jedoch juristisch nicht widerlegbare Positionen vertreten. Ein offener Justizkonflikt zwischen EuGH und BVerfG liefe somit letztlich auf die Souveränitätsfrage hinaus, die juristisch nicht lösbar ist und politisch entschieden werden müßte.¹⁶¹ Sie besteht jedoch seit Beginn der europäischen Integration, ohne daß die Mit-

¹⁵⁸ Dieses Argument des "Demokratiedefizits der EU/EG" (als Beispiel siehe von Danwitz [Anm. 7], 421/429) läuft auf die Behauptung hinaus, daß die Ausübung weitgehender Hoheitsrechte nur auf der Grundlage eines demokratischen verfassungsgebenden Aktes der Verfassungsschöpfung erfolgen dürfe. Aus juristischer Sicht kann dazu jedoch lediglich festgehalten werden, daß jeder verfassungsgebende Akt revolutionär ist und die nachträgliche Legitimierung dessen ist, was sich durchgesetzt hat. – Dazu Heintzen, *ibid.*, 581 mit Nachweisen, der auch darauf hinweist, daß wohl kaum eine "Verfassung" häufiger den Völkern und/oder den Parlamenten der Mitgliedstaaten zur Ratifizierung vorgelegt wurde als die Gemeinschaftsverträge.

¹⁵⁹ J. Isensee, Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: ders. u. a. (Hrsg.), Europa als politische Idee und rechtliche Form (Berlin 1993), 103 ff.

¹⁶⁰ Dies gilt auch für die in Deutschland weitverbreitete These der "strukturellen Unmöglichkeit" einer Vermittlung demokratischer Legitimation durch das Europäische Parlament. Sie beruht auf der vorrechtlichen – und im übrigen durchaus umstrittenen – Prämisse, daß ein demokratischer Willensbildungsprozeß nur unter der Voraussetzung des Bestehens eines (vor allem sprachlich) homogenen Volkes entstehen und sich entwickeln könne. – Dazu siehe A. Beierwales, Sprachenvielfalt in der EU – Grenze einer Demokratisierung Europas?, Diskussionspapier C 5/1198 des Zentrums für Europäische Integrationsforschung (Bonn 1998); C.D. Classen, AöR 119 (1994), 238 (255 ff.); D. Grimm, JZ 1995, 581 ff.; J. Habermas, European Law Journal 1 (1995), 303 ff.; P. Kirchhof, EuR Beiheft 1 (1991), 11 (14 ff.); ders., in: Handbuch des Staatsrechts VII (hrsg. von Kirchhof/Isensee, Heidelberg 1992), § 183 Rn. 12; W. von Simson, EuR 1991, 1 ff.; J.H.H. Weiler, European Law Journal 1 (1995), 219 ff.

¹⁶¹ J.A. Frowein, EuR Beiheft 1/1991, 63 (67).

gliedstaaten sie beantworten konnten oder wollten. Die Souveränitätsfrage ist somit unentschieden und bleibt "in der Schwebe". Dies bedeutet für die Praxis der beiden Gerichte, daß sie ihren Fundamentalkonflikt – unter Verzicht auf die Wahrheitsfrage – pragmatisch begrenzen und eine Form der Kooperation finden müssen.¹⁶²

2. "Kooperation" zwischen EuGH und BVerfG als verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Vermeidung eines offenen Konfliktes

Die Unlösbarkeit eines offenen Konfliktes zwischen EuGH und BVerfG läßt sich letztlich darauf zurückführen, daß die supranationale und die nationale Rechtsnorm nicht auf einen gemeinsamen Geltungsgrund zurückgeführt werden können.¹⁶³ Supranationale und nationale Rechtsordnungen bestehen nebeneinander und sind eng miteinander verzahnt, wie es nicht zuletzt die hier dargestellten Beihilfefälle zeigen. Mangels politischer Entscheidung der Souveränitätsfrage sind sie jedoch nur "teilsouverän". Hieraus erklärt sich auch die Unmöglichkeit, die Gemeinschaft mit den überkommenen staatsrechtlichen Kriterien zu erfassen.¹⁶⁴

