

SÖNKE KNICKMEIER

Europäisierung des  
Verwaltungsprozessrechts  
im Diskurs der  
Rechtswissenschaft

*Beiträge zum Verwaltungsrecht*

20

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von  
Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider  
und Ferdinand Wollenschläger

20





Sönke Knickmeier

Europäisierung des  
Verwaltungsprozessrechts  
im Diskurs der  
Rechtswissenschaft

Mohr Siebeck

*Sönke Knickmeier*, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und der Aarhus Universität; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Hamburg; Rechtsreferendar beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; Richter im Justizdienst des Landes Niedersachsen, Verwaltungsgericht Oldenburg.

ISBN 978-3-16-160841-4/eISBN 978-3-16-160842-1

DOI 10.1628/978-3-16-160842-1

ISSN 2509-9272/eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript habe ich im Dezember 2018 abgeschlossen. Spätere Veröffentlichungen konnte ich nur vereinzelt berücksichtigen.

Mein ganz besondere Dank gilt Herrn Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute für die wohlwollende Betreuung dieser Arbeit und die langjährige Unterstützung und Förderung, die er mir als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl zuteil werden ließ. Der wissenschaftliche Austausch, die von ihm gewährten Freiräume und das geschaffene hervorragende Forschungsumfeld haben mich und die Entstehung dieser Arbeit maßgeblich geprägt. Zudem danke ich Frau Prof. Dr. Dagmar Felix für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Herrn Prof. Dr. Jens-Peter Schneider und Herrn Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger bin ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Verwaltungsrecht“ zu Dank verpflichtet.

Ich danke den Kolleginnen und Kollegen, mit denen ich während der Entstehungszeit an der Fakultät für Rechtswissenschaft und darüber hinaus zusammenarbeiten und mich wissenschaftlich austauschen durfte. Für die gemeinsame Zeit am Lehrstuhl, viele anregende Diskussionen und ihre vielfältige Unterstützung danke ich Herrn Leonard Biebrach, Herrn Prof. Dr. Roland Broemel, Herrn Dr. Jan Felix Dein, Frau Dr. Simone Kuhlmann, Herrn Jun.-Prof. Dr. Arne Pilniok, Herrn Dr. Eike Westermann und besonders Frau Dr. Enikő Zsinka.

Bremen, im Juli 2021

Sönke Knickmeier



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Kapitel 1: Einleitung .....	1
Kapitel 2: Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts als Phänomen .....	16
<i>A. Begriff der Europäisierung</i> .....	16
<i>B. Wirkmechanismen</i> .....	18
I. Unmittelbarer Anpassungsbedarf .....	19
II. Mittelbare Einflüsse .....	21
<i>C. Erfasste Inhalte</i> .....	24
I. Entwicklung des Verwaltungsverbunds .....	25
II. Einstweiliger Rechtsschutz .....	30
III. Klagefristen .....	34
<i>D. Zwischenergebnis</i> .....	35
Kapitel 3: Bedeutung des Verfahrensrechts .....	37
<i>A. Die deutsche Vorstellung von der dienenden Funktion des         Verwaltungsverfahrens und ihre Entwicklung</i> .....	37
I. Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens .....	37
II. Rechtsgeschichtliche Entwicklung .....	39
<i>B. Die Rezeption des europarechtlichen Verfahrensgedankens</i> .....	43
I. Rechtsschutz durch Verfahren und Verfahrenseuphorie .....	43

II. Rezeption der gerichtlichen Kontrolle von Verfahrensfehlern .....	44
<b>Kapitel 4: Subjektive öffentliche Rechte.....</b>	<b>60</b>
<i>A. Die innerstaatliche Diskussion.....</i>	<i>61</i>
I. Verletztenklage als Systementscheidung .....	61
II. Die Herausbildung des Rechtsschutzsystems .....	66
III. Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs öffentlicher subjektiver Rechte .....	69
IV. Subjektive Rechte und Verfahrensrecht .....	82
V. Die Verbandsklage .....	83
VI. Exkurs: Die Kontrollbefugnis der Gerichte aus demokratischer Perspektive.....	85
VII. Folgen des restriktiven Umgangs .....	96
VIII. Zwischenergebnis .....	97
<i>B. Rezeption europäischer Einflüsse.....</i>	<i>97</i>
I. Die Betrachtung der europäischen Ebene .....	99
II. Die Durchsetzbarkeit europäischen Rechts in den Mitgliedsstaaten .....	114
<b>Kapitel 5: Kontrolldichte .....</b>	<b>180</b>
<i>A. Der Begriff der Kontrolldichte .....</i>	<i>180</i>
<i>B. Die Diskussion bezogen auf das innerstaatliche Recht.....</i>	<i>183</i>
I. Die normativ gesteuerte Kontrolltiefe .....	183
II. Die faktische Kontrolltiefe .....	204
III. Die Kontrollbreite .....	225
<i>C. Die Rezeption des Europarechts.....</i>	<i>248</i>
I. Die Beobachtung der „Kontrolldichte“ auf europäischer Ebene als Vergleichsmaßstab .....	248
II. Die nationale Diskussion anhand von Referenzbereichen und übergreifende Rückwirkungen .....	266
III. Die Amtsermittlung und Fragen der Kontrollbreite .....	276
IV. Zwischenergebnis.....	282

<i>D. Kompensationsbeziehungen hinsichtlich der Kontrolldichte</i> .....	283
I. Die Vorstellung von Wechselwirkungen und die potentiell kompensationsbedürftigen Veränderungen .....	284
II. Ausgemachte Varianten von Kompensationsbeziehungen .....	289
III. Die Sorge um eine Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als tatsächliches Argument .....	295
IV. Die Gewaltenteilung als normativer Bezugsrahmen von Kompensationsüberlegungen .....	303
V. Die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als stimmiges System .....	310
VI. Das Verhältnis von Verfahrens- und materiellem Recht .....	331
VII. Gesamtergebnis .....	363
 Kapitel 6: Schlussbetrachtungen .....	 367
 Literaturverzeichnis .....	 375
Sachregister .....	427

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Kapitel 1: Einleitung .....	1
Kapitel 2: Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts als Phänomen .....	16
<i>A. Begriff der Europäisierung</i> .....	16
<i>B. Wirkmechanismen</i> .....	18
I. Unmittelbarer Anpassungsbedarf .....	19
II. Mittelbare Einflüsse .....	21
<i>C. Erfasste Inhalte</i> .....	24
I. Entwicklung des Verwaltungsverbunds .....	25
1) Mehrebenensystem und Trennungsprinzip .....	25
2) Kooperative Verwaltung im Verwaltungsverbund .....	26
3) Anforderungen an das Verwaltungsprozessrecht .....	27
II. Einstweiliger Rechtsschutz .....	30
III. Klagefristen .....	34
<i>D. Zwischenergebnis</i> .....	35
Kapitel 3: Bedeutung des Verfahrensrechts .....	37
<i>A. Die deutsche Vorstellung von der dienenden Funktion des         Verwaltungsverfahrens und ihre Entwicklung</i> .....	37
I. Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens .....	37
II. Rechtsgeschichtliche Entwicklung .....	39

<i>B. Die Rezeption des europarechtlichen Verfahrensgedankens</i> .....	43
I. Rechtsschutz durch Verfahren und Verfahrenseuphorie .....	43
II. Rezeption der gerichtlichen Kontrolle von Verfahrensfehlern .....	44
1) Übereinstimmende Ansätze im Nachgang der Verfahrenseuphorie.....	44
2) Konflikte im Zuge der Beschleunigungsgesetzgebung .....	46
3) Derzeitiger Erkenntnisstand.....	48
4) Fokussierung auf das Umweltrecht .....	51
5) Zwischenergebnis .....	56
<b>Kapitel 4: Subjektive öffentliche Rechte</b> .....	60
<i>A. Die innerstaatliche Diskussion</i> .....	61
I. Verletztenklage als Systementscheidung .....	61
II. Die Herausbildung des Rechtsschutzsystems .....	66
III. Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs öffentlicher subjektiver Rechte .....	69
1) Die Stellung des Adressaten.....	74
2) Drittanfechtungsklagen.....	75
3) Die Schutznormtheorie .....	78
4) Zwischenergebnis .....	82
IV. Subjektive Rechte und Verfahrensrecht .....	82
V. Die Verbandsklage .....	83
VI. Exkurs: Die Kontrollbefugnis der Gerichte aus demokratischer Perspektive.....	85
VII. Folgen des restriktiven Umgangs .....	96
VIII. Zwischenergebnis .....	97
<i>B. Rezeption europäischer Einflüsse</i> .....	97
I. Die Betrachtung der europäischen Ebene .....	99
1) Betrachtete Verfahrensarten .....	99
2) Exkurs: Die weiterreichende Adressatenstellung im deutschen Verwaltungsrecht .....	101
3) Die Rezeption des Kriteriums unmittelbarer und individueller Betroffenheit – die Plaumann-Formel .....	102
4) Die Kritik an fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen sich selbst vollziehende Normen – Hot Summer 2002 .....	106
5) Die gegenwärtige Situation – Veränderungen durch den Lissabon- Vertrag.....	109
6) Verbandsklagen gegen die EU .....	113
7) Zwischenergebnis .....	114

II. Die Durchsetzbarkeit europäischen Rechts in den Mitgliedsstaaten .....	114
1) Früh erkannte Divergenzen und leicht zu verarbeitende Vorgaben ...	115
2) Die Diskussion um Anpassungsbedarf insbesondere anlässlich des Umweltrechts.....	117
a) Unmittelbare Analysen der Entscheidungen zum Grundwasserschutz und zur Luftverschmutzung und Gründe für ihre eingehende Untersuchung .....	118
b) Umfassende Untersuchungen „subjektiver Rechte“ auf europäischer Ebene .....	123
c) Die Betonung von Gegensätzlichkeiten und die Furcht vor Popularklagen .....	125
d) Schutznormdenken und Interessentenrechtsschutz als Interpretationsansätze.....	131
e) Zwischenanalyse: Die Perspektivenabhängigkeit der Bewertungen .....	136
f) Die Diskussion über Verarbeitungsmöglichkeiten für das deutsche Recht .....	139
g) Tendenzen zur Verallgemeinerung der Diskussion.....	147
h) Das Umweltrecht als Referenzgebiet insbesondere vor dem Hintergrund von Umweltrechtsbehelfsgesetz und Århus- Konvention.....	152
aa) Die Diskussion um das Umweltrechtsbehelfsgesetz als Beispiel einer normenorientierten, abstrahierenden Betrachtungsweise .....	155
bb) Die Einklagbarkeit von Vorschriften für die Umweltverträglichkeitsprüfung und ihre Erfassung als subjektive öffentliche Rechte .....	162
cc) Die Betonung der Verarbeitungsfähigkeit und der Nähe von Verständnissen der nationalen Dogmatik und europäischen Anforderungen.....	165
(1) Die Betonung des Bezugs zu personalen Rechtsgütern bei der Einklagbarkeit von Luftreinhalteplänen .....	165
(2) Die konstruktive Verarbeitbarkeit von Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 AK.....	168
dd) Wiederkehr bekannter Kritikpunkte und Argumentationsmuster .....	172
ee) Die Funktion subjektiver öffentlicher Rechte in der nationalen Dogmatik als Betrachtungsperspektive .....	174
i) Zwischenergebnis.....	178

Kapitel 5: Kontrolldichte .....	180
A. Der Begriff der Kontrolldichte .....	180
B. Die Diskussion bezogen auf das innerstaatliche Recht .....	183
I. Die normativ gesteuerte Kontrolltiefe .....	183
1) Die Entwicklung des Ermessensbegriffs und der Ermessensdogmatik .....	183
2) Die Entwicklung der unbestimmten Rechtsbegriffe und des Beurteilungsspielraums.....	192
3) Planungsermessen.....	196
4) Regulierungsermessen .....	198
5) Der beständige Rückbezug auf eine umfassende Ermessensdiskussion – Eine Wiederkehr der rechtstheoretischen Befassung? .....	201
II. Die faktische Kontrolltiefe .....	204
1) Die Überprüfung der Tatsachengrundlage – Die Handhabung des Amtsermittlungsgrundsatzes .....	208
2) Die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	213
3) Das Konzept einer „nachvollziehenden Kontrolle“ .....	218
4) Kenntnisstand bzw. institutionelles Wissen als Einflussfaktor.....	221
5) Zwischenergebnis .....	225
III. Die Kontrollbreite .....	225
1) Subjektive öffentliche Rechte und Verbandsklagen.....	226
2) Die dogmatische Unterscheidung von Innen- und Außenrecht .....	226
3) Materielle Präklusionsvorschriften .....	228
4) Fehlerunbeachtlichkeitsvorschriften .....	235
5) Die faktische Kontrollbreite.....	240
6) Zwischenergebnis .....	247
C. Die Rezeption des Europarechts.....	248
I. Die Beobachtung der „Kontrolldichte“ auf europäischer Ebene als Vergleichsmaßstab .....	248
1) Die Beobachtung der dogmatischen Kategorien der Kontrolltiefe im Europarecht .....	248
2) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Export.....	261
II. Die nationale Diskussion anhand von Referenzbereichen und übergreifende Rückwirkungen .....	266
1) Die „Kontrolldichte“ im Umweltrecht .....	267
2) Das Telekommunikationsrecht – Regelungstechnik als Hintergrund der abweichenden „Kontrolldichte“ und ihre Verarbeitung in der nationalen Rechtsordnung.....	271

