

MASARYKOVA UNIVERZITA

Between Primacy and Autonomy

A collection of previously published scholarly papers
submitted as a

habilitation thesis
(Habilitační práce)

in the field of European law

submitted by
Attila Vincze, LL.M.

Brno

2026

Table of Contents

I. Introduction and commentary.....	4
1) The language.....	4
2) Methodological notes.....	4
3) The topic – the transformation of national law under EU law.....	4
4) The limits of procedural autonomy in EU law.....	8
a) Europeanisation of administrative law: an obligation to adapt and the spill-overs	8
b) ‘No acquiesce and liquidate’: res judicata, reopening of proceedings and state liability.....	9
c) Form follows function: readjustment through a focus on outcomes.....	10
d) Synthesis: The limits of procedural autonomy.....	11
5. The limits and transformation of organisational and procedural autonomy in the light of the crisis of the rule of law.....	13
a) Starting point: Organisational autonomy in the context of Article 19 TEU.....	13
b) The changing significance of Article 19 TEU: From a mandate for legal protection to a criterion of the rule of law.....	13
c) Rule of Law ‘Beyond Ticking Boxes’: Criticism of formalistic assessment criteria.....	15
d) The new limits of organisational and procedural autonomy.....	15
6. Conclusion.....	15

II. Previously published academic papers

- 1) Die Europäisierung des Verwaltungsrechts - eine rechtsvergleichende Annäherung, 77 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2017), pp. 235-267.....18
- 2) Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander.⁵⁸ *Europarecht* (2023),pp. 84-99 54
- 3) Form follows function: Reopening of judicial proceedings and EU law in Profi Credit Polska.⁶¹ *Common Market Law Review* (2024), pp. 1645-1660 76
- 4) Rechtsschutzauftrag oder Rechtsstaatlichkeitskriterium? ⁶² *Der Staat* (2023), pp. 71-89 102
- 5) Rule of Law compliance beyond ticking boxes, 17 *Hague Journal on the Rule of Law* (2025) 124

I. Introduction and commentary

1. Language

This work is submitted in English in accordance with Masaryk University Directive 7/2017, which allows the submission of a habilitation thesis in English. I have published the articles for the present thesis in prestigious English and German journals. Three articles are in German, which is a widely recognized language of EU legal scholarship,¹ and two of the articles were written in English. The commentary is written in English based on the advice of the faculty leadership.

2. Methodological notes

The essays in this volume demonstrate a variety of methodological approaches, combining doctrinal analysis, comparative law studies and interdisciplinary perspectives (drawing on legal philosophy and sociology of law). This approach takes account of the complexity of the subject and facilitates a more comprehensive understanding of the interplay between EU law and national legal systems.

3. The topic – the transformation of national law under EU law

In 2017, I was awarded a *Habilitation* and *venia docendi* in European law and comparative law at the Vienna University of Economics and Business on the basis of a thesis published under the title '*Unionsrecht und Verwaltungsrecht*' (*EU Law and Administrative Law*).² This book already dealt in depth with the question of how EU law directly and indirectly influences and alters the law of the Member States.

¹ J P Terhechte, 'Kontinuität und Innovation in der frühen deutschen Europarechtswissenschaft. Hans Peter Ipsens „Europäisches Gemeinschaftsrecht“ nach 50 Jahren' 77 *Juristenzeitung* (2022), pp. 1121–1172. M Ruffert, 'Eine Binnenperspektive auf die deutsche Europarechtswissenschaft – zehn Jahre nach der großen Erschütterung' 68 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (2020), pp. 515-525. A. Hatje, P-C. Müller-Graff & J.P. Terhechte (eds.), *Europarechtswissenschaft: Europarecht Beiheft* .2. 2018, Baden-Baden.

² A. Vincze, *Unionsrecht und Verwaltungsrecht*. 2016, Baden-Baden.

The primacy of EU law, at first glance, may appear straightforward, requiring Member States to act in accordance with EU law.³ However, this primacy can only be conceptualised in those areas where the EU has power, which raises a far-reaching and multidimensional question regarding *the boundary* between the EU legal order and that of the Member States. The higher-ranking norm is, in fact, usually a substantive one, whilst the organisation responsible for applying this norm and the procedural rules necessary for its application are determined by the Member States. This follows not only from the principle of subsidiarity, but is, in fact, encoded in the very fabric of EU law. The EU is fundamentally a legislative community in which, with a few exceptions, EU law is not applied directly by the EU organs,⁴ but is, in principle, implemented (indirectly) by the Member States.⁵ The preliminary ruling procedure is also based on the premise that EU law is applied directly by the judicial and administrative bodies of the Member States, because otherwise questions of the interpretation and application of EU law could not arise at all. Substantive primacy and procedural subsidiarity thus have evolved hand in hand. Since the Treaty of Lisbon, this requirement has been explicitly laid down in Article 19 (1) TEU, which requires Member States to establish the necessary legal remedies to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law. This obligation to comply with EU law⁶ sets the limits on Member States' (institutional and procedural) procedural autonomy,⁷ which is the power to design on the one hand, and a responsibility

³ U. Haltern, 'Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie', 39 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2020), p. 817 (818). A. Vincze, 'Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander', 58 *Europarecht* (2023), pp. 84-99.

⁴ The administration directly subject to Union law has become increasingly complex through the establishment of agencies and other autonomous implementing bodies. Cf. S. Augsberg, 'Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen' in J.P. Terhechte (eds), *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2022, Baden-Baden, pp. 249-265. J. Gundel: 'Die unionsunmittelbare Verwaltung', in: S. Leible, J. Terhechte, (eds.): *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*. Baden-Baden, 2014, pp. 1195-1225 (Enzyklopädie Europarecht 3).

⁵ On the concept of implementation: Th. Öhlinger, M. Potacs, *EU-Recht und staatliches Recht*, Wien, 2011, p. 109-112; Ch. Ohler, Art. 197 AEUV, Nr. 4. in R. Streinz (eds.) *EUV/AEUV*, 2018, München.

⁶ Article 197 TFEU establishes the effective implementation of Union law as a matter of common interest; see M. Schröder, 'Effektiver Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten als "Frage von gemeinsamem Interesse" - Bemerkungen zu Art. 197 AEUV' 62 *Deutsches Verwaltungsblatt* (2011), p. 671 et seq.

⁷ Th von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin 2008. 302: „die Wahrnehmung von Verwaltungsmaßnahmen zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts primär Aufgabe der Mitgliedstaaten“. W. Schroeder, 'Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung: Existiert ein Prinzip der »nationalen Verfahrensautonomie«?' 129 *Archiv des öffentlichen Rechts* (2004), pp. 3-38; Ch. Krönke, *Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten*, Tübingen 2013; G. C. Rodríguez Iglesias, 'Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen

to achieve a result, on the other. The autonomy is therefore a rather 'euphemistic'⁸ or 'unrealistic'⁹ term, and cannot be understood as a 'legal reserve for the implementation of Community law',¹⁰ but rather as a responsibility on the part of the Member States to comply with EU law, and to this end, choose the means; in other words: to instrumentalise their own legal system.¹¹

This task requires, on the one hand, a functional judicial and administrative organisation capable of conscientiously implementing EU law, and, on the other hand, the availability of procedural institutions capable of accommodating the requirements of EU law. This gives rise to a complex set of issues which I have examined in my publications.

The first set of issues concerns the reshaping of procedural modalities under EU law and the limits of the instrumentalization of Member State law for procedural purposes. On this topic, two essays and a case commentary are presented, which have been published in leading German and English-language journals.

1. Die Europäisierung des Verwaltungsrechts - eine rechtsvergleichende Annäherung, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 77:1, 235-267

Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts', 24 *Europäische Grundrechtezeitschrift* (1997), pp. 289 (289) speaks of "institutional and procedural autonomy". Th. Öhlinger, M. Potacs, *EU-Recht und staatliches Recht*, Wien, 2011, p. 150: "the regulation of competence for indirect enforcement falls, in principle, within the competence of the Member States".

- ⁸ F. Schoch, 'Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft', in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, *Die Verwaltung, Beiheft* 2, 1999, pp. 135-154 (136).
- ⁹ D. Hanf, 'Der Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als neuer Prüfstein für das "Kooperationsverhältnis" zwischen EuGH und BVerfG', 59 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1999), p. 51 (72).
- ¹⁰ W. Schroeder, 'Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung: Existiert ein Prinzip der »nationalen Verfahrensautonomie«?' 129 *Archiv des öffentlichen Rechts* (2004), p. 3 (22).
- ¹¹ E. Schmidt-Assmann, 'Deutsches und Europaisches Verwaltungsrecht-Wechselseitige Einwirkungen' 108 *Deutsches Verwaltungsblatt* (1993), p. 924 (929); 32; M. Ruffert, 'Europäisierung des Verwaltungsrechts', in: A. von Bogdandy/P. M. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, § 94 para. 44; U. Mager, 'Entwicklungslinien des Europäischen Verwaltungsrechts', *Die Verwaltung, Beiheft* 10 (2010), p. 11 (12); *Schneider* uses the term 'Indienstnahme', J.-P. Schneider, 'Strukturen des Europäischen Verwaltungsverbunds – Einleitende Bemerkungen', *Die Verwaltung, Beiheft* 8 (2009), p. 9, (25).

2. Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander. *Europarecht* 58:1, 84-99
3. Form follows function: Reopening of judicial proceedings and EU law in Profi Credit Polska. *Common Market Law Review* 61:6, 1645-1660

The second issue concerns the requirements under EU law regarding the organisation of the courts. An organisational autonomy undoubtedly exists in the sense that the EU is not empowered to establish the administrative authorities of the Member States.¹² However, this alleged autonomy does not preclude¹³ the EU from prescribing the powers of national regulatory authorities under European law,¹⁴ nor the establishment of a single point of contact under the Services Directive,¹⁵ nor the expansion of the network of national competition authorities,¹⁶ nor the independence of national statistical offices required under EU law.¹⁷ Since the deepening of the rule of law crisis in the EU, the organisational

¹² B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 2021, para. 609. However, the establishment of an authority in breach of EU law merely leads to infringement proceedings, which themselves can only result in a declaratory judgment but not a constitutive judgment; see the example of a data protection authority established in breach of EU law, CJEU, Case C-288/12 (Commission v Hungary), ECLI:EU:C:2014:237.

¹³ For a summary of the organisational requirements, see S. Augsberg, 'Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen' in J.P. Terhechte (eds), *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2022, Baden-Baden, pp. 243-249.

¹⁴ K. Stöger, 'Gedanken zur institutionellen Autonomie der Mitgliedstaaten am Beispiel der neuen Energieregulierungsbehörden', 65 *Zeitschrift für Öffentliches Recht* (2010), pp. 247-267; see also H. C. Röhl, 'Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?', 61 *Juristenzeitung* (2006), p. 831 (837).

¹⁵ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market. (OJ L 376, 27 December 2006, pp. 36–68). On the autonomy of Member States in this context, see J Ziekow, 'Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Verwaltungsverfahren', in: 4 *Wirtschaft und Verwaltung* (2008), pp. 176-190.

¹⁶ Art. 11 et seq. of Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L 1, 4 January 2003, pp. 1–25).

¹⁷ Regulation (EU) 2015/759 amending Regulation (EC) No 223/2009 on European statistics (OJ L 123, 19 May 2015, pp. 90–97); see M. Kröger/A. Pilniok, 'Verwaltungsorganisation unter Europäisierungsdruk', 68 *Die öffentliche Verwaltung* (2015), pp. 917-927.

structures of the Member States have come under increasing scrutiny.¹⁸ I discussed this new development in two essays:

1. Rechtsschutzauftrag oder Rechtsstaatlichkeitskriterium? *Der Staat* 62:1, 2023, pp. 71-89
2. Rule of Law compliance beyond ticking boxes, 17 *Hague Journal on the Rule of Law* (2025)

4. The limits of procedural autonomy in EU law

Procedural autonomy is not a delineated power, but a dynamic tension between legal autonomy and responsibility for results in compliance with EU law. Although the procedural autonomy of Member States forms a cornerstone of law enforcement under EU law, it has been qualified from the outset and is subject to the well-known constraints of the principles of equivalence and effectiveness.¹⁹ The ‘harnessing’ of national law under EU law leads to a structural tension between implementation as structured at national level and the uniform effectiveness required by EU law.

a) Europeanisation of administrative law: an obligation to adapt and the spill-overs

The article on Europeanisation published in the *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* demonstrates that the influence of EU law on national administrative law is neither linear nor determined purely by legal norms. The legal

¹⁸ CJEU Case C-64/16 Associação Sindical dos Juízes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117; CJEU Case C-216/18 PPU Minister for Justice and Equality (LM), ECLI:EU:C:2018:586; CJEU Case C-619/18 Commission v Poland, ECLI:EU:C:2019:531; CJEU Case C-192/18 Commission v Poland (Ordinary Courts), ECLI:EU:C:2019:924; CJEU Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18 A.K. and Others, ECLI:EU:C:2019:982; CJEU Joined Cases C-558/18 and C-563/18 Miasto Łowicz, ECLI:EU:C:2020:234; CJEU Joined Cases C-83/19, C-127/19 and others Asociația „Forumul Judecătorilor din România” ECLI:EU:C:2021:393; CJEU Case C-896/19 Repubblica ECLI:EU:C:2021:311; CJEU Joined Cases C-181/21 and C-269/21 G. and Others (Appointment of ordinary court judges in Poland) ECLI:EU:C:2024:1.

¹⁹ A. Vincze, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts - eine rechtsvergleichende Annäherung, 77 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2017), pp. 235-267.

obligation to adapt is selective and is only required where implementation would otherwise be practically impossible or unduly difficult. It follows from this that the principle of effectiveness does not require an optimum, but merely a minimum standard; thus, only 'manifestly deficient' situations are corrected. Beyond this legally required minimum adaptation, EU law exerts de facto spillover effects through the voluntary adoption of doctrinal concepts or through the avoidance of inconsistencies. This process of reception is not mechanical but context-dependent, determined by the cultural and dogmatic autonomies of the national legal systems, and therefore Europeanisation does not lead to standardisation but to differentiated hybrid forms of adaptation.²⁰ Procedural autonomy is thus not abolished but rather transformed, with its boundaries constantly being redefined by legal culture and institutional practice.

b) 'No acquiesce and liquidate': res judicata, reopening of proceedings and state liability

The second article examines procedural autonomy through the question of how a decision contrary to EU law can be rectified. The article outlines two possible avenues for rectification: the reopening of proceedings as a procedural remedy, and state liability as financial compensation for the harm suffered. These stand in a complex relationship that has not been conclusively clarified.

The article demonstrates that recent case law does not require a general breach of res judicata and thus does not impose an obligation to reopen proceedings, thereby largely recognising national procedural autonomy. However, the article also argues that Member States are obliged to apply their legal systems in accordance with EU law, and where such systems provide for the reopening of proceedings, this must be applied in accordance with the principle of equivalence. The limit of procedural autonomy is therefore the consistent application of existing instruments under the procedural rules of the Member States.

This recognition of autonomy is balanced by state liability as a last resort. The claim for damages under EU law functions as an independent, genuine EU legal remedy, which at the same time serves as a 'fallback solution' when national remedies are insufficient. This gives rise to the principle of 'no acquiesce and liquidate', meaning that the breach of EU law is accepted as far as the damages resulting from it are financially compensated.

²⁰ A. Vincze, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts - eine rechtsvergleichende Annäherung, 77 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2017), pp. 235-267.

This construct contains an inherent structural tension, as liability presupposes a qualified infringement within the meaning of the *Köbler* case law, which limits its practical effectiveness.²¹ There is a potential gap in effectiveness, because reinstatement is not mandatory, but the claim for liability is difficult to enforce. This reveals a central systemic limitation of procedural autonomy, as no effective legal remedy actually exists, even though one EU Member States are formally mandated to make one available under Article 19 (1) TEU.

c) Form follows function: readjustment through a focus on outcomes

The most recent contribution illustrates the development described above using a concrete example from the ECJ judgment in the *Profi Credit Polska II* case.

The analyzed court decision shows how the ECJ has been increasingly refraining from requesting specific procedural instruments, such as the reopening of proceedings, and instead, it understands effective legal protection in a results-oriented manner. The ECJ allows Member States to choose the form and means themselves, whilst remaining bound as regards the objective to be achieved. The procedural solution of a given Member State may be autonomous as long as the result complies with the requirements of EU law (*obligation de résultat, Ergebnishaftung*).

The finality of the judgment can therefore, in principle, be preserved; there is no obligation to reopen proceedings, but this freedom comes at the price of an obligation to achieve the result required under EU law by alternative means. This shifts and redefines the boundaries of procedural autonomy, and the requirement is no longer the use of specific procedural instruments, but rather the actual effectiveness of the system as a whole. The freedom in the choice of means is balanced by stricter scrutiny of the overall outcome.

²¹ A. Vincze, 'Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander'. 58 *Europarecht* (2023), pp. 84-99.

d) Synthesis: The limits of procedural autonomy

This development confirms my earlier thesis – already put forward in my Viennese habilitation thesis²² – that procedural autonomy exists as far as Member States duly comply with the requirements of EU law,²³ and within this framework they are free to choose how they wish to fulfil their obligations.²⁴

This view also follows from Article 291(1) TFEU, which mandates Member States to adopt all necessary measures to implement binding Union acts, which connects the application of national law with the mandate using the legal means available to the given Member State. The subsequent paragraph of TEU, Article 291(2) TFEU, empowers the EU to adopt implementing acts to ensure uniform conditions of implementation,²⁵ which implies that homogeneous EU-wide implementation measures are only necessary, if the Member States could not effectively implement EU law by using national measures.²⁶ This implies that homogeneity is not necessary for the ‘uniform effectiveness of European law’²⁷. The

²² A. Vincze, *Unionsrecht und Verwaltungsrecht*. 2016, Baden-Baden.

²³ A. v. Bogdandy/S. Schill, Art. 4 EUV para. 78 in E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (eds): *Das Recht der Europäischen Union*, München, January 2026. A. Hatje, EUV Art. 4 para. 58, in J. Schwarze, U. Becker, A. Hatje, J. Schoo (eds), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2019; B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 2021, para. 609

²⁴ According to Stelkens, the ECJ uses the term ‘procedural autonomy’ in this context (U. Stelkens, *Europäisches Verwaltungsrecht*, para. 128, in P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (eds), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2023. In line with this, see CJEU Case C-404/13 ClientEarth ECLI:EU:C:2014:2382, para. 52: “As regards Article 4 TEU, it should be recalled that according to settled case-law, under the principle of sincere cooperation laid down in paragraph 3 of that article, it is for the Member States to ensure judicial protection of an individual’s rights under EU law (see, to that effect, inter alia the judgment in *Unibet*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, paragraph 38). In addition, Article 19(1) TEU requires Member States to provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by EU law.” See also, in this regard, inter alia, the judgment of the CJEU Case C-432/05 *Unibet* EU:C:2007:163: “Under the principle of cooperation laid down in Article 10 EC, it is for the Member States to ensure judicial protection of an individual’s rights under Community law”.

²⁵ See, for example, J. Schoo, Art. 291 AEUV para. 3 in J. Schwarze, U. Becker, A. Hatje, J. Schoo (eds), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2019.

²⁶ C. D. Classen, ‘Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts’, 31 *Die Verwaltung* (1998), p. 307 (333).

²⁷ Conceptually, see A. Hatje, EUV Art. 4 para. 36, in J. Schwarze, U. Becker, A. Hatje, J. Schoo (eds), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2019; Schroeder, on the other hand, speaks of a uniform effect, W. Schroeder, ‘Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen

primacy of Union law requires, in fact, that the effects and content of Union law are not undermined by the Member States as they implement it.²⁸ Therefore, procedural autonomy is not a clear dividing line, but rather the expression of a conflict of principles between the Member States' claim to determine the means of implementation on the one hand, and the 'uniform effectiveness of European law'²⁹ on the other. That autonomy can only exist insofar as Member States effectively implement the requirements of European law.³⁰ To this extent, the Member States may, similarly to the transposition of directives, freely choose 'the form and methods' (Article 288 (3) TFEU),³¹ and to this extent the national identity of the Member States (Article 4 (2) TEU) is also respected. Autonomy is therefore not self-standing, but subject to restrictions inherent in EU law. These are equality and effectiveness, which were also expressed – perhaps less emphatically – in earlier case law,³² which highlighted that the autonomy of Member States exists only to the extent which does not jeopardise the objectives of a directive to be transposed.³³

Wirkung: Existiert ein Prinzip der »nationalen Verfahrensautonomie«? 129 *Archiv des öffentlichen Rechts* (2004), p. 3 (14–21).

²⁸ C.D. Classen, 'Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts', 31 *Die Verwaltung* (1998), p. 307 (333). The procedural autonomy of the Member States is therefore plausibly described as the weak point in the unity of Union law, according to Hatje, Art. 197, para. 1, in Schwarze: EU-Komm. *Kadelbach*, however, believes that the differences in implementation must simply be accepted as a consequence of the implementation architecture (S Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*. Tübingen, 1999, p. 113). Similarly, von Danwitz takes the view that Article 291 TFEU 'assumes the diversity of national implementing law and its irrelevance under Community law', which is confirmed by the exclusion of harmonisation pursuant to Article 197(2), fourth sentence, TFEU, Th von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin 2008, p. 303.

²⁹ In principle, D-U. Galetta, *Procedural Autonomy of the EC Member States: Paradise Lost?* Berlin, 2010.

³⁰ G. Hirsch, 'Bundesverwaltungsgericht und Europäischer Gerichtshof' in E. Schmidt-Aßmann, D. Seilner, G. Hirsch, G-H. Kemper, H. Lehmann-Grube (Hrsg.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln, 2003, p. 3 (11) reaches a similar conclusion on the basis of the auxiliary function of procedural law.

³¹ In this context, the executive and legislative implementation of Union law are similar; for the typology, see R. Streinz 'Vollzug des europäischen Rechts durch deutsche Staatsorgane', in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuchs des Staatsrechts, Band XI*. Heidelberg, 2013. § 218, paras. 2–7.

³² CJEU Joined Cases 51-54/71 (International Fruit Company), ECLI:EU:C:1971:128, paras. 3-4; similarly also CJEU Case 30/70 (Scheer) ECLI:EU:C:1970:117, para. 8; CJEU Case 240/78 (Atalanta Amsterdam), ECLI:EU:C:1979:160, para. 5.

³³ CJEU Joined Cases 372–374/85 (Minister Public v Oscar Traen and others) ECLI:EU:C:1987:222, para. 22; on the prohibition of organisational circumvention, see also ECJ Case C-110/89 (Commission v Greece), ECLI:EU:C:1989:326, paras. 13–15; CJEU Case C-128/89 (Commission v Italy), ECLI:EU:C:1990:311; CJEU Case 190/87 (Oberkreisdirektor des Kreises Borken and Representative

Taken together, this presents a coherent picture: the formal limits of procedural autonomy – equivalence and effectiveness – are balanced by systemic coherence and the actual availability of effective remedies, which functionally oblige Member States to achieve a specific outcome. The development thus moves from prescribing legal instruments to functionality, granting Member States greater flexibility and requesting responsible agency over implementation.

5. The limits and transformation of organisational and procedural autonomy in the light of the crisis of the rule of law

a) Starting point: Organisational autonomy in the context of Article 19 TEU

Member States have traditionally enjoyed a high **degree of organisational autonomy** with regard to their judicial and administrative structures. This autonomy encompasses, in particular, the establishment of authorities and courts, their institutional design, and decisions relating to staffing and organisation.

However, this premise has been subject to qualification for some time. Even before the crisis of the rule of law, it became apparent that requirements under EU law can indeed have a profound impact on national organisational structures. Case law on Article 19(1) TEU has fundamentally developed this dynamic in the sense that organisational matters are no longer understood as purely internal affairs, but as a requirement for effective legal protection that is subject to review under European law.

b) The changing significance of Article 19 TEU: From a mandate for legal protection to a criterion of the rule of law

Article 19 TEU originally had a functional role and was intended to ensure the decentralisation of the legal protection system, thereby compensating for the limited right of action at EU level. The focus was more on effective legal remedies than on institutional details.

Case law underwent a ‘Copernican revolution’ with the *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* judgment, which fundamentally altered the meaning of Article 19 TEU and

of the Public Interest at the Higher Administrative Court for the State of North Rhine-Westphalia v *Handelsonderneming Moormann BV*), ECLI:EU:C:1988:424; CJEU Case 379/87 (*Groener v Minister for Education and City of Dublin Vocational Educational Committee*), ECLI:EU:C:1989:599.

transformed it into an objective legal standard for reviewing national judicial structures, particularly regarding judicial independence. This development led to an obligation on Member States to ensure that the organisation of the courts guarantees the independence and fairness of proceedings. This marks the first time that organisational autonomy has been subject to substantive constraints.³⁴

The newly drawn boundary of organisational autonomy is intended to prevent structural deficiencies that undermine judicial independence, although this boundary is at once open-ended and difficult to operationalise. This is the case because oversight of the rule of law is carried out in an unsystematic and piecemeal manner due to the invisible bottleneck of procedural requirements.

A central argument of my essay is that the scope of this control is determined not only by substantive law, but above all by procedural law. Infringement proceedings are limited and fragmented by the fact that the Commission selectively decides which cases to pursue, with the result that only a fraction of the issues reach the Court of Justice of the European Union.

The preliminary ruling procedure is restricted by the fact that the various case scenarios largely determine which issues are selected. Proceedings concerning the European Arrest Warrant are not initiated by the Member States affected by the crisis of the rule of law, whilst the ECJ requires a high level of knowledge regarding the problems in the state in question and a concrete link to the case, which significantly limits the admissibility of requests for a preliminary ruling, and thus systemic shortcomings often remain hidden. Other proceedings depend heavily on the right to bring an action and other provisions of national procedural law. Under these circumstances, judges have only limited scope to raise the issue of threats to their own independence, as they fail to meet admissibility requirements, which can lead to the paradoxical result that those who need the ECJ most are unable to refer matters to it. , the progressive substantive restriction of organisational autonomy is usually curtailed primarily through access to the courts.

It appears particularly problematic that the ever-increasing influence on the organisation of the courts is achieved at the expense of minimising the requirement of effectiveness, which reduces the significance of Article 19(1), second indent, TEU to a mere judicial formality and institutional independence. Consequently, the requirement for the effectiveness of legal protection is reduced, in essence, to little more than access to an independent court, which largely neglects the effectiveness component.