Außerhalb überkommener staats- und völkerrechtlicher Vorstellungen muß daher auch die Lösung des geschilderten Fundamentalkonfliktes liegen. Angesichts der "schwebenden" Souveränitätsfrage, der juristischen Unentscheidbarkeit eines offenen Justizkonfliktes, liegt die juristische Lösung in der Ableitung einer wechselseitigen Pflicht zur Kooperation im Sinne einer Pflicht zur Rücksichtnahme und damit zur Vermeidung offener Kompetenzkonflikte nahe.¹⁶⁵

Eine solchermaßen verstandene Kooperationspflicht muß jedoch eine Grundlage im Gemeinschafts- wie im Verfassungsrecht finden. Dies folgt daraus, daß Kompetenznormen kein dispositives Recht darstellen¹⁶⁶ und daher weder der EuGH noch das BVerfG über den Umfang ihrer Rechtsprechungskompetenz frei verfügen können.

¹⁶² Vgl. dazu auch die interessanten Ausführungen K.H. Ladeurs, KritV 1996 (95 ff.).

¹⁶³ Dazu Heintzen (Anm. 144), 565 (582).

¹⁶⁴ Dazu D. Hanf, Bundesstaat ohne Bundesrat? Die Mitwirkung der Glieder und die Rolle zweiter Kammern in evolutiven und devolutiven Bundesstaaten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung (Baden-Baden 1999), 188 ff. mit Nachweisen.

¹⁶⁵ Zum Kooperationsverhältnis zwischen EuGH und BVerfG siehe BVerfGE 73, 339 (387); BVerfGE 89, 155 (175, 178); A. Bleckmann/S. Pieper, RIW 1993, 972 ff.; Götz (Anm. 148), 1081 (1083 ff.); M. Herdegen, CMLR 1994, 235 (239 f.); H.P. Ipsen, EuR 1994, 1 (9 ff.); Schröder (Anm. 148), 316 (323 f.); C. Tomuschat, EuGRZ 1993, 489 (495); R. Zuck, NJW 1994, 988 f.; Zuleeg (Anm. 122), 1 (2 ff.); P. Kirchhof, in: P.C. Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union (Heidelberg 1998), 163 ff.; vgl. aber auch die in Anm. 4 zitierte Literatur. – Grundsätzlicher die Überlegungen von Ladeur (Anm. 162), 77 (95 ff.).

¹⁶⁶ Dazu grundlegend R. Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre (Berlin 1983), 79 ff.

2.1. Verfassungsrechtliche Argumente für das Bestehen einer Kooperationspflicht

Die Pflicht zur Kooperation ergibt sich heute für das BVerfG aus der Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers aus dem Jahre 1993, Art. 23 GG in das Grundgesetz einzufügen. Danach wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei Entwicklung der Europäischen Union mit. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber den bereits bestehenden allgemeinen Verfassungsauftrag zur internationalen Zusammenarbeit im Hinblick auf die Europäische Union zu einer Mitwirkungspflicht konkretisierte. Dies geschah in Kenntnis und mit dem Ziel der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Legitimierung des Integrationsprozesses und der gewachsenen – maßgeblich durch den EuGH gestalteten – Integrationsrechtsordnung.

Gleichzeitig verankert Art. 23 GG positivrechtlich die – ebenfalls bereits zuvor durch Lehre und Rechtsprechung aus Art. 79 III GG entwickelten¹⁶⁷ – Schranken dieser Mitwirkungspflicht. Diese sind, wie bereits gezeigt, Grundlage für die Begründung des Letztentscheidungsanspruchs des BVerfG.¹⁶⁸

Man kann daraus schließen, daß Art. 23 GG durch die gleichzeitige Anerkennung der Europäischen Union und Verpflichtung der Bundesrepublik zur Mitwirkung an deren Entwicklung bei gleichzeitiger Beschränkung eben dieser Mitwirkung den Fundamentalkonflikt zwischen EuGH und BVerfG in das Grundgesetz inkorporiert hat. Damit sind der einseitigen Durchsetzung einer der Extrempositionen auch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Vielmehr haben deutsche Staatsorgane die verfassungsrechtliche Pflicht, zu deren Ausgleich beizutragen.

Aus den geschilderten Gründen besteht auch nach dem Grundgesetz für das BVerfG eine Pflicht zur Kooperation mit dem EuGH in dem Sinne, daß ein offener, dem Integrationsprozeß zweifelsohne schädlicher Konflikt zu vermeiden ist.