3) Die Rückwirkungen der europarechtlichen Anforderung über konkrete Rechtsbereiche hinaus .....	273
III. Die Amtsermittlung und Fragen der Kontrollbreite .....	276
1) Die Beobachtungen auf der europäischen Ebene.....	277
2) Die Rückwirkungen im deutschen Recht .....	280
IV. Zwischenergebnis.....	282
<i>D. Kompensationsbeziehungen hinsichtlich der Kontrolldichte .....</i>	<i>283</i>
I. Die Vorstellung von Wechselwirkungen und die potentiell kompensationsbedürftigen Veränderungen .....	284
1) Der Begriff der Kompensation.....	284
2) Potentielle Bestandteile von Kompensationsbeziehungen .....	287
II. Ausgemachte Varianten von Kompensationsbeziehungen .....	289
1) Beobachtung unterschiedlicher Ausgestaltungen.....	289
2) Differenzierung der Kontrolldichteaspekte .....	290
3) Die Differenzierung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht.....	292
4) Zwischenergebnis .....	294
III. Die Sorge um eine Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als tatsächliches Argument .....	295
1) Mögliche Dimensionen gerichtlicher Mehrbelastung.....	296
2) Erwägungen zur Reduktion des Verfahrensstoffes .....	300
3) Zwischenergebnis .....	302
IV. Die Gewaltenteilung als normativer Bezugsrahmen von Kompensationsüberlegungen .....	303
1) Schwächung der Rolle der Exekutive?.....	304
2) Asymmetrische Behördenspielräume .....	306
3) Zwischenergebnis .....	309
V. Die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als stimmiges System .....	310
1) Betrachtungen der Ausgestaltung der nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit als stimmiges System .....	311
2) Bezugnahme auf die im nationalen Kontext entwickelten Vorstellungen von Funktion und verwaltungsgerichtlichem System bei der Rezeption europarechtlicher Anforderungen .....	317
3) Fortentwicklung der Betrachtungen: die Einbeziehung anderer Aspekte als nur der Klagebefugnis und der Kontrolldichte und die Relativierung des Funktionengegensatzes.....	324
4) Zwischenergebnis .....	330

VI. Das Verhältnis von Verfahrens- und materiellem Recht .....	331
1) Die Annahme eines Zusammenhangs zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht sowohl im nationalen Recht wie auch auf europäischer Ebene .....	333
a) Beobachtung auf nationaler Ebene .....	333
b) Beobachtungen auf europäischer Ebene .....	335
c) Zwischenergebnis .....	336
2) Die Annahme der Kompensationsnotwendigkeit einer Erhöhung der Kontrolldichte bezogen auf formelle Vorschriften durch Verringerung der Kontrolltiefe bezogen auf das materielle Recht ....	337
3) Die beobachteten Einwirkungen des Europarechts .....	345
4) Erwägungen zur Reaktion der Rechtsprechung auf Ausweitungen der Kontrolldichte bezogen auf das Verfahrensrecht und den Gerichtszugang allgemein .....	350
a) Die tradierte starke Ausrichtung auf das materielle Recht als Ausgangspunkt .....	350
b) Bereichsspezifische gesetzgeberische Ausgestaltungen als (mittelbare) Einwirkungsfaktoren? .....	351
c) Potentielle, übergreifende Einflussfaktoren .....	356
d) Exkurs: In gegenteilige Richtung wirkende gesetzgeberische Reaktionen im Bereich des Umweltrechts .....	359
e) Ergebnis .....	362
VII. Gesamtergebnis .....	363
Kapitel 6: Schlussbetrachtungen .....	367
Literaturverzeichnis .....	375
Sachregister .....	427



## Kapitel 1

# Einleitung

„Die Europäisierung des Rechts ist das Thema der Stunde“, schrieb 2003 *Rainer Wahl*.<sup>1</sup> Auch wenn sich angesichts der Vielgestaltigkeit rechtswissenschaftlicher oder auch nur verwaltungsrechtswissenschaftlicher Fragestellungen an der Existenz des *einen* Themas zweifeln lässt und sich die im Zusammenhang mit der Europäisierung analysierten Entwicklungstendenzen zwischenzeitlich verschoben haben,<sup>2</sup> hat sich an dem grundsätzlichen Befund ihrer besonderen Bedeutsamkeit wenig geändert.<sup>3</sup> Schlagwortartig bildet den Untersuchungsschwerpunkt dieser Arbeit die Europäisierung des deutschen Verwaltungsprozessrechts. Die Auswirkungen der Europäisierung und die daraus entwickelten Anfragen an das Verwaltungsprozessrecht sind bei der Analyse des Verhältnisses zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung bedeutsam, da diese zuvor nur aus der Perspektive des nationalen Rechts darüber geführte Diskussionen beeinflusst haben oder in diese aufgenommen wurden.<sup>4</sup> Insbesondere die Bedeutung des Verfahrensrechts bzw. die verwaltungsgerichtliche Kontrolle entsprechender Verstöße sowie die dogmatischen Figuren der subjektiven öffentlichen Rechte und der Kontrolldichte der Ver-

---

<sup>1</sup> *R. Wahl*, DVBl. 2003, 1285.

<sup>2</sup> Zu den verschiedenen, ausgemachten Phasen der Europäisierung *U. Mager*, Die Verwaltung, Beiheft 10 2010, 11 (12); dem folgend *W. Kahl*, NVwZ 2011, 449; *T. Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts – Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen dem Europarecht und dem nationalen (Verwaltungs-)Recht, 2012, Rn. 68; eine „thematisch[e] Dominanz des Europäisierungsthemas im Verwaltungsrecht Mitte der 1990er Jahre“ sieht *M. Ruffert*, § 17 Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, Rn. 8 m. w. N.

<sup>3</sup> Vgl. etwa *T. Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, passim; *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes – Herausforderung angesichts vernetzter Verwaltungen und Rechtsordnungen, 2015, passim; *A. von Bogdandy*, Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft, in: *E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz* (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 137 ff.

<sup>4</sup> *H.-H. Trute*, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: *H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers* (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 220; zum Wandel von schon bestehenden nationalen Debatten im Zivilrecht durch die Europäisierung *R. Wahl*, Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen, in: *H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers* (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 882 mit Fn. 47.

waltungsgerichtsbarkeit werden in dieser Hinsicht näher betrachtet. Holzschnittartig umschrieben lauten die vielfach gestellten und untersuchten Fragen, welche Anforderungen das europäische Recht (zulässigerweise) an die nationale, d. h. die deutsche Rechtsordnung stellt und durch welche dogmatischen Konstruktionen etwaige Veränderungsanforderungen zu verarbeiten sind bzw. verarbeitet werden können. Mit dieser Perspektive der Fragestellung mögen Vorannahmen verbunden sein, die es zu reflektieren gilt.

Mit der Schaffung der Institutionen der Europäischen Union sind deutlich sichtbar Akteure entstanden, die neben die aus dem Kontext des Nationalstaats bekannten Akteure treten und deren Handlungen als Recht bzw. Rechtsordnung zueinander in Beziehung gesetzt werden.<sup>5</sup> Die sprachliche Wendung der „Europäisierung“<sup>6</sup> lässt sich als Bezeichnung eines Vorgangs<sup>7</sup> verstehen, der auf ein oder mehrere Bezugsobjekte gerichtet ist. Dabei erscheint die Konstituierung der Bezugsobjekte oder die Annahme ihrer Existenz als dem gekennzeichneten Vorgang vorausgehend. Auch unter dem übergreifenden Verständnis der Rechtsordnung als einheitlich zu konstruierender Verbund<sup>8</sup> lässt sich mit der Begrifflichkeit der Europäisierung (jedenfalls auch) über Teilelemente der Rechtsordnung kommunizieren,<sup>9</sup> denen als Eigenschaften zugeschrieben werden, dass sie (zuvor) existieren und dass es zu Veränderungen kommt, die sich auf diese Teilelemente beziehen. Mit anderen Worten lässt sich in einer ersten Annäherung mit der sprachlichen Wendung der Europäisierung der Gedanke verbinden, dass eine (Teil-)Rechtsordnung mit bestimmten Eigenschaften existiere und es im Hinblick auf diese zu Veränderungen komme. Richtet man also seinen Blick auf etwas, das man als die Europäisierung der nationalen Rechtsordnung, des Verwaltungsprozessrechts bzw. bestimmter Teilaspekte dessen bezeichnet, können bereits darin bewusst oder unbewusst Vorannahmen hinsichtlich deren Existenz mit bestimmten oder bestimmbar Eigenschaften zum Ausdruck kommen.

---

<sup>5</sup> Zur Bedeutung dieser Polyzentrik im Hinblick auf methodische Fragen *H.-H. Trute*, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: *H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers* (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2008, S. 213 ff.; *K.-H. Ladeur*, *Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law?*, in: *M. van Hoecke* (Hg.), *Epistemology and methodology of comparative law*, 2004, S. 95 ff.

<sup>6</sup> Zum Begriff siehe unten Kap. 2 A.; vgl. zur Unschärfe *F. C. Mayer*, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: *P. F. Bultmann/K. J. Grigoleit/C. Gusy/J. Kersten/C.-W. Otto/C. Preschel* (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2014, S. 61.

<sup>7</sup> Insgesamt scheint die Betrachtung des europäischen Rechts stärker auch auf die Beobachtung von Veränderungen gerichtet zu sein, als dies bei Betrachtungen der nationalen Rechtsordnung der Fall ist; vgl. *I. Pernice*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 225 (248 f.).

<sup>8</sup> Zum Gedanken des Verwaltungsverbunds unten Kap. 2 C. I.

<sup>9</sup> Kritisch zur „Europäisierung“ als Betrachtungskonzept, das eher durch die (umfassendere) Verbundperspektive ersetzt werden sollte, dabei aber unverändert „Europäisierungstendenzen“ beobachtend *M. Ruffert*, DÖV 2007, 761 (769).

Die zeitliche Abfolge der Konstituierung der Akteure und die schon bestehende (wissenschaftliche) Durchdringung und Systematisierung des Rechts im nationalstaatlichen Kontext dürften bewirkt haben,<sup>10</sup> dass dann, wenn eine Frage in der deutschen Rechtswissenschaft unter dem Gesichtspunkt der Europäisierung behandelt wird, dies häufig geschieht, indem die dem nationalstaatlichen Kontext entstammenden Handlungen (bzw. deren Systematisierung i. S. einer Rechtsordnung) als bestehend angenommen werden und, wenn sie in Beziehung zu Handlungen der europäischen Ebene gesetzt werden, die Handlungen der europäischen Ebene als (verändernde) Einwirkungen auf die nationalstaatliche Rechtsordnung beschrieben werden. Dabei mag die nationalstaatliche Rechtsordnung in gewisser Hinsicht als statisch präexistent gedacht werden.

Hintergrund, aber möglicherweise zugleich Einwirkungsfaktor für die rechtswissenschaftliche Behandlung dieses Themenkomplexes dürfte es sein, dass diese als Kommunikationsvorgang auf einen gewissen Bestand gemeinsamer Vorverständnisse angewiesen ist.<sup>11</sup> D. h. die Bezugnahme auf Begrifflichkeiten und damit verbundene Modellvorstellungen und (dogmatische) Konstruktionen, die die Rechtswissenschaft (insbesondere) anhand der Betrachtung der nationalen Rechtsordnung herausgebildet hat,<sup>12</sup> ist einerseits in gewissem Maß Ausdruck kommunikativer Notwendigkeit. Andererseits liegt dieser Rückgriff – neben dem Umstand, dass es sich um einen von der nationalen Rechtswissenschaft geführten Diskurs handelt – auch im Hinblick auf die Fragestellung nahe: Ist diese auf Verarbeitung etwa im Wege von Anpassungen von Veränderungen (zumindest der Wahrnehmung) der dogmatischen Konstruktionen bezogen auf die nationale Rechtsordnung gerichtet, mag es naheliegen, dass diese Begrifflichkeiten und Vorstellungen auch bei dem davor liegenden Gedankenschritt der Interpretation des europäischen Rechts mitschwingen bzw. dafür herangezogen werden.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. etwa A. von Bogdandy, JZ 2017, 589 (591).

<sup>11</sup> Vgl. H.-J. Strauch, Rechtsprechungstheorie, in: K. D. Lerch (Hg.), Recht verhandeln, 2005, S. 492 ff.; L. Münkler, DÖV 2016, 839 (845 f.); R. Christensen/H. Kudlich, Gesetzesbindung – Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008, S. 151 f.; N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 16 ff.; zur Notwendigkeit der wechselseitigen Beurteilung von gegebenen Bedeutungserklärungen als korrekt oder inkorrekt für die Erzeugung von „Bedeutung“ R. Christensen/H. Kudlich, Gesetzesbindung, S. 120 f. unter Hinweis u.a. auf L. Wittgenstein, Das Blaue Buch – Eine Philosophische Betrachtung (Das Braune Buch), 1989, S. 15 ff., 51 f.

<sup>12</sup> Zur Bedeutung dogmatischer Figuren für die „deutsche“ Betrachtungsweise von Recht K.-H. Ladeur, Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law?, in: M. van Hoecke (Hg.), Epistemology and methodology of comparative law, 2004, S. 92 f.