³⁴ A. Vincze, 'Rechtsschutzauftrag oder Rechtsstaatlichkeitskriterium? Zum Bedeutungswandel des Art. 19 EUV in der Rechtsprechung des EuGH' 62 *Der Staat* (2023), pp. 71-89.

c) Rule of Law ‘Beyond Ticking Boxes’: Criticism of formalistic assessment criteria

The second essay explores this issue in greater depth from a different perspective, specifically examining the effectiveness of the implementation of EU law requirements regarding an independent judiciary. The paper moves beyond a critique of formalism to criticise institutional indicators, arguing that they significantly reduce the complexity of the legal system as a cultural and political phenomenon, and that, as a result, institutional reforms implemented in formal terms can often be effectively neutralised. The less measurable elements of the legal system, such as the role of individuals or informal networks, and the replacement of instruments with functional equivalents, can create the appearance of progress without actually changing anything. This is often the case because the role of informality (such as patronage networks) is underestimated, and too much is expected of formal guarantees. Legal norms do not operate in isolation but are embedded in a cultural and institutional context that largely shapes the outcome of Europeanisation.

d) The new limits of organisational and procedural autonomy

Both essays yield a complex understanding of the transformative power of EU law. Formally, a progressive Europeanisation of organisational structures can be observed through the reinterpretation of Article 19 TEU, which legally limits the autonomy of Member States. On the other hand, this autonomy is increasingly being functionalised and understood from the perspective of a results-oriented guarantee of independence, which, however, can only be understood in formal terms and is hardly suited to reflecting and limiting the informal, ‘real’ power relations within the judiciary. Even though the EU is increasingly subjecting organisational autonomy to greater control, its practical means of intervention remain limited and continue to depend largely on the Member States’ willingness to enforce them. This raises the question of whether and to what extent the strong focus on institutional requirements impairs actual functioning and to what extent problems become apparent.

6. Conclusion

Taken as a whole, the present contributions demonstrate that the traditional notion of the Member States’ independent procedural and organisational autonomy under EU law must be fundamentally relativised. Autonomy is not to be understood as a protected sphere of state sovereignty, but as a functionally constrained scope for action that serves the effective enforcement of EU law.

The starting point for the analysis is the fundamental structural paradox of the European legal order: the substantive primacy of EU law is met with largely national implementation. This 'enlistment' of national administrative and judicial structures means that Member State law does not stand autonomously alongside EU law but becomes an instrument for its enforcement. Procedural autonomy is therefore not, from the outset, a discretionary power, but rather a function shaped by the responsibility to comply.

In its classical form, this autonomy was limited by the principles of equivalence and effectiveness. However, these formal barriers have undergone a profound transformation in the light of recent case law of the ECJ. A selective review of individual procedural instruments is increasingly being replaced by a systemic and outcome-oriented approach. What is decisive is no longer whether a specific procedural means is provided, but whether the overall system is actually capable of effectively enforcing rights under EU law. This shifts the boundary of procedural autonomy from an instrumental to a functional level.

This development is particularly evident in the tension between *res judicata*, reopening of procedure and state liability. Case law deliberately refrains from prescribing specific corrective mechanisms – such as retrials – to Member States, yet at the same time does not accept any shortcomings in the outcome. This results in an ambivalent system: on the one hand, formal freedom of organisation is preserved; on the other, there is an increased responsibility for the outcome. However, this constellation can lead to gaps in effectiveness if neither a reopening is guaranteed nor state liability is enforced.

In parallel with this, a second line of transformation is evident with regard to organisational autonomy. Whilst the organisation of the judiciary was traditionally regarded as a core area of state sovereignty, the ECJ has brought about a fundamental reorientation through its interpretation of Article 19 TEU. Judicial independence is understood as a minimum standard under EU law that permeates and limits the organisation of national courts. Organisational decisions are therefore no longer exclusively internal matters but are subject to review under EU law insofar as they affect the functioning of the system of legal protection.

At the same time, the analysis reveals that the actual scope of this control is significantly limited by procedural factors. Access to the ECJ depends on the structures of national procedural law, the right to bring an action, and the Commission's willingness to initiate infringement proceedings. This creates a structural imbalance: serious systemic problems in particular may be beyond judicial review if they are not formulated in a manner that is justiciable or do not provide suitable procedural access. The enforcement of EU law is thus determined not only by substantive standards, but decisively by procedural filters.

Added to this is a further, even deeper dimension of the problem: the discrepancy between formal normative structures and actual practice. EU law enforcement operates

largely on the basis of institutional and normative criteria and is therefore focused on the visible: legal regulations, formal structures and measurable indicators. In contrast, informal mechanisms – such as personal networks, loyalty structures or subtle forms of political influence – remain largely invisible. These can, however, decisively shape the actual functioning of a system and undermine formal guarantees. The Europeanisation of law encounters its structural limits here, as it can only capture and control these informal dimensions to a limited extent.

Against this backdrop, the central finding of this work crystallises into a twofold conclusion: on the one hand, procedural and organisational autonomy is subject to progressive Europeanisation and is becoming increasingly functionalised. On the other hand, the practical scope of EU law remains limited, as it relies on formal criteria and is fragmented by procedural barriers to access.

The boundary of autonomy can therefore no longer be defined as a clear line in positive law. Rather, it arises in the tension between normative structure and its actual effects. Ultimately, what matters is whether the interplay of organisation, procedure and practice ensures the effective enforcement of EU law or not.

In summary, it can be stated that procedural and organisational autonomy has fundamentally changed its character. It has neither been abolished nor remained unrestricted, but has been transformed into a dynamic, results-oriented governance structure. Its limits no longer lie primarily at the level of individual rules or competences, but rather where the discrepancy between formal order and practical reality jeopardises the effectiveness of EU law. Thus, autonomy itself becomes a functional component of the EU legal system – and, at the same time, its most vulnerable point.

II. Previously published academic papers

Die Europäisierung des Verwaltungsrechts - eine rechtsvergleichende Annäherung, 77 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2017), pp. 235-267

Abstract

The implementation of Union law requires the use of national law, and the latter—in accordance with the principles of effectiveness and equivalence—is subject to a selective obligation to adapt, which in turn also has a de facto radiating effect. Prevailing legal scholarship explains this transformative influence either through rational innovation or through the undesirability of dual legal regimes. This study, on the one hand, highlights the shortcomings of these theories and demonstrates, through a comparative legal analysis, why they are inaccurate. Furthermore, it proposes comparative law as a methodological approach suitable for serving as the basis for a positivist (fact-based) theory. The specific analysis also shows that legal systems do not follow either the model of rational innovation or that of the undesirability of dual legal regimes, but rather respond to the requirements of EU law in accordance with their own dogmatic and sociocultural contexts, although it is also often the case that Member States with similar fundamental dogmatic positions or historical experiences develop divergent responses.

Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung

Attila Vincze*

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

Abstract

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ZaöRV 77 (2017)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ So aber V. Madner (Anm. 16), 121.

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

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

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

beantwortenden verfahrensrechtlichen Fragen nur teilweise klären können.²²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Die herrschenden Erklärungsvarianten und einige Kritikpunkte

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

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

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

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

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

³³ K.-H. Ladeur (Anm. 27), 241.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ O. Lepsius (Anm. 39), 179 ff.

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

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

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

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

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

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

1. Die Limitierungen der rationalen Innovation

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

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

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

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

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

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

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

2. Die Unerwünschtheit dualer Rechtsregime

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

3. Zum Rezeptionsbild

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

⁴⁸ Vgl. die Rsp. in Anm. 45.

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

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

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

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

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

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

⁵³ So G. Rehm (Anm. 52), 7.

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

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

⁵⁶ G. Teubner (Anm. 55), 11 ff.

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

III. Die Rechtsvergleichung als methodischer Ausweg

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

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

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

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

⁶⁰ W. Kahl (Anm. 25), 455.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Die mitgliedstaatlichen Regelungsmodelle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ZaöRV 77 (2017)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Die Vorgaben des Unionsrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁷ *Alcan* (Anm. 115), Rn. 38.

¹¹⁸ *Alcan* (Anm. 115), Rn. 54.

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

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

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

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

¹²¹ W. Frenz (Anm. 112), Rn. 1432.

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

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

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

¹²⁵ *Kühne & Heitz* (Anm. 104).

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

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

¹²⁸ § 69 AVG, § 51 VwVfG.

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

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

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

3. Einfluss des Europarechts auf die nationale Rechtskraftregelung

a) Österreich

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

Dem vom Verwaltungsgerichtshof (VwGH) herbeigeführten ¹³⁶ *Ciola*-Urteil folgend wurde die Rücknahme unionsrechtswidriger belastender Verwaltungsakte nicht nur im konkreten Verfahren ^{137 138} sondern auch darüber hinaus ^{139 140} anerkannt. Eine deutliche Wende ist seit dem Erlass der

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

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

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

¹³³ *A. Kahl* (Anm. 104), 297.

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

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

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

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

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

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

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

b) Deutschland

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁰ P. M. Huber (Anm. 146), 359 ff.

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

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

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

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

¹⁵⁵ M. Bullinger (Anm. 88), 911 ff.

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

¹⁵⁷ BVerwG Beschluss, BVerwG 6 C 24.03.

¹⁵⁸ *Kühne & Heitz* (Anm. 104).

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

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

c) Tschechien

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

d) Ungarn

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁶ *Deutsche Milchkontor* (Anm. 108).

¹⁶⁷ *Alcan* (Anm. 115).

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

e) Das Vereinigte Königreich

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Der materielle Vertrauensschutz wurde erst Mitte der 90er Jahre im *Hamble Fisheries*-Urteil¹⁷⁹ mit expliziten Hinweis auf das Europarecht anerkannt,¹⁸⁰ was eine heftige Diskussion auslöste.¹⁸¹ Eine endgültige Anerkennung erlangte dieser Grundsatz im *Coughlan* Fall,¹⁸² er unterliegt jedoch mehreren Bedingungen:¹⁸³ Die Behörde muss den entsprechenden Vertrauenstatbestand explizit oder durch eine andauernde Praxis implizit begründen,¹⁸⁴ der Einzelne muss auf das Verhalten der Behörde vernünft-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ZaöRV 77 (2017)

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

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

4. Fazit

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

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

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

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

¹⁸⁸ *M. Bullinger* (Anm. 88), 911 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Einige Folgerungen

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

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

ZaöRV 77 (2017)

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

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

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

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

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

ZaöRV 77 (2017)

Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander. 58 *Europarecht* (2023),pp. 84-99

Abstract

In its recent case law, the European Court of Justice has frequently addressed the issue of retrials and their relationship to claims for state liability under EU law. At first glance, this case law appears confusing, difficult to follow, and so heavily influenced by the specific circumstances of individual cases that it defies generalization. This article aims to contribute to the systematization of these two claims

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander

EuR 2023, 84

Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander

Von Attila Vincze, Brunn^{*}

In seiner neueren Rechtsprechung beschäftigt sich der EuGH oft mit der Frage der Wiederaufnahme des Verfahrens sowie mit ihrem Verhältnis zu dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch. Diese Rechtsprechung wirkt auf den ersten Blick als unübersichtlich, schwer nachvollziehbar und von den Eventualitäten des Einzelfalls so belastet zu sein, dass sie sich von einer Verallgemeinerung entfesselt. Der vorliegende Beitrag hat es vor, zur Systematisierung dieser zwei Ansprüche beizutragen.

I. Einleitung und Problemstellung

Ubi ius, ibi remedium gilt für das unionale ebenso wie für das nationale Recht.¹ Diese einfache Wahrheit wird durch den die frühere Rechtsprechung kodifizierenden Art. 19 EUV² unterstrichen, der eben diejenigen Mitgliedstaaten verpflichtet, die „erforderlichen“ Rechtsbehelfe zu schaffen, die auch die überwiegende Mehrheit des Europarechts zu vollziehen haben. Auch wenn diese „Erforderlichkeit“ im Sinne des in Art. 6 und 13 der EMRK wurzelnden³ Art. 47 GRC zu lesen ist, was bestimmte gemeineuropäische Mindestanforderungen der Fairness und der Effektivität be- und vorschreibt, bleibt den Mitgliedstaaten weiterhin ein breiter Raum im Sinne ihrer Verfahrensautonomie⁴ vorbehalten, das eigene nationale System der Rechtsbehelfe auszugestalten.⁵ Dieser, die nationale Souveränität schonende Gedanke, geht davon aus, dass die Mitgliedstaaten der EU

85

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

demokratische Rechtsstaaten sind,⁶ die auch dann einen effektiven Rechtsschutz gewähren wollen und können, wenn sie in bestimmten Einzelheiten voneinander abweichen, oder bei konkurrierenden Rechtsgütern andere (aber ebenso hinnehmbare) Präferenzen haben.⁷

Wie bekannt, besteht diese Autonomie, solange die anzuwendenden mitgliedstaatlichen Vorschriften nicht ungünstiger sind als diejenigen, die die gleichartigen innerstaatlichen Sachverhalte regeln (*Äquivalenzgrundsatz*), und sie die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Effektivitätsgrundsatz*).⁸ Diese doppelte Einschränkung der Autonomie verlangt ein Minimum an Effektivität der Rechtsbehelfe (im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes)⁹ sowie eine analoge Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts auf die unionsrechtlichen Ansprüche (im Sinne des Gleichwertigkeitsprinzips).

Hieraus folgen gewisse Modifizierungen des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts,¹⁰ wobei der Grad der Anpassungspflicht oft ganz umstritten ist.¹¹ Dieser Unklarheit trugen früher nicht zuletzt die apodiktisch kurz und sybillinisch mehrdeutig formulierten Urteile des EuGH¹² erheblich bei,¹³ woraus nicht immer eindeutig abzuleiten war, welche Elemente der unionsrechtlichen Argumentation sich auf die Effektivität und welche auf die Gleichwertigkeit stützte, und dementsprechend war es äußerst strittig, was aus einem Urteil auf die anderen nationalen Rechtsordnungen übertragbar ist.¹⁴ Die auf der Effektivitätsmaxime beruhenden Aussagen sind eindeutig auf ein anderes Rechtssystem übertragbar, da sie zur Korrektur manifest defizitärer Durchführung des Europarechts dienen,

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

und als solche den kleinsten gemeinsamen Nenner darstellen, wobei die aus dem Äquivalenzprinzip abgeleiteten Aussagen nur beschränkt übertragbar sind, da der (früher richtig auch als Diskriminierungsverbot bezeichnete)¹⁵ Gleichwertigkeitsgrundsatz eigentlich zur Aufrechterhaltung der Integrität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung dient, weil sie eigentlich nur verlangt, keine unbegründeten Unterscheidungen in der Geltendmachung der unionsrechtlichen sowie der nationalen Ansprüche zu machen, was wiederum die Eigenständigkeit der nationalen Rechtsordnung weitgehend berücksichtigt.¹⁶

Diesen Unterschied kann das berühmte *Kühne & Heitz*¹⁷ Urteil zur Pflicht der Rücknahme eines unionswidrigen¹⁸ Verwaltungsaktes überzeugend darstellen: das Urteil wurde nämlich im Kontext des niederländischen Rechts getroffen, wobei es nicht eindeutig war,¹⁹ ob die an mehreren (kumulativen²⁰) Bedingungen geknüpfte Rücknahmepflicht den Mitgliedsstaaten eine vom Effektivitätsprinzip abzuleitende Ergebnishaftung auferlegt, um die Durchbrechung der Bestandskraft im mitgliedstaatlichen Recht vorzusehen,²¹ oder das Urteil grundsätzlich nur die Auslegung der niederländischen Vorschriften betraf, und es deshalb bloß im Lichte des Äquivalenzprinzips zu lesen wäre.²² In erstem Fall ist die Wiederaufnahme eine Minimumanforderung, in dem zweiten ist sie keine, jedoch darf das mitgliedstaatliche Recht sie für unionsrechtliche und rein nationale Fälle nicht unterschiedlich regeln.

Entgegen der Aussage des EuGH vom Anfang der 1980er Jahren, dass die Gründungsverträge zu den nach nationalem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen keine neuen Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Unionsrechts vor den nationalen Gerichten schaffen wollte,²³ wurde die Respektierung der nationalen Verfahrenautonomie später an ein Minimum der Effektivität der nationalen Rechtsmittel geknüpft,²⁴ und in diesem Sinne auch ein genuin europarechtlicher

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

Rechtsbehelf während der 1990er geschaffen, und zwar der Staatshaftungsanspruch wegen einer etwaigen Verletzung des Unionsrechts. Dieser Anspruch, der „aus dem Wesen des EG-Vertrags“²⁵ folgt, begründet die Haftung eines Mitgliedstaats für legislatives, exekutives und sogar judikatives Unrecht für Schäden, die dem Einzelnen durch die dem Staat zuzurechnenden Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen.²⁶ Ebenso bekannt ist, dass der Grundsatz der Rechtskraft der Gerichtsurteile der Anerkennung der Haftung des Staates für letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen nicht entgegensteht.²⁷ Der Schadensersatzanspruch ist also unabhängig vom mitgliedstaatlichen Recht und besteht als Bestandteil des ungeschriebenen unionalen Primärrechts und als solche ist er vorrangig und unmittelbar anwendbar.²⁸

Auch wenn der genuine und aus der *effet utile*²⁹ abgeleitete Anspruch oft zum eigenständigen Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Forschung gemacht wird,³⁰ wird wesentlich weniger Aufmerksamkeit dem Verhältnis dieses im Unionsrecht wurzelnden Rechtsbehelfs zu den mitgliedstaatlichen Rechtsmitteln gewidmet, und die mögliche Anspruchskonkurrenz wird kaum problematisiert. Die Darstellung der zur Verfügung stehenden unionsrechtlichen Rechtsmittel sowie der unionsrechtlichen Anforderungen an die nationalen Rechtsordnungen erinnert oft an eine kaskadenhafte aktionenrechtliche Denkweise, die sich von jedem Versuch der Systematisierung entfesselt, wobei das Verhältnis der genuin unionsrechtlichen Rechtsmittel zu den mitgliedstaatlichen weiterhin ungeklärt bleibt: Hat der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch einen

Vorrang und verdrängt damit den mitgliedstaatlichen Rechtsbehelf³¹ oder ist er subsidiär und kommt als eine *ultima ratio* nur dann zur Anwendung, wenn der mitgliedstaatliche Rechtsbehelf nicht ausreichend effektiv ist und in diesem Sinne der genuin unionsrechtliche Rechtsbehelf den mitgliedstaatlichen vervollständigt.³² Falls es sich um eine Korrektive des nationalen Systems handelt, können die Ansprüche nicht kumulativ geltend gemacht werden, sondern es gibt eine Reihenfolge ihrer Geltendmachung, wobei der Schadenersatzanspruch tatsächlich subsidiär wirken soll.³³

Im Folgenden wird versucht, zur dogmatischen Aufarbeitung dieser Problematik beizutragen und anhand der Wiederaufnahme des Verfahrens und des

88

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der
Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

Schadenersatzanspruches die Zusammenhänge der Anspruchskonkurrenz zu beleuchten. Diese zwei Ansprüche sind deshalb besonders geeignet, weil der EuGH sich mit ihnen während der letzten Jahre mehrmals auseinander gesetzt hat: die Urteile *Târșia*³⁴ *Hochtief Solutions*,³⁵ *Hochtief AG*,³⁶ *XC*³⁷ und zuletzt *Hoffmann-La Roche*³⁸ sind die bekanntesten Beispiele. All diese haben sich mit verschiedenen Facetten der Problematik beschäftigt und drehten sich um die folgenden Fragen: die Rechtskraft und die Wiederaufnahme des Verfahrens (II.), die Erschöpfung des Rechtsweges als eine Vorbedingung der Geltendmachung des Schadenersatzanspruches (III.) sowie das Verhältnis des Antrages auf eine Wiederaufnahme zum Schadenersatzanspruch (IV).

II. Wiederaufnahme des Verfahrens und das scheinbare Problem der Rechtskraft

Wie aus den Urteilen des EuGH bekannt ist, gebietet das Unionsrecht einem nationalen Gericht nicht, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund derer eine Gerichtsentscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Situation abgeholfen werden könnte,³⁹ da der sowohl in der Unionsrechtsordnung als auch in den nationalen Rechtsordnungen geltende Grundsatz der Rechtskraft verlangt, dass „die nach Ausschöpfung des Rechtsweges oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordenen Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können“.⁴⁰ Die neuere Rechtsprechung ist mit diesen Aussagen konsistent.⁴¹

89

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der
Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

Die dogmatische Herausforderung besteht in dem ebenso bekannten Umstand, dass das Unionsrecht unter (besonderen⁴²) Umständen doch verlangt, die Rechtskraft zu durchbrechen, soweit „ihre Anwendung die Rückforderung einer unter Verstoß gegen das [Unionsrecht] gewährten staatlichen Beihilfe behindert, deren Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt durch eine bestandskräftig gewordene Entscheidung der Kommission festgestellt worden ist“.⁴³ Diese Anforderung wurde insbesondere im Beihilfenrecht (und in wenigen anderen Bereichen⁴⁴) vehement durchgesetzt, scheint jedoch die verlangte Durchbrechung der Rechtskraft eine Ausnahme oder ein Sonderfall⁴⁵ zu sein, die nur durch verschiedene Eigentümlichkeiten, z. B. aufgrund der Ausschließlichkeit des konkreten Kompetenzbereichs⁴⁶ gerechtfertigt wird, wirft jedoch die rätselhafte Frage auf, unter welchen Umständen der Ausschluss der Wiederaufnahme durch die Rechtskraft zu rechtfertigen ist⁴⁷ und wie er im Kontext des unionsrechtlichen Grundsatzes der Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen zu verstehen ist.⁴⁸

Die Antwort liegt in der doppelten Natur der Rechtskraft selbst: Die *res iudicata* ist nämlich auf der abstrakten Ebene eine aus der Rechtssicherheit abzuleitende Idee, Prinzip oder Grundsatz, die verlangt, die Streitigkeiten im Namen des Rechtsfriedens nach gewisser Zeit als erledigt zu erklären.⁴⁹ In dieser Hinsicht wurzelt sie in demselben Gedanken wie die Verjährung, die Präklusion, die Verwirkung oder die Ersitzung: Nach gewisser Zeit können bestimmte Ansprüche nicht mehr geltend gemacht werden, da die Rechtssicherheit von den drei ebenbürtigen aber zugleich widersprechenden Forderungen der Rechtsidee (und zwar

90

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

der Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit⁵⁰) nach dem Ablauf bestimmter Zeit bevorzugt wird. In dieser Hinsicht ist sie in der Tat eine Emanation einer den Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsidee und als solche kann sie als ein *Rechtfertigungsgrund* für bestimmte Vorschriften vorgebracht werden (und in dieser Hinsicht konkurriert sie mit anderen Rechtsgütern). Auf der konkreten Ebene wird sie jedoch in jeder Rechtsordnung als jener der nationalen Tradition entsprechender Ausgleich zwischen den erwähnten der Rechtsidee immanenten Werten ausgestaltet, der sich als ein Kristallisationspunkt an einem Kontinuum zwischen der unbegrenzten Widerrufbarkeit und der kompletten Unwiderrufbarkeit beschreiben lässt. Die konkret gefundene nationale Lösung wird im Rahmen der Verfahrensautonomie auch vom Unionsrecht respektiert, d. h. sie wird nur dann verdrängt, wenn sie sogar die Mindesteffektivität der Durchsetzung der unionsrechtlichen Ansprüche gefährdet (wie z. B. im Beihilferecht).

Des Weiteren wird logischerweise auch erwartet, dass derselbe Ausgleich zwischen der Widerrufbarkeit und der Unwiderrufbarkeit für unionsrechtliche wie für nationalrechtliche Ansprüche gefunden und angewandt wird: Falls eine Wiederaufnahme des Verfahrens in einer nationalen Rechtsordnung eröffnet wird, soll dieser (außerordentliche) Rechtsbehelf auch für die gleichwertigen unionsrechtlichen Ansprüche unter vergleichbaren Bedingungen eröffnet werden. Also auch wenn die Schaffung von neuen bisher nicht existierenden Wiederaufnahmemöglichkeiten durch das Unionsrecht nicht verlangt wird, wird doch verlangt, die bestehenden nationalen Wiederaufnahmemöglichkeiten auf die gleichwertigen unionsrechtlichen Konstellationen konsistent und widerspruchsfrei auszudehnen. Ob und wann eine rein nationale und eine unionsrechtliche Konstellation als gleichwertig und damit analogiefähig anzusehen ist, ist dem *Transportes Urbanos* Urteil⁵¹ folgend eher großzügig zu beantworten und dementsprechend sollen die Urteile der nationalen Verfassungsgerichte und die des EuGH als vergleichbar angesehen werden (also wenn die Urteile der nationalen Verfassungsgerichte als Wiederaufnahmegrund im nationalen Recht gelten, sollten die EuGH-Urteile

91

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

auch dieselbe Wirkung haben).⁵² In diesem Sinne ist das Hochtief-Urteil auch zu lesen.⁵³

„Es ist daher Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die ungarischen Verfahrensvorschriften die Möglichkeit vorsehen, ein rechtskräftig gewordenes Urteil rückgängig zu machen, um die durch dieses Urteil entstandene Situation mit einer früheren rechtskräftigen Entscheidung eines Gerichts in Einklang zu bringen, von der das Gericht, das das betreffende Urteil erlassen hat, und die Parteien der Rechtssache, in der es ergangen ist, bereits Kenntnis hatten. Ist dies der Fall, sollte nach der in Rn. 60 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs von dieser Möglichkeit gemäß den Grundsätzen der Äquivalenz

und der Effektivität unter den gleichen Bedingungen Gebrauch gemacht werden, um die Vereinbarkeit der Situation mit einem früheren Urteil des Gerichtshofs herbeizuführen.“

Diese Auslegung schont die Autonomie der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung und verlangt nur ihre konsistente Anwendung: Die Rechtskraft als solche ist kein Rechtfertigungsgrund für die Nichtaufhebung eines Urteils, wenn sie im Rahmen der nationalen Rechtsordnung unter bestimmten⁵⁴ – jedoch konsistent angewandten – Bedingungen aufgehoben werden kann. Das grundsätzliche Problem besteht eher in der Feststellung der Analogiefähigkeit der mitgliedstaatlichen und der unionsrechtlichen Konstellation, da sie einer Auslegung des nationalen Rechts bedarf, wozu der EuGH nicht befugt ist, und deshalb das mitgliedstaatliche Gericht sie zu prüfen und zu beantworten hat.⁵⁵

III. Der Schadensersatzanspruch

Wie bekannt ist, sind die Modalitäten des unionsrechtlichen Schadenersatzanspruches teilweise durch das Unionsrecht unmittelbar vorgeschrieben (wie die qualifizierte Rechtsverletzung, die Schutznorm, die Kausalität und die

92

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

Zurechnung), teilweise werden bestimmte Einzelheiten dem mitgliedstaatlichen Recht überlassen. Zu letzteren gehört auch die Verpflichtung den Schadeneintritt zu verhindern oder die Schäden zu mindern. Der EuGH hob schon im Urteil *Brasserie du Pecheur* hervor, „daß das nationale Gericht bei der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens prüfen kann, ob sich der Geschädigte in angemessener Form um die Verhinderung des Schadenseintritts oder um die Begrenzung des Schadensumfangs bemüht hat und ob er insbesondere rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat“.⁵⁶ Dieser Grundsatz erkennt (im Einklang mit dem Verhältnis der Nichtigkeit zur Schadensersatzklage⁵⁷) die eingriffsbereinigende Kraft des Primärrechtsschutzes und damit auch die Subsidiarität des nur eingriffs(folgen)kompensierenden sekundären Rechtsschutzes.⁵⁸ Auf der anderen Seite schreibt das Unionsrecht den Vorrang der Eingriffsbereinigung nicht vor (daher wird das Wort „kann“ verwendet).⁵⁹

Mit dem Unionsrecht ist es also vereinbar, die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches von der Erschöpfung aller zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten abhängig zu machen. Da darunter die förmlichen und formlosen Rechtsbehelfe ebenso verstanden werden (können), wie die ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel, kann die Verpflichtung auch die Inanspruchnahme einer Verfassungsbeschwerde mitumfassen.⁶⁰ Diese Voraussetzung hat der EuGH dahingehend präzisiert, dass vom Beschädigten nicht abzuverlangen ist, von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen, nur von denjenigen, die nicht zu übermäßigen Schwierigkeiten führen, also von denjenigen, die zumutbar sind.⁶¹ Im Hinblick darauf, dass das Unionsrecht unter bestimmten Umständen (z. B. im Vergaberecht) anerkennt, dass die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches der expliziten Feststellung der Rechtsverletzung bedürfen kann,⁶² kann die Grenze des Zumutbaren ganz weit liegen.