2.2. Gemeinschaftsrechtliche Argumente für das Bestehen einer Kooperationspflicht

Die gemeinschaftsrechtliche Kooperationspflicht ist seit 1993 positivrechtlich in Art. F EUV verankert. Jedoch wurde bereits zuvor aus Art. 5 EGV die Pflicht der Gemeinschaftsorgane abgeleitet, auf die Interessen und Verpflichtungen der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen.

Somit ist der EuGH nicht nur faktisch aufgrund des Akzeptanzproblems daran gehindert, seine Extremposition durchzusetzen. Dies ist ihm auch gemeinschaftsrechtlich verwehrt. Auch der EuGH ist somit dazu verpflichtet, mit den nationalen Gerichten zusammenzuarbeiten.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Vgl. die Nachweise in Anm. 3.

¹⁶⁸ BVerfG E 89, 155 (172).

¹⁶⁹ Dies ist in der Praxis keine leichte Aufgabe. So betont der deutsche Richter am EuGH, G. Hirsch, daß der EuGH "nicht um den Balanceakt zu beneiden (ist), den Schutz der Grundfreiheiten des Vertrages sicherzustellen, zugleich aber den Souveränitätsrechten der Mitgliedstaaten den gebotenen Respekt zu zollen" (FAZ vom 17.7.1998, 18).

2.3. Fazit

Es besteht somit eine rechtliche Pflicht für das BVerfG wie für den EuGH, ihren Fundamentalkonflikt nicht auf die Spitze zu treiben, sondern durch rücksichtsvolle Zusammenarbeit ihr Konfliktpotential zu reduzieren und abzubauen.

3. Inhalt der Kooperationspflicht und Verfahren zur Ausgestaltung eines "Koexistenzverhältnisses" zwischen EuGH und BVerfG

Konnte aus EGV und Grundgesetz eine Pflicht von EuGH und BVerfG zur Konfliktvermeidung abgeleitet werden, stellt sich nun die Frage nach dem Inhalt dieser Pflicht zur Rücksichtnahme sowie nach dem für die Gestaltung des "Koexistenzverhältnisses"¹⁷⁰ angemessenen Verfahren.

3.1. Zum Inhalt der Kooperationspflicht

Abstrakt ist der Inhalt der beiderseitigen Kooperationspflicht nur schwer zu bestimmen. Aus Art. 164, 177 EGV folgt jedoch, daß in der Regel die Entscheidung über die Tragweite des Gemeinschaftsrechts beim EuGH liegt. Dies erscheint auch sachgemäß, da das Gemeinschaftsrecht in fünfzehn Mitgliedstaaten anzuwenden ist und allein schon aus diesem Grunde einer einheitlichen Interpretation bedarf.¹⁷¹ Dies ergibt sich auch aus Art. 23 GG, der die Mitwirkung der Bundesrepublik als den Normalfall, die Einschränkung dieser Mitwirkung jedoch nur als Ausnahme begreift.¹⁷²

Daraus ergibt sich, daß das BVerfG grundsätzlich die tragenden Verfassungsprinzipien der Gemeinschaft und die Rechtsfortbildungstätigkeit des EuGH hinzunehmen hat und nicht jedes einzelne Urteil daraufhin zu überprüfen hat, ob es – aus seiner Sicht – gegen die Kompetenzordnung verstößt. Man wird auch davon ausgehen müssen, daß einzelne "Fehlurteile" des EuGH zunächst hinzunehmen sind.¹⁷³

Dem BVerfG ist erst dann eine Befugnis anzuerkennen, bestimmte Rechtsauslegungen durch den EuGH als kompetenzwidrig und für innerstaatlich unanwendbar zu erklären, wenn diese dem BVerfG wiederholt und trotz mehrfacher "Warnungen" als grober Verstoß gegen die Zuständigkeitsverteilung, als Exzeß, erscheinen. Heintzen formuliert diesen Tatbestand treffend wie folgt: "Koope-

¹⁷⁰ So Heintzen (Anm. 144), 565 (588).

¹⁷¹ Siehe dazu nur BVerfGE 73, 339 (366 ff.) – (*Solange II*).

¹⁷² Dies anerkennt auch das BVerfG, wenn es sich hinsichtlich des Grundrechtsschutzes auf die generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränkt (vgl. BVerfGE 89, 155 (175) – (*Maastricht*)).