<sup>13</sup> Zur Genese dieser Perspektive M. Ruffert, Die Verwaltung 36 (2003), 293 (296); vgl. auch die Beobachtung, dass die Untersuchungen entlang den Einteilung traditioneller (deutscher) rechtswissenschaftlicher Teildisziplinen erfolgen, F. C. Mayer, Die Europäisierung

In welchem Maß auch immer diese Faktoren die rechtswissenschaftliche Diskussion der Europäisierung des deutschen Verwaltungsprozessrechts beeinflussen, jedenfalls handelt es sich um eine Thematik, die vielfach behandelt worden ist und vielfach behandelt wird.<sup>14</sup> Dies mag nicht zuletzt an der insbesondere für rechtswissenschaftliche Betrachtungen attraktiven Möglichkeit liegen, die Europäisierung als „Sonde“<sup>15</sup> zu verwenden, um im Wege einer inhaltlichen Selbstreflexion „Bruchstellen des nationalen Verwaltungsrechts“<sup>16</sup>, aber auch des Selbstverständnisses von Rechtsanwendung als Erkenntnis<sup>17</sup> offenzulegen. Die tradierte Ausrichtung der deutschen Rechtswissenschaft als exegetisch mit ihrer starken Ausrichtung auf die Rolle der Gerichtsbarkeit<sup>18</sup> mag zu der besonderen Aufmerksamkeit<sup>19</sup> für Veränderungen

---

des Verwaltungsrechts, in: P. F. Bultmann/K. J. Grigoleit/C. Gusy/J. Kersten/C.-W. Otto/C. Preschel (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2014, S. 48; zu der aus Perspektive des Unionsrechts bestehenden Notwendigkeit der Verarbeitung europarechtlicher Anforderungen durch die nationalen Rechts- und Gerichtssysteme und damit der Behandlung des Unionsrechts aus der Blickrichtung im nationalen kulturellen und sprachlichen Umfeld verankerter Rechtswissenschaft A. Hatje/P. Mankowski, EuR 2014, 155 (168); zur Entwicklung der deutschen Europarechtswissenschaft D. Thym, EuR 2015, 671 (671 ff., 698 ff.); vgl. etwa für das „deutsche“ Bestreben, europarechtliche Rechtsätze dogmatisch zu ordnen, I. Pernice, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 225 (232 f.); zur Betrachtung von Europadiskursen als Fortsetzung nationalstaatlicher Diskurse H. M. Heinig, VVDStRL 75 (2016), 65 (72 f.).

<sup>14</sup> Neben der Fülle des hier rezipierten Materials etwa A. K. Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht – Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, 2011, S. 21 ff., passim; F. C. Mayer, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: P. F. Bultmann/K. J. Grigoleit/C. Gusy/J. Kersten/C.-W. Otto/C. Preschel (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2014, S. 61.

<sup>15</sup> Vgl. H.-H. Trute, Herausforderungen an die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: S. Reich (Hg.), Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts, 2002, S. 29; H.-H. Trute, Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen, in: E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 312.

<sup>16</sup> M. Ludwigs, NVwZ 2015, 1327 (1332 f.).

<sup>17</sup> Darauf hinweisend, dass Internationalisierung und Fragmentierung des Rechts die Vorstellung von Rechtsanwendung als die Ableitung von Erkenntnissen aus einem dahinterliegenden Ganzen der Rechtsordnung an ihre Grenzen stoßen lässt, R. Christensen/H. Kudlich, Gesetzesbindung, S. 52; vgl. auch H.-H. Trute, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 213 ff.

<sup>18</sup> Vgl. etwa R. Wahl, Herausforderungen und Antworten – Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 14; M. Morlok, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (72); O. Lepsius, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 63, 76 f., 87 f.; ferner zur Genese von Rechtsdogmatik aus (zivil-)prozessualen Grundkategorien S. Haack, Rechtstheorie 46 (2015), 281 (289 ff.).

gerade in diesem Bereich führen.<sup>20</sup> Schon die Häufigkeit der Behandlung entsprechender Fragen kann als Indikator dafür verstanden werden, dass es sich um ein die Rechtswissenschaft dauerhaft beschäftigendes Thema<sup>21</sup> handelt.

Der Ansatz dieser Arbeit liegt darin, die Entwicklung der Diskussion in der Vielzahl der Diskussionsbeiträge in die Behandlung des Gegenstands miteinzubeziehen.<sup>22</sup> Damit soll zur Selbstreflexion<sup>23</sup> der Diskussionen beigetragen werden. Selbstreflexion ist darauf gerichtet, die eigene Beobachtungspraxis zu beobachten, um daraus Erkenntnisse über die eigene Praxis zu gewinnen.<sup>24</sup> So mag die Selbstreflexion Erkenntnisse über Vorverständnisse, Entwicklungspfade<sup>25</sup> – oder gar Pfadabhängigkeiten<sup>26</sup> – und Gestaltungsoptionen zu Tage fördern, die als Erkenntnisse und Argumente in der weiteren Diskussion über die Konstruktion der dogmatischen Verarbeitung der wahrgenommenen Veränderungen herangezogen werden können.<sup>27</sup> Dass die handelnden Perso-

---

<sup>19</sup> Für das Europarecht hat *Thym* einen Zusammenhang zwischen der Verpflichtung (universitärer) Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler, in der Lehre eher allgemein Themenbereiche zu vertreten, und damit der Neigung, auch in diesem Bereich zu publizieren, angenommen, *D. Thym*, EuR 2015, 671 (688). Diese Erwägung ließe sich auch auf die Bedeutung des Verwaltungsprozessrechts in der universitären Ausbildung schon im Hinblick auf die Ausrichtung der Staatsprüfung(en) übertragen.

<sup>20</sup> *M. Ruffert*, Die Verwaltung 36 (2003), 293 (307); vgl. beispielsweise *A. Hatje/P. Mankowski*, EuR 2014, 155 (164 f.).

<sup>21</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, § 5 Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, Rn. 33; auf den „beständigen Nachschub“ an interpretations- und verarbeitungsbedürftigen Rechtsänderung und insbesondere Entscheidungen des EuGH hinweisend *D. Thym*, EuR 2015, 671 (695).

<sup>22</sup> Vgl. die Hypothese, die Wissenschaft im Staatsrecht bestehe in „Versuche[n], aus den Rechtstexten, der Judikatur und dem Schrifttum Erkenntnisse über Zusammenhänge, Leitideen, ein System, Argumentationsmuster zu gewinnen“, *I. Pernice*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 225 (241), wobei „gewinnen“ i. S. von „konstruieren“ gemeint sein müsste.

<sup>23</sup> Zur generellen Tendenz in der Rechtswissenschaft zur Selbstreflexion etwa *E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz*, Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion, in: *E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz* (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 1 m. w. N.

<sup>24</sup> *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (50).

<sup>25</sup> *R. Wahl*, JZ 2013, 369 (370).

<sup>26</sup> Zur Herkunft des Konzepts der Pfadabhängigkeit und seiner Übertragung in die Rechtswissenschaft *L. Münkler*, DÖV 2016, 839 (841 ff.).

<sup>27</sup> Zu Bezugspunkten von Selbstreflexion (u.a.) in Bezug auf Dogmatik *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (50 f.); zur Bedeutung von Vorverständnissen für Erkenntnis *D. Thym*, EuR 2015, 671 f. Vgl. auch *R. Christensen/H. Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 153 f.; zum Erkenntnisgewinn und zur Dynamisierung durch selbstbezügliche Betrachtungen *H. von Foerster/B. Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners – Gespräche für Skeptiker, 2004, S. 115, 120; zur Notwendigkeit „selbstverständlich gehalten[e] Annahmen [und] Interpretationstraditionen“ zu reflektieren, wenn „man [...] die Grenzen der

nen bei der Rechtsarbeit durch die Denktraditionen der Rechtsordnung, in der sie sozialisiert worden sind, geprägt werden und diese Traditionen als Denk- und Bezugsrahmen in ihren Beobachtungen Niederschlag finden, sind Aspekte, die zwar durchaus gesehen,<sup>28</sup> jedoch selten expliziert und bzw. oder bei der Verarbeitung des europäischen Rechts reflektiert werden.<sup>29</sup> Insofern mag sich in inhaltlicher Hinsicht zeigen, inwiefern die Wahl der Betrachtungsweise bestimmter Veränderungsimpulse, etwa aus der Perspektive bereits bestehender innerstaatlicher Vorstellungen und diskutierter Fragen, auf die Rezeption der Veränderungsimpulse Einfluss hat.

Ist Selbstreflexion auf Rationalisierung gerichtet und trägt zur Affirmation der Eigenlogik des jeweiligen Systems bei,<sup>30</sup> mag neben diesen inhaltlichen Beobachtungen eine auf Beobachtung des dogmatischen Diskurses gerichtete Betrachtungsweise zugleich dazu führen, dass die Funktionsweise dogmatischer Modelle<sup>31</sup> beleuchtet wird.<sup>32</sup> In Ergänzung der Frage, welche Veränderungen der Dogmatik des nationalen Verwaltungsprozessrechts das Europarecht herbeiführt, gilt es, der Frage nachzugehen, wie diese Veränderungen herbeigeführt werden (können).<sup>33</sup> Der Versuch, Vorhersagen darüber zu treffen, auf welche Argumentationsfiguren die gerichtliche Praxis in Entscheidungen zurückgreifen wird bzw. welche Modelle der Wissenschaft zu deren Deutung sich in deren Diskursen durchsetzen werden, und dies als verbindliche dogmatische Erkenntnis auszugeben, ist nicht das Kernanliegen. Es gilt also nicht allein, das Europarecht zu beobachten und daraus Erwägungen für die Veränderung des nationalen Verwaltungsprozessrechts abzuleiten, die sich unter Bezugnahme auf vorangegangene Erörterungen dieser Frage abstützen

---

eigenen Rechtsordnung“ überschreitet, *R. Wahl*, Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, dann ist es nicht dasselbe: Verfassungsrecht in Kontexten, in: D. Grimm/A. Kemmerer/C. Möllers (Hg.), *Rechtswege*, 2015, S. 50 f.; exemplarisch etwa *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 68 ff.

<sup>28</sup> Bisweilen werden in dieser Hinsicht Defizite gesehen, wenn etwa bemängelt wird, dass „Staatsrechtslehrer in den Mitgliedsstaaten allzu oft vergessen“, dass „eine Dogmatik, die im [Recht eines Mitgliedsstaates] gilt, nicht unbedingt im EU-Recht gilt“, *J. Ziller*, *EuR-Beih* 2012, 23 (26).

<sup>29</sup> Dazu und auch zu „typischen“ Betrachtungsweisen unterschiedlicher europäischer Rechtskulturen *A. Hatje/P. Mankowski*, *EuR* 2014, 155 (158 ff.); *M. Ruffert*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 253 (257 f.); allgemein, auch zur Veränderungen tendenziell entgegenstehenden Sozialisation *R. Wahl*, *JZ* 2013, 369 (378).

<sup>30</sup> *H.-H. Trute*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 115 (118).

<sup>31</sup> Zum Verständnis unten Kap. 1 bei Fn. 38 ff.

<sup>32</sup> Auf die Bedeutung der Betrachtung konkreter Rechtsbereiche und ihrer Entwicklung für die Begründung grundlegender Fragen hinweisend *A. Somek*, *Rechtliches Wissen*, 2006, S. 120.

<sup>33</sup> Zur Notwendigkeit der Verschiebung von „Was-ist-Fragen“ hin zu „Wie-funktioniert-es-Fragen“ *R. Christensen/H. Kudlich*, *Gesetzesbindung*, S. 130, 153 jew. m. w. N.

lassen, sondern zugleich bewusst den Vorgang der Diskussion über diese Frage im Sinne einer Beobachtung zweiter Ordnung selbst zu beobachten.<sup>34</sup> So werden nicht „einfach Konzepte, Vorannahmen oder Theorien“ auf die Fragestellung angewendet, sondern diese werden zugleich<sup>35</sup> reflektiert.<sup>36</sup>

Man mag durch die Selbstreflexion auch für die weitere Entwicklung der Diskussion Hinweise darauf erhalten, welche argumentativen Möglichkeiten der Veränderung der Dogmatik bestehen und wie die für die Dogmatik verwendete Fiktion dieser Veränderung als Erkenntnis erzeugt werden könnte.<sup>37</sup> Dabei soll der Begriff der Dogmatik<sup>38</sup> hier insofern weit verstanden werden, als auch aus der (Selbst-)Beobachtung gewonnene Begrifflichkeiten etwa der Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie umfasst sind,<sup>39</sup> soweit diese argumen-

---

<sup>34</sup> Zur Beobachtungen zweiter Ordnung, die es ermöglicht, die Bedingungen der Beobachtung erster Ordnung, hier also der rechtswissenschaftlichen und -dogmatischen Behandlung der Fragestellung, zu erkennen, *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 93, 144, 313, 375, 766 f., 846, 1117 ff.; *H. von Foerster/B. Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, S. 114 ff.; vgl. auch *R. Christensen/H. Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 133 ff.; auf die häufig eingenommene Teilnehmer- statt Beobachterperspektive der Rechtswissenschaft bei dogmatischen Fragen hinweisend *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 73 f.

<sup>35</sup> Zum Gedanken der Selbstthematizierung von Argumentationen, wobei argumentationstheoretische Betrachtungen im Wege „mitarbeitender Reflexion“ erfolgen müssen, *R. Christensen/H. Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 211; vgl. auch die Frage nach der „Figur des ‚teilnehmenden Beobachters‘“ bei *H. Rottleuthner*, Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 212 mit Fn. 24.

<sup>36</sup> *H. von Foerster/B. Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, S. 118; *R. Christensen/H. Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 153. Vgl. zu den möglichen Erkenntnisgewinnen durch entsprechende Beobachtungen, aber auch den Grenzen *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 1118 f.; ferner *H. von Foerster/B. Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, S. 116; das Fehlen der klaren Trennung in der Rechtswissenschaft bis hin zur Rechtswissenschaftstheorie bemängelt *H. Rottleuthner*, Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 212 ff.

<sup>37</sup> *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (50 f.); zur Spannungslage der Rechtswissenschaft zwischen innerhalb des Rechtssystems weniger anschlussfähigen Fremdbeschreibungen und dem eingeschränkteren Erkenntnishorizont der Selbstbeschreibung *H.-H. Trute*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 115 (121 ff.); zum Auseinanderfallen von tatsächlichem und vorgegebenen Vorgehen bei der Rechtsanwendung *R. Christensen/H. Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 52 ff.

<sup>38</sup> Zur Geschichte des Begriffs und seiner Entwicklung in der Rechtswissenschaft *P. Lassahn/T. Steenbreker*, JR 2015, 553 ff.