93

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

In dieser Konstellation stellt sich die logische Frage, ob die Inanspruchnahme der außerordentlichen Prozessmittel, und insbesondere die der Wiederaufnahme des Verfahrens zumutbar ist oder nicht, falls die

Unionsrechtswidrigkeit in der gerichtlichen Nicht-Berücksichtigung des Unionsrechts bestand,⁶³ was wiederum allgemein das Verhältnis der Wiederaufnahme zum Schadenersatzanspruch hinterfragt.

Das salomonische Urteil des EuGH in der Rs. Hochtief lautet wie folgt:

„Hierzu ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass dann, wenn für das nationale Gericht nach den anwendbaren innerstaatlichen Verfahrensvorschriften unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit besteht (sic!), eine rechtskräftig gewordene Entscheidung rückgängig zu machen, um die durch sie entstandene Situation mit dem nationalen Recht in Einklang zu bringen, davon, sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, gemäß den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität Gebrauch gemacht werden muss, damit die Vereinbarkeit der betreffenden Situation mit dem Unionsrecht wiederhergestellt wird.“⁶⁴

Falls also die Möglichkeit besteht (eng. *provide the possibility*, fr. *comportent la possibilité*, nl. *voorzien in de mogelijkheid*) eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu verlangen, soll diese auch für den Fall gelten, wenn es sich um die Wiederherstellung der Vereinbarkeit der Situation mit dem Unionsrecht handelt. Der saloppe Sprachgebrauch ist offensichtlich und in den verschiedenen Sprachversionen gleichlautend, was sich auf eine strategische Wortwahl und auf die Intention hindeutet, die Umsetzung des Urteils durch die Erweiterung der Auslegungsalternativen zu erleichtern,⁶⁵ das Wiederaufgreifen des Verfahrens nicht von der Bedeutung mitgliedstaatlicher Fachterminologie abhängig zu machen.⁶⁶ Trotz der vermuteten guten Intention bleibt die Interpretation des Ausdruckes „Möglichkeit“ unklar.

Des Weiteren bekräftigte der EuGH, dass in jedem Fall zu beachten ist, „dass eine Verletzung der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte durch eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts in der Regel nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, dem Einzelnen nicht die Möglichkeit (*sic!*) genommen werden darf,

94

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der
Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Weg einen gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen.“⁶⁷

Diese Formulierung deutet darauf hin, dass eine der zwei Möglichkeiten der Reparatur der Verletzung des Unionsrechts bestehen soll: entweder eine prozessrechtliche (Wiederaufgreifen des Verfahrens im weiteren Sinne⁶⁸) oder hilfsweise zumindest eine haftungsrechtliche (Schadenersatz). Das Verhältnis dieser zwei zueinander scheint von der Möglichkeit der Wiederaufnahme abhängig zu sein.

IV. Die Möglichkeit der Wiederaufnahme

Die Wortwahl des EuGH ist äußerst untechnisch und spricht von einer *Möglichkeit* der Wiederaufnahme (in einem weiten Sinne des Wortes), worunter zumindest vier verschiedene Situationen vorstellbar sind, abhängig davon, wie real die Möglichkeit sein sollte: die Möglichkeit kann also die Existenz, die Statthaftigkeit, die Zulässigkeit sowie die Begründetheit einer Wiederaufnahme bedeuten. Die einzelnen Stufen oder Grade der Möglichkeit, werfen die ebenso berechnete Frage auf, ob die Inanspruchnahme der Wiederaufnahme als zumutbar einzustufen ist und als solche die Obliegenheit der Erschöpfung des Rechtsmittels begründet. Falls sie nicht zumutbar ist, dann soll sie nicht erschöpft werden und deshalb die Verletzung des Unionsrechts durch einen Staatshaftungsanspruch zu reparieren ist.

Die erste Variante (Existenz) ist ganz klar: Wenn es keine Institution der Wiederaufnahme in der gegebenen Rechtsordnung gibt, dann soll die Verletzung des Unionsrechts durch den genuin unionsrechtlichen Schadenersatzanspruch kompensiert werden.⁶⁹

Die Statthaftigkeit wirft die früher schon angesprochene Frage auf, inwieweit sich durch Analogie die innerstaatlichen Rechtsbehelfe auf die unionsrechtlichen Konstellationen ausdehnen lassen, falls die Urteile

des EuGH im mitgliedstaatlichen Recht nicht explizit als Wiederaufnahmegrund geregelt sind. Auch wenn man aus dem Äquivalenzgebot für eine analoge Anwendung der Wiederaufnahmetatbestände des nationalen Rechts auf die Urteile des EuGH schließen kann,⁷⁰

95

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

kann die Wiederaufnahme im Rahmen der verschiedenen Prozessordnungen der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten und auf die Gestaltungskraft der EuGH-Urteile⁷¹ anders ausfallen (können),⁷² was im Interesse der Rechtssicherheit eher legislativ zu entscheiden wäre,⁷³ wobei der Gesetzgeber natürlich darauf auch zu achten hat, dass aus dem Ausschluss der Wiederaufnahmemöglichkeit der eingriffsausgleichende Schadensersatz folgt, und falls dies nicht ermöglicht wird, sollte es sich wieder um eine ungeplante Gesetzeslücke handeln, was wiederum eine Antwort auf die Frage der Analogiefähigkeit verlangt.

Mangels eindeutiger gesetzlicher Lage kann einerseits die Zumutbarkeit der Inanspruchnahme der Wiederaufnahme des Verfahrens fraglich sein und ist zu beantworten, ob sie überhaupt abverlangt werden kann (also ob und inwiefern das Risiko und die Kosten der schuldhaften Nichteinlegung des Rechtsmittels⁷⁴ bei einer unklaren Rechtslage vom Antragsteller zu tragen ist). Andererseits hat die mitgliedstaatliche Gesetzgebung anscheinend eine *facultas alternativa* zu bestimmen, ob sie die Nichtberücksichtigung des Unionsrechts prozessual (d. h. durch die Ermöglichung einer Wiederaufnahme im weiteren Sinne) oder materiell (d. h. durch einen Schadensersatzanspruch) korrigieren möchte und kann die Wiederaufnahme auch eingrenzen, falls der Nachteil durch einen Schadenersatz kompensiert werden kann.⁷⁵ Hiermit ist natürlich (neben der praktischen Schwierigkeiten des justiziellen Unrechts) der Umfang der ersatzfähigen Schäden zu bestimmen und ist die Frage zu stellen, inwieweit die gegebene Rechtsordnung neben der schlicht falschen Anwendung des materiellen Rechts den Verfahrensfehler finanziell kompensiert bzw. kompensieren kann, mangels dessen das Verfahren ein potentiell anderes Ergebnis gehabt haben könnte (z. B. Nicht-Vorlegung von Vorabentscheidungsfragen, unionsrechtswidrige Präklusion, Befangenheit usw.). Falls diese Potentialitäten in der gegebenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung

96

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

nicht schadenersatzfähig sind, weil die Auslotung des möglichen anderen Ausganges an die Grenzen der *res iudicata* stößt oder weil die Schäden wegen des Chancenverlustes als unquantifizierbare Schäden schlicht nicht ersatzfähig sind, hat dies eine obligatorische Wiederaufnahme zur Folge? Aufgrund der neueren Rechtsprechung verlangt der Effektivitätsgrundsatz nur eine wenigstens inzidente Wahrung der den Rechtssuchenden aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte, aber darüber hinaus ist die Schaffung von Rechtsbehelfen nicht notwendig.⁷⁶

In diesem Falle soll aber der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch in der Tat als ein Auffangtatbestand verstanden werden, der wegen seines *ultima-ratio*-Charakters eine Mindesteffektivität kraft Unionsrechts haben muss und dementsprechend alle diejenigen Modalitäten des mitgliedstaatlichen Rechts wegräumt, die seine Wirkung konterkarieren.⁷⁷ Diese Konsequenz hat der EuGH bisher nicht gezogen, sondern schreibt die Haftung der Justiz nur für eine offenkundige Verkennung des Unionsrechts zwingend vor,⁷⁸ wobei die Wiederaufnahme die Voraussetzung der Offenkundigkeit nicht voraussetzt (oder zumindest war diese Frage

bisher nicht angesprochen). Diese Konstellation kann auch zu einer vom EuGH wahrscheinlich nicht gewollten Catch-22-Situation führen, wobei die Wiederaufnahme unionsrechtlich nicht zwingend vorgeschrieben ist, und der vage Begriff der Offenkundigkeit als Feigenblatt für den Ausschluss der Verantwortung dient, was im Endeffekt dazu führt, dass kein Rechtsbehelf realistisch zur Verfügung steht, was wiederum die unionsrechtlich verlangte Wirksamkeit des Rechtsbehelfs⁷⁹ in Frage stellt.

Falls die Wiederaufnahme statthaft aber unzulässig ist, kommt es grundsätzlich darauf an, ob eine Verletzung der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte durch eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts *in der Regel* (en. *normally*, fr. *normalement*, nl. *gewoonlijk*) nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. In diesem Fall ist die Statthaftigkeit nicht mehr strittig, was eher dafür spricht, dass die Entscheidung in der Regel rückgängig gemacht werden kann, und sie deshalb auch in Anspruch zu nehmen ist und ein unzulässiger Wiederaufnahmeantrag bedeutet nicht, dass die Verletzung des Unionsrechts durch einen Staatshaftungsanspruch zu reparieren wäre. Dieses Wahlrecht hat der Geschädigte anscheinend nicht.⁸⁰

Die letzte Alternative ist auch klar in dem Sinne, dass der begründete Antrag auf die Wiederaufnahme eine Neujustierung der Sache und dadurch eine prozedurale Korrektur der Nichtberücksichtigung des Unionsrechts ermöglicht. Ein weiterer

97

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

Schadensersatz ist zwar *ab ovo* nicht auszuschließen, da dem Einzelnen diese Möglichkeit nicht genommen werden kann (so zumindest die großzügige Formulierung des EuGH), hängt ihr Erfolg jedoch schon davon ab, ob und inwieweit die Wiederaufnahme des Verfahrens die erlittenen Nachteile bereinigen konnte.

V. Konklusion und Ausblick

Der auf den ersten Blick simpel aussehende Vorrang des Unionsrechts⁸¹ verlangt von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht zu handeln, und eine eventuelle Verletzung des Unionsrechts zu reparieren. Die Art und Weise der Wiedergutmachung und Korrektur ist grundsätzlich dem mitgliedstaatlichen Recht überlassen, wobei der Mitgliedstaat auch für einen eingriffsbereinigenden primären Rechtsschutz wie für einen finanziellen Ausgleich des Eingriffes entscheiden kann. Ebenso frei ist die Hand des Mitgliedstaates zu entscheiden, ob und welche außerordentlichen Rechtsbehelfe institutionalisiert werden, solange ein Mindestmaß an Effektivität gewährleistet wird.⁸² Die Ausgestaltung der Ansprüche gehört in der Tat zur Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, solange sie konsistent handgehabt wird.

Also auch wenn eine Wiederaufnahme des Verfahrens aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip nicht zwingend abzuleiten ist, soll sie konsistent (ohne ungeplante Gesetzeslücken zulasten des Unionsrechts) gehandhabt werden, falls die nationale Rechtsordnung diese Institution kennt. Das Konsistenzgebot ist zwar eine Forderung des Unionsrechts, kann sie nur von den nationalen Gerichten durchgesetzt werden, weil sie eine Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts und die Feststellung der Analogiefähigkeit zwischen dem nationalen und dem Unionsrecht verlangt. Dementsprechend unterliegt die Durchsetzung dieser Forderung grundsätzlich dem Erfüllungswillen der staatlichen Gerichte. Die neuere Rechtsprechung⁸³ tendiert eindeutig dazu sich mit einer Mindesteffektivität des Justizsystems zu befriedigen, die einen fairen Zugang zur Gerichtsbarkeit ermöglicht,⁸⁴ und leitet weder aus Art. 4 Abs. 3 EUV noch aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV weitere Vorgaben ab. Dies auf der einen Seite hebt die Bedeutung des Schadensersatzes hervor und auf der anderen verlangt dies eine Antwort, wie diese Rechtsprechungslinie mit der aus dem Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV folgenden klaren und präzisen Ergebnispflicht⁸⁵ zu vereinbaren ist.

Da die Wiederaufnahme des Verfahrens unionsrechtlich nicht verlangt wird, soll die unionsrechtliche *ultima ratio*, also der Staatshaftungsanspruch eröffnet

98

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

werden.⁸⁶ Dieses Ergebnis scheint (vielleicht zugespitzt) im alten preußischen Rechtsgrundsatz „dulde und liquidiere“ zu kulminieren, wobei die effektive Durchsetzbarkeit des unionsrechtlichen Schadenersatzanspruches schlicht übersehen wird. Es bleibt abzuwarten, ob diese Neuorientierung der Rechtsprechung zu einer Revitalisierung der Köbler-Haftung führt, die eben deshalb nicht wirksam war, weil sie die Bewertung der Offensichtlichkeit der begangenen Rechtsfehler den mitgliedstaatlichen Gerichten überlässt, die sich aufgrund *confirmation bias*⁸⁷ selten selbst beschuldigen.

Aus der Rechtsprechung folgt auch, dass Art. 4 Abs. 3 EUV und Art 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nur eine Mindesteffektivität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verlangt, was ein gutes Maß an Vertrauen im mitgliedstaatlichen Gerichtssystem voraussetzt.⁸⁸ Diese Lesart des Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ist wesentlich weniger markant, als die aus denselben Vertragsbestimmungen abgeleitete und sich expandierende Judikatur hinsichtlich der Unabhängigkeit der nationalen Gerichtsbarkeit,⁸⁹ was zu bestätigen scheint, dass Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV auf strukturelle Verstöße begrenzt ist,⁹⁰ was die nicht strukturellen Verstöße (wie die Verkennung des Inhalts des Unionsrechts) von seinem Anwendungsbereich ausnimmt. Abgesehen davon, dass Art 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV eigentlich die Aufgabe hätte, das System der unionsrechtlichen Rechtsbehelfen auf mitgliedstaatlicher Ebene zu korrigieren und die bestehenden Lücken zu schließen,⁹¹ und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie systematisch sind oder nicht. Die Zweiteilung der Verstöße auf die strukturellen und nicht-strukturellen verlangt eine Erklärung, welche Unzulänglichkeiten als strukturell oder systemrelevant einzustufen sind,⁹² wer dazu befugt⁹³ und bereit⁹⁴ ist, die Systemrelevanz festzustellen (EuGH, Rat, Kommission, Parlament), und welche Konsequenzen sie auf anhängige Verfahren haben können. Falls der strukturelle Charakter der Verstöße nicht eindeutig bestimmt wird, was auch den eigentlichen Wert der Berichte der

99

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

Kommission und Entschlüssen des Parlaments einordnet, sind die Eigentümlichkeiten der mitgliedstaatlichen Rechtsmittel nicht an Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zu messen. Für einige Verwaltungssachen ist eine Hochzonung der Durchführung auf Kommissionsebene nicht auszuschließen,⁹⁵ wobei dieser Weg in Gerichtssachen nicht eröffnet ist und ohne die Überlastung der Unionsgerichtsbarkeit nicht eröffnet werden kann, was uns wiederum zum eigentlichen Zweck und Ziel vom Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zurückführt, die notwendigen innerstaatlichen Rechtsbehelfe zu errichten. Auf dieses Ziel scheint der EuGH resigniert zu haben.

100

Vincze: Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander (EuR 2023, 84)

- 1 *S. Leible/J. Ph. Terhechte*, § 1 Die Rechtsschutz- und Verfahrensidee im Unionsrecht, in: dies. (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, 2. Aufl. 2021, Rn. 9; *Th. Jaeger*, *Gerichtsorganisation und EU-Recht: Eine Standortbestimmung*, EuR 2018, S. 611, 615 ff.
- 2 *G. Hirsch*, *Europarechtliche Perspektiven der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VBIBW 2000, S. 71, 72.
- 3 Seit der Rs. Johnston (EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), ECLI:EU:C:1986:206, Slg. 1986, 1651) ist der effektive gerichtliche Rechtsschutz als ein den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegende und auch in den Artikeln 6 und 13 der EMRK verankerter Grundsatz des Unionsrechts anerkannt, vgl. auch *C. Franzius*, § 4 Rolle des Verfassungsrahmens, in: Leible/Terhechte (Fn. 1), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, Rn. 15.
- 4 Hierzu etwa *M. Ludwigs*, *Die Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten*, NVwZ 2018, S. 1417. Diese Autonomie kann man auch im Rahmen der EMRK als ein *margin of appreciation* gedeutet werden, vgl. etwa stellvertretend *K. Schlaich/S. Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2021, Rn. 361.
- 5 Die neuere Rspr. spricht jedoch von einer „Ergebnispflicht“ hinsichtlich der Unabhängigkeit der Justiz, vgl. EuGH, Rs. C-83/19 (Asociația „Forumul Judecătorilor din România”), ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 250: „Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV den Mitgliedstaaten eine klare und präzise Ergebnispflicht auferlegt” (Eng.: „precise obligation as to the result to be achieved”, Frz.: „une obligation de résultat claire et précise”).
- 6 Aufgrund der neueren Rechtsprechung des Gerichts kann diese Vermutung widerlegt werden, was sich auch auf die Durchführung des Unionsrechts auswirken kann, vgl. EuG, Rs. T-791/19 (Sped-Pro S.A.), ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 71 ff. Zu dem Vertrauenselement hinter dieser Vermutung siehe *E. M. Kullak*, *Vertrauen in Europa*, 2020.
- 7 Bei Fristen, Präklusionsvorschriften, Beweisregeln, Modalitäten des vorläufigen Rechtsschutzes sind verschiedene Modelle vorstellbar, die verschiedenen Prioritäten verwirklichen.
- 8 Bereits EuGH, Rs. 33/76 (Rewe), ECLI:EU:C:1976:188, Slg. 1976, 2000, Rn. 5; m. w. N. u. a. EuGH, Rs. C-312/93 (Peterbroeck), ECLI:EU:C:1995:437, Slg. 1995, I-4599, Rn. 12; EuGH, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04 (i-21 Germany und Arcor), ECLI:EU:C:2006:586, Slg. 2006, I-8559; Rs. C-378/10 (VALE Épitési), ECLI:EU:C:2012:440, Rn. 48. Wird auch als Vereitelungs- und Diskriminierungsverbot oder als Diskriminierungs- und Beeinträchtigungsverbot genannt, m.w.N. *S. Schill/Ch. Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 73. EL. 2021, Art. 4 EUV, Rn. 79.
- 9 Auch in diesem Sinne verstanden von *C. F. Germelmann*, *Die Rechtskraft zwischen europäischer Mindesteffektivität und italienischem Verfassungsrecht*, EuR 2010, S. 538. *Th. Jaeger* (Fn. 1), S. 617.
- 10

A. Vincze, Unionsrecht und Verwaltungsrecht, 2016; M. Claes, The National Courts' Mandate in the European Constitution, 2005; M. Dougan, National Remedies before the Court of Justice, 2004; M. Dougan, The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law before the National Courts, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2. Aufl. 2011, S. 407.

11

Ganz scharfe Kritik bei G. Mäsch: Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot, EuR 2003, S. 825, 838.

12

A. Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, § 3, Rn. 27-28.

13

Wobei diese auch als eine Sondierung der Akzeptanz der Urteile gedeutet werden können, A. Vincze, Die unionsrechtliche Rechtsfortbildung zwischen Mythos und Realität, GVRZ 1 (2019), Rn. 24-25.

14

Die neuere Rspr. scheint dieser Problematik bewusst zu sein und versucht die Anforderungen klarer zu stellen, vgl. EuGH, Rs. C-677/19 (Valoris), ECLI:EU:C:2020:825; EuGH, C-497/20 (Randstad Italia), ECLI:EU:C:2021:1037, Rn. 61-62; EuGH, Rs. C-600/19 (Ibercaja Banco), ECLI:EU:C:2022:394, Rn. 43-44.

15

J. König, Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, 2011, S. 93.

16

Die Kritik von M. Claes ist begründet, dass die Vergleichbarkeit der nationalen und der unionsrechtlichen eigentlich keine Sache des EuGH sein sollte, und deshalb sie nicht zum Gegenstand einer Vorlagefrage gemacht werden sollte, M. Claes (Fn. 10), S. 122.

17

EuGH, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), ECLI:EU:C:2004:17, Slg. 2004, I-837.

18

Ganz präzise formuliert ist der Verwaltungsakt wegen eines zeitlich später ergangenen Urteils des EuGH unionsrechtswidrig geworden, was der Antwort auf die Frage der zeitlichen Wirkungen von Auslegungsurteilen bedarf, hierzu D. Düsterhaus, Zwischen Rechts- und Vertrauensschutz: Die zeitlichen Wirkungen von Auslegungsurteilen des EuGH nach Artikel 267 AEUV, EuR 2017, S. 30.

19

J. F. Lindner, Anmerkung zum Urteil Kühne & Heitz, BayVBl. 2004, S. 590, 591; W. Weiß, Bestandskraft nationaler belastender Verwaltungsakte und EG-Recht, DÖV 2008, S. 477, 481.

20

Ch. Ranacher/M. Frischut, Anwendung des EU-Rechts, 2009, S. 387.

21

So W. Frenz, Anmerkung, DVBl 2004, S. 375; M. Potacs, Gemeinschaftsrecht und Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte, in: Bröhmer/Langenfeld/Alber (Hrsg.), FS Ress, 2005, S. 729, 735; ablehnend D. U. Galetta, Procedural Autonomy of the EC Member States, 2010, S. 56.

22

So A. Kahl, Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber „rechtskräftigen“ Bescheiden, in: Hummer (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, 2010, S. 267, 277-278.

23

EuGH, Rs. 158/80 (Rewe), ECLI:EU:C:1981:163, Slg. 1981, 1805, Rn. 44.

24

A. Arnulf, Case C-432/05, Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern, judgment of the Grand Chamber of 13 March 2007, Common Market Law Review 2007, S. 1763.

25

EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), ECLI:EU:C:1991:428, Slg. 1991, I-5357, Rn. 35.

26

Die Haftung umfasst sogar die Rechtstreitigkeiten, die ausschließlich zwischen Privatpersonen anhängig sind, vgl. EuGH, Rs. C-261/20 (Thelen Technopark Berlin), ECLI:EU:C:2022:33.

27

EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 43.

28

Dieser Zusammenhang ergibt sich auch aus der Wortwahl des EuGH: die „Quelle“ des Vorranges und der unmittelbaren Anwendbarkeit war auch der Geist der Verträge in den berühmten Urteilen van Gend en Loos oder Costa.

29

M. Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, S. 465.

30

A. Biondi/M. Farley, Damages in EU Law, 2009.

31

Wie das Unionsrecht die Verdrängung von einzelnen Modalitäten der Durchsetzung eines Anspruchs wegen der fehlenden Mindesteffektivität verlangt, mit Beispielen, Th. Jaeger (Fn. 1), S. 617.

32

Th. Jaeger (Fn. 1), S. 617.

33

Eindeutig in diese Richtung tendiert EuGH, Rs. C-497/20 (Randstad Italia), ECLI:EU:C:2021:1037, Rn. 77-80.

34

EuGH, Rs. C-69/14 (Târșia), ECLI:EU:C:2015:662.

35

EuGH, Rs. C-620/17 (Hochtief Solutions AG/Fővárosi Törvényszék), ECLI:EU:C:2019:630.

36

EuGH, Rs. C-362/18 (Hochtief AG/Fővárosi Törvényszék), ECLI:EU:C:2019:1100.

37

EuGH, Rs. C-234/17 (XC), ECLI:EU:C:2018:853.

38

EuGH, Rs. C-261/21 (F. Hoffmann-La Roche Ltd), ECLI:EU:C:2022:534.

39

EuGH, Rs. C-126/97 (Eco Swiss), ECLI:EU:C:1999:269, Slg. 2001, I-6297, Rn. 46-47; Rs. C-234/04 (Kapferer), ECLI:EU:C:2006:178, Slg. 2006, I-2585, Rn. 20-21; Rs. C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), ECLI:EU:C:2009:506, Slg. 2009, I-7501, Rn. 22-23; Rs. C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones), ECLI:EU:C:2009:615, Rn. 35-37, Rs. C-507/08 (Kommission/Slowakei), ECLI:EU:C:2010:802, Rn. 59-60.