¹⁷³ Wie hier J.A. Frowein, in: P.C. Müller-Graff (Anm. 165), 105 (126 ff.) und Heintzen (Anm. 144), 565 (583 f.); a.A. vor allem T. Schilling, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 83 (1997), 568 (575) sowie ders., *Harv.Int'l.L.J.* 37 (1996), 389 ff. (mit Entgegnung J.H.H. Weiler/U.R. Halteren, *Harv.Int'l.L.J.* 37 (1996), 411 ff.); ihm folgend M. Winkler, *Toleranz als Verfassungsprinzip?*, in: I. Erberich u.a., *Frieden und Recht* (Stuttgart u.a. 1998), 53 (78).

ration' besteht darin, den EuGH gemeinschaftsrechtlich solange agieren zu lassen, bis seine Judikatur aus der Perspektive des dem BVerfG anvertrauten Grundgesetzes als unannehmbar erscheint.¹⁷⁴

Für den EuGH ergibt sich die Pflicht, seine ziel- und wirksamkeitsorientierte Judikatur nicht gegen entschiedenen Widerstand der Mitgliedstaaten und insbesondere der Verfassungsgerichte voranzutreiben.¹⁷⁵

3.2. Verfahren der Kooperation

Das Gemeinschaftsrecht sieht als Kooperationsverfahren das Vorlageverfahren des Art. 177 EGV vor. Dieses dient dem EuGH nicht nur dazu, dem nationalen Richter seine Interpretation des Gemeinschaftsrechts gewissermaßen "zum Vollzug" vorzugeben. Es ist vielmehr auch dazu geeignet, dem EuGH Probleme des nationalen Rechts und eventuell auch Schranken des nationalen Rechts deutlich zu machen.

Während die Fachgerichte von dieser Möglichkeit seit Jahren regen Gebrauch machen, hat das BVerfG sich bis heute nicht zu einer Vorlage zum EuGH durchringen können. Es scheut offensichtlich, sich der Gerichtsbarkeit des EuGH zu "unterwerfen".¹⁷⁶ Das BVerfG zog es vor, dem EuGH seine Auffassungen indirekt durch die Formulierung von *obiter dicta* mitzuteilen. Diese Art der Kommunikation zeichnet sich durch die Formulierung von Prüfungsvorbehalten und durch die Androhung der Nichtanwendung von kompetenzwidrig entstandenem oder interpretiertem Gemeinschaftsrecht aus.¹⁷⁷

Gerade die Pflicht zur Kooperation zwischen EuGH und BVerfG verlangt jedoch die Ausschöpfung des gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen, direkten Weges des Dialogs. Die Vorlage stellt sich nämlich als das beste Instrument dar, dem EuGH den Grad der Akzeptanz seiner Rechtsprechung zu vermitteln und ihm auch die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Interpretation deutlich zu machen. Die Existenz des Kooperationsverfahrens des Art. 177 EGV spricht auch für die Annahme, daß einer – verfassungsrechtlich eventuell gebotenen – Unanwendbarkeitserklärung von Gemeinschaftsrecht durch das BVerfG eine unter Umständen mehrmalige Vorlage des Problems an den EuGH – verfassungsrechtliche – Voraussetzung sein muß.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Heintzen (Anm. 144), 565 (587).

¹⁷⁵ Diese Pflicht besteht bereits aus funktionellrechtlichen Erwägungen, vgl. nur Weiler (Anm. 115), 417 ff.

¹⁷⁶ Heintzen (Anm. 144), 565 (587).

¹⁷⁷ BVerfGE 27, 271 – (*Solange I*); (BVerfGE 89, 155 – (*Maastricht*)).

¹⁷⁸ Unzureichend und zur angemessenen Lösung des Konflikts ungeeignet ist daher der Vorschlag von R. Scholz, Art. 23, Rn. 25, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand Okt. 1996), in Grenzfällen "allein auf das Kriterium der Evidenz (Offenkundigkeit und Intensität)" abzustellen. Der bestehende Fundamentalkonflikt zeichnet sich ja gerade durch die Abwesenheit dieses Kriteriums aus.