<sup>39</sup> Eine Ebenendifferenzierung, die Dogmatik von der Beobachterperspektive der (u.a.) Rechtstheorie unterscheidet, trifft etwa *H. Schulze-Fielitz*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 11 (34); eine (kritische) Darstellung findet sich auch bei *A. Somek*, Rechtliches Wissen, S. 106 ff.

tativ auf Entscheidungsfragen bezogen werden.<sup>40</sup> Er wird hier also als Chiffre verstanden für all diejenigen rechtswissenschaftlichen Äußerungen, die entsprechend der vielfachen Ausrichtung<sup>41</sup> der Rechtswissenschaft auf die Vorbereitung (weiterer) Entscheidungen der – im weitesten Sinne verstandenen – Praxis, also Bewertungen als rechtmäßig oder rechtswidrig,<sup>42</sup> gerichtet sind.<sup>43</sup> Gerade im Hinblick auf diese Ausrichtung der Rechtswissenschaft werden strukturelle Defizite hinsichtlich der Selbstreflexion gesehen.<sup>44</sup>

Es mag gerade eine Funktion dieser im weiteren Sinn verstandenen Dogmatik, die Entscheidungen ermöglichen bzw. unterstützen soll, sein, bestimmten Formen der Selbstreflexion entgegenzustehen.<sup>45</sup> Die Entscheidungspraxis arbeitet mit Begründungen als Ausweis der Rationalität ihrer Entscheidungen, die in der (darstellerischen) Ableitbarkeit aus (jedenfalls für die Entscheidung nicht hinterfragten) Prämissen besteht. Diese – für die jeweilige Entscheidung

---

<sup>40</sup> So lässt sich auch für die Methodenlehre eine entsprechende Funktion beobachten, wenn diese dazu dient, die für das Treffen von Entscheidungen notwendige Fiktion der Abgeschlossenheit der Entscheidungsgrundlage herbeizuführen, indem sie die Entscheidungspraxis als solche gegen die zum Tragen kommenden Fiktionen infrage stellende Erkenntnisse abschirmt, vgl. A. Somek, *Rechtliches Wissen*, S. 75 ff.; beispielsweise auf die Verbindung von „demokratischer Legitimation i. S. d. Art. 20 Abs. 2 GG“ und „demokratiethoretische[m] Hintergrund“ hinweisend A.-B. Kaiser, DVBl. 2014, 1102 (1106); vgl. auch die Beobachtungen bei H. Rottleuthner, *Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 213; kritisch hinsichtlich einer weiten Begriffsverwendung O. Lepsius, *Problemzugänge im Öffentlichen Recht*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 60; auf die bestehende Unschärfe des Begriffs hinweisend P. Lassahn/T. Steenbreker, JR 2015, 553 (554).

<sup>41</sup> Zu in diese Richtung wirkenden Faktoren M. Morlok, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 49 (71 ff.); O. Lepsius, *Problemzugänge im Öffentlichen Recht*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 87 ff.

<sup>42</sup> Dies ist nicht so gemeint, dass eine solche Entscheidung jeweils getroffen wird; für rechtswissenschaftliche Aussagen ist dies im Sinn der Unterscheidung gemeint, ob eine Beobachtung mit einem darauf bezogenen Modell oder Kategorisierungen vereinbar bzw. zuordenbar ist oder nicht – soweit entsprechende Modelle nicht rein deskriptiv gemeint sind, ohne dass auf einen etwaigen Entscheidungszwang ankäme, vgl. H. Rottleuthner, *Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 212 mit Fn. 26, 214; insofern ist auch die „Darlegung [eines rechtlichen] Für und Wider[s]“ seitens der Rechtswissenschaft erfasst, vgl. A.-B. Kaiser, DVBl. 2014, 1102 (1105); vgl. zur Behandlung entsprechender Fragen durch die Rechtstheorie N. Luhmann, *Selbstreflexion des Rechtssystems*, in: N. Luhmann (Hg.), *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, S. 430 f., 446.

<sup>43</sup> Vgl. E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik – Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, 2013, S. 3 ff.

<sup>44</sup> M. Morlok, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 49 (49, 70).

<sup>45</sup> A. Somek, *Rechtliches Wissen*, S. 108 ff., 111 f.; M. Morlok, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 49 (70, 73); O. Lepsius, *Problemzugänge im Öffentlichen Recht*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 75.

– „letzten Gründe“<sup>46</sup> weisen ein unterschiedlichstes Abstraktionsniveau auf. Man denke beispielsweise an (obergerichtliche) Rechtsprechung oder „Grunddogmata“<sup>47</sup>. Ermöglicht Selbstreflexion stets die Frage nach dem „Warum“, kann jeder Grund inklusive jeden methodischen Vorgehens in Frage gestellt werden. Insofern mag sich die Begrenzung von Selbstreflexion als Funktionsbedingung eines auf diese Weise arbeitenden Rechtssystems erweisen.<sup>48</sup>

Dogmatik stellt Argumentationsfiguren bereit, die entlastend wirken, weil sie die Möglichkeit schaffen, Begründungszusammenhänge zu verkürzen.<sup>49</sup> Bezogen auf die nationale Rechtsordnung mag insbesondere das (vermeintlich) deduktive Moment dogmatischer Betrachtungen betont werden, d. h. die (darstellerische) Ableitung bzw. Ableitbarkeit von Entscheidungsergebnissen<sup>50</sup> aus als abstrakter verstandenen Begrifflichkeiten.<sup>51</sup> Für die Behandlung des Europarechts wird demgegenüber das Herausbilden entsprechender als abstrakter verstandener Begrifflichkeiten als dogmatische Aufgabe hervorgehoben, dies Verbunden mit der Vorstellung, es handele sich dabei um den der Ableitung vorausgehenden Schritt.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. *T. Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 96.

<sup>47</sup> *E.-W. Böckenförde*, Die Eigenarten des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: E.-W. Böckenförde (Hg.), *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 21; zur Kritik an entsprechenden Ansätzen etwa *R. Christensen/H. Kudlich*, *Gesetzesbindung*, S. 52, 56 f., 59 ff.

<sup>48</sup> In diese Richtung *M. Morlok*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 49 (73 f.); *A. Somek*, *Rechtliches Wissen*, S. 89. Dies lässt sich auch für die Rechtswissenschaft selbst beobachten, beispielsweise wenn es um die Frage der Begrenzung der Einbeziehung anderer wissenschaftlicher Positionen geht, vgl. *M. Morlok*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 49 (65).

<sup>49</sup> *H. Schulze-Fielitz*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 11 (20); vgl. *J. Rückert*, *Denktradition, Schulbildung und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 29, 33, 34, 36 f., 49; *T. Gutmann*, *Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 94 ff.; *P. Lassahn/T. Steenbreker*, *JR* 2015, 553 (555).

<sup>50</sup> Der Begriff ist nicht auf gerichtliche Entscheidungen begrenzt, sondern auf jede Kennzeichnung eines (hypothetischen) Verhaltens oder Zustands als rechtmäßig oder rechtswidrig bezogen gemeint.

<sup>51</sup> Beispielsweise *E.-W. Böckenförde*, *Die Eigenarten des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*, in: E.-W. Böckenförde (Hg.), *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 20; vgl. darauf hinweisend *J. Rückert*, *Denktradition, Schulbildung und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 39, 48; *O. Lepsius*, *Problemzugänge im Öffentlichen Recht*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 65.

<sup>52</sup> Beschreibend *I. Pernice*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 225 (240).

Dogmatik ist auf das Erzeugen (potentieller) „letzter Gründe“ bezogen auf konkrete Entscheidungen gerichtet.<sup>53</sup> Wird im Kontext einer Konstellation eine bestimmte Argumentation entwickelt, kann es dazu kommen, dass diese Argumentation selbst zum Ausgangspunkt der Argumentation in weiteren bzw. anderen Konstellationen wird.<sup>54</sup> Damit tritt eine (weitere) Abstraktion von den die (ursprüngliche) Begründung bildenden Zusammenhängen ein.<sup>55</sup> Dies mag bisweilen zu überschießenden Verallgemeinerungen führen.<sup>56</sup> Vor dem Hintergrund der Abstraktion erscheinen die Argumentationen als ihre Begründung in sich selbst tragend und damit als (tendenziell) unveränderlich.<sup>57</sup> Diese gegen Infragestellungen (tendenziell) abzuschirmen, erscheint

---

<sup>53</sup> Wohl offen *I. Pernice*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 225 (240); in begrifflicher Hinsicht *J. Rückert*, Denktradition, Schulbildung und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 28.; *T. Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 94.

<sup>54</sup> *R. Wahl*, JZ 2013, 369 (275); den Vorgang und die Entwicklung der Dogmenbildung durch Abstraktionen aus Fallvergleichen exemplarisch aufzeigend *J. Rückert*, Denktradition, Schulbildung und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 26 ff.; *P. Lassahn/T. Steenbreker*, JR 2015, 553 (556); auf den „Systemanspruch“ deutscher Rechtswissenschaft hinweisend *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 65, 75. Für das Verhältnis von Staatsrechtslehre und Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts sind die von der Wissenschaft entwickelten Argumentationen als „argumentatives Spielmaterial“ bezeichnet worden, *H. Schulze-Fielitz*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 11 (30); diese Charakterisierung dürfte sich auch auf die Entwicklung von Argumentationen durch die Wissenschaft übertragen lassen, worauf die Beobachtung, die Vielfalt wissenschaftlicher Ansätze könne gut nebeneinander leben, *H. Schulze-Fielitz*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 11 (31), hinweist.

<sup>55</sup> *J. Rückert*, Denktradition, Schulbildung und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 29, 33, 34 f., 36 f., 39; *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 57 f., 80 f.; *T. Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 95; beispielsweise *E. Franßen*, (Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach (Hg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 444.

<sup>56</sup> *J. Rückert*, Denktradition, Schulbildung und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 49; *U. Ramsauer*, Zur Kontrolldichte im Verwaltungsprozess, in: D. Heckmann (Hg.), Modernisierung von Justiz und Verwaltung, 2007, S. 88.

<sup>57</sup> Vgl. auch *R. Wahl*, JZ 2013, 369 (375 ff.); auf das Moment der Dogmatik, in ihrer Genese wirksam gewordene Interessenbewertungen durch konkrete Personen zu verschleiern, hinweisend *P. Lassahn/T. Steenbreker*, JR 2015, 553 (557). Vgl. etwa die Beobachtung

nicht nur vor dem Hintergrund praktischer Entscheidungsnotwendigkeiten<sup>58</sup> sinnvoll. Zugleich wird den sich durch die zu entscheidenden Konflikte zeigenden Veränderungen ein gewisses, dabei aber durchaus unterschiedliches Maß an Stabilität entgegengesetzt, indem auf einen durch die Entscheidung als nicht verändert wahrgenommenen Grund verwiesen wird. Man mag dies als Teil einer der gesellschaftlichen Funktionen von Recht ansehen.<sup>59</sup> Dementsprechend ist Dogmatik auf Selbststabilisierung (zumindest auf Zeit) gerichtet.<sup>60</sup>

Die Selbstreflexion mag dazu führen, dass die durch die Dogmatisierung eingetretenen argumentativen Verkürzungen (wieder) in das Bewusstsein rücken. Werden die Argumentationen im Wege der Reflexion ihrer Herkunft und Funktion wieder kontextualisiert,<sup>61</sup> kann sich damit das ihnen innewohnende Moment der Stabilität oder Unveränderlichkeit (wieder) relativieren.<sup>62</sup> Dies bedeutet, dass ein solcher Ansatz sich insbesondere dann als nützlich oder attraktiv erweisen kann, wenn Veränderungen für notwendig erachtet

---

der Stabilität mancher Begrifflichkeiten als Ausdruck eines bestehenden Denkstils und die Schwierigkeiten bei der Erfassung von Veränderungen bei *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 60 f., 71, 77; auf die Flexibilität der Dogmatik hinweisend insbesondere aus Perspektive ihrer Betrachtung hinsichtlich ihrer Entwicklung *U. Ramsauer*, Zur Kontrolldichte im Verwaltungsprozess, in: D. Heckmann (Hg.), Modernisierung von Justiz und Verwaltung, 2007, S. 73.

<sup>58</sup> *T. Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 96.

<sup>59</sup> Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 3; *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 74; *L. Münkler*, DÖV 2016, 839 (847); zur Dynamik des Rechts beispielsweise *G. F. Schuppert*, RW 2016, 177 ff.

<sup>60</sup> *R. Christensen/H. Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 125, 146 ff., 209 ff.; *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (66); *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 5; *T. Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 93; *P. Lassahn/T. Steenbreker*, JR 2015, 553 (555, 557); zu diesem tradierten Funktionsverständnis *K.-H. Ladeur*, Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law?, in: M. van Hoecke (Hg.), Epistemology and methodology of comparative law, 2004, S. 93 f.

<sup>61</sup> Die Bedeutung der Herkunft und Genese dogmatischer Aussagen betont etwa *J. Rückert*, Denktradition, Schulbildung und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 40, 48.