40

EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003, I-10239, Rn. 38; Rs. C-234/04 (Kapferer), ECLI:EU:C:2006:178, Slg. 2006, I-2585, Rn. 20; Rs. C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), ECLI:EU:C:2009:506, Slg. 2009, I-7501, Rn. 22.

41

EuGH, Rs. C-69/14 (Târșia), ECLI:EU:C:2015:662, Rn. 29 „Daher gebietet es das Unionsrecht einem nationalen Gericht nicht, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine Gerichtsentscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Situation abgeholfen werden könnte (...)“; Rs. C-620/17 (Hochtief Solutions), ECLI:EU:C:2019:630, Rn. 55: „Daher gebietet es das Unionsrecht einem nationalen Gericht nicht, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine Gerichtsentscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Situation abgeholfen werden könnte“. Ebenso bestätigt durch EuGH, Rs. C-676/17 (Călin), ECLI:EU:C:2019:700, Rn. 27.

42

D. Poelzig, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007, S. 858. Aus der jüngeren Praxis vgl. etwa EuGH, Rs. C-505/14 (Klausner), ECLI:EU:C:2015:742.

43

EuGH, Rs. C-119/05 (Lucchini), ECLI:EU:C:2007:434, Slg. 2007, I-6199; hierzu *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen, EuR 2007, S. 654 ff; *C. Kremer*, Effektuierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft, EuZW 2007, S. 726 ff.

44

Verbraucherschutz scheint ein weiteres Gebiet zu sein, wo der Durchbruch der Rechtskraft forciert wird, auch wenn weniger vehement als bei den unerlaubten Beihilfen, EuGH, Rs. C-600/19 (Ibercaja Banco), ECLI:EU:C:2022:394.

45

So *W. Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EU-Vertrag (Lissabon), 6. Aufl. 2022, Art. 4, Rn. 147.

46

Dieser Umstand erklärt warum im Beihilferecht die Ausnahme durchgesetzt wird, instruktiv hierzu siehe *A. Turmo*, National res judicata in the European Union: Revisiting the tension between the temptation of effectiveness and the acknowledgement of domestic procedural law, Common Market Law Review 2021, S. 361, 371-375.

47

Ch. Krönke, Vergaberecht: Ausschreibungspflicht von Mietverträgen mit Bauverpflichtung – Rechtskraft nationaler Entscheidungen trotz Unvereinbarkeit mit Unionsrecht, EuZW 2014, S. 794-795.

48

EuGH, Rs. C-620/17 (Hochtief Solutions), ECLI:EU:C:2019:630, Rn. 54 „Sowohl in der Unionsrechtsordnung als auch in den nationalen Rechtsordnungen hat die Rechtskraft erhebliche Bedeutung. Zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege sollen nämlich nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können“.

49

Wie der EuGH klargestellt hat, „sollten nämlich zur Gewährleistung des *Rechtsfriedens* und der *Beständigkeit rechtlicher Beziehungen* sowie einer *geordneten Rechtspflege* die nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordenen Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können“ (Herv. v. Verf.), EuGH, Rs. C-600/19 (Ibercaja Banco), ECLI:EU:C:2022:394, Rn. 41.

50

G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, S. 73-74.

51

EuGH, Rs. C-118/08 (Transportes Urbanos), ECLI:EU:C:2010:39, Slg. 2010, I-635, Rn. 33-48. Es handelte um die Frage der Ausdehnung des Schadenersatzanspruches wegen der Verletzung der Verfassung auf die Konstellation der Verletzung des Unionsrechts. Nach dem EuGH soll dieser Anspruch im Lichte der Äquivalenz so verstanden werden, dass die Verletzung des Unionsrecht auch aufgrund dieser Anspruchsgrundlage geltend gemacht werden kann. Hierzu vgl. A. Arnulf, Remedies before national courts, in: Schütze/Tridimas (Hrsg), Oxford Principles of European Union Law, 2018, S. 1011, 1016.

52

A. Schneider, Die Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener nationaler Verfahren nach EuGH-Entscheidungen, EuR 2017, S. 433. Ebenso aufgrund des ungarischen Rechts bereits A. Vincze, Az Európai Bíróság ítéleteinek processzuális hatályához, Magyar Jog 2008, S. 819; Dieser Meinung anschließend das oberste Gericht Ungarns (Kúria) in seinem Beschluss Pfv.III.21.211/2020/6. Diese Aussage trifft auch dann zu, wenn der EuGH die einen Wiederaufnahmegrund induzierende Analogie zwischen einem Verstoß gegen das Unionsrecht und dem gegen die EMRK nicht bejahte, vgl. EuGH, Rs. C-234/17 (XC), ECLI:EU:C:2018:853, hierzu die Anmerkungen von J. Buckler, Anmerkung, EuZW 2019, S. 87-88.

53

EuGH, Rs. C-620/17 (Hochtief Solutions), ECLI:EU:C:2019:630, Rn. 63.

54

Die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten ist in diesem Zusammenhang sehr breit, und wie aus der neusten Rechtsprechung abzuleiten ist, sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nicht verpflichtet, „dem Rechtsuchenden die Möglichkeit einzuräumen, eine in letzter Instanz ergangene gerichtliche Entscheidung mit einem Wiederaufnahmeantrag anzufechten, der damit begründet wird, dass in dieser Entscheidung die vom Gerichtshof in Beantwortung eines Vorabentscheidungsersuchens in derselben Rechtssache vorgenommene Auslegung des Unionsrechts verkannt worden sei“, was auch nicht aufgrund Art. 4 Abs. 3 EUV in Frage gestellt werden kann, EuGH, Rs. C-261/21 (F. Hoffmann-La Roche Ltd), ECLI:EU:C:2022:534, Rn. 50-51.

55

Hierzu die Kritik von M. Claes (Fn. 10), S. 122.

56

EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), ECLI:EU:C:1996:/9, Slg. 1996, I-1029, Rn. 84; vgl. ebenso GA *Fennelly*, Schlussanträge v. 12.9.2000 in den verb. Rs. C-397/98 und C-410/98 (*Metallgesellschaft*), ECLI:EU:C:2000:431, Rn. 58.

57

A. Thiele (Fn. 12), § 10, Rn. 27.

58

W. Erbguth, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, 61 VVDStRL 2002, S. 221, 230.

59

Eine solche Deutung hätte weitere drastische Auswirkungen auch auf die Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes, da dieser im Grundsatz auch den Umfang und die Bedingungen der vorläufigen Eingriffsbereinigung zu bestimmen hat.

60

D. Ehlers, Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht: Das *Brasserie du Pêcheur*-Urteil des EuGH und seine Folgen, JZ 1996, S. 776-783. Hingegen die Ansichten von Ehlers verlangt Art. 839 Abs. 3 BGB die Inanspruchnahme der Verfassungsbeschwerde nicht (vgl. H.-J. Papier/F. Shirvani, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 839, Rn. 391.), wobei § 2 Abs. 2 des öst. AmtshaftunG sie verlangt (vgl. G. Kucsko-Stadlmayer, § 14. Österreich, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa: Nationales und Unionsrecht, 2013, S. 429, 446.

61

EuGH, Rs. C-445/06 (*Danske Slagterier*), ECLI:EU:C:2009:178, Slg. 2009, I-2119, Rn. 63-65; M. Jacob/M. Kottmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 8), Das Recht der Europäischen Union, 73. EL 2021, Art. 340 AEUV, Rn. 178.

62

EuGH, Rs. C-300/17 (*Hochtief AG gegen Budapest Főváros Önkormányzata*), ECLI:EU:C:2018:635, vgl. A. Vincze, Anmerkung, GPR 2019, S. 77 ff.

63

Die *Verkennung* der vorgenommenen Auslegung des Unionsrechts ist jedoch kein Grund zur Wiederaufnahme, EuGH, Rs. C-261/21 (*F. Hoffmann-La Roche Ltd*), ECLI:EU:C:2022:534, Rn. 51.

64

EuGH, Rs. C-620/17 (*Hochtief Solutions*), ECLI:EU:C:2019:630, Rn. 60.

65

A. Vincze, Die unionsrechtliche Rechtsfortbildung zwischen Mythos und Realität, GVRZ 1 (2019), Rn. 24-25.

66

Hierzu aus verwaltungsverfahrensrechtlichem Gesichtspunkt zur Unterscheidung des Wiederaufgreifen im engen und weiterem Sinne M. Ludwigs/T. Pascher, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts in der Fallbearbeitung, JuS 2022, S. 497, 500.

67

EuGH, Rs. C-620/17 (*Hochtief Solutions*), ECLI:EU:C:2019:630, Rn. 64, in diesem Sinne gleichlautend Rs. C-69/14 (*Târșia*), ECLI:EU:C:2015:662, Rn. 40 (auch wenn die deutsche Version des Urteils hier den Ausdruck Befugnis verwendet, die englische (*possibility*), die französische (*possibilité*) und die niederländische (*mogelijkheid*) Versionen einheitlich das Wort Möglichkeit benutzen). Ebenso bestätigt durch EuGH, Rs. C-676/17 (*Călin*), ECLI:EU:C:2019:700, Rn. 56.

68

Vgl. *M. Ludwigs*, Anmerkung, JZ 2008, S. 466, 468.

69

Vgl. in diesem Sinne EuGH, Rs. C-497/20 (Randstad Italia), ECLI:EU:C:2021:1037, Rn. 78-80. Hierzu *O. Scarcello*, Effective judicial protection and procedural autonomy beyond rule of law judgments: Randstad Italia, Common Market Law Review 2022, S. 1445.

70

Wie das ungarische Oberste Gericht (Kúria) in seinem Beschluss Pfv.III.21.211/2020/6. Diese Auslegung wurde durch die Kúria im Rahmen eines Beschlusses zur Wahrung der Rechtseinheit (Az.: Jpe. II.60.027/2021/8.) mit der Argumentation der mangelnden Analogie und der *res judicata* aufgehoben. Anzumerken ist, dass dieser Beschluss sich mit der Frage des Schadenersatzes wegen der Köbler-Haftung nicht auseinander gesetzt hat und auch hervorzuheben ist, dass die Kommission die Ausgestaltung Verfahrens in ihrem Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2021 als bedenklich beschrieben hat.

71

Die Vorabentscheidungsurteile haben eine grundsätzlich eine *ex-tunc*-Wirkung, auch wenn unter Umständen davon abgesehen werden kann, *M. P. Broberg/N. Fenger*, Preliminary References to the European Court of Justice, 2021, S. 414-424.

72

Die Urteile in einem Vorabentscheidungsverfahren haben einen deklaratorischen Charakter, und erklären, wie das Unionsrecht zu verstehen ist, und also solche gelten sie grundsätzlich *ex tunc* (rückwirkend auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der betroffenen Norm, hierzu etwa EuGH, Rs. C-2/06 (Kemptner), ECLI:EU:C:2008:78, Slg. 2008, I-411, Rn. 35), wobei es noch strittig und ungeklärt ist, ob die Urteile in einem Vertragsverletzungsverfahren, die zwar Feststellungsurteile sind, auch ein generelles Widergutmachungsgebot bedeuten und als solche auch als Wiederaufnahmegrund gelten können.

73

Vgl. *A. Schneider* (Fn. 52), S. 433 insb. S. 450-452.

74

Vgl. etwa § 2 Abs. 2 öst AmtshaftungsG, § 839 Abs. 3 BGB.

75

Äußerst skeptisch in diesem Sinne war schon bereits *A. Garde*, The Liability of Judicial Authorities: Much Ado about Nothing?, Cambridge Law Journal 2004, S. 564. Aufgrund einer statistischen Analyse als nicht gerade effektiv eingestuft, *T. Lock*, Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich, Common Market Law Review 2012, S. 1675. Mit ähnlichem Ergebnis *M-P. F. Granger*, Francovich liability before national courts: 25 years on, has anything changed?, in: Giliker (Hrsg.), Research Handbook on EU Tort Law, 2017, S. 93. Als "white elephant" beschrieben bei *A. Kornezov*, The new format of the acte clair doctrine and its consequences, Common Market Law Review 2016, S. 1317, 1331; diese Möglichkeit wurde vom Autor des vorliegenden Aufsatzes schon früher als Nessusgewand kritisiert, vgl. *A. Vincze*, Abstecher oder Kehrtwende?, EuR 2016, S. 544, 551. zustimmend auch *Sz. Kohlhepp*, Die unionsrechtlich veranlasste Rechtskraftsdurchbrechung, 2022, S. 263.

76

EuGH, Rs. C-261/21 (F. Hoffmann-La Roche Ltd), ECLI:EU:C:2022:534, Rn. 47.

77

Empirische Evidenz zeigt eher in die andere Richtung, vgl. *T. Lock* (Fn. 75).

78

Vgl. EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), ECLI:EU:C:2003:513, Rn. 56; Rs. C-446/04 (Iest Claimants in the FII Group Litigation), ECLI:EU:C:2006:774, Rn. 214; Rs. C-429/09 (Fuß), ECLI:EU:C:2010:717, Rn. 52; Rs. C-168/15 (Tomášová), ECLI:EU:C:2016:602, Rn. 26.

79

Th. Jaeger spricht von einer unionsrechtlich verlangten effektiven Geltendmachung, *Th. Jaeger* (Fn. 1), S. 627.

80

EuGH, Rs. C-620/17 (Hochtief Solutions), ECLI:EU:C:2019:630, Rn. 64; Rs. C-69/14 (Târșia), ECLI:EU:C:2015:662, Rn. 40.

81

U. Haltern, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NvWZ 2020, S. 817, 818.

82

Wobei das Niveau des Mindestmaßes zu sinken scheint, EuGH, Rs. C-261/21 (F. Hoffmann-La Roche Ltd), ECLI:EU:C:2022:534, Rn. 47.

83

Insbesondere EuGH, Rs. C-497/20 (Randstad Italia), ECLI:EU:C:2021:1037 und EuGH, Rs. C-261/21 (F. Hoffmann-La Roche Ltd), ECLI:EU:C:2022:534.

84

O. Scarcello (Fn. 69), S. 1459-1463.

85

EuGH, Rs. C-83/19 (Asociația "Forumul Judecătorilor din România"), ECLI:EU:C:2021:393, Rn. 250.

86

Das Urteil Randstad Italia verpflichtet die mitgliedstaatlichen Gerichte, die „unionsrechtswidrige Rechtsprechung unangewendet zu lassen“, und – falls dies nicht geschieht – eröffnet die Möglichkeit des Vertragsverletzungsverfahrens für die Kommission und – „im Übrigen“ – die Staatshaftungsklage für die Betroffenen, EuGH, Rs. C-497/20 (Randstad Italia), ECLI:EU:C:2021:1037, Rn. 79-80.

87

E. Zamir/D. Teichman, Behavioral Law and Economics, 2018, S. 58 ff.

88

O. Scarcello (Fn. 69), S. 1459-1463; *E. M. Kullak* (Fn. 6).

89

Z.B. EuGH, Rs. C-896/19 (Repubblica v Il-Prim Ministru), ECLI:EU:C:2021:311; EuGH, verb. Rs. C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19 (Asociația "Forumul Judecătorilor din România"), ECLI:EU:C:2021:393; EuGH, Rs. C-791/19 (Kommission/Polen), ECLI:EU:C:2021:596.

90

GA *Tanchev*, Schlussanträge v. 24.9.2019 in den verb. C-558/18 und C-563/18 (Miasto Łowicz), ECLI:EU:C:2019:775, Rn. 125.

91

Ch. Brown/J. Morijn, Case C-263/02 P Commission v. Jégo-Quéré & Cie SA, Common Market Law Review 2004, S. 1639, 1649.

92

Die Systemrelevanz kann einfach eine Frage der passenden Formulierung sein, vgl. *GA Bobek*, Schlussanträge v. 23.9.2020 in den verb. Rs. C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19 (Asociația "Forumul Judecătorilor din România"), ECLI:EU:C:2020:746, Rn. 222.

93

GA Bobek, Schlussanträge v. 23.9.2020 in den verb. Rs. C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19 (Asociația "Forumul Judecătorilor din România"), ECLI:EU:C:2020:746, Rn. 243.

94

In dieser Hinsicht kritisch wegen der Vernachlässigung des politischen Kontexts *K. L. Scheppele*, The law requires translation: The Hungarian preliminary reference on preliminary references: IS, Common Market Law Review 2022, S. 1107.

95

EuG, Rs. T-791/19 (Sped-Pro S.A.), ECLI:EU:T:2022:67, Rn. 71 ff.

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025

Form follows function: Reopening of judicial proceedings and EU law in *Profi Credit Polska*.61 *Common Market Law Review* (2024), pp. 1645-1660

Abstract

This article analyses the judgment of the Court of Justice of the European Union in *Profi Credit Polska II* (Case C-582/21, EU:C:2024:282) in order to reassess the limits of national procedural autonomy in the context of reopening judicial proceedings. It focuses on the tension between the principle of *res judicata* and the requirement of effective judicial protection under EU law, particularly in the field of consumer protection. The case raises the central question whether EU law obliges national courts to reopen final decisions that are incompatible with subsequently clarified Union law, especially where unfair contractual terms were not examined *ex officio*.

Form follows function: Reopening of judicial proceedings and EU law in *Profi Credit Polska*

Case C-582/21, *FY v. Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Bialej*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 9 April 2024, EU:C:2024:282

1. Introduction

The primacy of EU law is at first glance a very simple concept: Member States have to obey EU law. Nonetheless, this plain commandment can become quite confused because EU law – beyond the fuzzy requirement of providing effective legal protection in accordance with Article 19 TEU and Article 4(3) TFEU – leaves it to the individual Member States to decide how to do it. It is called procedural autonomy.¹ What to do and how to do it are two very different questions, and, as litigators know well, many hows can easily trump the what question. To put it another way, procedural requirements like *locus standi*, time limits, formalities, and technicalities can impair the enforcement of substantive rules and sabotage even well-founded court actions. Therefore, the effectiveness and primacy of EU law are jeopardized not only by outright rebellion,² but also by piecemeal procrastination,³ which achieves the same result with much less ado.

This can also happen in down-to-earth consumer protection cases if national courts fail to examine the fairness of contractual clauses *ex officio*, which later turn out to be contrary to EU law. The question whether in such a situation a finally closed case can be reopened to ensure the correct application of EU law has occupied legal academia and practice for quite a long time. The ECJ has often expressed itself in Delphic phrases and flipfopped between requesting the reopening or reassessment of some closed cases, but not others. Some decisions can be understood either way. The milestones of this remarkably Salmonic case law are *Ciola*,⁴ *Kühne&Heitz*,⁵

1. Vincze, *Unionsrecht und Verwaltungsrecht* (Nomos, 2016), pp. 26–31. Ludwigs, “Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten”, 37 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2018), 1417. Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?* (Springer, 2010).

2. Editorial comments, “Not mastering the Treaties: The German Federal Constitutional Court’s PSPP judgment”, 57 *CML Rev.* (2020), 965. Editorial comments, “Clear and present danger: Poland, the rule of law & primacy”, 58 *CML Rev.* (2021), 1635.

3. Chronowski and Vincze, “The Hungarian Constitutional Court and the Central European University case: Justice delayed is justice denied” 17 *EuConst* (2021), 688.

4. Case C-224/97, *Ciola*, EU:C:1999:212.

Kempter,⁶ *Kapferer*,⁷ *i-21 Germany and Arcor*,⁸ *Lucchini*,⁹ *Fallimento Olimpiclub*,¹⁰ *Târşia*,¹¹ *Pizarotti*,¹² *XC*,¹³ *Hochtief Solutions*,¹⁴ *Hochtief AG*¹⁵ or *Hoffmann-La Roche*.¹⁶ All these cases resulted in academic scholars and legal practitioners being in limbo about the limits of *res judicata*.¹⁷ The present case is the last one in this line which has been delivered with the obvious intention of closing the debate. It is, however, doubtful whether that objective has been achieved.

2. Factual background

Thankfully, the facts of the case are quite simple. FY entered into a loan agreement with the consumer loan company Profi Credit Polska. The repayment of the loan was secured by a blank promissory note, signed by FY. In 2017, Profi Credit Polska filed a claim against FY for the payment of the amount due with interest. Only the promissory note (which that company completed, indicating the amount due) and the notice of termination of the loan agreement were attached to the claim. The Praga-Południe Warsaw District Court scheduled a hearing. FY did not appear and therefore a default judgment was delivered ordering her to pay the amount claimed. The court had not asked to see the loan agreement, hence it did not examine whether it contained any unfair terms. That default judgment was declared immediately enforceable and FY did not challenge it then.

In June 2019, FY applied to reopen the proceedings alleging that the court had failed to take into account the requirements laid down in *Profi Credit Polska I*.¹⁸ The ECJ ruled in that judgment that Polish procedural rules making Polish judges unable to examine *ex officio* loan agreements and the presence

5. Case C-453/00, *Kühne & Heitz*, EU:C:2004:17.

6. Case C-2/06, *Kempter*, EU:C:2008:78.

7. Case C-234/04, *Kapferer*, EU:C:2006:178.

8. Joined Cases C-392 & 422/04, *i-21 Germany and Arcor*, EU:C:2006:586.

9. Case C-119/05, *Lucchini*, EU:C:2007:434.

10. Case C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, EU:C:2009:506.

11. Case C-69/14, *Târşia*, EU:C:2015:662.

12. Case C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, EU:C:2014:2067.

13. Case C-234/17, *XC*, EU:C:2018:853.

14. Case C-620/17, *Hochtief Solutions AG*, EU:C:2019:630.

15. Case C-362/18, *Hochtief AG*, EU:C:2019:1100.

16. Case C-261/21, *Hoffmann-La Roche*, EU:C:2022:534.

17. Cf. e.g. Turmo, “National *res judicata* in the European Union: Revisiting the tension between the temptation of effectiveness and the acknowledgement of domestic procedural law”, 58 CML Rev. (2021), 361. Kohlhepp, *Die unionsrechtlich veranlasste Rechtskraftsdurchbrechung* (Duncker&Humblot, 2022).

18. Case C-176/17, *Profi Credit Polska I*, EU:C:2018:711.

of unfair terms were incompatible with Directive 93/13. So FY alleged that her situation and the lack of judicial scrutiny of contractual terms fell under the remit of Article 401(2) of the Polish Code of Civil Procedure (*Kodeks postępowania cywilnego*) empowering parties to ask to reopen proceedings if one of them was – among other things – unlawfully deprived of the ability to act. The District Court disagreed and dismissed the action arguing that the default judgment had been issued simply because FY had failed to appear before the court.

FY appealed to the Regional Court Warszawa-Praga, which referred the preliminary questions to the Court. The main legal issue at stake was whether EU law imposes on a national court an obligation to reopen proceedings to reflect a judgment of the ECJ interpreting EU law. More specifically, is this required if a national court fails *ex officio* to examine the unfairness of a consumer contract? The referring court hinted that the Polish Code of Civil Procedure enables the reopening of closed proceedings if the Constitutional Court has declared a piece of legislation, based on which the ruling was made, to be incompatible with the Constitution, a ratified international agreement, or a statute. So, if the ECJ and the Polish Constitutional Tribunal are functionally equivalent, their decisions should have the same effect and a reopening could be based on the principle of equivalence. The referring court also proposed that a reopening could eventually be achieved by applying the principle of effectiveness and interpreting the national law in conformity with EU law.

3. Opinion of the Advocate General

The Opinion of Advocate General Emiliou analysed *res judicata*, the principle of equivalence and the requirements that national law be interpreted in conformity with EU law.

Res judicata, although a key principle of EU law, is not absolute. The mere existence of extraordinary remedies prove that exemptions exist. Nonetheless, their exceptional nature also reveals the need for careful handling, which is a tightrope exercise. The Opinion stressed that the precise conditions of extraordinary remedies may differ between the national legal orders, and “they reflect a delicate balance struck by the national legislature between the general interest in legal certainty, on the one hand, and the interest in achieving a fair outcome in specific and limited circumstances, on the other hand”.¹⁹ Nonetheless, as the Advocate General also highlighted, this cautiousness should not undermine the effectiveness of EU law.²⁰

19. Opinion in Case C-582/21, *Profi Credit Polska II*, EU:C:2023:674, para 38.

20. *Ibid.*, para 40.

After recapitulating on the recent case law (especially *Pizarotti*,²¹ *XC*,²² *Hochtief Solutions*²³), the Advocate General concluded that none of the judgments exactly fits the situation at hand. Therefore, the particular features of the remedies needed to be compared.²⁴ After scrutinizing the effects of the judgments of the Polish Constitutional Tribunal,²⁵ the Opinion pointed out the main differences between them and those of the Court. The Polish Constitutional Court decides directly on the incompatibility of a (lower-ranking) national law provision with a higher-ranking law or on the unlawfulness of a certain interpretation of such a lower-ranking law. This differs from the specific features of the interpretative preliminary rulings that provide an authoritative interpretation of EU law within a broader judicial dialogue where the precise consequences are to be drawn by the national courts and thus the exact form of those consequences also differs.²⁶ So, although the judgments of both instances have some *erga omnes* effects, these differ in their nature: the national ones directly mandate disapplication, whereas European ones are solely interpretative.²⁷ Because of these seemingly important differences, the Advocate General ruled out their equivalence.

Regarding the effectiveness of national remedies, the Advocate General made it clear that the affected consumer must have a remedy available at some stage of the proceedings to protect him or her against unfair contractual terms. “That remedy may take the form of the reopening of the proceedings, if such a result can be achieved by conforming interpretation, but does not necessarily have to take that form.”²⁸ This perspective dominates the Opinion and the judgment. Reopening is described as one of several options available to a Member State, and a Member State is free to opt for this, but is not required to do so. It is only obliged to provide an effective remedy at some stage of the proceedings.

4. Judgment of the Court

Although the judgment is mainly in line with the Opinion, it is much more enigmatic in its language. It recapitulated the case law regarding *res judicata*

21. Case C-213/13, *Impresa Pizzarotti*.

22. Case C-234/17, *XC*.

23. Case C-620/17, *Hochtief Solutions AG*.

24. Opinion, para 51.

25. *Ibid.*, paras. 53–66.

26. *Ibid.*, paras. 67–68.

27. *Ibid.*, paras. 95–109.

28. *Ibid.*, para 157.

and reinforced that the right to effective judicial protection does not require the provision of extraordinary remedies which following a preliminary ruling on interpretation, permit the reopening of proceedings closed by a final judgment.²⁹ *Res judicata* is a central principle of EU law and those of the national legal systems to ensure legal certainty,³⁰ and, following the principle of procedural autonomy, it is primarily for the national legal order to set its boundaries.³¹

The Court also denies any analogy between itself and the *Trybunał Konstytucyjny* (Constitutional Tribunal), and, thus, rejected the functional equivalence between the judgments of the two courts.³² It argued that the preliminary ruling procedure requires there to be a dialogue and close cooperation between the national fora and the Court.³³ The Court only provides a binding interpretation of EU law and the national courts are responsible for deciding the pending legal dispute and determining its legal consequences.³⁴ Therefore, the principle of equivalence does not require the provision of the same extraordinary remedies available to the decisions of the national constitutional courts.