3.3. Fazit

Für das BVerfG besteht die verfassungsrechtliche wie gemeinschaftsrechtliche Pflicht, die Rechtsfortbildungstätigkeit des EuGH grundsätzlich hinzunehmen und dabei auch solche Urteile zu akzeptieren, die sich aus seiner Sicht als Fehlurteile darstellen. Es kann seine Gefolgschaft nur dann verweigern, wenn sich die Rechtsprechung des EuGH als exzessiver Verstoß gegen die Schranken des Art. 23 GG darstellt. Voraussetzung für eine solche Unanwendbarkeitserklärung im innerstaatlichen Rechtsraum ist eine – diese Rechtsfolge androhende – Vorlage an den EuGH gemäß Art. 177 EGV.

An diesen Vorgaben muß sich jede Forderung nach der Unanwendbarkeitserklärung von Gemeinschaftsrecht durch das BVerfG messen. Die Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung der Vertrauensschutzkonzeption des § 48 VwVfG genügt diesen schon aus formalen Gründen nicht: Das *Alcan*-Urteil stellt sich als erstes seiner Art dar und mußte auch als "Fehlurteil" zunächst hingenommen werden und auch im "Wiederholungsfalle" müßte einer Unanwendbarkeitserklärung zunächst eine erneute Vorlage an den EuGH vorausgehen. Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob die Rechtsprechung des EuGH zum Vertrauensschutz auch materiell als exzessiver Kompetenzverstoß zu werten ist. Das Vertrauensschutzniveau des EuGH genügt – zumindest in seiner Anwendung auf große Unternehmen – sicherlich rechtsstaatlichen Anforderungen. Es ist überdies durchaus möglich, die gemeinschaftsrechtlichen Maßstäbe und Verpflichtungen zur Rücknahme rechtswidriger Bescheide durch Auslegung in das VwVfG (Fristunterbrechung, Fristhemmung) zu integrieren.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Ausgehend von der Problematik der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen konnte in dieser Abhandlung aufgezeigt werden, daß der durch den EuGH entwickelte Grundsatz des Vertrauensschutzes sich von der Vertrauensschutzkonzeption des § 48 VwVfG unterscheidet und in bestimmten Fällen für den begünstigten Beihilfeempfänger schwächer ausfällt. Dabei verlangt der EuGH in den Fällen der Rückforderung von Beihilfen die Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Maßstäbe, um die Effektivität der Beihilfevorschriften des EGV zu gewährleisten. Da die Rückforderung jedoch nach nationalem Recht erfolgen muß, erfordert dies eine Auslegung und Fortbildung des in § 48 VwVfG normierten Vertrauensschutzkonzeptes und führt zu seiner teilweisen Überlagerung.

Die Rechtsprechung des EuGH stößt jedoch auf Kritik, die sich nicht auf diesen Vorgang selbst beschränkt, sondern die Rechtsfortbildungsmethoden und die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH als solche in Zweifel zieht. Dabei mußte jedoch festgestellt werden, daß diese Kritik dann ins Leere zielt, wenn man sich auf die – durchaus eingängigen und von den Mitgliedstaaten auch weitgehend akzeptierten – Prämissen des EuGH einläßt. Dennoch läßt sich nicht bestreiten,

daß die Grenzen zwischen zulässiger Rechtsfortbildung und Kompetenzverstoß fließend sind und daß fast jede Fortbildung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH den Kompetenzrahmen der Mitgliedstaaten einschränkt.

Dies kann nationale Verfassungsgerichte nicht unberührt lassen. Damit ist durch die in den Verträgen angelegte Dynamik der Integrationsrechtsordnung ein Fundamentalkonflikt zwischen EuGH und BVerfG angelegt: die Frage nach der Letztentscheidungskompetenz. Diese beanspruchen EuGH und BVerfG, ohne daß ihre jeweiligen Positionen mit juristischen Argumenten zu widerlegen sind.

Daher ist dieser Fundamentalkonflikt mit juristischen Mitteln nicht lösbar. Triebe man die Frage der Letztentscheidungskompetenz auf die Spitze, so hätte dies unausweichlich einen Justizkonflikt und eine Lähmung der Gemeinschaft zur Folge. Ein solches Vorgehen erscheint jedoch sinnlos – es sei denn, man verfolge das Ziel, auf diesem Wege die bisher noch nicht vorgenommene politische Lösung des Konfliktes zu erreichen. Folgerichtig besteht für beide Gerichte eine generelle Rechtspflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme, die sich für den EuGH aus dem EGV und für das BVerfG aus dem Grundgesetz ergibt. Aus dieser lassen sich konkrete Rechtspflichten ableiten, die darauf abzielen, den Fundamentalkonflikt einzudämmen.