<sup>62</sup> Siehe zur flexibilisierenden Wirkung des verwendeten Ansatzes oben Kap. 1 Fn. 27; vgl. zur entsprechenden Wirkung der Betrachtung im Lichte der Zeitdimension *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Erster Band Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600–1800, 1988, S. 56; *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 15; *R. Wahl*, JZ 2013, 369 (375); allgemein *L. Münkler*, DÖV 2016, 839 (848).

werden oder herbeigeführt werden sollen. Dass insofern eine gewisse Notwendigkeit besteht, vorhandene dogmatische Bezüge wieder zu relativieren, mag beispielsweise in der Beobachtung zu Tage treten, dass das einfachgesetzliche Verwaltungsrecht sich ein Stück weit von der verfassungsrechtlichen Überformung als die zentrale Perspektive darauf löst.<sup>63</sup> Die Lockerung<sup>64</sup> verfassungsrechtlicher Bezüge mag eine Variante sein, die dazu dient, Argumentationsspielräume dafür zu schaffen, um zu einer stimmigen Systematisierung auch mit Handlungen zu kommen, die von anderen als rein nationalstaatlichen Institutionen ausgehen. Diese Entwicklung ist in zeitlicher Hinsicht als Auswirkung der zweiten von „Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949“ beschrieben worden.<sup>65</sup>

Der Ansatz dieser Arbeit liegt damit in dem gegenwärtigen Trend, der darauf gerichtet zu sein scheint, Veränderungen der Dogmatik hinzunehmen und sich über die Art und Weise von deren Verarbeitung Gedanken zu machen. Die Europäisierung wird insofern von dieser Arbeit als bestehendes Phänomen behandelt.<sup>66</sup> Eine andere Position dazu wäre wohl nur im Wege der Nichtanerkennung von Handlungen der Institutionen der Europäischen Union als rechtlich relevant zu erreichen.<sup>67</sup>

(Selbst-)Reflexion setzt (Selbst-)Beobachtung voraus.<sup>68</sup> Wenn hier also ein Beitrag zur Selbstreflexion der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die

<sup>63</sup> Von einer insbesondere durch die Europäisierung herbeigeführten „Emanzipation“ oder „Verselbständigung“ sprechend, aber keine „Entkonstitutionalisierung“ diagnostizierend *M. Ludwigs*, NVwZ 2015, 1327 (1328 ff.); vgl. – auch zur Diagnose eines (zwischenzeitlichen) Erlahmens verfassungsrechtlicher rechtswissenschaftlicher Diskurse gegenüber verwaltungsrechtlichen Diskursen auch im Hinblick auf die „unionsrechtliche Überlagerung“ *C. Waldhoff*, Kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, in: *C. Franzius/S. Lejeune/K. von Lewinski/K. Meßerschmidt/G. Michael/M. Rossi/T. Schilling/P. Wysk* (Hg.), *Beharren. Bewegten.*, 2013, S. 263 f. m. w. N., 275 f.

<sup>64</sup> Die Verarbeitung der Veränderungen auf verwaltungsrechtlicher Ebene durch das Verfassungsrecht als Lockerung zu beschreiben, könnte in zweierlei Hinsicht verstanden werden: Neben der Flexibilisierung tradierter verfassungsrechtlicher Vorgaben könnten einfachgesetzlichen Entwicklungen zum Verfassungsrecht nicht in (engen) Bezug gesetzt werden.

<sup>65</sup> *R. Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: *R. Wahl* (Hg.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 411 ff., 414 ff., 433 f.

<sup>66</sup> Zur Wandelung von Auffassungen der Europäisierung als „illegitime Intervention in gewachsene Strukturen“ *M. Ruffert*, § 17 Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/A. Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2012, Rn. 8 m. w. N.

<sup>67</sup> Vgl. *I. Pernice*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 225 (226).

<sup>68</sup> Vgl. *N. Luhmann*, *Selbstreflexion des Rechtssystems*, in: *N. Luhmann* (Hg.), *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, S. 423 f.; *M. Morlok*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 49 (50). Zur Bedeutung von Beobachtung und Reflexion für das Lernen im Recht *M. Eifert*, *Lernende Beobachtung des Verwaltungsrechts durch das Verfassungsrecht*, in: *M. Bäuerle/P. Dann/A. Wallrabenstein* (Hg.), *Demokratie-Perspektiven*, 2013, S. 356.

Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts geleistet werden soll, gilt es diesen Diskurs zu beobachten. Die Betrachtungsperspektive beeinflusst das Verständnis als Ergebnis der Betrachtung, wie auch das Verständnis auf die (Wahl der) Betrachtungsperspektive einwirkt.<sup>69</sup> Bereits die bewusste Modifikation wahrnehmungsleitender Modelle schafft damit die Möglichkeit durch Selbstreflexion erhoffter Erkenntnisse.<sup>70</sup> Abweichend von „typischen“ rechtswissenschaftlichen Behandlung einer Frage werden geäußerte Auffassungen nicht allein nach ihren inhaltlichen Gesichtspunkten in Verbindung zueinander gesetzt, sondern auch die zeitliche Komponente, also die Reihenfolge und rechtswissenschaftlichen Kontexte,<sup>71</sup> in denen bestimmte Auffassungen publiziert worden sind, werden mit betrachtet und dienen als Ankerpunkt der Reflexion der Auffassungen.<sup>72</sup> Durch die Einführung der Zeitdimension wird der von der dogmatischen Rechtswissenschaft erhobene Verbindlichkeitsanspruch ihrer Modelle<sup>73</sup> relativiert.<sup>74</sup> Mit der Einbeziehung der zeitlichen Komponente in die Betrachtung lässt sich die Frageperspektive leichter von „wie ist das Recht?“ hin zu „warum?“ oder „wie funktioniert?“

---

<sup>69</sup> Vgl. *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (62 f., 65 f.); *T. Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 110; zu den Auswirkungen von Perspektivwechseln in der Rechtswissenschaft auch *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 78 ff.

<sup>70</sup> *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (63).

<sup>71</sup> Zur gegenwärtigen Entwicklung der Kontextualisierung insbesondere in der Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft *R. Wahl*, Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, dann ist es nicht dasselbe: Verfassungsrecht in Kontexten, in: D. Grimm/A. Kemmerer/C. Möllers (Hg.), Rechtswege, 2015, S. 47 ff. m. w. N.; zur Bedeutung in transnationalen Debatten *D. Thym*, EuR 2015, 671 (697) m. w. N.

<sup>72</sup> Zur Relativierung des ahistorischen Ansatzes der Wissenschaft durch die Erkenntnis, dass wissenschaftliche Erkenntnis nicht losgelöst von dem sie generierenden Subjekt und den weiteren Kontextbedingungen zu betrachten ist, *H.-H. Trute*, Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen, in: E. Schmidt-Assmann/W. Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 296 ff. m. w. N.; zur Möglichkeit der Selbstbeobachtung und zur Zeitdimension als Möglichkeit der Verschiebung hin zu einer Beobachtung zweiter Ordnung *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 375, 766 f., 1026, 1113; *H. von Foerster/B. Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners, S. 120; bezogen auf das öffentliche Recht *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 13; *R. Wahl*, JZ 2013, 369.

<sup>73</sup> *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (62).

<sup>74</sup> Dies betrifft konsequenterweise auch die daraus gewonnenen Erkenntnisse, kann eine Selbstreflexion nur unter der Voraussetzung erfolgen, sich von den Anforderungen des beobachteten Funktionssystems (teilweise) freizumachen, *M. Morlok*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 49 (75); auf die Unüblichkeit der Einbeziehung der Entwicklungsperspektive in dogmatische Darstellungen hinweisend *A. K. Mangold/R. Wahl*, Die Verwaltung 48 (2015), 1 (25) mit Fn. 94.

verschieben.<sup>75</sup> Ist jede rechtswissenschaftliche Äußerung darauf angewiesen, sich zu immer gegebenen präexistenten anderen Äußerungen in Beziehung zu setzen,<sup>76</sup> versprechen sich gerade in der Betrachtung dieser Relation Beobachtungen der Funktionsweise und Entwicklung von Recht machen zu lassen.

Hier kann und soll die anspruchsvolle Aufgabe<sup>77</sup> einer umfänglichen Historisierung<sup>78</sup> der Diskurse nicht erfüllt werden. Eine solche wäre ohne eine entsprechende Personalisierung und Betrachtung der jeweiligen sozialen Umstände unvollständig; sie wäre auf über die rechtswissenschaftlichen Selbstäußerungen hinausgehende Quellen und Materialien sowie entsprechende geschichts- und sozialwissenschaftliche Methodiken angewiesen.<sup>79</sup> Auch würden sich damit die Bedingungen rechtswissenschaftlicher Anschlussfähigkeit verändern.<sup>80</sup> Vielmehr geht es darum, (Teil-)Diskurse in Beziehung zueinander zu setzen und auf diese Weise Parallelen und Veränderungen sichtbar zu machen.

Um die Entwicklung der Diskussion beobachten zu können, werden insbesondere Aufsätze und Monographien herangezogen. Bei diesen handelt es sich um die für Entwicklungen sensibleren Medien, mögen Lehrbücher und Kommentare Neuerungen eher dann aufgreifen, wenn diese sich in hinrei-

---

<sup>75</sup> *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 15 f.; vgl. oben Kap. 1 Fn. 33.

<sup>76</sup> Auf die „Unhintergebarkeit der Rechtsgeschichte für einen methodisch-rationalen Umgang mit Recht“ hinweisend *H.-J. Strauch*, Rechtsprechungstheorie, in: K. D. Lerch (Hg.), *Recht verhandeln*, 2005, S. 507 f.

<sup>77</sup> Vgl. *R. Wahl*, Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, dann ist es nicht dasselbe: Verfassungsrecht in Kontexten, in: D. Grimm/A. Kemmerer/C. Möllers (Hg.), *Rechtswege*, 2015, S. 48 f.

<sup>78</sup> Zu deren (möglichen) Funktionen *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 12 ff.; zur Historisierung als Form der Reflexion *M. Morlok*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 49 (68).

<sup>79</sup> Vgl. *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, S. 53 ff.; *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Zweiter Band Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*, 1992, S. 39; *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Vierter Band Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945–1990*, 2012, S. 21 ff. Vor diesem Hintergrund versteht sich auch die Begrifflichkeit der *Selbstreflexion*.

<sup>80</sup> Darauf hinweisend das entsprechende Fremdbeschreibungen gegenüber Selbstbeschreibungen zwar hinsichtlich der Beobachtungen nicht an die Eigenlogik des beobachteten Systems gebunden sind, es damit aber auch an der Anschlussfähigkeit innerhalb des beobachteten System fehlen kann *H.-H. Trute*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7 2007, 115 (118); zur Bedeutung von Denktraditionen von Kollektiven für die Rezeption allgemein und in der Rechtswissenschaft *O. Lepsius*, Problemzugänge im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 54 f., 74 f.; *L. Münkler*, *DÖV* 2016, 839 (845).

chend „greifbarer Form [...] aufbereiten“ lassen,<sup>81</sup> und mag die etwaige Notwendigkeit der Umorientierung gegenüber aus Voraufgaben tradierten Wissensbeständen bisweilen retardierend wirken. Gleichwohl ist eine Vollständigkeit auch mit dieser Beschränkung keineswegs leistbar. Die Erkenntnisse und Bewertungen dieser Arbeit stehen damit immer unter dem Vorbehalt, eine Interpretation nur des Berücksichtigten zu sein.<sup>82</sup> Die Fülle des Materials mag aber zugleich als Rechtfertigung für die Auswahl des Verwaltungsprozessrechts insbesondere mit den „ewigen“ Themen „subjektive öffentliche Rechte“ und „Kontrolldichte“ dienen: Zwar wendet sich die Arbeit damit Themenfeldern zu, deren wissenschaftlicher Behandlung im Hinblick auf Erwägungen zur Umorientierung hin zu einer Entscheidungswissenschaft als von abnehmender Bedeutung erachtet werden mag. Zum einen versucht der Ansatz einen neuen Blickwinkel auf den Gegenstand zu schaffen, der wie dargelegt weniger auf Stabilisierung denn auf Entwicklungsperspektiven<sup>83</sup> gerichtet ist.<sup>84</sup> Zum anderen ist es gerade der Umfang der rechtswissenschaftlichen Behandlung dieses Themas, die die Beobachtung längerfristiger Entwicklungen und überindividueller Positionen ermöglicht.

Im Folgenden soll zunächst die Europäisierung als Gegenstand dieser Arbeit mit den ihr zugeschriebenen Wirkmechanismen und erfassten Inhalten beschrieben werden. Sodann werden die Bedeutung des Verfahrensrechts, subjektive öffentliche Rechte und die Kontrolldichte als Diskussionsbereiche näher betrachtet. Diese Teile sind im Groben jeweils so untergliedert, dass zunächst auf die Perspektive eingegangen wird, die eher isoliert auf die nationalstaatliche Rechtsordnung gerichtet ist. Die Betrachtungen des europäischen Rechts und seiner Einwirkungen wird jeweils im Anschluss daran, vor dem Hintergrund dieser Vorverständnisse beleuchtet.

---

<sup>81</sup> *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Dritter Band Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, 1999, S. 211.

<sup>82</sup> Auf das Moment unaufhebbarer Subjektivität der Materialauswahl hinweisend *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, S. 57; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, S. 22 f.

<sup>83</sup> Die Fragen der Veränderung von finalen statt konditionalen, verfahrensrechtlichen statt materiellrechtlichen Regulierungsstrategien und daraus gefolgerte Auswirkungen für die Art und die Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Überprüfung behördlichen Handelns werden als Anknüpfungspunkte der Perspektivverschiebung der Verwaltungsrechtswissenschaft hin zu einer rechtssetzungsorientierten Entscheidungswissenschaft ausgemacht, *H. Schulze-Fielitz*, Die Verwaltung, Beiheft 7 2007, 11 (41), was auch einen stärker auf (dogmatische) Gestaltungsoptionen gerichteten Blick hinsichtlich der wissenschaftlichen Durchdringung von Rechtsgebieten beinhalten könnte.

<sup>84</sup> Zur Notwendigkeit der Veränderung der rechtswissenschaftlichen Betrachtungsweise *K.-H. Ladeur*, Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law?, in: *M. van Hoecke* (Hg.), Epistemology and methodology of comparative law, 2004, S. 92 ff.

## Kapitel 2

# Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts als Phänomen

Zunächst gilt es die Europäisierung als Untersuchungsgegenstand mit ihren Mechanismen zu umreißen, um damit den Kontext der eingehender zu behandelnden Referenzdiskussionsbereiche zu erhellen.

### A. Begriff der Europäisierung

Nach tradiertem Verständnis<sup>1</sup> kommt es mit der Schaffung der Europäischen Gemeinschaften als Rechtsordnung zu einer gegenseitigen Beeinflussung der Gemeinschaftsrechtsordnung und der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.<sup>2</sup> Dieser Vorgang besteht seit der Gründung der Eu-

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Begriff der Europäisierung und zum Verbundgedanken Kap. 1 und Kap. 2 C. I.