Instead of establishing an analogy between the Court and the Polish Constitutional Court, the Court demanded that the full potential of interpretation in conformity with EU law be exhausted,³⁵ without demanding a *contra legem* interpretation.³⁶ However, the Court extended the obligations of the national courts to the effect that established case law should not prevent the courts from achieving an interpretation in line with EU law.³⁷ Courts are rather subject to an obligation of result and must ensure that the unfairness of consumer contract terms is examined.³⁸ This result can be, but does not have to be, achieved by interpreting the conditions of reopening the proceedings in conformity with EU law, because this is *a priori* not the only suitable option.³⁹ If the reopening remedy is unavailable, the consumer must have another legal remedy at his or her disposal to give them effective protection against unfair contractual terms.⁴⁰ This remedy can be available during the enforcement

29. Judgment, para 35.

30. Ibid., para 37.

31. Ibid., para 39.

32. Ibid., para 50.

33. Ibid., paras. 51–52.

34. Ibid., paras. 55–56.

35. Ibid., paras. 61–62.

36. Ibid., para 63.

37. Ibid., para 65.

38. Ibid., para 66.

39. Ibid., paras. 70–71.

40. Ibid., para 78.

proceedings or even thereafter.⁴¹ The first option requires suspension of the proceedings for the purpose of examining the unfairness of contractual terms; the second involves compensation for the damage caused by the application of unfair terms.⁴²

5. Comment

5.1. *Less equivalence, more effectiveness?*

Although the Member States are obliged to provide effective remedies, EU law does not require the introduction of extraordinary legal remedies other than those established by national law if the national remedies, by and large, provide fair access to justice.⁴³ These remedies must be the same for comparable claims based on national and on EU law. If national law enables the reopening of final decisions, that possibility must be available for claims based on EU law as well. This option depends heavily on the comparability or the analogy between the claims.

The judgment in *Târșia*⁴⁴ made it clear that there is no necessary analogy between administrative and private law cases, and therefore the possibility of reopening proceedings in private law does not mean that it must be possible to reopen administrative cases.⁴⁵ *XC* clarified that there is no analogy between the ECtHR and the ECJ, and the possibility of a retrial because of a violation of the ECHR does not require EU law to have the same remedy.⁴⁶ Nonetheless, the Court was rather unclear about whether there is an analogy between national constitutional courts and itself.⁴⁷ Given the description of the founding Treaties as a “constitutional charter”⁴⁸ and the establishment of an analogy between claims under a national constitution and those under EU

41. Ibid., para 79.

42. Ibid., paras. 82–83.

43. Case C-497/20, *Randstad Italia*, EU:C:2021:1037, para 62. Case C-261/21, *Hoffmann-La Roche*, para 47.

44. Case C-69/14, *Târșia*.

45. Sowery, “Equivalent treatment of Union rights under national procedural law: *Târșia*”, 53 CML Rev. (2016), 1705. Vincze, “Absteher oder Kehrtwende? Die aktuelle unionsrechtliche Beurteilung der Rechtskraft”, 51 EuR (2016), 544.

46. Case C-234/17, *XC*. Cf. Varga: “Retrial and principles of effectiveness and equivalence in case of violation of the ECHR and of the Charter: *XC*”, Case C-234/17, *XC* e.a., judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 October 2018, EU:C:2018:853”, 56 CML Rev. (2019), 1673. Schumann, “Ein Spiel über Bande: Zum Diskurs der Höchstgerichte über den Grundrechtsschutz in Strafsachen”, 73 *Österreichische Juristenzeitung* (2018), 850.

47. Case C-620/17, *Hochtief Solutions*.

48. Opinion 1/91, *Draft agreement on an European Economic Area*, EU:C:1991:490.

law,⁴⁹ it would be logical to claim some similarity. Denying it is a narrow understanding of the principle of equivalence, which the judgment compensates for by expanding the requirement to interpret national law in conformity with EU law.

To come to that conclusion, the judgment underlines the difference between the so-called *Anwendungsvorrang* and *Geltungsvorrang*.⁵⁰ Behind these two expressions lie two different concepts of primacy and the relationship between national and European law: the former (*Anwendungsvorrang*) does not require more than the disapplication of conflicting national law, the latter (*Geltungsvorrang*) also demands its invalidity.⁵¹ The Court argues, however, that it differs from the national constitutional courts precisely because it cannot determine the legal consequences of an infringement of EU law, and cannot pronounce national provisions to be invalid.⁵² This task is performed by the national courts, a fact which also implies the distinction between disapplication and a decision on the validity of national measures, and by extension that between *Anwendungsvorrang* and *Geltungsvorrang*. The problem is however that this clear-cut distinction was earlier questioned by the Court as it ruled in recent cases on the legal consequences including the nullity of Member State measures.⁵³ In *Rimšēvičs*,⁵⁴ the Court annulled a decision taken by a national anti-corruption authority although there was no express provision enabling it to do that.⁵⁵ This extension of European judicial authority was reinforced in the *W.Ż.* judgment,⁵⁶ which required declaring a decision of the Polish National Council of the Judiciary “null and void” if that

49. Case C-118/08, *Transportes Urbanos*, EU:C:2010:39.

50. See among others Skouris, “Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht”, 56 EuR (2021), 3; Hwang, “Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang?”, 51 EuR (2016), 355.

51. Leloup and Spieker, “Rethinking primacy’s effects: On creating, avoiding and filling legal vacuums in the national legal system”, 61 CML Rev. (2024), 913; Schütze, *European Constitutional Law* (OUP, 2012), pp. 349–358; Claes, “The primacy of EU law in European and national law” in Chalmers and Arnall (Eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law* (OUP, 2015), p. 178, pp. 182–188.

52. Dermine, “Op-Ed: “Profi Credit Polska (C-582/21) – Equivalence as an opportunity for introspection”, *EU Law Live* (22 April 2024).

53. Joined Cases C-202 & 238/18, *Rimšēvičs*, EU:C:2019:139; Case C-487/19, *W.Ż.*, EU:C:2021:798. See on this case law Dougan, “The primacy of Union law over incompatible national measures: Beyond disapplication and towards a remedy of nullity”, 59 CML Rev. (2022), 1301–1332.

54. Joined Cases C-202 & 238/18, *Rimšēvičs*.

55. Smits, “A national measure annulled by the European Court of Justice”, 16 EuConst (2020), 120, 139. See also Hinarejos, “The Court of Justice annuls a national measure directly to protect ECB independence: *Rimšēvičs*”, 56 CML Rev. (2019), 1649; Weinzierl, “Der EuGH erklärt erstmalig nationales Recht für ungültig”, 54 EuR (2019), 434.

56. Case C-487/19, *W.Ż.*

was necessary to give full effect to judicial independence.⁵⁷ If those two decisions crossed the Rubicon, then the Court returned by emphasizing that it has no power to rule on the legal consequences of breaking EU law. This contradiction needs to be resolved in the future.

It is also interesting that the Court ignored the delicate questions of analogy and offered another remedy: an extensive interpretation of national rules to achieve a result required by EU law.⁵⁸ Most probably, the Court seems to understand that national courts expect clear answers to the question of equivalence, which requires a meticulous comparison between national and European remedies. The ECJ cannot deliver this, but the exercise eats up valuable time and energy.⁵⁹ So, instead of a futile comparison, the Court imposes an obligation to achieve a result. This is a remarkable combination of lenience and rigour. On the one hand, it grants more autonomy and does not require proceedings to be reopened because that is not *a priori* the only suitable remedy. But if that remedy is not available, there must be another legal remedy, either an examination of the contested contractual terms during the enforcement procedure or eventual financial compensation if the judgment has been executed. What matters is an effective remedy against unfair contractual terms. This has several further consequences.

First, the judgment simply ignores the question of *res iudicata*. If the contractual terms were not examined during the regular proceedings, then any later review implies questions about finality and *res iudicata*. Second, the judgment sets new standards for access to justice contrary to recent case law. These standards apply to mandatory provisions of EU law, and so a fuzzy new category of EU law is created. Third, the judgment creates a claim for damages. And finally, all these challenge judicial attitudes, especially in the post-communist countries where judicial passivity often lingers.

5.2. Res iudicata as rule and principle

Without delving deeply into Dworkinian legal philosophy, it is necessary to differentiate between rules and principles.⁶⁰ The ECJ has always acknowledged the principle of *res iudicata*. This principle, however, is not the same as the national rules governing *res iudicata* in a particular Member State.⁶¹

57. Ibid., paras. 155 and 159. Maňko and Tacik, “Sententia non existens: A new remedy under EU law?”, CML Rev. 59 (2022), 1169.

58. Very similar argumentation in Case C-824/18, *A.B. and Others (Appointment of judges to the Supreme Court – Actions)*, EU:C:2021:153, para 146.

59. Claes, *The National Courts' Mandate* (Hart, 2006), p. 122.

60. Dworkin, “The model of rules”, 35 *University of Chicago Law Review* (1967), 14.

61. The same logic applied in Case C-107/23 PPU, *C.I. and Others*, EU:C:2023:606.

On an abstract level, *res judicata* is a principle, idea, or value derived from legal certainty requiring disputes to be declared settled after some time lapses.⁶² In this respect, it is similar to the statute of limitations, preclusion, acquisitive prescription or acquiescence: after a certain period, certain claims can no longer be asserted because legal certainty triumphs over justice. In this respect, it is indeed an emanation of a legal idea common to the Member States and *may justify* certain legal provisions of a Member State.⁶³

As Gustav Radbruch wrote, legal certainty, justice and effectiveness are equally rooted in the very idea of law itself.⁶⁴ How to strike a balance between these three equally important requirements is a question of rules, but not principles. And this balance varies in the different Member States in accordance with their national tradition.⁶⁵ The specific national legal rules set out the limits of *res judicata* somewhere between unlimited revocability and complete irrevocability. EU law respects that national solution as part of procedural autonomy as long as it provides for the minimal effectiveness of EU law and is even-handedly applied to claims based on national or EU law. The Court, however, provided no clear guidance on what this means in practice and under what circumstances a final decision needs to be reviewed if it is contrary to EU law.

In its present judgment, the Court paid the usual lip service to *res judicata*, and affirmed the importance of that principle in EU law, but failed to go further and to resolve the tension between an abstract idea of *res judicata*, its meaning in EU law and a concrete national rule. The previous case law was apparently unable to deliver any useful yardsticks. So, imposing liability on the Member States and their courts for a particular result seems easier. What matters for the Court is guaranteeing an effective remedy and an actual examination of unfair contractual terms. However, it is indifferent to how that happens and in this respect grants much more autonomy, though it is rigorous regarding the result.

The Court often opts for strategic ambiguity, but that also opens Pandora's box. Is there any hierarchy among the remedies (reopening and damages)? Can the Member States establish that hierarchy? What happens if the consumer does not exhaust the possible remedies? The Court has previously ruled that it is "a general principle common to the legal systems of the Member States that the injured party must show reasonable diligence in limiting the

62. Case C-600/19, *Ibercaja Banco*, EU:C:2022:394, para 41.

63. Vincze, "Dulde und liquidiere im Unionsrecht? – Zu den möglichen Folgen der Europarechtswidrigkeit und ihrem Verhältnis zueinander", 58 EuR (2023), 84, 88–90.

64. Radbruch, *Rechtsphilosophie* (C.F. Müller, 2003), pp. 73–74.

65. Vincze, *Unionsrecht und Verwaltungsrecht* (Nomos, 2016), pp. 133–154.

extent of the loss or damage, or risk having to bear the damage himself”.⁶⁶ The Court ignores how this requirement is to be reconciled with the demanded mollicoddling of consumers, which will obviously produce further requests for preliminary rulings.

5.3. Mandatory rules and access to justice

*Randstad Italia*⁶⁷ and *Hoffmann-La Roche* seemed to clarify that EU law does not require more than the minimal effectiveness of the judicial system and by and large fair access to justice.⁶⁸ If that is provided, further limitations of the right to a fair trial remains within the ambit of national procedural autonomy. Thus, EU law – especially the principle of effectiveness – does not require substantive assessments of public procurement cases by the highest court.⁶⁹ Similarly, a revision of a closed case based on an allegation that a national court “disregarded the interpretation of EU law provided by the Court of Justice” was not required in competition law, if generally fair access to justice was provided.⁷⁰

The present *Profi Credit Polska II* judgment seems to go beyond those widely set borders of national procedural autonomy. Consumers obviously deserve a higher standard and an actual examination of contractual terms. The Court explains this by the mandatory nature of consumer protection.⁷¹ This might be true, but the Court gives hardly any indication of what makes EU rules mandatory and why consumer protection belongs to mandatory rules.

A similar attitude has been perceived in State aid law, where *res judicata* is required to be overcome insofar as its application hinders the recovery of State aid granted in breach of EU law.⁷² The stubbornness in this field⁷³ implies that State aid rules are also mandatory. In other areas, however, the Court was much more lenient.

In a public procurement case, the Court declared that EU law does not require the reopening of proceedings because the claimant could not submit

66. Joined Cases C-104/89 & 37/90, *Mulder and Others*, EU:C:1992:217, para 33.

67. Case C-497/20, *Randstad Italia*.

68. Scarcello, “Effective judicial protection and procedural autonomy beyond rule of law judgments: *Randstad Italia*: Case C-497/20, *Randstad Italia SpA v. Umana SpA and Others*”, 59 CML Rev. (2022), 1445.

69. Case C-497/20, *Randstad Italia*, para 64.

70. Case C-261/21, *Hoffmann-La Roche*, para 51.

71. Judgment, paras. 72 and 75.

72. Case C-119/05, *Lucchini*. Cf. Hatje, “Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen”, 42 EuR (2007), 654; Turmo, “National *res judicata* in the European Union: Revisiting the tension between the temptation of effectiveness and the acknowledgement of domestic procedural law”, 58 CML Rev. (2021), 361, 371–375.

73. Case C-576/18, *Commission v. Italy*, EU:C:2020:202.

arguments based on a judgment of the Court which became accessible only after the claim had been lodged.⁷⁴ Similarly, a substantive assessment by the highest court is not required in public procurement.⁷⁵ Moreover, in competition law, the Court does not “require Member States to allow individuals to seek revision of a judicial decision given at last instance on the ground that [it] disregards the interpretation of EU law provided by the Court in response to a request for a preliminary ruling that had been made in the same case”.⁷⁶

In light of these previous cases, the present *Profi Credit Polska II* judgment is much more interesting. What are mandatory provisions of EU law that need to be applied at any time, and what are not? Why do unfair contractual terms belong to one group, whereas public procurement and competition law seem to belong to the other? Usually, mandatory rules cannot be derogated from (“excluded, altered or limited”)⁷⁷ by agreement and the parties must observe them. The problem is mainly that the Court was rather lenient in public procurement and competition law, which are usually seen as mandatory and rigorous in consumer protection, without explaining the difference.

5.4. *Damages*

If enforcement proceedings have come to an end and no other remedies are available, the Court requires – for the sake of effectiveness – a compensation to be paid for the financial damage caused by the application of unfair terms.⁷⁸ Although the judgment is not phrased in the clearest terms, it speaks of the liability of the contractual partner⁷⁹ without examining what the application of the unfair terms actually means.

Before the compensation phase was reached, the contested terms were namely applied several times in one way or the other. They were incorporated into a contract, the consumer was requested to pay based on them, a court action was filed, a judgment delivered and, finally, a bailiff needed to execute it. This point was reached without any thorough examination of the unfairness of the contractual terms applied, which raises some unpleasant questions of eventual joint liability and risk distribution between the consumer, his or her contractual partner, and the judiciary.

74. Case C-300/17, *Hochtief*, EU:C:2018:635.

75. Case C-497/20, *Randstad Italia*, para 64.

76. Case C-261/21, *Hoffmann-La Roche*, para 51.

77. Hartley, “Mandatory rules in international contracts: The common law approach”, 266 RCADI (1997), 345.

78. Judgment, para 83.

79. Opinion, para 190.

Liability and compensation have several objectives, one of which is preventing future unlawful behaviour.⁸⁰ If the consumer's contractual partner is solely liable for eventual damages, especially if that also includes indirect and consequential damages, he or she will have a strong incentive to avoid the contested clauses in the future. Nonetheless, such a broad liability makes him or her responsible for omissions and passivity of the courts, which have not examined the contractual terms *ex officio*. This result does not sound fair, just, and reasonable.

Eventual joint liability, however, is also problematic. Courts not applying EU law, or in the present case not examining consumer contracts thoroughly, are liable in accordance with the *Köbler* criteria. These require a sufficiently serious breach of EU law and direct causation between that breach and the financial loss incurred.⁸¹ This remedy has proved itself to be ineffective.⁸² National courts – probably due to a confirmation bias⁸³ – tend to exculpate themselves from eventual breaches of EU law.⁸⁴ Consequentially, one can easily find oneself between a rock and a hard place, where the contractual partner's sole liability is inconsistent with the attributable causation and joint liability is predictably ineffective.

5.5. Challenging judicial attitudes

The cruelty of a default judgment is described graphically in Ernst Ottwalt's epic novel *Denn sie Wissen was sie tun*, which describes the judiciary in the Weimar Republic as full of class biases, and resisting democratization and societal transformation. In that book, a fictitious Frau Lansing cannot appear timely before a judge because she gets lost in the huge judicial palace, and in the meantime, a default judgment is entered against her. Although FY was, at least for the first time, much less concerned about the outcome than the

80. Kadner Graziano, "The purposes of tort law: Article 10:101 of the Principles of European Tort Law reconsidered", 14 *Journal of European Tort Law* (2023), 23.

81. Beutler, "State liability for breaches of Community law by national courts: Is the requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle?", 46 *CML Rev.* (2009), 773.

82. Varga, *The Effectiveness of the Köbler Liability in National Courts* (Hart, 2020).

83. Zamir and Teichman, *Behavioral Law and Economics* (OUP, 2018), pp. 58–61.

84. Lock, "Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich", 49 *CML Rev.* (2012), 1675. Granger, "Francovich liability before national courts: 25 years on, has anything changed?" in Giliker (Eds.), *Research Handbook on EU Tort Law* (Edward Elgar, 2017), p. 93. The liability is classified as a "white elephant" by Kornezov, "The new format of the acte clair doctrine and its consequences", *CML Rev.* (2016), 1317, 1331, and described as a robe of Nessus by Vincze, "Abstecher oder Kehrtwende?", 51 *EuR* (2016), 544, 551.

woman in the novel, the Polish judge seems to be from those times with a very rigid judicial attitude.

Despite any lack of doctrinal sharpness, the main expectation of the judgment is still that judges actively lend a hand to consumers and check the unfairness of contractual terms *ex officio*. Whether they actually do so depends not only on the national procedural rules, which show impressive variations across Europe,⁸⁵ but also on national legal cultures and judicial attitudes.⁸⁶ These informal elements shape judicial behaviour and influence judicial performance.⁸⁷

Judicial passivity is a very well-known element of the formalist socialist legal tradition that still lingers on three decades after the transition to democracy.⁸⁸ Judicial behaviour under socialist legality⁸⁹ is described as hyper-positivist,⁹⁰ or “mechanical” or “textualist”.⁹¹ This attitude was very formalistic in argument, preferred black-letter over legal principles, favoured dismissing claims on side issues or formal grounds and vehemently avoided decisions on the merits.⁹² The aim was to minimize judicial responsibility for the outcomes of any disputes. This was in part a self-defending strategy.

This mindset as part of legal culture has unfortunately survived the democratic transition in several post-communist countries, and judges often reduce their involvement to a minimum, are rarely interested in the deeper implications (economic or social) of a case, and do not rebel too much against higher national courts. Personal behaviour is often the result of informal institutions incentivizing judicial passivity, indifference, and servility towards higher instances.⁹³

85. Ancery, “Consumer credit contracts and ex officio application: A Dutch perspective”, 10 *Journal of European Consumer and Market Law* (2021), 160.

86. About judicial culture see Bell, *Judiciaries within Europe* (Cambridge University Press, 2006); Mak, “Researching judicial cultures in the European Union: Lessons from John Bell” in Turenne (Eds.) *Reasons and Context in Comparative Law: Essays in Honour of John Bell* (Cambridge University Press, 2023), pp. 251–274.

87. Kosař, Šipulová and Urbániková, “Informality and courts: Uneasy partnership”, 24 *GLJ* 2023, 1239.

88. Maňko, “Legal survivals and the resilience of juridical form”, *Law and Critique* (2023).

89. Gardos-Orosz, “Two influential concepts: Socialist legality and constitutional identity and their impact on the independence of the judiciary”, 22 *GLJ* (2021) 1327, 1329–1335.

90. Maňko, op. cit. *supra* note 88.

91. Cserne, “Discourses on judicial formalism in Central and Eastern Europe: Symptom of an inferiority complex?”, 28 *European Review* (2020), 880.

92. Maňko, “Survival of the socialist legal tradition? A Polish perspective”, 4 *Comparative Law Review* (2013), 1. Bencze, “Judicial populism and the Weberian judge – The strength of judicial resistance against governmental influence in Hungary”, 22 *GLJ* (2021), 1282.

93. Vincze, “Schrödinger’s judiciary – Formality at the service of informality in Hungary”, 24 *GLJ* (2023), 1432.

This sociological aspect needs to be highlighted because the Court requires national judiciaries to overcome their internalized behaviour. The Court notes:

“that the requirement to interpret national law in conformity with EU law includes, in particular, the obligation for national courts to change established case law, where necessary if it is based on an interpretation of national law that is incompatible with the objectives of a directive”.⁹⁴

Consequently, a national court must abandon a consistent interpretation of a national provision if that interpretation is incompatible with EU law. That, however, requires a good deal of independence and the assurance that career prospects will not suffer if a national judge sides with the ECJ against the national apex court. As long as judges are incentivized to obey the national Supreme Court if they want to climb the ladder and are penalized if they go the opposite way, the effectiveness of EU law will suffer, but that remains under Court’s or the Commission’s radar. This is an untold chapter of the rule of law crisis in the EU.⁹⁵

6. Conclusion

The judgment was obviously intended to end the confusion around the reopening of the proceedings required under EU law and to redraw the limits of procedural autonomy.

The Court seems to place trust in the national judiciaries because it broadens Member States’ procedural autonomy on the one hand and imposes a liability for results on the other.⁹⁶ The Court, of course, cannot micromanage national judiciaries (even if some national judges would evidently prefer that outcome), and therefore must trust them to provide actual and not merely formal access to justice. What that means in practical terms, however, remains unresolved.

This is a higher standard of review and it is not completely consistent with earlier case law. The meaning of mandatory rules of Union law requiring this more rigorous scrutiny remains enigmatic. Most probably, the number of

94. Judgment, para 65.

95. Hanelt and Vincze, “Managing courts in competitive authoritarian regimes: Co-optation, repression and resistance in Hungary”, 18 *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* (forthcoming 2024).

96. Kullak, *Vetruen in Europa* (Mohr, 2020).

preliminary questions regarding an eventual obligation to reopen proceedings will subside, but the questions about the mandatory nature of EU provisions will start flowing again.

Attila Vincze^{*}

^{*} Senior lecturer at the Judicial Studies Institute, Faculty of Law, Masaryk University Brno. The research leading to this article has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (INFINITY, grant agreement no. 101002660).

Rechtsschutzauftrag oder Rechtsstaatlichkeitskriterium? Zum Bedeutungswandel des Art. 19 EUV in der Rechtsprechung des EuGH 62 *Der Staat* (2023), pp. 71-89

Abstract

The Treaty of Lisbon imposed on Member States the obligation and responsibility to ensure effective legal protection. In recent years, this mandate has been transformed into a benchmark for judicial independence and, consequently, into a tool for resolving the EU's crisis of the rule of law. However, this substantive legal perspective is very narrow, neglects procedural obstacles, and is therefore one-sided. This article highlights the formal and informal obstacles to enforcing these newly established standards of judicial independence and emphasizes that access to the courts—as part of effective legal protection—is a prerequisite for any assessment of judicial independence.

BERICHTE UND KRITIK

RECHTSSCHUTZAUFTRAG ODER RECHTSSTAATLICHKEITSKRITERIUM?

Zum Bedeutungswandel des Art. 19 EUV in der Rechtsprechung des EuGH

Von Attila Vincze, Brunn*

I. Problemaufriss

Der Vertrag von Lissabon verpflichtet die Mitgliedstaaten, das System der unionsrechtlichen Rechtsbehelfe auf mitgliedstaatlicher Ebene zu ergänzen und insbesondere die wegen der beschränkten Klagebefugnis vor europäischen Gerichten bestehenden Lücken zu schließen.¹ Dieses Mandat beruht auf dem grundsätzlichen Vertrauen² in die mitgliedstaatlichen Verfahrensgarantien und soll die Dezentralität des Rechtsschutzes im Sinne einer loyalen Zusammenarbeit verstärken.³ Das vorhandene Potential wurde jedoch nicht ausgeschöpft, stattdessen erlebte und erlebt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einen Bedeutungswandel und dient nun als substantieller Maßstab, an dem die rechtsstaatlichen Garantien der nationalen Gerichtsbarkeit gemessen werden (II.). Dieser Wandel wird oft als ein Ausweg aus der Rechtsstaatlichkeitsmisere⁴ bejubelt, ohne jedoch dabei die prozessrechtlichen Rahmenbedingungen (III.) oder Fragen der Beweisführung (IV.) in den Blick zu nehmen und die ihnen gebührende Aufmerksamkeit zu widmen, obwohl beide die materiellrechtliche Prüfung vorprogrammieren, teilweise einengen oder sogar ausschließen können. Mit dieser Fokussierung auf die objektiven Rechtsstaat-

* Das Manuskript entstand im Rahmen des durch das European Research Council (ERC) finanzierten EU-Rahmenprogramms für Forschung und Innovation Horizont 2020 (INFINITY, grant agreement no. 101002660). Der Autor dankt Prof. Dr. András Jakab und Michael Wilding für die wertvollen Anmerkungen zu einer früheren Version des Manuskripts.

¹ Bernhard W. Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 19 EUV Rn. 64.

² Elena Marie Kullak, Vertrauen in Europa, 2020.