Daraus folgt für die Rechtsprechung die Pflicht, bei Rechtsproblemen der europäischen Integration, die zunehmend solche der Verzahnung des Gemeinschaftsrechts mit dem nationalen Recht sind, vorsichtig nach einem möglichen Ausgleich beider Rechtsordnungen zu suchen. Dabei sollten sich auch hohe und höchste Gerichte nicht scheuen, ihrer Rechtspflicht zur Kooperation durch den Dialog mit dem EuGH nachzukommen. Schließlich ist auch die Wissenschaft in hohem Maße gefordert, da sie mögliche Lösungen entwickeln und aufzeigen kann. Dies stünde ihr sicherlich besser an als voreilig die schwere Keule der juristischen Letztbegründungen zu schwingen.

Summary¹⁷⁹

The Protection of Legitimate Expectations with Regard to the Revocation of Illegal Administrative Acts as the Yardstick for the “Co-operative Relationship” Between the EJC and the FCC

In the first part of this article, Community law and German administrative law are compared concerning their approaches to the principle of legitimate expectations in cases of a member state's authorities having to recover state subsidies because of their incompatibility with the Common Market.

German law secures extensive protection for the private interest in legal certainty. One important provision (§48 IV Verwaltungsverfahrensgesetz) prohibits the revocation of an

¹⁷⁹ Summary by the author.

administrative act granting a benefit later than one year after the administrative authority has become aware of reasons justifying its revocation.

This concept is only partly compatible with the Community's approach to the principle of legitimate expectations. The European Court of Justice (ECJ) insists on primarily protecting the public interest in legality. It considers that a diligent businessperson would normally be able to find out if a state subsidy has been granted in accordance with the procedure laid down by Article 93 (3) ECT or not. According to the ECJ's case law, the principle of legitimate expectations, while part of the Community legal order, applies in very exceptional circumstances only.

In Germany, it has often been stated that the German concept of legitimate expectations must prevail over the public interest of the Community in having the aid recovered, given that the recovery has to take place according to the relevant procedural provisions of national law. The ECJ has rejected this viewpoint arguing that procedural provisions of national law are only applicable as long as they do not render the recovery of the aid practically impossible. In practice, the ECJ's subsequent interpretation of this restriction, based on Article 5 of the ECT, leads to far-reaching obligations for national authorities. In the special case of recovering illegally granted state aids, the ECJ's case law leads to a partial substitution of the German concept of the principle of legitimate expectations by the European one.

This development has been severely criticised by German scholars. They consider that the Community does not have any competence in the field of national procedural provisions, which is governed by the "principle of procedural autonomy". Therefore, the case law of the ECJ is not considered as "normal" legal interpretation, but rather as an extension of the treaty provisions, hence as judicial activism *ultra vires* at the expense of member states' competence. Some authors call for a ruling of the Federal Constitutional Court (FCC), suggesting that the application of the criteria developed by this court in its *Maastricht* judgement of 1993 should lead it to declare such an "interpretation" as having no binding effect on Germany.

In its second part, the article argues that the ECJ's and the FCC's concepts are opposed and exclude each other while being – each one seen from its particular legal logic – equally convincing. Hence, this fundamental conflict can not be resolved by legal means. It can be resolved only by a political decision attributing the quality of "final arbiter" either to national supreme courts or to the ECJ.

However, both Courts have a legal duty to co-operate in order to avoid major conflicts. ECJ and the FCC have to renounce the application of their respective legal "faith" and, thus, to resolve conflicts between their legal orders through existing legal "techniques". This duty to co-operate precludes ultimate claims for recognizing the particular legal "truth" of one of these orders at the expense of the other. It can be derived from Article F of the EUT and Article 5 of the ECT for the ECJ, on the one hand, and from Article 23 of the Grundgesetz for the FCC, on the other. Such an interpretation of European and national constitutional law seems to be the only appropriate one in a political system like the European Union – a system of contained and controlled conflict in which the question of sovereignty remains unresolved.