<sup>2</sup> E. Schmidt-Aßmann, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: P. Badura/R. Scholz (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, 1993, S. 513; R. Wahl, Herausforderungen und Antworten, S. 97; der Begriff kann aber auch in einem umfassenderen Sinne verstanden werden, indem auch Impulse der Rechtsentwicklung beispielsweise durch die EMRK darunter gefasst werden, deren Einwirkungen verglichen mit dem Unionsrecht als geringer erachtet wurden, so D. H. Scheuing, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 290; weitergehend A. von Bogdandy, JZ 2017, 589 ff.; F. Schoch, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (Hg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 507 f.; K. F. Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, S. D 12; zum Begriffsverständnis auch in anderen Disziplinen siehe die Beiträge in H. Schubert (Hg.), „Europäisierung“ – Begriff, Idee und Verwendung im interdisziplinären Diskurs, 2006; vgl. auch F. C. Mayer, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: P. F. Bultmann/K. J. Grigoleit/C. Gusy/J. Kersten/C.-W. Otto/C. Preschel (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2014, S. 48. Hier wird der Begriff der Europäisierung im Folgenden grundsätzlich beschränkt auf den Einfluss der EU gebraucht. Dementsprechend werden auch die Begriffe „europäisches Recht“, „europarechtlich“ etc. – sofern nicht ausdrücklich anders angegeben – in diesem engeren Sinn verwendet. Zum Einfluss der EMRK und des EGMR auf Unionsrecht etwa J. Saurer, Der Einzelne im europäischen

ropäischen Gemeinschaft und dauert seitdem fort.<sup>3</sup> Er findet bereits in der frühen Rechtsprechung des EuGH seinen Ausdruck im Vorrang des Europarechts, dem Gebot gleichzeitiger und einheitlicher Anwendung und dessen unmittelbarer Wirkung.<sup>4</sup> Zum Teil handelt sich um einen mittelbar ausgelösten Anpassungsprozess, der die mitgliedstaatliche Rechtsordnung insgesamt erfasst<sup>5</sup> und damit auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>6</sup> Er ist in dieser Tragweite zunächst nicht hinreichend erfasst worden.<sup>7</sup> Erst seit den 1980er-Jahren wird die Europäisierung als Veränderung der gesamten Rechtsordnung

---

Verwaltungsrecht – Die institutionelle Ausdifferenzierung der Verwaltungsorganisation der Europäischen Union in individueller Perspektive, 2014, S. 97 f., 122 ff., 148 ff., 179 ff.

<sup>3</sup> *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 94 f.

<sup>4</sup> *M. Hilf*, Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht, in: J. Schwarze (Hg.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982, S. 69 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64 – Costa/ENEL, Slg. 1963, 1259 (1269 f.) für den Vorrang, EuGH, Urt. v. 7.2.1973, C-39/72 – Kommission/Italien, Slg. 1973, 101 (113) für die Gleichzeitigkeit und Einheitlichkeit sowie EuGH, Urt. v. 5.2.1963, C-26/62 – Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1 (24 ff.) für die unmittelbare Wirkung.

<sup>5</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (Hg.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 502; *R. Wahl*, DVBl. 2003, 1285; *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 95 mit Nachweisen auch zur zunächst gegenteiligen Einschätzung in der Rechtswissenschaft; *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, S. 623 f. m. w. N.; *D. H. Scheuing*, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 353 spricht insofern von einer „Leitrechtsfunktion“ des europäischen Rechts. Zum Teil wird der Begriff der Europäisierung verwendet, um die Wahrnehmung von Prozessen zu kennzeichnen, die die nationale Rechtsordnung als ganze betreffen, im Gegensatz zu punktuellen „Einwirkungen“ oder „Einflüssen“, *R. Wahl*, *Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen*, in: H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2008, S. 869 ff.

<sup>6</sup> *F. Schoch*, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Vosskuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2013, Rn. 26.

<sup>7</sup> *R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 95; *K.-H. Ladeur*, EuR 1995, 227 (228); *U. Everling*, DVBl. 1983, 649; siehe beispielhaft den Beitrag von *P. O. Schmitz*, Die Durchführung des gemeinschaftlichen Landwirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Institut für das Recht der Europäischen Gemeinschaften der Universität Köln (Hg.), *Gemeinschaftsrecht und nationale Rechte*, 1971, S. 1/3–35, auf den *M. Hilf*, Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht, in: J. Schwarze (Hg.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982, S. 70 hinweist; früh hingegen schon *O. Bachof*, VVDStRL 30 (1972), 193 (236) unter Verweis auf *M. Fromont*, Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften, 1967, S. 190, der auch Entwicklungen im Recht der Nationalstaaten sieht.

beobachtet.<sup>8</sup> Zuvor hatte die Beobachtung des Verwaltungsrechts für den unmittelbaren Eigenvollzug des Gemeinschaftsrechts, also den Vollzug durch Gemeinschaftsorgane selbst, im Vordergrund gestanden.<sup>9</sup> In diesem Zusammenhang wurde auch der indirekte Vollzug analysiert und Auswirkungen auf das Verwaltungsorganisationsrecht, das Verwaltungsverfahrenrecht und das Recht der Verwaltungsgerichtsverfahren festgestellt.<sup>10</sup>

## B. Wirkmechanismen

Die dabei ausgemachten Einflüsse werden in die unmittelbaren Anpassungen einerseits und den mittelbaren Anpassungsbedarf andererseits unterschieden.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> R. Wahl, Herausforderungen und Antworten, S. 95; E. Schmidt-Aßmann, Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (Hg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 487; J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 2, 1988, S. 1381; so auch die Darstellung von U. Mager, Die Verwaltung, Beiheft 10 2010, 11 f.; H.-W. Rengeling, VVDStRL 53 (1994), 202 (204). Eingehend auf der Basis der Auswertung von Zeitschrifteninhalten, A. K. Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, S. 175 ff. Der Beeinflussung der nationalen Rechtsordnungen durch die europäische Ebene steht die Einbeziehung mitgliedstaatlicher Institute und Prinzipien bei der Herausbildung des Rechts gegenüber, die hier wie so häufig nicht näher betrachtet wird, dazu R. Wahl, Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen, in: H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 875.

<sup>9</sup> Siehe beispielsweise J. Sedemund, Allgemeine Prinzipien des Verwaltungsverfahrenrechts, dargestellt am Beispiel des Verwaltungsverfahrens der EG in Kartellsachen, in: J. Schwarze (Hg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, S. 45 ff.

<sup>10</sup> M. Hilf, Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht, in: J. Schwarze (Hg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, S. 70 ff.

<sup>11</sup> Abweichend von der hier verwendeten Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Einflüssen unterscheidet Siegel zwischen Europäisierung im engeren Sinne bei der gezielten Überlagerung nationalen Rechts, der Europäisierung im weiteren Sinne bei indirekten Normkollisionen beispielsweise aus Effektivitätsanforderungen und schließlich der Europäisierung im weitesten Sinne, bei der wechselseitige, interpretative Annäherungen stattfinden, T. Siegel, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Rn. 72 ff., zugleich werden jedoch Ergänzungen und Verschränkungen ausgemacht, die eine klare Zuordnung erschweren, Rn. 75; Sommermann unterscheidet demgegenüber zwischen direkter und indirekter Europäisierung, wobei direkte und indirekte Normenkollision der direkten Europäisierung, interpretative Annäherungen der indirekten Europäisierung zuzuordnen sind, K.-P. Sommermann, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss, in: J. Schwarze (Hg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 190 ff., 193 ff.; dem folgend W. Kahl, NVwZ 2011, 449 (454 f.); Wahl unterscheidet terminologisch zwischen einer direkten (durch rechtliche Regelungen) und indirekten

### I. Unmittelbarer Anpassungsbedarf

Der unmittelbare Anpassungsbedarf folgt aus den zwingenden Vorgaben des Unionsrechts.<sup>12</sup> Im Verwaltungsprozessrecht wird innerhalb dieser den Einwirkungen des Unionsgesetzgebers, die dadurch erfolgen, dass er eigenständige Regelungen zum Verwaltungsprozessrecht trifft oder Veränderungen der nationalen Rechtsordnungen vorschreibt,<sup>13</sup> geringere Bedeutung beigemessen als in anderen Rechtsbereichen.<sup>14</sup> Besondere Aufmerksamkeit genießen vielmehr die durch die Rechtsprechung des EuGH richterrechtlich vorgeschriebenen Anpassungen.<sup>15</sup> Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts wird dabei als Konsequenz des Erfordernisses einer einheitlichen Anwendung des Europarechts gesehen, das nur dann verwirklicht werden kann, wenn es (auch) zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeiten zu einer Konvergenz der Rechtskulturen und des Selbstverständnisses der Richterschaft kommt.<sup>16</sup>

Die dafür in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Anforderungen werden zumeist als „Äquivalenzgrundsatz“ und „Effektivitätsgrundsatz“ bezeichnet.<sup>17</sup> Der Äquivalenzgrundsatz besagt, dass die Voraussetzungen für

---

(durch Richterrecht) Europäisierung, *R. Wahl*, DVBl. 2003, 1285; an anderer Stelle weist er zudem auf die Bedeutung der freiwilligen Rezeption hin, *R. Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: *R. Wahl* (Hg.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 423.

<sup>12</sup> Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts und dessen Herkunft *M. Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154 (159 ff.); *J. Saurer*, *Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht*, S. 310, 315 f.

<sup>13</sup> Dazu *F. Schoch*, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Vosskuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2013, Rn. 27.

<sup>14</sup> *J. Saurer*, *Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht*, S. 369 f.

<sup>15</sup> *Scheuing* unterscheidet insofern (nicht nur bezogen auf das Verwaltungsprozessrecht) zwischen rechtsnormativen und richterrechtlichen Europäisierungsimpulsen, *D. H. Scheuing*, *Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 297.

<sup>16</sup> *F. Schoch*, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Vosskuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2013, Rn. 26.

<sup>17</sup> So beispielsweise EuGH, Urt. v. 15.9.1998, C-231/96 – *Edis*, Slg. 1998, I-4951 (I-4990); aus der Literatur *J. Saurer*, *Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht*, S. 368 f.; ähnlich („Effektivitätsgebot“) *F. Schoch*, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Vosskuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2013, Rn. 27; anders noch *Hilf*, der die Schlagworte „Nichtdiskriminierung“ und „Sicherung der Rechtsausübung“ verwendet, *M. Hilf*, *Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht*, in: *J. Schwarze* (Hg.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982, S. 80, und sich auf Verwaltungsverfahren und nur zum Teil auf verwal-

Klagen, die auf europäisches Recht gestützt werden, „nicht ungünstiger gestaltet werden [dürfen] als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen“.<sup>18</sup> Das Effektivitätsgebot verlangt, dass verfahrensrechtliche Vorgaben die Ausübung europarechtlich gewährter Rechte nicht „praktisch unmöglich mach[en]“<sup>19</sup> oder „übermäßig erschweren“<sup>20</sup> dürfen. Eher selten thematisiert wird das Gebot eines umfassenden Rechtsschutzes<sup>21</sup>, das verlangt, dass im Zusammenwirken der Gerichte der Union und der Mitgliedsstaaten keine Rechtsschutzlücken entstehen dürfen.<sup>22</sup> Wegen der gleichlaufenden Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG ebenfalls von geringer Bedeutung<sup>23</sup> ist die Anforderung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach Zulässigkeitsregelungen, die das Recht auf Zugang zum Gericht in seinem Wesensgehalt selbst beeinträchtigen, verboten sind.<sup>24</sup> Ob die Rechtsprechung des EuGH mit den durch das Unionsrecht vermittelten Kompetenzen vereinbar ist, ist eine kontrovers diskutierte Frage.<sup>25</sup>

---

tungsgerichtliche Verfahren (S. 81: „Klagefristen“) bezieht; so auch *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 1381, obwohl der EuGH diese Anforderungen auch in Bezug auf gerichtliche Verfahren formuliert hat, die er mit zum Vollzug des Europarechts zählt, vgl. die Nachweise Kap. 2 in Fn. 18. Weitere Nachweise zur unterschiedlichen Terminologie in diesem Zusammenhang finden sich bei *D. H. Scheuing*, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 307; zum Wandel der Terminologie in der Rechtsprechung des EuGH *T. von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 483 Fn. 99.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 16.12.1976, C-33/76 – REWE, Slg. 1976, 1989 (1998); EuGH, Urt. v. 14.12.1995, C-312/93 – Peterbroeck, Slg. 1995, I-4615 (I-4621) m. w. N. zur st. Rspr.

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 6.5.1982, C-54/81 – Fromme, Slg. 1982, 1449 (1463).

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 14.12.1995, C-312/93 – Peterbroeck, Slg. 1995, I-4615 (I-4621) m. w. N.

<sup>21</sup> Aus deutscher Perspektive mag diese Anforderung wegen Art. 19 Abs. 4 GG als weitgehend unproblematisch erachtet werden; sie führt jedoch im Hinblick auf das im europäischen Verwaltungsverbund häufig stattfindende Zusammenwirken zwischen mitgliedsstaatlichen und unionistischen Behörden und den damit einhergehenden komplementären Kontrollkompetenzen mitgliedsstaatlicher und europäischer Gerichte zu Anpassungsbedarf, siehe dazu unten Kap. 2 C. I.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 23.3.1993, C-314/91 – Weber, Slg. 1993, I-1093 (I-1109); EuGH, Urt. v. 10.7.2003, C-15/00 – Kommission/EIB, Slg. 2003, I-7281 (I-7379); dazu *C. D. Classen*, JZ 2006, 157; zur grundrechtlichen Perspektive *J. Saure*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, S. 369.

<sup>23</sup> BVerwG, Urt. v. 16.5.2013, 8 C 38/12, juris Rn. 29.