³ Thomas Jaeger, Gerichtsorganisation und EU-Recht: Eine Standortbestimmung, EuR 2018, S. 611 (615–620).

⁴ Oliver Mader, Wege aus der Rechtsstaatsmisere: der neue EU-Verfassungsgrundsatz des Rückschrittsverbots und seine Bedeutung für die Wertedurchsetzung, EuZW 2021, S. 917.

lichkeitskriterien (auf den „*European way of life*“⁵) einhergehend, wurde die Wirksamkeit der Rechtsbehelfe, also der ursprüngliche, an die Mitgliedstaaten gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV gerichtete Auftrag denaturiert und in ein Justizförmigkeitskriterium umgewandelt, was weder gewollt war noch praktisch ist (V.). Diese Entwicklungen führen zu einer eher ernüchternden Bilanz (VI.).

II. Die Objektivierung von Art. 19 EUV als Rechtsstaatlichkeitskriterium

Die Genese des Rechtsschutzauftrages der Mitgliedstaaten gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV geht auf die Begrenzungen der Klagebefugnis des Einzelnen in den Urteilen *Jégo-Quéré*⁶ und *Unión de Pequeños Agricultores*⁷ zurück. Der EuGH hat in diesen Entscheidungen – trotz der abweichenden Auffassung des EuG und einzelner Generalanwälte – klargestellt, dass die zentralen und dezentralen Rechtsschutzinstrumente (also die Nichtigkeitsklage sowie das Vorabentscheidungsverfahren) ein umfassendes System bilden, mit dem die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe gewährleistet wird. Da die Klagebefugnis natürlicher oder juristischer Personen zur Anfechtung allgemeiner Normen der EU beschränkt ist,⁸ haben die Mitgliedstaaten die Aufgabe, „ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann“.⁹ Aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit folgte dementsprechend die Pflicht, die Prüfung der Rechtmäßigkeit nationaler Entscheidungen oder anderer Maßnahmen zu gewährleisten, damit eine inzidente Prüfung der Gültigkeit der auf den konkreten Sachverhalt angewandten Unionsnorm möglich ist.¹⁰

Diese Verpflichtung wurde von der konkreten Entscheidung gelöst und als allgemeiner Rechtsschutzauftrag im Vertrag von Lissabon kodifiziert. Die Mitgliedstaaten wurden verpflichtet, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, „damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist“. Diese rechtsschutzeffektuierende Aufgabe der Mitgliedstaaten¹¹ ist wesentlich breiter als die ursprünglich vom EuGH in-

⁵ Treffend *Frank Schorkopf*, *Europäischer Konstitutionalismus oder die normative Behauptung des „European way of life“*, NJW 2019, S. 3418.

⁶ EuG, Urt. v. 3. 5. 2002, Rs. T-177/01, ECLI:EU:T:2002:112 – *Jégo-Quéré*; aufgehoben durch EuGH, Urt. v. 1. 4. 2004, Rs. C-263/02 PECLI:EU:C:2004:210 – *Jégo-Quéré*. Hierzu *Christopher Brown/John Morijn*, Case C-263/02 P Commission v. *Jégo-Quéré & Cie SA*, *Common Market Law Review* 2004, S. 1639 (1649).

⁷ EuGH, Urt. v. 25. 7. 2002, Rs. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462 – *Unión de Pequeños Agricultores*.

⁸ EuGH (Fn. 7) Rn. 40; EuGH (Fn. 6) Rn. 30.

⁹ EuGH (Fn. 7) Rn. 41; EuGH (Fn. 6) Rn. 31.

¹⁰ EuGH (Fn. 7) Rn. 42; EuGH (Fn. 6) Rn. 32.

¹¹ So *Carsten Nowak*, in: Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, § 11 Rn. 10.

tendierte und funktioniert in der Realität als ein objektiv-rechtliches Pendant des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf gemäß Art. 47 GRC.¹² Wahrscheinlich hat eben diese objektiv-rechtliche Dimension – also die anscheinend fehlende Individualisierbarkeit – dazu beigetragen, dass Streitigkeiten über Mängel der mitgliedstaatlichen Rechtsschutzmechanismen aufgrund der Nichtberücksichtigung des Unionsrechts die Auslegung von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nur ausnahmsweise und *per tangentem* betroffen haben. Denn die ursprüngliche Frage betraf die Grenzen der Verfahrensautonomie bei der Schaffung der jeweiligen Rechtsbehelfe und weniger ihre objektiv- oder subjektiv-rechtliche Dimension. Dementsprechend waren sehr ähnliche Fragen in Bezug auf die Wirksamkeit der innerstaatlichen Rechtsbehelfe mit oder ohne Bezug zu Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV vom EuGH zu entscheiden, ohne dass es zu einem nennenswerten Unterschied in der Auslegung gekommen wäre, wie die Judikatur in den Rechtssachen *Târșia*¹³ *Hochtief Solutions*,¹⁴ *Hochtief AG*,¹⁵ *XC*,¹⁶ *Randstad Italia*¹⁷ sowie *Hoffmann-La Roche*¹⁸ plastisch illustriert.

Im Gegensatz zu dieser zurückhaltenden Rechtsprechung zur Wirksamkeit der staatlichen Rechtsschutzinstrumente kam es zu einer „kopernikanische[n] Wende“, als begonnen wurde, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV mit der richterlichen Unabhängigkeit zu verknüpfen und in ihm eine Organisationsgarantie der Justiz zu sehen. Seit der Feststellung in der Rechtssache *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*¹⁹, dass die Bezahlung portugiesischer Richter eine Angelegenheit des Unionsrechts ist, wurde mehrmals bekräftigt, dass der Aufbau der Gerichtsbarkeit nicht nur als eine rein innerstaatliche Sache anzusehen ist, sondern diesem Aufbau auch eine europäische Dimension inneohnt.²⁰ Daraus wurde ein Rückschrittverbot (*non-regression*) entwickelt²¹ und den Mitgliedstaaten die Pflicht auferlegt, keine „Regeln zu erlassen, die

¹² Hanns Peter Nehl, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 47 GRC Rn. 2.

¹³ EuGH, Urt. v. 6. 10. 2015, Rs. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662 – *Târșia*.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 29. 7. 2019, Rs. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630 – *Hochtief Solutions AG*.

¹⁵ EuGH, Beschl. v. 18. 12. 2019, Rs. C-362/18, ECLI:EU:C:2019:1100 – *Hochtief AG*.

¹⁶ EuGH Urt. v. 24. 10. 2018, Rs. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853 – *XC*.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 21. 12. 2021, Rs. C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037 – *Randstad Italia*, insb. Rn. 77–80.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 7. 7. 2022, Rs. C-261/21, ECLI:EU:C:2022:534 – *Hoffmann-La Roche*.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 27. 2. 2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

²⁰ Matteo Bonelli/Monika Claes, Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary, *European Constitutional Law Review* 2018, S. 622; Laurent Pech/ Sébastien Platon, Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case, *Common Market Law Review* 2018, S. 1827; Jaeger (Fn. 3), S. 611 (620–623).

²¹ Mathieu Leloup/Dimitry Kochenov/Dimitrovs Aleksejs, Opening the door to solving the „Copenhagen dilemma“? All eyes on *Repubblika v II-Prim Ministru*, *European Law Review* 2021, S. 692; Mader (Fn. 4), S. 917 (921).

die richterliche Unabhängigkeit untergraben würden.²² Diese Pflicht wurde später sogar zu einer „Ergebnispflicht“²³ und einer Fortschrittspflicht weiterentwickelt.²⁴ Als Teil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen²⁵ ermöglicht diese genuin europarechtliche Auffassung der richterlichen Unabhängigkeit²⁶ organisatorische Änderungen der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit zu prüfen,²⁷ wie Entscheidungen zum Ruhestandsalter,²⁸ der Zusammensetzung von Disziplinargerichten,²⁹ zur Abordnung³⁰ oder zur dienstrechtlichen Verantwortung der Richter³¹ zeigen.

Die Gerichtsbarkeit in den Mitgliedstaaten ist jedoch vielfältig, was zum einen Teil eine dem faktischen Befund entsprechende Beschreibung der Verfahrensautonomie ist, zu einem anderen Teil wird diese Vielfältigkeit auch der Ver-

²² EuGH Urt. 20. 4. 2021, Rs. C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 – *Repubblica v Il-Prim Ministru*, Rn. 64; bestätigt durch EuGH, Urt. v 18. 5. 2021 verb. Rs. C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393 – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“*, Rn. 162; EuGH Urt. 15. 7. 2021, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen*, Rn. 51.

²³ EuGH (Fn. 22) – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“*, Rn. 250.

²⁴ *Madalina Moraru/Raluca Bercea*, The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, *European Constitutional Law Review* 2022, S. 82.

²⁵ EuGH Urt. v. 19. 11. 2019, verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A. K., Rn. 120. Kritisch zur Ableitung aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen *Peter M. Huber*, Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten – Identifizierung und Konkretisierung –, *EuR* 2022, S. 145 (149). Demgegenüber betonen *Krajewski* und *Ziólkowski* die Näherung der Standards der EMRK und der EU *Michał Krajewski/Michał Ziolkowski*, *EU judicial independence decentralized*: A.K., *Common Market Law Review* 2020, S. 1107.

²⁶ *Rafael Bustos Gisbert*, *Judicial Independence in European Constitutional Law*, *European Constitutional Law Review* 2022, S. 591.

²⁷ *Aida Torres Pérez*, From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2020, S. 105; *Ondřej Kandlec/David Kosař*, Romanian version of the rule of law crisis comes to the ECJ: The AFJR case is not just about the Cooperation and Verification Mechanism, *Common Market Law Review* 2022, S. 1823.

²⁸ EuGH Urt. v. 5. 11. 2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen*; EuGH Urt. v. 24. 6. 2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615 – *Kommission/Polen*. Hierzu *Piotr Bogdanowicz/Maciej Taborowski*, How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience, *European Constitutional Law Review* 2020, S. 306; *Beáta Bakó*, Judges Sitting on the Warsaw-Budapest Express Train: The Independence of Polish and Hungarian Judges Before the CJEU, *European Public Law*, 2020, S. 587 (591–595).

²⁹ EuGH (Fn. 25); *Bakó* (Fn. 28) S. 587 (601–604).

³⁰ EuGH Urt. v. 16. 11. 2021, verb. Rs. C-748/19 bis C-754/19, ECLI:EU:C:2021:931 – *W.B.*

³¹ EuGH (Fn. 22) – *Kommission/Polen*; EuGH (Fn. 22) – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“*; EuGH Urt. v. 22. 2. 2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99 – *R.S.*

fassungsidentität zugeschrieben.³² Aus diesem Grund muss die Frage, welche Aspekte der Justiz eben jene, die nationale überlagernde,³³ europäische Dimension haben, die auch vom EuGH überprüfbar sind,³⁴ beantwortet werden. Vorgeschlagen wurde, den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV „auf die Korrektur von Problemen in Bezug auf strukturelle Unzulänglichkeiten in einem bestimmten Mitgliedstaat“ zu beschränken, die „am besten als systemische oder allgemeine Mängel“ zu bezeichnen sind, da sie die Unabhängigkeit in ihrem „Wesensgehalt“ antasten³⁵ und eine gewisse, über die bloße Möglichkeit hinausgehende, Ernsthaftigkeit der Gefahr verlangen.³⁶

Von strukturellen Unzulänglichkeiten ist dann zu sprechen, wenn diese „sich unweigerlich auf den Vorabentscheidungsmechanismus nach Art. 267 AEUV“ auswirken.³⁷ Da sich *bereichsübergreifende und strukturelle Änderungen* der nationalen Gerichtsbarkeit logischerweise auf *sämtliche* von den nationalen Gerichten wahrgenommene *Aufgaben* auswirken, beeinträchtigen sie auch ihre Funktion als „Unionsgerichte“. ³⁸ Der EuGH scheint jedoch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV breiter verstehen zu wollen³⁹ und ganz allgemein scheint eine Grenzziehung zwischen strukturellen Mängeln und Bagatellsachen zumindest schwierig, vielleicht sogar unmöglich zu sein,⁴⁰ da für eine Systemrelevanz keine beträchtliche Anzahl von Fällen oder die Betroffenheit großer Teile des nationalen Rechtssystems vorliegen muss,⁴¹ sondern auch die Beeinträchtigung einer Institution von herausragender Bedeutung ausrei-

³² Das polnische Verfassungsgericht hat sowohl in Bezug auf die EU (Urteil vom 7. Oktober 2022, Az. K 3/21) als auch auf die EMRK betont, dass die Justiz zum *domaine réservé* des Staates gehört, hierzu *Marten Breuer*, Principled Resistance’ Meets ‘ultra vires’: New Techniques in Opposing ECtHR Judgments, *ZaöRV* 2022, S. 641. Das ungarische Verfassungsgericht hat dieselbe Meinung in einem Urteil zum Einheitlichen Patentgericht vertreten, hierzu *Gombos/Orbán*, The Hungarian and German constitutional courts refused the ratification of the agreement on a Unified Patent Court. What’s next?, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, S. 1.

³³ *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Herdegen/Masing/Poscher/ders. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, § 13 Rn. 64.

³⁴ GA Bobek, Schlussantrag v. 23.9.2020, verb. Rs. C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, ECLI:EU:C:2020:746 – Asociația „Forumul Judecătorilor din România“, Rn. 243.

³⁵ GA Tanchev, Schlussantrag v. 20.6.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:529 – Kommission/Polen, Rn. 115; ders., Schlussantrag v. 27.6.2019 verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:551 – A.K., Rn. 145–147.

³⁶ Ein vermeintlicher Erledigungsdruck in Bezug auf die zügige Abarbeitung der Rechtssachen reicht hierfür nicht aus, EuGH, Urt. v. 9.7.2020, Rs. C-272/19, ECLI:EU:C:2020:535 – Land Hessen.

³⁷ GA Tanchev, Schlussantrag v. 24.9.2019 verb. Rs. C-558/18 und C-563/18, ECLI:EU:C:2019:775 – Miasto Łowicz, Rn. 92.

³⁸ GA Bobek, Schlussantrag v. 30.4.2019, Rs. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:339 – Torubarov, Rn. 54.

³⁹ *Bogdanowicz/Taborowski* (Fn. 28), S. 307 (320).

⁴⁰ GA Bobek (Fn. 34), Rn. 207–208.

⁴¹ GA Bobek, Schlussantrag v. 20.5.2021, verb. Rs. 748/19 bis C-754/19, ECLI:EU:C:2021:403 – WB, Rn. 148.

chen kann⁴² und sogar die zutreffende Formulierung einer auf den ersten Blick geringfügigen Frage zu einer systemischen Unzulänglichkeit umqualifiziert werden kann.⁴³ Der EuGH scheint einen groben *inhaltlichen* Filter für die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zu verwenden und verlangt einen tatsächlichen, nicht nur bloß möglichen Bezug zum Unionsrecht, wobei dieser auch locker sein kann.⁴⁴ Diese substantielle Sicht lenkt jedoch die Aufmerksamkeit vom Prozessrecht weg und selten wird die Frage gestellt, welche Rechtssachen den EuGH überhaupt erreichen.

III. Prozessrechtliche Filter der Rechtsstaatlichkeitsprüfung

Welche Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit den EuGH tatsächlich erreichen, hängt nicht zuletzt auch davon ab, welche dieser Aspekte prozessual überhaupt thematisiert werden bzw. werden können. Bekanntlich bieten die Gründungsverträge zwei Wege an: (1) entweder kann die Kommission, als Hüterin der Verträge, bestimmte Meinungsverschiedenheiten, einschließlich der Unabhängigkeit der Justiz,⁴⁵ mittels eines Vertragsverletzungsverfahrens gerichtlich klären lassen, (2) oder die mitgliedstaatlichen Gerichte können dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen.

1. Vertragsverletzungsverfahren

Die Kommission leitet ein Verfahren nur in sehr wenigen Fällen ein und im Vergleich mit den zahlreichen Rügen und Kritiken, die in den Berichten über die Rechtsstaatlichkeit enthalten sind, erreicht nur ein Bruchteil dieser Rügen und Kritiken den EuGH in Form einer Klage.⁴⁶ Die Kommission hat ein Vorrrecht zu bestimmen, in welchen Fällen sie ein Vertragsverletzungsverfahren

⁴² GA Tanchev, Schlussantrag v. 17. 12. 2020, Rs. 824/18, ECLI:EU:C:2020:1053 – A.B., Rn. 129.

⁴³ GA Bobek (Fn. 34), Rn. 222.

⁴⁴ EuGH Urt. v. 26. 3. 2020, verb. Rs. C-558/18 und C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234 – Miasto Łowicz, Rn. 49–51.

⁴⁵ EuGH (Fn. 28); *Bakó* (Fn. 28), S. 587 (598–601).

⁴⁶ Die Kommission hat eigentlich nur in wenigen Fällen die Rechtsstaatlichkeit direkt gerügt, die zwei Fälle hinsichtlich der Herabsetzung des Ruhestandsalters der polnischen Richter (Fn. 28) waren juristisch gesehen eigentlich nicht kompliziert, sie wurden schon früher im Zusammenhang mit Ungarn entschieden, vgl. EuGH, Urt. 6. 11. 2012, Rs. C-286/12 – *Kommission/Ungarn*, kritisch *Bakó* (Fn. 28), S. 587 (591–592). Das Verfahren wegen der disziplinarischen Verantwortung der Richter löste eine weitreichende Debatte über den Vorrang des Unionsrechts aus, EuGH (Fn. 22) *Kommission/Polen*; hierzu *Luke Dimitrios Spieker*, The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law: *Commission v. Poland*, Common Market Law Review 2022, S. 777. Das dritte Verfahren ist noch anhängig, EuGH Rs. C-204/21 – *Kommission/Polen*.

einleitet,⁴⁷ was auch – wegen der effektiven Nutzung der beschränkten sachlichen und personellen Ressourcen und der möglichen Vor- und Nachteile einer Auseinandersetzung mit einem Mitgliedstaat⁴⁸ – gewissen Opportunitätserwägungen unterliegt. Dies erscheint zumindest dann kontrovers, wenn sie Mitgliedstaaten in einem rechtlich unverbindlichen Bericht tadelt, aber ansonsten keine weiteren Schritte unternimmt.

Die Wahl des Präsidenten des ungarischen Obersten Gerichts (Kúria) wurde z. B. beanstandet, weil er trotz einer ablehnenden Stellungnahme des Landesrichterrats (aufgrund fehlender richterlicher Erfahrung des damaligen Kandidaten) gewählt wurde.⁴⁹ Diese delicate Frage wurde jedoch gerichtlich nicht weiter verfolgt.⁵⁰ Die Entscheidung der Kommission ist dahingehend verständlich, dass die Stellungnahme des Landesrichterrates formal nicht verbindlich (und damit die Ernennung formal nicht rechtswidrig) war, die Ablehnung vielmehr auf einer früher weitgehend respektierten Konvention beruhte, dass die Präsidenten des Obersten Gerichts aus der Mitte der Richterschaft gewählt werden. Diese wurde jedoch 2019 formal geändert. Ein eventueller Rechtsstreit hätte deshalb auch die bisher ungeklärten und aus diesem Grund risikobehafteten Fragen, ob und inwieweit die Nuancen der Richterbestellung,⁵¹ ihre formal einwandfreie Abänderung bzw. die Bindungskraft informeller Regeln, europarechtlich überhaupt überprüfbar und an einem genuin europarechtlichen Standard zu messen sind, betroffen.

⁴⁷ Ulrich Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 77. EL September 2022, Art. 258 AEUV, Rn. 14–16.

⁴⁸ Karpenstein (Fn. 47), Rn. 4–7; Tanja Börzel, Why Noncompliance: The Politics of Law in the European Union, 2021, S. 20–23. Sivaram Chervu, When does the European Commission Pursue Noncompliance?, European Union Politics 2022, S. 375. Daniel Kelemen/Tommaso Pavone, Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supranational Forbearance in the European Union, APSA Preprints 2022, doi: 10.33774/apsa-2022-c0qjl.

⁴⁹ Europäische Kommission, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2021 (SWD[2021] 714 final), Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn.

⁵⁰ Den juristisch ebenso problematischen Amtsverlust des früheren Präsidenten Baka hat die Kommission gerichtlich nicht verfolgt, Attila Vincze, Dismissal of the President of the Hungarian Supreme Court: ECtHR Judgment Baka v. Hungary, European Public Law 2015, S. 445.

⁵¹ Zur Zurückhaltung des EuGH in dieser Frage Krajewski/Ziólkowski (Fn.25), S. 1107 (1116–1123). Die Kuriositäten beschränken sich nicht auf Ungarn, vgl. z.B. Christopher Orth, Verfassungsrichter und ihre frühere Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren, 2022; Ulf Domgörgen, Vom parteipolitischen Zugriff auf hohe Richterämter, NVwZ 2022, S. 1073. Umfassend aus österreichischem Blickwinkel zur Richterbestellung Markus Vašek, Die Richterbestellung in Österreich, Wien 2022.

2. Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren,⁵² als zweiter möglicher Weg zum EuGH, setzt einen Rechtsstreit vor einem nationalen Gericht voraus, mit dem Fragen der Unabhängigkeit der Justiz verknüpft sind.⁵³ Diese Bedingung folgt aus der Voraussetzung, dass hypothetische Fragestellungen, die nicht mit der Entscheidung des Rechtsstreits zusammenhängen, sondern durch die der EuGH lediglich zur Abgabe eines „Rechtsgutachtens“ bewegt werden soll, abgewiesen werden.⁵⁴ Insoweit unterscheidet sich die Frage der Lohnkürzungen für portugiesische Richter⁵⁵ von der Frage der Entlohnung ihrer ungarischen Kollegen,⁵⁶ da im ersten Fall ganz genau diese Frage Streitgegenstand im nationalen Verfahren war, während im zweiten Verfahren lediglich das Recht auf Dolmetschen zu interpretieren war, der Richter dies jedoch mit seinen eigenen Arbeitsbedingungen verknüpfte. Dieser im zweiten Verfahren geschaffene hypothetische Zusammenhang mit dem Streitgegenstand zeigt jedoch auch die prozessualen Schranken des Verfahrens. Bisher haben sich drei Konstellationen von Vorabentscheidungsfragen herauskristallisiert, in denen die richterliche Unabhängigkeit problematisiert wird.

a) Vorabentscheidungsverfahren vom „Außen“

Zum einen handelt es sich um Verfahren, die insbesondere im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit und im Zusammenhang mit der Nicht-Anerkennung bzw. Nicht-Durchsetzung eines europäischen Haftbefehls wegen befürchteter fehlender Unabhängigkeit des Richters in einem anderen Mitgliedstaat, angestrengt werden.⁵⁷ Das Verfahren hat seinen Ursprung also nicht im betroffenen Mitgliedstaat, sondern in einem anderen, in dem das erkennende Gericht (begründet oder unbegründet) Besorgnisse hinsichtlich der Standards des anderen Mitgliedstaats hegt. Der EuGH verlangt in diesen Verfahren eine direkte und nachweisliche Verbindung zwischen dem konkreten Fall und den angeblichen Unzulänglichkeiten der richterlichen Unabhängigkeit.

⁵² Die Unabhängigkeit des Gerichts hat nach Art. 267 AEUV eine andere Bedeutung als nach Art. 19 I UAbs. 2 EUV; ansonsten wäre das Vorabentscheidungsverfahren wegen einer Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit nicht möglich, da ein nicht unabhängiges Gericht nicht den Kriterien des Art. 267 AEUV entspricht, hierzu *Charlotte Reyns*, *Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?*, *European Constitutional Law Review*, 2021, S. 26.

⁵³ EuGH (Fn. 44), Rn. 49–51.

⁵⁴ *Wegener* (Fn. 1), Art. 267 AEUV, Rn. 24.

⁵⁵ EuGH (Fn. 19).

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 23.11.2021, Rs. C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949 – IS; hierzu *Kim Lane Scheppele*, *The law requires translation: The Hungarian preliminary reference on preliminary references*: IS, *Common Market Law Review* 2022, S. 1107.

⁵⁷ EuGH Urt. 25.7.2018, Rs. C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586 – LM; EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-354/20 PPU und C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 – L und P; EuGH Urt. v. 22.2.2022, Rs. C-562/21 PPU, C-563/21 PPU, ECLI:EU:C:2022:100 – X u. Y.

Damit werden systemische Fehler und Einzelfall entkoppelt⁵⁸ und im Ergebnis dem Vertrauen Vorrang gegenüber dem Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit eingeräumt.⁵⁹ Bisher dominierte das Strafrecht diese Vorabentscheidungsverfahren, da hier besondere Garantien verlangt werden, aber eine analoge Anwendung auf das Verwaltungsrecht – eine horizontale Sped Pro Konstellation⁶⁰ – ist auf den Gebieten zu erwarten, in denen ein illiberaler Einfluss auf das Marktgeschehen (Sanktionierung, Monopolisierung und *rent-seeking*⁶¹) durch *captured institutions*⁶² immer intensiver wird.⁶³

b) Streitigkeiten direkt über die richterliche Unabhängigkeit

Eine zweite Gruppe von Verfahren betrifft diejenigen, in denen der Streitgegenstand direkt die richterliche Unabhängigkeit ist. Hier spielen das nationale Prozessrecht und insbesondere die jeweiligen Grenzen der *public interest litigation* eine enorme, bisher jedoch unterschätzte Rolle. Je breiter und großzügiger die Klagebefugnis ausgestaltet ist, desto mehr Raum haben Gruppen von Interessenvertretern oder „gesellschaftlich engagierte Bürger“ („public-spirited citizen“) eine Klage zu erheben, mit der zwar keine Verletzung eigener Rechte, jedoch ein öffentliches Interesse an der Klärung der betreffenden Frage geltend gemacht wird.⁶⁴ Dies kann dann *auch* bestimmte Punkte der richterlichen Unabhängigkeit betreffen, wie es in Portugal, auf Malta oder in Rumänien der Fall war, wo Richtervereinigungen⁶⁵ oder ein Verein mit

⁵⁸ *Mattias Wendel*, Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen, EuR 2019, S. 111 (119–121); *Theodore Konstadinides*, Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM, Common Market Law Review 2019, S. 743 (765–769); *Agnieszka Frackowiak-Adamska*, Trust until it is too late! Mutual recognition of judgments and limitations of judicial independence in a Member State: L and P, Common Market Law Review 2022, S. 113.

⁵⁹ *Dimitry Kochenov/Petra Bárd*, Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe, Journal of Common Market Studies, 2022, S. 150 (155–157).

⁶⁰ EuG, Urt. v. 9. 2. 2022, Rs. T-791/19, ECLI:EU:T:2022:67 – Sped Pro; hierzu *Dieter Krimphove*, Der EuGH und die Rechtsstaatlichkeit Polens – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 9. 2. 2022, Rs. T-791/19 (Sped Pro), EuR 2022, S. 639.

⁶¹ *Paul H. Rubin*, Crony Capitalism, Supreme Court Economic Review 2015, S. 105; *Todd J. Zywicki*, Rent-Seeking, Crony Capitalism, and the Crony Constitution, Supreme Court Economic Review 2015, S. 77.

⁶² *Nicholas Chesterley/Paolo Roberti*, Populism and institutional capture, European Journal of Political Economy 2018, S. 1.

⁶³ *Maciej Bernatt*, Populism and Antitrust, Cambridge 2022.

⁶⁴ *Peter Cane*, Statutes, standing and representation, Public Law 1990, S. 307; *ders.*, Standing up for the Public, Public Law 1995, S. 276. Grundsätzlich gibt es drei Arten von Gruppenklagen: Verbandsklagen (*associational standing*), Ersatzklagen (*surrogate standing*) und Klagen im öffentlichen Interesse (*public interest standing*). Die deutsche Dogmatik kennt die erste Konstellation als egoistische Verbandsklage bzw. Prozessstandschaft, die zweite ist eher der Prozessstandschaft ähnlich, da fremdes Recht im eigenen Namen geltend gemacht wird, wobei die dritte als altruistische Verbandsklage bekannt ist.

⁶⁵ EuGH (Fn.19); EuGH (Fn. 22) Asociația „Forumul Judecătorilor din România“.

dem Ziel der Förderung von Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit die jeweiligen Kläger waren.⁶⁶ Haben allerdings Richtervereinigungen in einem Mitgliedstaat keine Klagebefugnis oder ihre Prozessstandschaft wird nicht anerkannt (z.B. weil eine derartige Institution nicht existiert), können derartige Fragen die Gerichtsbarkeit und damit den EuGH nicht erreichen, da eine *conditio sine quo non*, nämlich ein Kläger, fehlt.

Verlangt die Klagebefugnis eine stärkere Verbindung zwischen Kläger und Klagegegenstand und zwar die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts, ist der Umfang der möglichen Fragestellungen wesentlich kleiner. Er ist dann auf Disziplinarverfahren, Ernennungen oder ähnliche Streitigkeiten beschränkt,⁶⁷ bei denen der Sinn des Verfahrens darin besteht, Rückendeckung vom EuGH zu erhalten und die Auslegung der richterlichen Unabhängigkeit in eine Frage des Vorrangs umzudeuten: die Unabhängigkeit im Sinne des Unionsrechts sticht diejenige des nationalen Rechts.

Da aber die Justiziabilität und die Reichweite der Klagebefugnis vom nationalen Recht bestimmt werden, kann auch der Weg zum EuGH ausgeschlossen werden, was die „Ergebnispflicht“⁶⁸ der Mitgliedstaaten hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit in ein ganz anderes, neues Licht rückt. Die Gefahr ist nach einem erfolgreichen *Court-Packing* offensichtlich: Wenn der Feind der richterlichen Unabhängigkeit zugleich der Hüter des Rechtsweges wird, kann er auch verhindern oder zumindest erschweren, dass bestimmte Streitigkeiten die Gerichtsbarkeit und damit dann auch den EuGH überhaupt erreichen können. Wenn das Vorabentscheidungsverfahren als ein Dialog von Gericht zu Gericht,⁶⁹ als ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten zu verstehen sein soll,⁷⁰ dann kann das ausschließliche Recht der mitgliedstaatlichen Gerichte, die Notwendigkeit sowie den Inhalt der Vorlagefrage zu bestimmen, missbraucht, und der Kommunikationskanal geschlossen werden.

Exemplarisch ist in dieser Hinsicht die Ernennung von polnischen bzw. ungarischen Richtern: Während die fehlerhafte Ernennung der Richter in Polen gerichtlich geltend gemacht werden konnte und dadurch der prozessuale Weg mittels Vorlagefrage zum EuGH zumindest potentiell eröffnet wurde,⁷¹ wurde eine ähnliche Fragestellung (Beförderung eines Richters in ein höheres Amt) in Ungarn als schlicht nicht justiziabel eingestuft⁷² und damit praktisch auf

⁶⁶ EuGH (Fn. 22) – Repubblika.

⁶⁷ EuGH (Fn. 31) – R.S.

⁶⁸ EuGH (Fn. 22), Rn. 250.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 5. 12. 2017, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 – M. A.S. und M.B., Rn. 22.

⁷⁰ Ibid., Rn. 23.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 2. 3. 2021, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153 – A.B.

⁷² Urteil des ungarischen Obersten Gerichts (Kúria) Mfv.X.10.049/2021/16.

Eis gelegt.⁷³ In derselben Situation befand sich eine ungarische Richterin, die nach dem Ablauf der dreijährigen Probezeit, als „ungeeignet“ eingestuft und deshalb entlassen wurde.⁷⁴ Gegen diese Entscheidung konnte kein Rechtsmittel eingelegt werden, da das Disziplinargericht diese Frage als nicht justiziabel einstufte.⁷⁵ Auch der Antrag auf Vorabentscheidung wurde abgelehnt,⁷⁶ was nach Ansicht des Verfassungsgerichts keine Verletzung des Rechts auf wirklichen Rechtsschutz darstellte.⁷⁷

Diese Situation führt oft zum dritten Typ der Vorabentscheidungsverfahren, in dem Richter vom Privileg der freien und ungestörten Kommunikation mit dem EuGH Gebrauch machen⁷⁸ und ihre eigene Unabhängigkeit in Frage stellen.

c) „Notrufverfahren“

Fehlen Klagebefugnis oder Justiziabilität, können Richter Angriffe auf ihre Unabhängigkeit nur sehr umständlich, manchmal aber auch gar nicht, vor den EuGH bringen, was oft verzweifelte und deshalb auch verfehlte „Notrufe“ zur Folge hat. Die Richter verbinden dann Fragen der Unabhängigkeit mit einem beliebigen anhängigen Fall, den sie dem EuGH vorlegen.⁷⁹ Da das Vorbringen zur richterlichen Unabhängigkeit kaum mit dem Rechtsstreit zusammenhängt, werden die Fragen zur Unabhängigkeit – wenig überraschend – nicht beantwortet.⁸⁰ Die rechtspolitische Kritik, der EuGH würde dadurch diese Richter im Stich lassen, ist nachvollziehbar, da der EuGH die politischen Umstände des Vorabentscheidungsverfahrens und die Situation des vorlegenden Richters nicht beachtet.⁸¹

Jedoch vernachlässigt diese Kritik die dogmatischen Grenzen der anzuwendenden Vorschriften. Vorausgesetzt, dass die Fragen des vorlegenden Richters berechnete Sorgen ausdrücken, bleiben diese leider dahingehend hypothetisch, als sie nur eine indirekte und entfernte Verbindung mit dem eigentlichen Streitgegenstand haben und deshalb nicht beantwortet werden können, ohne

⁷³ Da eine Beschwerde beim EGMR gemäß Art. 35 EMRK auch die Erschöpfung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens verlangt, kann dieser notwendige Schritt den Zugang zum EGMR jahrelang hindern.

⁷⁴ *Eszter Zalán*, Hungarian judge claims she was pushed out for political reasons, euobserver 6. Jul. 2021 (<https://euobserver.com/rule-of-law/152349>).

⁷⁵ Entscheidung des erstinstanzlichen Dienstgerichts v. 10. Mai. 2021, SZÉ.5/2021/22.

⁷⁶ Entscheidung des zweitinstanzlichen Dienstgerichts beim Obersten Gericht (Kúria) v. 4. 11. 2021, SzfÉ.9/2021/14.

⁷⁷ Beschluss des ungarischen Verfassungsgerichts 3239/2022 (V. 18.) AB.

⁷⁸ EuGH (Fn.69), Rn. 22–23; EuGH Ur. v. 9.10.2010, C-404/07, ECLI:EU:C:2008:553, – Katz, Rn. 37.

⁷⁹ GA Pikamäe, Schlussantrag v. 15.4.2021, Rs C-564/19, ECLI:EU:C:2021:292 – IS. Die Intensität und die Seriosität der Probleme können selbstverständlich unterschiedlich sein, EuGH (Fn. 36).

⁸⁰ EuGH (Fn. 56); EuGH (Fn. 36).

⁸¹ Kritisch deshalb *Scheppele* (Fn. 56).

die Zulässigkeitskriterien des Vorabentscheidungsverfahrens grundsätzlich neu zu vermessen. Dem EuGH reichen diejenigen allgemeinen Schwächen und Mängel des Justizsystems nicht aus, die keinen spezifischen Bezug zum konkreten Rechtsstreit haben.⁸² Dies entkoppelt den konkreten Fall wiederum von den Systemmängeln.

Der EuGH ist auch deshalb in einer schwierigen Situation, weil er nicht sicher sein kann, inwieweit die erwähnte Voraussetzung (also die Begründetheit der Sorgen um die Rechtsstaatlichkeit) tatsächlich gegeben ist oder ob es sich nur um persönliche Überempfindlichkeiten, Konflikte und Frustrationen, die eigentlich keinen wirklichen Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit bedeuten, handelt. Ohne zuverlässige Informationen über die tatsächliche Arbeitsweise und -umstände der nationalen Gerichtsbarkeit sowie die Auslegung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften sind derartige delikate Vorlagefragen nur schwer zu beantworten, da die Informationen asymmetrisch verteilt sind.

IV. Asymmetrische Informationslage

Um fehlende richterliche Unabhängigkeit oder einen Mangel der Rechtsstaatlichkeit glaubhaft rügen zu können, müssen detaillierte Informationen über die Organisation, Arbeits- und Funktionsweisen, die Kultur, Tradition sowie die eingeübte Praxis der gegebenen Gerichtsbarkeit, die aus dem Gesetzesblatt oft gar nicht abzulesen sind, vorliegen. Ohne diese zu kennen, ist es sehr kompliziert, einen einzelnen Exzess oder Ausrutscher (wie sie fast überall vorkommen) von systemischen Fehlern, persönlichen Konflikten von politischem Druck, schlichte Fehlbesetzungen von Vetterwirtschaft und *Court-Packing* sowie Hybris von Korruption zu unterscheiden.

Welche Informationen konkret notwendig sind, hängt nicht zuletzt davon ab, was genau beanstandet wird: der Normtext oder seine Anwendung. Eine Prüfung „rein anhand des Textes“⁸³ kratzt oft nur an der Oberfläche und hilft wenig, wenn das Problem in einem Missbrauch in der Praxis besteht oder wenn die Schwächen auf dem Papier nicht sichtbar sind,⁸⁴ oder „auf dem Papier“ zwar alles rechtskonform ist, das Papier jedoch wertlos ist, da die Vorschrift im „besonderen rechtlichen und institutionellen Kontext eines Mitgliedstaats“ missbraucht werden kann.⁸⁵

Die erste Option – die Bewertung des Gesetzestextes – ist nur eine Grobprüfung des Rechtssystems, die zur Filterung der auffälligsten Unzulänglichkeiten geeignet ist,⁸⁶ wie etwa einer Altersdiskriminierung.⁸⁷ So können aber sub-

⁸² EuGH (Fn. 56), Rn. 142–143.

⁸³ GA Bobek (Fn. 34), Rn. 241.

⁸⁴ Ibid, Rn. 242.

⁸⁵ Ibid, Rn. 243.

⁸⁶ *Kandlec/Kosař* (Fn. 27), S. 1823 (1848–1849).

⁸⁷ EuGH (Fn. 28).

tilere Formen des Rechtsmissbrauchs oder informelle Praktiken nicht erfasst werden⁸⁸ und ohne Kenntnis des Kontexts läuft eine derartige Prüfung auch oft leer.⁸⁹ Diesen Kontext kennt aber eben derjenige Mitgliedstaat am besten, dem eine Verletzung der Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit vorgeworfen wird.

Der mögliche Streitgegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens ist nicht auf Handlungen der Legislative beschränkt, sondern kann auch Akte der Exekutive oder der Judikative umfassen,⁹⁰ wobei eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Exekutive erst dann eine Vertragsverletzung begründen kann, wenn die anwendbare nationale Regelung als solche mit dem Unionsrecht vereinbar ist.⁹¹ Dies ist dann der Fall, wenn die fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Exekutive eine beträchtliche Zahl von Fällen betrifft, sich wegen Wiederholung und Fortsetzung der unionsrechtswidrigen Anwendung eine zu einem bestimmtem Grad verfestigte und eher allgemeine Praxis zeigt.⁹² Eine Einzelentscheidung reicht nicht aus, sondern es wird ein Mindestmaß an Konsolidierung erwartet, die von den obersten Organen der Rechtsprechung zumindest toleriert wird.⁹³ Anders formuliert: Es werden systemische Fehler und keine Einzelfallexzesse verfolgt.⁹⁴ Im Hinblick auf die der Kommission obliegende Beweislast im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens⁹⁵ müssen die systemischen Zuwiderhandlungen dargelegt werden, wobei einerseits bei internen Angelegenheiten wie Ernennungen, Beförderungen oder Disziplinarentscheidungen diese Informationen schwer zugänglich sind. Andererseits wird ein Referenzmaßstab hinsichtlich ihrer systemischen Relevanz verlangt. Dieser Maßstab kann qualitativ und/oder quantitativ gebildet werden, also aufgrund der Zahl der missbräuchlichen Fälle oder aufgrund der Wichtigkeit der konkreten Entscheidung, wie z. B. der Bestellung von Gerichtspräsidenten, der Beförderung zu den obersten Gerichten usw. Da es mehr als fraglich ist, ob die Kommission zu dieser akribischen Ar-

⁸⁸ Diesen Punkt kritisiert auch *Scheppele* (Fn. 56).

⁸⁹ *Krajewski/Ziólkowski* (Fn. 25), S 1107 (1126); *Beáta Bakó*, Hungary's Latest Experiences with Article 2 TEU: The Need for 'Informed' EU Sanctions, in: von Bogdandy/Bogdanowicz/Canor/Grabenwarter/Taborowski/Schmidt (Hrsg.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, 2021, S. 35 ff.

⁹⁰ *Luca Prete*, Enforcement Actions, in: Schütze/Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of European Union Law Vol. I*, Oxford 2018, S. 947.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 12. 5. 2005, Rs. C-278/03, ECLI:EU:C:2005:281 – Kommission/Italien, Rn. 13; EuGH 27. 4. 2006, Rs. C-441/02, ECLI:EU:C:2006:253 – Kommission/Deutschland, Rn. 47.

⁹² EuGH, Urt. v. 26. 4. 2007, Rs. C-135/05, ECLI:EU:C:2007:250 – Kommission/Italien, Rn. 20–21.

⁹³ EuGH, Urt. 3. 6. 2003, Rs. C-129/00, ECLI:EU:C:2003:656 – Kommission/Italien, Rn. 32–33.

⁹⁴ Einzelentscheidungen werden dann verfolgt, wenn sie langfristige bzw. systemische Auswirkungen haben, vgl. EuGH, Urt. v. 10. 4. 2003, verb. Rs. C-20/01 und C-28/01, ECLI:EU:C:2003:220 – Kommission/Deutschland.

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 18. 6. 2002, Rs. C-60/01, ECLI:EU:C:2002:383 – Kommission/Frankreich, Rn. 25.

beit in der Lage ist, ob sie alle relevanten Informationen sammeln und auswerten kann, bleibt oft nichts anderes als den jeweiligen Gesetzestext zu beanstanden, der aber in sich, wie es schon angedeutet wurde, kein vollständiges Bild liefern kann.

Bei Vorabentscheidungsverfahren existieren ebenfalls Informationsasymmetrien. Bei den Vorabentscheidungsersuchen von „Außen“, bei denen ein Gericht aus einem Mitgliedstaat die rechtsstaatlichen Garantien in einem anderen Mitgliedstaat bemängelt (oben III. 2 a)), haben sowohl der EuGH selbst als auch das mitgliedstaatliche Gericht nur beschränkte Möglichkeiten, die Begründetheit der Vorwürfe und Besorgnisse zu prüfen, und die Befragung der konkreten ausländischen Justizbehörde zu ihrer eigenen Unabhängigkeit ist zumindest widersprüchlich.⁹⁶

Wesentlich besser ist die prozessuale Lage in den Verfahren, in denen der betroffene Richter selbst oder eine Gruppe von Interessenvertretern in einer *public interest litigation* beteiligt sind, da sie gemäß Art. 96 EuGHVfO auch vor dem EuGH ein Äußerungsrecht haben, somit eine Stellungnahme abgeben bzw. am mündlichen Verfahren teilnehmen und so wertvolle Informationen unterbreiten können.⁹⁷ Ohne die Bedeutung dieser Verfahrensrechte zu unterschätzen, mindert bereits dieses prozessuale Setting die Gefahr einer unkorrekten Wiedergabe der Fakten und der Bedeutung des anhängigen Verfahrens durch das mitgliedstaatliche Gericht vor dem EuGH. Das Vorabentscheidungsersuchen zeigt nämlich die Bereitschaft und den Wunsch, Rückendeckung durch den EuGH zu erhalten.

Die ungünstigste prozessuale Position haben diejenigen Richter, die eine Vorlagefrage hinsichtlich der eigenen Unabhängigkeit stellen,⁹⁸ da sie gemäß Art. 96 EuGHVfO im Unterschied zu dem Mitgliedstaat, von dem behauptet wird, die richterliche Unabhängigkeit nicht zu respektieren, am Vorabentscheidungsverfahren nicht beteiligt sind. Die an die Parteien gestellten Fragen gemäß Art. 61 EuGHVfO helfen auch nur begrenzt weiter, da der eigentliche Rechtsstreit in dieser Konstellation nicht mit der richterlichen Unabhängigkeit zusammenhängt. Die befragten Parteien können oder wollen hier wahrscheinlich wenig zur Klärung der Situation beitragen. Ein Ersuchen an das vorlegende Gericht um Klarstellung gemäß Art. 101 EuGHVfO bietet sich als die einzige Möglichkeit an, um Informationen vom vorlegenden Richter zu erhalten, wobei dieser Weg im Vergleich zur Teilnahme an der mündlichen Verhandlung oder der Abgabe einer Stellungnahme umständlicher ist, da dieses Ersuchen normalerweise vor der mündlichen Verhandlung erfolgt, worauf dann in der Verhandlung reagiert werden kann.⁹⁹

⁹⁶ Kullak (Fn. 2), S. 71.

⁹⁷ Morten Broberg/Niels Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, 3. Aufl., Oxford 2021, S. 327–332.

⁹⁸ EuGH (Fn. 56).

⁹⁹ Broberg/Fenger (Fn. 97), S. 327–332.

Das Vorabentscheidungsverfahren ist so konzipiert, dass ein Richter Informationen über eine bei ihm anhängige Streitsache übermittelt, ohne am Ausgang des konkreten Verfahrens interessiert zu sein, und genau deshalb kann den von ihm übermittelten Informationen Glauben geschenkt werden. Falls der vorlegende Richter aber das Verfahren gleichsam „entführt“ und Fragen zu seiner eigenen Position stellt, hat er sofort Interesse am Verfahren (*causa sua*) und fällt damit als neutrale und deshalb zuverlässigen Informationsquelle aus. Selbst wenn der vorlegende Richter versucht, seine Situation detailliert zu beschreiben und die Umstände der Gerichtsbarkeit darzustellen, müssen diese Informationen wegen der Interessenlage verifiziert werden, wobei das Vorentscheidungsverfahren dafür weder geeignet noch gedacht ist. Die Schuld dafür beim EuGH zu suchen, ist zwar einfach und bequem,¹⁰⁰ jedoch ist dies nur die halbe Wahrheit. Die richtigen Fragen sind die folgenden: Warum sind wirksame innerstaatliche Rechtsbehelfe, mit denen ein Richter oder eine Richtervereinigung Fragen der richterlichen Unabhängigkeit vor einem Gericht geltend machen können, nicht vorhanden und warum wurde das eigentlich statthafte Verfahren, das Vertragsverletzungsverfahren, nicht eingeleitet, wenn es sich tatsächlich um systemische Mängel handelt?

V. Die Reduktion der Wirksamkeit auf eine Justizförmigkeit

Obwohl die Verknüpfung der Prüfung der richterlichen Unabhängigkeit mit der Pflicht der Schaffung des erforderlichen und *wirksamen* Rechtsschutzes oft und nicht ohne Grund als revolutionäre Wende gesehen wird,¹⁰¹ bedeutet sie im Ergebnis eher eine Verkürzung der *ratio materiae* des Wirksamkeitskriteriums hin zu einer formalen Justizförmigkeitsprüfung.

Ohne Zweifel gehört die richterliche Unabhängigkeit zum Konzept des Rechtsstaates,¹⁰² welches im Rahmen einer allgemeinen Justizgewährleistungspflicht Zugang zu unabhängigen und unparteiischen Gerichten verlangt.¹⁰³ Das wird als ein Minimum angesehen, da das Verfahren ohne die Unabhängigkeit des Forums nicht fair sein kann und dem Rechtsschutz deshalb jedwede Wirksamkeit fehlt.

Umgekehrt besteht der Zusammenhang jedoch nicht: Die bloße Unabhängigkeit garantiert noch keine Wirksamkeit der Rechtsbehelfe. Dabei bezieht sich der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV darauf und die Justizgewährleistungspflicht sollte eigentlich über das Minimum einer bloßen Justizförmigkeit hinausgehen.¹⁰⁴ Denn diese Verpflichtung ist als ein Element der gemeinsamen Verfassungstraditionen schon seit dem Vertrag vom Maastricht

¹⁰⁰ Scheppele (Fn. 56), S. 1107 (1122–1125).

¹⁰¹ Luke Dimitrios Spieker, Werte, Vorrang, Identität: Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH, EuZW 2022, S. 305 (308–309).

¹⁰² BVerfGE 148, 69 (89); Gärditz (Fn. 33), § 13, Rn. 51.

¹⁰³ Mader (Fn. 4), S. 917 (920–922).

¹⁰⁴ Wegener (Fn. 1), Art. 19 EUV, Rn. 64.

in Art. 6 Abs. 3 EUV verschriftlicht (und wurde bereits früher anerkannt). Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass es das Ziel von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV wäre, diesen Grundsatz erneut zu kodifizieren.

Beachtet man diese Zusammenhänge nicht, wird das Wirksamkeitskriterium (als eine wahrscheinliche Folge der Marginalisierung der subjektivrechtlichen Seite des Rechtsschutzes¹⁰⁵) allgemein vernachlässigt und unionsrechtlich werden nur noch diejenigen Konstellationen als relevant betrachtet, die die Justizförmigkeit verletzen. Das manifestiert sich auch in der Rechtsfolge der Verletzung der objektivrechtlichen Dimension der gerichtlichen Unabhängigkeit,¹⁰⁶ da dieser im Gegensatz zu anderen Verletzungen, Verkennungen oder Missverständnissen des Unionsrechts eine wesentlich härtere Konsequenz innewohnt: eine zumindest potentielle Nichtigkeit. Diese Judikatur ist letzten Endes auch kontraproduktiv, weil sie den Maßstab der Verletzung von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV künstlich hochschraubt und seine substantielle Reichweite minimalisiert.

1. Justizförmigkeit vs. Wirksamkeit: die unterschiedlichen Rechtsfolgen

In der Rechtssache WZ wurde aus der klaren und präzisen Ergebnispflicht gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV eine potentielle oder vermutete Nichtigkeit des streitigen Beschlusses abgeleitet, falls das Gericht fehlerhaft besetzt bzw. zusammengesetzt war, das Verfahren also nicht justizförmig ablief.¹⁰⁷ Demgegenüber hat die Verkennung oder die Missachtung des Unionsrechts nicht diese Wirkung. Auch aus dem Effektivitätsgrundsatz kann keine Pflicht der Mitgliedstaaten abgeleitet werden, „neben den nach innerstaatlichem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen neue zu schaffen, es sei denn, es gibt nach dem System der betreffenden nationalen Rechtsordnung keinen Rechtsbehelf, mit dem wenigstens inzident die Wahrung der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleistet werden könnte“.¹⁰⁸ Falls also der Zugang zu einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht im Sinne von Art. 47 Abs. 2 GRC gewährleistet wird, verlangt das Unionsrecht keinen weiteren Rechtsbehelf.¹⁰⁹

Das Wirksamkeitskriterium wurde also in der Rechtsprechung des EuGH trotz der Tatsache denaturiert, dass Art. 47 GRC ein *subjektives* Recht auf einen *wirksamen* Rechtsbehelf einräumt, welches durch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV als objektiv-rechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten bekräftigt wird. Die

¹⁰⁵ *Pech/Platon* (Fn. 20), S. 1827 (1836).

¹⁰⁶ *Spieker* (Fn. 101), S. 305 (308–309).

¹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 6.10.2021, Rs. C-487/19, Rn. 160 – W.Z. Zur Frage der Vermutung der Nichtigkeit *Rafał Man 'ko/Przemysław Tacik*, *Sententia non existens: A new remedy under EU law?*: Waldemar Zurek (W. Z.), *Common Market Law Review* 2022, S. 1169 (1178).

¹⁰⁸ EuGH (Fn.17), Rn. 62; EuGH (Fn. 18) Rn. 47; EuGH, Urt. v. 17.11.2022, Rs. C-175/21 – *Harman International Industries*, Rn. 67.

¹⁰⁹ EuGH (Fn.17), Rn. 62.

klare und präzise Ergebnispflicht¹¹⁰ besteht aber lediglich in der Schaffung eines unabhängigen, unparteiischen und gesetzlich errichteten Gerichts, also in der Errichtung einer organisatorischen Struktur und im fairen Zugang zu dieser, wobei die Ausgestaltung der eigentlichen Rechtsbehelfe grundsätzlich als Teil der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten aufgefasst wird. Diese Entwicklung markieren die Urteile *Târșia*,¹¹¹ *Hochtief Solutions*,¹¹² *Hochtief AG*,¹¹³ *XC*¹¹⁴ und zuletzt *Randstad Italia*¹¹⁵ sowie *Hoffmann-La Roche*,¹¹⁶ die im Gegensatz zur sich ausbreitenden Judikatur zur Unabhängigkeit der nationalen Gerichtsbarkeit stehen¹¹⁷ und die unionsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittel deutlich enger fassen. Diese Rechtsprechungslinie bestätigt die Zerteilung der Verstöße in strukturelle und nicht-strukturelle Unzulänglichkeiten: Strukturelle oder systemrelevante Unzulänglichkeiten sind dabei diejenigen, die den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in Frage stellen, und dadurch das Vertrauen in die nationale Gerichtsbarkeit untergraben. Andersartige Verstöße werden vom EuGH als irrelevant eingestuft werden.¹¹⁸ Diese Judikatur ist nicht nur unlogisch, sondern auch unpraktisch.