<sup>24</sup> In Bezug auf Prozesskostenhilfe EuGH, Urt. v. 22.12.2010, C-279/09 – DEB, Slg. 2010, I-13880 (I-13900); EuGH, Beschl. v. 13.6.2012, C-156/12 – GREP, juris Rn. 39 f.

<sup>25</sup> Kritisch dazu etwa *F. Schoch*, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Vosskuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2013, Rn. 28 ff.; *F. Schoch*, DVBl. 1997, 289 (295) m. w. N.

## II. Mittelbare Einflüsse

Wo die Grenze zwischen kompetenzrechtlich gedeckten, zwingenden Vorgaben einerseits und mittelbaren Einflüssen andererseits im Einzelnen verläuft, mag dahinstehen. Auch über die Rechtsbereiche hinaus, in denen der EU die Kompetenz zum Erlass von Rechtsakten zukommt, werden Einflüsse auf die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten ausgemacht.<sup>26</sup> Die Feststellung, dass es durch das Postulat einer gewissen Einheitlichkeit von europäischem und nationalstaatlichem Rechtsschutzsystem auch darüber hinaus zu einer Konvergenzbewegung der Rechtsschutzsysteme der Mitgliedsstaaten kommt,<sup>27</sup> soll als Ausgangspunkt genügen.

Die über die unmittelbaren Kollisionen von Europarecht und deutschem Verwaltungsrecht hinaus wirkenden mittelbaren Einflüsse lassen sich in vier Kategorien einteilen:<sup>28</sup> Insbesondere zu Homogenisierungen der Organisationsstrukturen der Verwaltung führen Anforderungen der Kooperation zwischen Behörden der Union und den Mitgliedsstaaten oder den Mitgliedsstaaten untereinander sowie Erfordernisse einer effektiven oder effizienten Aufgabenerledigung.<sup>29</sup> Als Referenzgebiet wird auf die Schaffung der Bundes-

---

<sup>26</sup> R. Wahl, DVBl. 2003, 1285.

<sup>27</sup> T. von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 397; F. Schoch, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Vosskuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2013, Rn. 28, 34; T. Groß, Die Verwaltung 33 (2000), 415 (434). Wie weit dieser Anpassungsdruck reicht und ob ihm nachzugeben ist, soll hier dahinstehen. Allein der Umstand, dass Gegenpositionen aufgebaut werden, so etwa S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 291; R. Breuer, Entwicklungen des europäischen Umweltrechts – Ziele, Wege und Irrwege – Erweiterte Fassung eines Vortrages, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27. Januar 1993, 1993, S. 96 ff., zeigt, dass die Analyse und Diskussion des deutschen Rechtsschutzsystems über den unmittelbaren Wirkungsbereich des europäischen Rechts hinaus beeinflusst wird. Diese Konvergenzbewegung lässt sich als Neugestaltung einordnen, da hier inhaltliche Vorgaben Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts herbeiführen, D. H. Scheuing, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 343 f. Es handelt sich hierbei um eher materielle Aspekte der Europäisierung, die Scheuing als Umorientierung bezeichnet und von der eher formalen Betrachtung der Instrumentalisierung des nationalen Verwaltungsrechts zum Vollzug des Gemeinschaftsrechts unterscheidet, D. H. Scheuing, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 298.

<sup>28</sup> So bei K.-P. Sommermann, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss, in: J. Schwarze (Hg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 193 ff.

<sup>29</sup> K.-P. Sommermann, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss, in: J. Schwarze (Hg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 193 f.; zu Netzwerkstrukturen in der Verwaltung, H.-H. Trute, Funk-

netzagentur im Regulierungsverbund für das Telekommunikationsrecht oder des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit verwiesen.<sup>30</sup> Ein weiterer Veränderungsimpuls kann sich aus dem Wettbewerb der Mitgliedsstaaten ergeben.<sup>31</sup> Durch die teilweise vereinheitlichten Verhältnisse in den Mitgliedsstaaten wird der Wettbewerbsdruck verschärft.<sup>32</sup> Der (behauptete)<sup>33</sup> Vergleich der Dauer von Genehmigungsverfahren<sup>34</sup> hat beispielsweise zur vielfach kritisierten<sup>35</sup> Abschwächung der Bedeutung von Verfahrensfehlern im Rahmen der Beschleunigungsgesetzgebung<sup>36</sup> geführt.<sup>37</sup> Die Art und Weise des Vollzuges gewinnt an Bedeutung, wenn das zu vollziehende materielle Recht vereinheitlicht ist.<sup>38</sup>

Im Rahmen sogenannter „Spill-over-Effekte“<sup>39</sup> entsteht Anpassungsdruck, der sich faktisch aus einer Veränderung in einer Teilrechtsordnung ergibt.<sup>40</sup>

---

tionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: E. Schmidt-Abmann/W. Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 262, mit dem Fokus auf dem Zusammenwirken von privaten und staatlichen Akteuren S. 268 f.

<sup>30</sup> K.-P. Sommermann, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss*, in: J. Schwarze (Hg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 193 f.

<sup>31</sup> K.-P. Sommermann, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss*, in: J. Schwarze (Hg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 196 f.; V. Mehde, *Wettbewerb zwischen Staaten – Die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem*, 2005, S. 53 f.; R. Wahl, *Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949*, in: R. Wahl (Hg.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 431 f.

<sup>32</sup> V. Mehde, *Wettbewerb zwischen Staaten*, S. 53 f.

<sup>33</sup> R. Wahl, *Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen*, in: H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/C. Möllers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2008, S. 886 f. mit Fn. 64.

<sup>34</sup> Bundesministerium für Wirtschaft (Hg.), *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren – Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1994, S. 37.

<sup>35</sup> C.-D. Bracher, DVBl. 1997, 534 ff. m. w. N.; A. Hatje, DÖV 1997, 477 ff. m. w. N.; H. Sodan, DVBl. 1999, 729 (736 ff.).

<sup>36</sup> *Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz vom 12.9.1996 (BGBl. I S. 1354)*.

<sup>37</sup> K.-P. Sommermann, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss*, in: J. Schwarze (Hg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 196 f.

<sup>38</sup> Mehde betont demgegenüber die fehlende Möglichkeiten der Marktabschottung als Grund einer Verschärfung des Wettbewerbs, V. Mehde, *Wettbewerb zwischen Staaten*, S. 523 f., ähnlich wie hier S. 526.

<sup>39</sup> K.-H. Ladeur, EuR 1995, 227 (228); R. Wahl, *Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949*, in: R. Wahl (Hg.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 431.

<sup>40</sup> K.-P. Sommermann, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss*, in: J. Schwarze (Hg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 195 f.; R. Wahl, *Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949*, in:

Werden in einer Teilrechtsordnung Grundsätze der nationalen Rechtsordnung aufgebrochen wie etwa das Arkanprinzip der öffentlichen Verwaltung für das Umweltrecht durch die europäischen Vorschriften zum Zugang zu Umweltinformationen, stellt dies den Grundsatz in Frage; aufbauend auf der Vorstellung, es gäbe ein einheitliches System der Rechtsordnung, das aufrechterhalten werden solle, kann dies dazu führen, dass von dem Grundsatz insgesamt abgewichen wird.<sup>41</sup>

Schon der Vergleich mit dem Unionsrecht und dem Recht anderer Mitgliedsstaaten kann dazu führen, dass hergebrachte Wertungen in Frage gestellt werden.<sup>42</sup> Es kommt damit zu einer Veränderung verwaltungsrechtlicher und verwaltungskultureller Standards, indem diese wechselseitig rezipiert werden.<sup>43</sup> Dies ist insbesondere von Bedeutung, soweit das Verwaltungsrecht nicht oder nicht eindeutig kodifiziert ist.<sup>44</sup>

---

R. Wahl (Hg.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 428; R. Wahl, *Herausforderungen und Antworten*, S. 97.

<sup>41</sup> R. Wahl, *Herausforderungen und Antworten*, S. 95; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, S. 624 begründet diese „Homogenisierungsprozesse“ damit, dass „sie letztlich Transaktionskosten senken, den praktischen Bedürfnissen der Menschen entgegenkommen und vielfach auch einer technischen Sachlogik folgen, die Teile aussortiert, welche nicht zueinander passen“. Die Annahme, es bedürfe einer „vollständige[n]“ [Hervorhebung d. Verf.], also nicht bloß fragmentarisch auf bestimmte Bereiche beschränkten, „und funktionsfähige[n] innerstaatliche[n] Vollzugsordnung“, führt M. Hilf, *Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht*, in: J. Schwarze (Hg.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982, S. 90, unter anderem als Grund dafür an, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung nicht auf eine unbedingte Harmonisierung des Verfahrensrechts und damit vollständig einheitliche Anwendung des Europarechts dränge. Zum Beispiel des Informationszugangs auch K.-P. Sommermann, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss*, in: J. Schwarze (Hg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 195. Als Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber in diesem Sinn reagiert, kann die Veränderung des VwVfG über die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie hinaus verstanden werden, M. Burgi, *JZ* 2010, 105 (108); dem folgend W. Kahl, *NVwZ* 2011, 449 (454).

<sup>42</sup> E. Schmidt-Aßmann, *Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts*, in: E. Schmidt-Aßmann/D. Sellner/G. Hirsch/G.-H. Kemper/H. Lehmann-Grube (Hg.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 502; schon früh O. Bachof, *VVDStRL* 30 (1972), 193 (236) unter Verweis auf M. Fromont, *Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften*, S. 190. Der Einfluss in den verschiedenen Mitgliedsstaaten ist jedoch unterschiedlich. Während sich im englischen Verwaltungsrecht wegen seiner späten Ausprägung und damit geringeren dogmatischen Durchdringung Einflüsse des Europarechts deutlich zeigen lassen, ist die Einwirkung auf das französische Verwaltungsrecht außerhalb des indirekten Vollzugs eher gering, so J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 1383 f.

<sup>43</sup> K.-P. Sommermann, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss*, in: J. Schwarze (Hg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwal-*

### C. Erfasste Inhalte

Sind damit die grundsätzlichen Faktoren des Einflusses der Europäisierung auf das deutsche Verwaltungsprozessrecht benannt, soll im Folgenden untersucht werden, in welchen Bereichen des Verwaltungsprozessrechts Einflüsse des Europarechts ausgemacht oder diskutiert wurden. Eine vollständige Analyse des sich damit befassenden Schrifttums ist angesichts dessen Umfangs unmöglich. Es soll aufgezeigt werden, wie sich die Diskussionen über die für diese Arbeit relevanten Bereiche des Verwaltungsprozessrechts im Laufe der Zeit verändert haben und wie verschiedene Argumentationsstränge nicht immer auseinander gehalten worden sind.

Wurde Anfang der 1980er-Jahre der Veränderungsbedarf des deutschen Verwaltungsprozessrechts als gering eingestuft,<sup>45</sup> werden in den übergreifenden Darstellungen zwischenzeitlich insbesondere die folgenden drei Einflussphären beschrieben,<sup>46</sup> die hier von weiterem Interesse sind: die Klagebefugnis bzw. die Voraussetzungen und Bedeutung subjektiver öffentlicher Rechte (Kapitel 4), die Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts und von Verfahrensfehlern (Kapitel 3) sowie die gerichtliche Kontrolldichte (Kapitel 5). Darüber hinaus sind das Zusammenwirken der Gerichte im Verwaltungsverbund (I), Einwirkungen im einstweiligen Rechtsschutz (II) und die Zulässigkeit von Klagefristen (III) häufig untersuchte Gegenstände, über die zunächst ein kurzer Überblick gegeben werden soll.

---

tungsrechts, 2008, S. 197 f.; zur konfliktvermeidenden Wirkung der Rezeption *M. Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154 (169 f.).

<sup>44</sup> *U. Stelkens*, ZEuS 2004, 129 (130 ff., 149 ff.).

<sup>45</sup> *M. Hilf*, Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht, in: J. Schwarze (Hg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, S. 88.

<sup>46</sup> Diese Auflistung ist keinesfalls abschließend; vielmehr lassen sich in nahezu allen Bereichen des Verwaltungsprozessrechts Überlegungen zu Einwirkungen anstellen. Siehe etwa die Ausführungen zur Rechtswegeröffnung, *P. M. Huber*, BayVBl. 2001, 577 (578 f.), *D. Ehlers*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, 1999, S. 37, zum Rechtsmittelrecht, *P. M. Huber*, BayVBl. 2001, 577 (580), zur Bindung an den Streitgegenstand und das Verbot der *reformatio in peius* im Verwaltungsprozess, *K. F. Gärditz*, JuS 2009, 385 (393); zum Beweisrecht, *K. F. Gärditz*, JuS 2009, 385 (391), *D. Ehlers*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, S. 103, zur Gerichtssprache, *D. Ehlers*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, S. 101 f. oder zum Normenkontrollverfahren *C. D. Classen*, § 4 Rechtsschutz, in: R. Schulze/A. Janssen/S. Kadelbach (Hg.), Europarecht, 2020, Rn. 116.

## I. Entwicklung des Verwaltungsverbunds

Die Betrachtung der Europäischen Union als Mehrebenensystem wurde präzisiert durch die als Verwaltungsverbund.<sup>47</sup> Dies hat auch den Blick für bestimmte Fragen des Rechtsschutzes geschärft.

### 1) Mehrebenensystem und Trennungsprinzip

Das Verständnis der Union als Mehrebenensystem war von einer Trennung zwischen der europäischen Ebene und der Ebene des Vollzugs durch die Mitgliedsstaaten ausgegangen.<sup>48</sup> Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs richtet sich die Verteilung der Überprüfungszuständigkeit der Gerichte zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene danach, welcher Ebene die Behörde zuzuordnen ist, die die jeweilige Entscheidung trifft.<sup>49</sup> Entsprechend sollte Rechtsschutz entweder vor den mitgliedstaatlichen oder den europäischen Gerichten gesucht werden. Verzahnt wurden diese Ebenen durch das Vorabentscheidungsverfahren.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> U. Mager, Die Verwaltung, Beiheft 10 2010, 11 (24 f.); dazu E. Pache, VVDStRL 66 (2007), 106 (108 ff.); früh E. Schmidt-Aßmann, EuR 1996, 270 ff.; A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung – Grundlagen, Erscheinungsformen, verfassungsrechtliche Grenzen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 1998, S. 129; den Verwaltungsverbund als dritte, auf primärrechtlicher Ebene weniger verankerte Dimension des europäischen Verwaltungsrechts, die neben die Eigenverwaltung und den mitgliedstaatlichen Vollzug tritt, einordnend J. Sauer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, S. 12 ff., 400.

<sup>48</sup> E. Schmidt-Aßmann, § 5 Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, Rn. 82; E. Pache, VVDStRL 66 (2007), 106 (108 f.); U. Everling, DVBl. 1983, 649 (650).

<sup>49</sup> C. D. Classen, JZ 2006, 157 (161); zu den völkerrechtlichen Grundlagen dieses Trennungsprinzips J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2004, S. 167 ff.

<sup>50</sup> E. Schmidt-Aßmann, § 5 Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, Rn. 81; zu den Voraussetzungen und Maßstäben sowie den Unterschieden in der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG zu Vorlagepflichten mitgliedstaatlicher Gerichte C. Callies, NJW 2013, 1905 ff. Die Vorlagefreude mancher unterinstanzlicher Gerichte hatte in der Vergangenheit zu Überlegungen geführt, inwieweit Instrumentarien des nationalen Verwaltungsprozessrechts Vorlagen zum EuGH entgegenstehen oder genutzt werden könnten, um diese zu verhindern, M. Hilf, Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht, in: J. Schwarze (Hg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, S. 85 ff.

Klassisches Beispiel ist die Aufgabenverteilung zwischen Kommission und mitgliedstaatlicher Behörde im Rahmen des Beihilfenrechts:<sup>51</sup> Die Kommission entscheidet über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt, wohingegen die Umsetzung der Entscheidung durch Gewährung oder Rückforderung einer Beihilfe durch die nationale Behörde erfolgt.<sup>52</sup> Der Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Kommission kann je nach Verfahrenskonstellation durch ein Vorlageverfahren zum EuGH oder durch eine Klage zunächst vor dem Gericht erster Instanz erlangt werden. Der das Verfahren abschließende Umsetzungsakt einer nationalen Behörde kann – für das deutsche Prozessrecht unproblematisch – vor nationalen Gerichten angegriffen werden.

## 2) *Kooperative Verwaltung im Verwaltungsverbund*

Die Analysedimension des Verwaltungsverbundes verdeutlicht, dass die Verwaltungseinheiten eines Mitgliedsstaates mit denen der Union und denen anderer Mitgliedsstaaten in vielfältiger Weise verbunden sind.<sup>53</sup> Der Verwaltungsverbund ist geprägt durch Verwaltungsverfahren, die mehrstufig sind, und zwischen Union und Mitgliedsstaaten sowie zwischen den Mitgliedsstaaten untereinander gemischte, also kooperative Verwaltungsverfahren.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Auch das Beihilfenrecht bedarf seit jeher zu seiner wirksamen Durchführung der Kooperation zwischen den mitgliedstaatlichen Verwaltungen und der Kommission, *E. Schmidt-Aßmann*, § 109 Verwaltungsverfahren, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, 2007, Rn. 46. *Sydow* spricht insofern vom Typus des „bilateralen Verfahrens auf der Grundlage des indirekten Vollzugs“, zudem Notifikationsverfahren, Nachprüfungsverfahren und kooperative Konzeptentwicklungen gehören, *G. Sydow*, *Die Verwaltung* 34 (2001), 517 (526).

<sup>52</sup> *C. D. Classen*, *JZ* 2006, 157 (161).

<sup>53</sup> *E. Pache*, *VVDStRL* 66 (2007), 106 (110 ff.); *H.-W. Rengeling*, *VVDStRL* 53 (1994), 202 (206); als weiteres Element des Verwaltungsverbundes wird die supranationale Hierarchie ausgemacht, *E. Schmidt-Aßmann*, *Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts*, in: *E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold* (Hg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, S. 7, im Anschluss daran *J. Hofmann*, *Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund*, in: *E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold* (Hg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, S. 355; *E. Peuker*, *Bürokratie und Demokratie in Europa – Legitimität im europäischen Verwaltungsverbund*, 2011, S. 9. *Sydow* differenziert neben den von ihm sogenannten bilateralen Verfahren (s. oben Kap. 2 Fn. 51) die multilateralen Verfahren, an denen neben der Kommission noch weitere Behörden anderer Mitgliedsstaaten beteiligt sind, *Verfahren des Informationsaustausches G. Sydow*, *Die Verwaltung* 34 (2001), 517 (526 ff.); zum Verbundgedanken bezogen auf das Verfassungsrecht *F. C. Mayer*, *VVDStRL* 75 (2016), 7 (33 ff.).

<sup>54</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 19; *E. Schmidt-Aßmann*, § 5 *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungs-*

Zu denken ist an die Ausweisung der sogenannten FFH-Gebiete<sup>55</sup> oder das Verfahren zur Unterschutzstellung von Ursprungsbezeichnungen. Hier erfolgt eine Benennung durch den Mitgliedsstaat gegenüber der Union, bevor diese das Gebiet bzw. die Ursprungsbezeichnung unter Schutz stellt.<sup>56</sup> Als ungleich komplexer stellt sich das Zusammenwirken von mitgliedsstaatlichen und europäischen Behörden beispielsweise im Verbund der Kartellbehörden oder im Regulierungsverbund dar.<sup>57</sup>

### 3) Anforderungen an das Verwaltungsprozessrecht

Das dabei stattfindende Zusammenspiel zwischen verschiedenen mitgliedsstaatlichen und europäischen Behörden wirft auch die Frage auf, wie innerhalb dieses Arrangements ein lückenloser, aber nicht notwendig einheitlicher<sup>58</sup> Rechtsschutz gewährleistet werden kann. Dieses Erfordernis ist zwar früh erkannt, jedoch wegen des ohnehin bestehenden Rechtsschutzgebotes des Art. 19 Abs. 4 GG nicht als besondere Anforderung an das deutsche Ver-

---

verbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, Rn. 82; H.-H. Trute, Herausforderungen an die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: S. Reich (Hg.), Festschrift zum 100-jährigen Jubiläum des Sächsischen Obergerichtsverwaltungsgerichts, 2002, S. 37 f.; die neben den verfahrensrechtlichen Verbindungen bestehenden organisatorischen und vollzugsbegleitenden Verbindungen sind für Fragen des Rechtsschutzes weniger relevant, J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 357 f.; zu Verbundstrukturen im Bereich der Informationsverwaltung J. Saure, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, S. 436 ff.

<sup>55</sup> Dazu eingehend mit weiteren Nachweisen J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, S. 124 ff.; H. A. Petzold, Individualrechtsschutz an der Schnittstelle zwischen deutschem und Gemeinschaftsrecht – Zugleich ein Beitrag zur Interpretation von Art. III-365 Abs. 4 VerfV, 2008, S. 87 ff.

<sup>56</sup> Für die FFH-Schutzgebietsausweisung J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, S. 124 ff.

<sup>57</sup> E. Pache, VVDSiRL 66 (2007), 106 (132 f.); zu weiteren Referenzgebieten J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, S. 55 ff.; zum Regulierungsverbund H.-H. Trute, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: L. Osterloh/K. Schmidt/H. Weber (Hg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, 2004, S. 572 ff.; C. Franzius, N&R 2012, 126 (130) m. w. N.

<sup>58</sup> E. Schmidt-Aßmann, § 5 Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, Rn. 82; J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 362 f.

waltungsprozessrecht verstanden worden.<sup>59</sup> Erst im Zuge der Analyse der vielfältigen Verbundprobleme wird deutlich, dass ein in diesem Sinn kohärentes Rechtsschutzsystem keineswegs unproblematisch gewährleistet ist.<sup>60</sup>

Schon die erste Konstellation, in der der vorbereitende Akt der eines Mitgliedsstaates und der verfahrensabschließende Akt einer der EU ist, konfliktiert mit dem durch § 44a VwGO geprägten nationalen Verständnis,<sup>61</sup> das ähnlich auch auf europäischer Ebene besteht.<sup>62</sup> In solchen Verfahren ist das deutsche wie auch das europäische Verwaltungsprozessrecht vor die Aufgabe gestellt, Rechtsschutz gegen Maßnahmen zu gewähren, die ein Verfahren nicht abschließen bzw. diese sind als endgültig beschwerende Handlungen zu verstehen.<sup>63</sup> Andernfalls kann, wie etwa im Bereich des Habitatschutzes beobachtet, die Mehrstufigkeit des Verfahrens zu einer Verzögerung der Möglichkeit, Rechtsschutz zu erlangen, führen, so dass einerseits für die Zwischenzeit eintretenden, negativen rechtlichen und wirtschaftlichen Effekten nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann, andererseits die eintretenden Pfadabhängigkeiten die Effektivität der abschließenden Kontrolle

---

<sup>59</sup> *M. Hilf*, Möglichkeiten und Grenzen des Rückgriffs auf nationale verwaltungsrechtliche Regeln bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht, in: J. Schwarze (Hg.), *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982, S. 84 f.

<sup>60</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, *passim*; *E. Schmidt-Aßmann*, § 5 Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2012, Rn. 82; *J. Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, S. 362.

<sup>61</sup> Die Alternative, statt Rechtsschutz gegen jeden einzelnen Akt zu ermöglichen, diese im Rahmen des Rechtsschutzes gegen den abschließenden Akt mitzuüberprüfen, wäre eine Durchbrechung des Trennungsprinzips, die bei einer umfassenden Überprüfungscompetenz der europäischen Gerichte für mitgliedstaatliche Vorbereitungsakte gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen verstieße, *J. Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, S. 366; für ein anderweitiges Verständnis des § 44a VwGO im Rahmen der Gebietsauswahl durch die Länder bei der Ausweisung von FFH-Gebieten *H. A. Petzold*, Individualrechtsschutz an der Schnittstelle zwischen deutschem und Gemeinschaftsrecht, S. 92 ff.

<sup>62</sup> Mit Nachweisen zur Rechtsprechung *J. Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, S. 369.

<sup>63</sup> *J. Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005, S. 371 f. unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH, EuGH, Urt. v. 3.12.1992, C-97/91 – *Oleificio Borelli*, Slg. 1992, I-6313 (I-6334); *M. Fehling*, § 12 Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht, in: J. P. Terhechte (Hg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, Rn 102.

gefährden.<sup>64</sup> Ein an vorbereitende Akte anknüpfender Rechtsschutz wiederum kann sich aus Perspektive der Betroffenen als problematisch darstellen, soweit ihnen vorbereitende Akte oder deren präjudizielle Wirkung für die endgültige Entscheidung nicht bekannt werden.<sup>65</sup>

Das Konzept, den Rechtsschutz auf die den Behörden korrespondierenden Gerichte aufzuteilen, wird vor noch größere Herausforderungen gestellt, wenn, wie in der zweiten Konstellation beschrieben, Behörden aus verschiedenen Mitgliedsstaaten innerhalb des Verwaltungsverbundes zusammenwirken.<sup>66</sup> Sowohl im horizontalen wie auch im vertikalen Zusammenwirken wird das geltende Recht für defizitär erachtet, da es für die Überprüfung von vorbereitenden Akten aus (anderen) Mitgliedsstaaten kein Vorlageverfahren gibt<sup>67</sup> und die Gerichte durch Verfahrensaussetzungen ihr Zusammenwirken nur unzureichend abstimmen können.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> J. Saurer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, S. 410, 412.

<sup>65</sup> J. Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 373 f.

<sup>66</sup> Zum Regulierungsverbund *H.-H. Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: L. Osterloh/K. Schmidt/H. Weber (Hg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, 2004, S. 582 ff. *Classen* benennt dieses Problem für das Zusammenwirken mitgliedstaatlicher Kartellbehörden, *C. D. Classen*, JZ 2006, 157 (164). Ein Rechtsschutzproblem besteht aus deutscher Perspektive jedoch nur bei Mitwirkungshandlungen mit Verwaltungsaktqualität, da diese durch das Gericht nicht ersetzt werden können, *J. Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 365.

<sup>67</sup> Zu diesem Problem im Kontext des telekommunikationsrechtlichen Regulierungsverbunds *H.-H. Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: L. Osterloh/K. Schmidt/H. Weber (Hg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, 2004, S. 585 f.

<sup>68</sup> Für vertikale Konstellationen *J. Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 368. Die gerichtliche Prüfung nur vorbereitender Akte eines Organs der EU, die – sogar – durch das Organ der EU selbst und nicht die Mitgliedsstaaten umzusetzen wäre, hielt des BVerfG im Fall der Ankündigung des OMT-Programms der EZB für möglich, BVerfGE 134, 366 (391 f.); in Folge dessen auch das Vorlageverfahren beim EuGH für zulässig erachtend EuGH, Urt. v. 16.6.2015, C-62/14 – Gauweiler, Rn. 24 ff.; zur Vorlagepflicht des BVerfG bei Ultra-vires-Akten BVerfGE 126, 286 (304). Auch der Generalanwalt hielt das entsprechende Vorabentscheidungsverfahren für zulässig, allerdings unter Hinweis auf „die Umstände des vorliegenden Falles, zu denen die besondere Rolle öffentlicher Kommunikation in der Tätigkeit der Zentralbanken hinzutritt“, *P. Cruz Villalón*, Schlussanträge in der Rechtssache C-62/14 – OMT vom 14. Januar 2015, Rn. 6, 73 ff. Zudem berührt dieses Vorlageverfahren das diffizile Verhältnis der Entscheidungsbefugnisse von EuGH und BVerfG zueinander – eine Frage, die sich für Verwaltungsgerichte nicht in gleicher Weise stellt.