2. Der faire Zugang zum Gericht als Kriterium der Wirksamkeit

Die Judikatur ist unlogisch, weil sie keine Antwort auf die Frage geben kann, was eigentlich passiert, wenn ein Zugang zum Gericht nicht vorhanden ist. Je tiefer ein Staat in einer Rechtsstaatlichkeitskrise ist, je erfolgreicher das *Court-Packing* ist, desto mehr kann der Zugang zur Justiz künstlich – durch eine formalistische Beschränkung der Klagebefugnis oder die der Justiziabilität – verweigert werden. Dazu bedarf es nicht einmal einer formalen Änderung der Rechtsvorschriften, es reicht, ihre Auslegung zu beherrschen.¹¹⁹ Dies ist durch die Besetzung der Schlüsselpositionen durch ein erfolgreiches *Court-Packing* möglich. Ohne Zugang zum Gericht gibt es auch keine Möglichkeit, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten und durch dieses die Rückendeckung des EuGH zu erlangen. Hieraus folgt jedoch, dass eine Vorla-

¹¹⁰ EuGH (Fn.22), Rn. 250.

¹¹¹ EuGH (Fn.13).

¹¹² EuGH (Fn. 14).

¹¹³ EuGH (Fn. 15).

¹¹⁴ EuGH (Fn. 16).

¹¹⁵ EuGH (Fn. 17).

¹¹⁶ EuGH (Fn. 18).

¹¹⁷ Vgl. die in Fn. 22 zitierte Rspr.

¹¹⁸ Der Schadenersatz als sekundärer Anspruch zur Korrektur der offensichtlichen Verkennung des Unionsrechts ist weniger wirksam, da eine höhere Stufe der Rechtsverletzung verlangt wird und bestimmte Nachteile nicht notwendig erstattet werden können.

¹¹⁹ Weiterhin aktuell *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1912; hierzu *Giorgio Agamben*, A Jurist Confronting Himself: Carl Schmitt's Jurisprudential Thought, in: Meierhenrich/ Simons (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, 2016, S. 457 (458).

gefrage ein Indiz dafür ist, dass zumindest eine inzidente Wahrung der Rechte möglich ist (und dadurch eigentlich die minimalistischen Kriterien des EuGH erfüllt sind). Umgekehrt, wenn der Zugang zur Gerichtsbarkeit mit dem Argument verweigert wird, dass die streitige Frage nicht justiziabel ist (wie in den oben erwähnten ungarischen Fällen), erreichen die Streitigkeiten den EuGH nicht, und damit bleiben sie nun aber auch unter dem Radar der Rechtsstaatlichkeitsprüfung. Je größer das Problem ist, desto geringer die Möglichkeiten seiner Lösung.

In diesen Konstellationen wäre oder ist eine gewisse Solidarität innerhalb der Richterschaft, ein Zugehörigkeitsgefühl, ein *esprit de corps* nötig, um den Rechtsweg und dadurch den Zugang auch zum EuGH zu eröffnen. Je höher dieser professionelle Zusammenhalt ist, desto niedriger sind die individuellen Kosten (potentielle Sanktionen) einer Vorlagefrage, weil die anderen Richter (und im idealen Fall sogar die Vertreter der anderen juristischen Berufe) für den vorlegenden Richter eintreten. Diesen Zusammenhalt könnten die Richtervereinigungen wesentlich fördern.¹²⁰ Die niedrigeren individuellen Kosten können wiederum dazu führen, die Vorlagebereitschaft zu erhöhen und die „Abwehrkräfte“ der Justiz zu stärken. Eigenschaften, die in der Soziologie oft als Elitismus beschrieben und teilweise auch verurteilt werden,¹²¹ können auch zur Resilienz beitragen, da sie auch die gegenseitige Rückendeckung der Richterschaft (national und international) sichern können.¹²²

Wo jedoch diese Eigenschaften fehlen, werden wesentliche Fragen der richterlichen Unabhängigkeit nicht laut gestellt, da die individuellen Kosten auf Grund eventueller Konsequenzen für die Karriere der Richterin oder des Richters (Stigmatisierung als Störenfried und Nestverschmutzer) wesentlich höher ausfallen. Dies führt dann zu den verzweifelten Notrufen nach Luxemburg (oben III.2.c)). Da aber keine nützliche Antwort erwartet werden kann,¹²³ ist das Risiko für den einzelnen Richter noch höher. Unter diesen Umständen bleiben zwei Optionen: die Individualbeschwerde vor dem EGMR¹²⁴ oder ein Vertragsverletzungsverfahren.¹²⁵ Die erste verlangt die Erschöpfung des in-

¹²⁰ Claudia-Y. Matthes, Judges as activists: how Polish judges mobilise to defend the rule of law, *East European Politics* 2022, S. 468.

¹²¹ John A.G. Griffith, *Politics of the Judiciary*, 3. Aufl., London 1985. Kritisch hierzu Mike McConville/Luke Marsh, *The Myth of Judicial Independence*, Oxford 2020, S. 206 ff.

¹²² Diese Strategie beschränkt sich nicht auf die richterliche Unabhängigkeit, sondern sie ist sehr verbreitet, vgl. Mattias Wendel, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform, *Der Staat* 2013, S. 339 (362–64).

¹²³ EuGH (Fn. 56); Scheppele (Fn. 56), S. 1107 (1128–35).

¹²⁴ *Leloup*, Who safeguards the guardians? A subjective right of judges to their independence under Article 6 (1) ECHR, *European Constitutional Law Review*, 2021, S. 394.

¹²⁵ Das Urteil *Randstad Italia* verpflichtet die mitgliedstaatlichen Gerichte, „unionsrechtswidrige Rechtsprechung unangewendet zu lassen“, und – falls dies nicht geschieht – eröffnet es die Möglichkeit des Vertragsverletzungsverfahrens für die Kom-

nerstaatlichen Rechtswegs und kann deshalb oft erst nach einer *fait accompli* greifen,¹²⁶ die zweite unterliegt der Opportunität und einem politischen Kalkül.

Unpraktisch ist die Judikatur des EuGH, weil sie dazu führt, dass die streitenden Parteien nur dann auf eine Intervention des EuGH hoffen dürfen, wenn sie die Wichtigkeit des Verfahrens durch die Behauptung hochschrauben können, dass ihnen der faire Zugang zu einer unabhängigen und unparteiischen Gerichtsbarkeit verkürzt wurde. Abgesehen davon, dass diese Behauptung vor einem Gericht schon den Zugang zu diesem verlangt, ist die Infragestellung des Forums ganz allgemein eine risikoreiche Strategie, da ein erfolgloser Antrag immer einen bitteren Beigeschmack hinterlässt.¹²⁷ Doch die vom EuGH gewählte Strategie ist auch wenig durchdacht. Sie basiert auf der Kooperation und dem Vertrauen zwischen Partei und Richter, da der Richter den jeweiligen Antrag der Partei hinsichtlich der fehlenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht als Angriff, sondern als Möglichkeit verstehen muss, die Streitigkeit und dadurch auch Fragen der richterlichen Unabhängigkeit dem EuGH vorlegen zu können. Ob dieses Maß an Vertrauen insbesondere in jenen Mitgliedstaaten vorliegt, in denen ein *Court-Packing* versucht oder sogar erfolgreich durchgeführt wurde, ist mehr als zweifelhaft. Auch wenn der Richter die zugespitzt formulierten Fragen richtig versteht, so hängt doch die Vorlagebereitschaft weiterhin von den möglichen Konsequenzen der Vorlagefrage ab. Und hier gilt: Je tiefer ein Staat in einer Rechtsstaatlichkeitskrise ist, desto höher können die individuellen Kosten und desto niedriger die Vorteile ausfallen, was zu einem *circulus vitiosus*, zu einer erlernten Hilflosigkeit führt.

VI. Fazit

Durch den EuGH hat Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einen Bedeutungswandel erfahren. Der Auftrag zur Schaffung wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelfe wurde zu einem Maßstab der richterlichen Unabhängigkeit und damit zu einem Rechtsstaatlichkeitskriterium verändert. Dieser Prozess wurde bisher weitestgehend positiv bewertet. Dafür lassen sich zwei Gründe finden: erstens die materiellrechtliche, substantielle Betrachtung, d. h. die Fokussierung auf den erarbeiteten Maßstab, zweitens die Bewertung der vom EuGH entschiedenen Fälle und Konflikte, die nur die Spitze des Eisberges darstellen. Dementsprechend wurden die verfahrensrechtlichen Bedingungen kaum untersucht, die, wie es in diesem Aufsatz versucht wurde zu demonstrieren, wesentlich darüber bestimmen, welche Streitigkeiten den EuGH überhaupt erreichen können. Es sind dies oft nur die skandalösesten Angriffe

mission und – „im Übrigen, – die Staatshaftungsklage für die Betroffenen, EuGH (Fn. 17), Rn. 79–80.

¹²⁶ Z. B. die Entlassung des ehemaligen Präsidenten des ungarischen obersten Gerichts, Vincze (Fn 50).

¹²⁷ William E. Wegner, Disqualifying the Judge, Litigation 1996, S. 44.

auf die richterliche Unabhängigkeit, denen der EuGH abhelfen kann. Viele, insbesondere subtilere (aber nicht weniger gefährliche) Angriffe bleiben unter dem Radar. Der Grund dafür ist, dass ein wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf gegen diesen Angriff nicht vorhanden ist und der EuGH eben diesen Aspekt sehr minimalistisch überprüft.

Rule of Law Compliance Beyond Ticking Boxes

Abstract

The conditionality mechanism was built on an assumption that complex legal and societal relationships can be reduced to formal institutional indicators, and if these are adopted the Rule of Law can be reinstated. Using the example of Hungary, the present article demonstrates why this mentality of ticking boxes cannot capture the big picture. It will show three practical examples of implemented milestones and how the Hungarian government managed to circumvent them by informal networks, patronage politics and other means resulting in a non-progressive progression. Based on these insights, it highlights that several elements of legal culture affect how legal norms work. Because of their informal nature, they cannot be easily amended, challenged or objected to. Therefore, the European Commission often accepts measures and reforms at face value, without taking into account the particularities of a constitutional system. This is partly due to the fact that the centre and the periphery in Europe are culturally divided. The paper also tries to pinpoint the difference between a legal and political mindset, by introducing a Gramscian aspect, and showing how individual measures can add up to a long march through the institutions.



Rule of Law Compliance Beyond Ticking Boxes

Attila Vincze¹

Accepted: 10 June 2025
© The Author(s) 2025

Abstract

The conditionality mechanism was built on an assumption that complex legal and societal relationships can be reduced to formal institutional indicators, and if these are adopted the Rule of Law can be reinstated. Using the example of Hungary, the present article demonstrates why this mentality of ticking boxes cannot capture the big picture. It will show three practical examples of implemented milestones and how the Hungarian government managed to circumvent them by informal networks, patronage politics and other means resulting in a non-progressive progression. Based on these insights, it highlights that several elements of legal culture affect how legal norms work. Because of their informal nature, they cannot be easily amended, challenged or objected to. Therefore, the European Commission often accepts measures and reforms at face value, without taking into account the particularities of a constitutional system. This is partly due to the fact that the centre and the periphery in Europe are culturally divided. The paper also tries to pinpoint the difference between a legal and political mindset, by introducing a Gramscian aspect, and showing how individual measures can add up to a long march through the institutions.

Keywords Rule of Law · Conditionality · Informality · Legal culture · European Union · Judicial council · Gramsci

1 Introduction—The Laundry List of the Rule of Law

The EU has evolved into a union of values,¹ in which Hungary, as an *enfant terrible*, has ‘developed’ from a Europhile country to a problem jurisdiction abusing its position and undermining human rights and the rule of law.² Some identify it even as a defiantly non-complying country posing a profound existential threat to the EU.³

¹ Hofmann and Heger (2022), Hainthaler (2024).

² Bakó (2023), Vincze (2023a).

³ Closa and Hernández (2025), Coman and Leconte (2019).

✉ Attila Vincze
Attila.Vincze@law.muni.cz

¹ Faculty of Law, Judicial Studies Institute, Masaryk University, Brno, Czech Republic

This provoked different reactions to maintain the basic values and to improve the rule of law toolkit.⁴

Learning some lessons from the political unfeasibility of the Article 7 procedure,⁵ which requires hardly achievable political unanimity, and also facing the practical ineffectiveness of the infringement procedure, which often allows *fait accompli* attacks on democratic institutions and its safeguards, a new mechanism, the so-called Rule of Law conditionality was created.⁶ This was supposed to alter the dynamics of democratic backsliding,⁷ because it can address several issues at once and the burden of proof is somewhat lighter than in an infringement procedure.⁸ Nonetheless, it did not change the Commission's obsession with formal institutions, which are not able to capture the full picture.

In a nutshell, the conditionality mechanism works as follows. The Commission identifies some problematic areas, the Member State comments on them, whereby the Council makes a final decisions what is to be fixed. In the case of Hungary, the Commission triggered the mechanism because of observing systematic deficiencies in public procurement, the national tackling of corruption, and judicial independence standards. These objectives are operationalized by specific measures to be adopted, legal rules or institutions to be established or to be quashed. If these are done the Commission ticks the boxes, and the money can be unfrozen, if not a considerable part of the European funds remain unavailable for the Member State.⁹ This is a very formalistic procedure rarely looking behind the rules on the books.¹⁰

The conditionality mechanism is based on several assumptions. First, it assumes that financial nudging is a useful leverage to influence Member States, and, second, that complex legal and societal relationships can be reduced to formal indicators. The present paper addresses the second assumption and is interested in the theoretical questions of writing a laundry list of the Rule of Law (RoL). Can such a list respect and address the particularities of a given constitutional order? Can the list-makers truly understand a constitutional system and its shortcomings and target them properly? Can the RoL reduced to some formal institutional or normative changes or that is a too narrow perspective, and informal institutions and cultural settings also need to be addressed? If the informal power-structures need be addressed and how to do that? These theoretical questions will be highlighted against the backdrop of the Hungarian saga of democratic backsliding.

This article proceeds as follows. It will show how some milestones of the conditionality mechanism were very creatively implemented making hardly any improvement and resulting in a non-progressive progression (2). Based on these examples

⁴ Bauerschmidt (2024).

⁵ Bakó (2023), p. 81–124, Hanelt (2024).

⁶ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget. About this mechanism see Pech and Scheppele, (2017), Halmay (2019).

⁷ Blauburger and van Hüllen (2021).

⁸ Ibid.

⁹ Blauburger and van Hüllen (2021).

¹⁰ Pound (1910), Halperin (2011).

the shortcomings of purely formal changes will be highlighted (3). It addresses the necessity to scrutinize the actual working of a rule (3.1), the impact of individual action in comparison to normative rules (3.2), the role of informality (3.3) and the influence of implicit rules and legal cultures (3.4). It concludes that taking legal rules at their face value.

2 The Paradox of Non-progressive Progression

It has been already pointed out, that compliance with EU rules might be only a symbolic or a creative one.¹¹ This occurs when a member state pretends to comply with EU law but the adopted changes are only superficial. Creative compliance are described as some formal legislative amendments which are however never put into action.¹² Symbolic compliance is a rather simple gesture.¹³ Neither of them describes properly the implementation of the conditionality mechanism in Hungary.

The adopted measures are meaningful, they actually changes something, so they cannot be described as purely symbolic ones. Moreover, they are also actually applied. The interesting moment is that the Hungarian Government has found ways to undo their impact by other means. The formally adopted reforms are either undermined through informal channels or some institutions are substituted by other functionally equivalent ones. This results in a peculiar setting where a progress is formally achieved but that makes a very limited real impact.

Three milestones were chosen to demonstrate this development. All of them concern the independence of the judiciary, which was long perceived as part of the fluid organizational autonomy of the Member States. As the CJEU connected it to the ambit of effective judicial protection in Art 19 TEU¹⁴ they got a European dimension.¹⁵ This *sui generis* understanding of judicial independence¹⁶ became the yardstick for gauging national measures influencing the judiciary. Although there is a common core of judicial independence, the particularities of national institutional and organizational arrangements still play a role. Against this backdrop, the reforms of the Judicial Council, the national restrictions on the preliminary procedure, and the amendments to the constitutional complaint procedures will be scrutinized next.

2.1 The Judicial Council

The illiberal overturn of the Hungarian judiciary was orchestrated with the active support of the National Judicial Office (NJO) and its first president.¹⁷ She—Tünde

¹¹ Bátorý (2016).

¹² *Ibid.*, p.695.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ CJEU, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 27 February 2018, C-64/16.

¹⁵ Bonelli and Claes (2018), Pech and Platon (2018), Jaeger (2018).

¹⁶ Bustos Gisbert (2022).

¹⁷ Bakó (2023), p. 165–177.

Handó—happened to be a close friend and ally of Viktor Orbán's (and his wife's). She received far-reaching and to a large extent unaccountable influence as regards the appointing, promoting, demoting, and disciplining of judges.¹⁸ As a constitutional fig leaf, a National Judicial Council (NJC or Judicial Council) was established to oversee the activities of the NJO. Its members are directly elected by and from among the judges every 6 year, they had not received either money or formal investigative or decision-making powers to exercise their duty effectively. Therefore, the NJO mainly ignored them. While the NJC between 2012 and 2018 was not keen to effectively oversee the NJO, the member elected in 2018 were eager to do so. Although they had no formal powers, they managed to punch above their weight thanks to hard work, ingenuity, engagement and networking. They highlighted several systemic shortcomings of judicial management, and helped the Commission to spot institutional weaknesses.¹⁹

Based on this experience, it seemed logical to formally empower the Judicial Council and to make it a bastion of judicial independence. And that became one of the items on the Commission's laundry list. The Judicial Council became a co-decisionmaker in the most important questions of judicial administration and formally almost equal to the Judicial Office. The government however took another lesson: the personal composition matters. If hard-nosed judges can make effective use of limited powers, than the newly gained powers can achieve much less in the hands of less confrontative personalities.

Therefore, the personal composition became the first target of governmental manipulation.²⁰ Because the Judicial Council needed to be re-elected in 2024, the electoral process offered the perfect opportunity to interfere. Some court presidents organized so-called "discussions" about optimal candidates to the Judicial Council, and in doing so, nudged judges to air their preferences. This undermined the secrecy of the electoral process. The President of the Kúria (Supreme Court) penned a letter describing his ideas about the ideal composition of the Judicial Council which according to him should make more room for court presidents. Although this may sound neutral at first glance, it embodied a deep internal conflict of interest. Court presidents are appointed by the National Judicial Office, so they are unlikely to risk a sharp dispute with the body hiring and firing them. Because the Judicial Council is a multi-member committee it faces collective action problems.²¹ Therefore, if some members have different institutional incentives their co-ordination is more complicated, which can weak the working of the whole body.²²

Before the judicial elections, a letter about the alleged composition of the to-be-elected Judicial Council circulated on the internet.²³ Apart from one name, it foretold to the exact result.²⁴ Contrary to previous elections, this one was unusually

¹⁸ Hanelt and Vincze (2024).

¹⁹ Based on interviews conducted with Hungarian judges between 2021 and 2022.

²⁰ Élő (2024).

²¹ Posner and Vermeule (2013), p. 24.

²² The protocols of the NJC meetings support that claim.

²³ Vincze (2024).

²⁴ Ibid.

quick, which was surprising regarding the painstakingly complexity of the election process. These two factors rather support the claim that the elections were to some extent peddled.

The newly established Judicial Council became busily engaged with judicial appointments, secondments, budgetary and other bureaucratic issues, and it also became less robust and visible in comparison with the former one.²⁵ In November 2024, the Government tried to corrupt the NJC. Despite a galloping inflation in Hungary achieving around 40% during 3 years (2021–2024), the judicial remunerations were not increased. Making use of the desperate situation, a substantial salary increase was promised, if the Judicial Council agreed with a planned judicial reform proposed by the Government. Although this was a form of duress, the Government hoped that this consent would formally satisfy the European requirements on the one hand, and undermine the credibility of the Judicial Council on the other. Although the NJC accepted the deal by the tie-breaking vote of the governmentally appointed President of the Kúria, it caused significant outrage among judges. This also forced the President of the Judicial Council to resign. Nonetheless, the government still understood the vote as a rubber-stamp of its judicial reform and prepared the necessary pieces of legislation step-by-step, without further discussing anything with the Judicial Council. Beyond making a mockery of consensual decision-making, this event has also shown that hardly achieved formal improvements can be easily ignored or circumvented by informal means.

2.2 The Preliminary Question Procedure

A further milestone was the abolition of any restriction on requesting a preliminary ruling from the CJEU. The reason behind that apparent trivia was a rule in the criminal procedural code enabling the Kúria to evaluate the legality of preliminary questions. This mechanism was only once triggered, as a judge requested a preliminary ruling regarding the conditions of his own independence.²⁶ In reaction, the General Attorney requested to annul these questions. Moreover, the President of the *Fővárosi Törvényszék* (Metropolitan Court) initiated disciplinary proceedings against the judge.²⁷ Although these obvious attacks on judicial independence are no longer possible, this does not exclude more subtle and informal forms of circumventing references.

Except from that one famous case, there are no other requests for preliminary rulings from Hungary in sensitive cases affecting judicial independence. This is especially striking in comparison with Poland or Romania. The difference can hardly be explained by the low number of problematic cases but by other factors, especially a lack of willingness to refer. While the lawfulness of judicial appointments was

²⁵ Ibid.

²⁶ CJEU, IS, 23 November 2021, Case C-564/19. Scheppele (2022).

²⁷ All the relevant materials are available at Magyar Bírói Egyesület [Hungarian Association of Judges], *A szolgálati bíróság megszüntette a fegyelmi eljárást a PKKB bírójával szemben* (17 Dec. 2019), <http://mabie.hu/index.php/1501-a-szolgalati-birosag-megszuntette-a-fegyelmi-eljarast-a-pkkb-birajaval-szemben>.

scrutinized by Polish courts and referred to the CJEU, similar cases were declared inadmissible by the Hungarian courts, and the request for a preliminary ruling was also rejected, which, according to the Constitutional Court, does not constitute a violation of the right to an effective remedy.²⁸

Very telling is Gabriella Szabó's story. She was appointed as judge for with a 3 year probationary period.²⁹ These tenure usually result in a life-long appointment. But not in her case. She was not tenured after she questioned the legality of the government's migration policy before the CJEU.³⁰ She claimed that her judicial appointment was not confirmed precisely because of that preliminary request.³¹ The political importance of the issue seemed to justify her allegations. She was harassed by government-friendly media and labelled as a foreign agent, and the Government asserted that a ruling of the CJEU on the same issue³² was incompatible with Hungary's sovereignty and constitutional identity.³³

Her case went through different instances of the judiciary but her action was dismissed without requesting any preliminary rulings.³⁴ During the entire process, the judicial administration denied any link between her request for a preliminary ruling and the refusal to grant tenure. One cannot exactly know how much her fate has influenced other judges not to request preliminary rulings, albeit some suggest that to a great extent.³⁵ Statistics show clearly that there are virtually no preliminary questions about the ambit and safeguards of judicial independence, despite ongoing national and international critique.

2.3 Constitutional Complaint of Public Bodies

Constitutional complaints have a different purpose in democracies and authoritarian regimes. In the latter ones, cases and courts needs to be managed, and constitutional complaints don't serve the individuals but to channel sensitive cases to captured institutions.³⁶ After packing the Constitutional Court with trustworthy and reliable persons several cases can be referred to it thanks to special remedies.³⁷ The constitutional complaint was redesigned in favour of the governmental bodies after the Constitutional Court declared a complaint lodged by the National Bank to be

²⁸ Vincze (2023b).

²⁹ In Hungary judges are appointed for the first time for a 3 years temporary position, and are tenured after that if their performance is satisfactory. Usually they are tenured.

³⁰ CJEU, *LH v. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, 19 March 2020, C-564/18.

³¹ Vincze (2023b), p. 1440.

³² CJEU, *Commission v. Hungary*, 17 December 2020, Case C-808/18.

³³ Alkotmánybíróság [Constitutional Court], 20 December 2021, 32/2021, MK 2021, 11,067. In sum, territorial unity and population was held to be part of the constitutional identity, and the obligation to host foreign nationals (migrants) violates that identity.

³⁴ Alkotmánybíróság [Constitutional Court] 3449/2024. (XII. 13.) AB Order, Alkotmánybíróság határozatai 2024, 2586.

³⁵ Teczár (2021).

³⁶ Vincze (2023b), p. 1438–39.

³⁷ Scheppele (2013).

admissible.³⁸ Although this was contrary to the black letter of the law, it enabled government bodies to seek a remedy against final judicial decisions before the politically more pliable Constitutional Court.³⁹

This complaint mechanism model was also on the Commission's laundry list and the Government agreed to quash it without further ado. This could happen because it could be replaced by a functionally equivalent other tool, by the so-called 'uniformity complaint procedure'. This is also an extra-ordinary remedy, and it is available if one chamber of the Kúria deviates from former decisions of the court. About the deviation decides a special chamber of the Kúria chaired by the President or Vice President of the Kúria.

At the first glance, the instrument serves uniform decision-making which is a legitimate objective.⁴⁰ This has gradually been instrumentalized. In 2019, timely coinciding with the appointment of the new Chief Justice, a hybrid form of the *stare decisis* doctrine was introduced.⁴¹ Since then deviations from the decisions of the Supreme Court can be challenged before a special chamber. Precisely because *stare decisis* has no tradition in Hungary, there are virtually no rules on how to decide deviations from a settled practice. Based on the number of judicial decisions made, it is not very difficult to find discrepancies justifying this extraordinary procedure.

This special chamber has a unique composition. Before it was criticized nationally and internationally, the members of this panel were literally hand-picked by the chair, making a mockery out of the right to a lawful judge. That was also objected by the Commission. So, two colossal chambers were created with 20 members each, filled with chamber presidents of the court. However, these overstaffed formations do not solve the underlying problem.

Differently from common law countries, apex courts in civil law countries are mostly very specialized. They mainly do not decide on the merits of the case but rather guide lower level judges in intricate questions of law. This is the added-value of the extraordinary remedies before these courts. So, an apex court is usually divided into relatively stable chambers, staffed by erudite judges in the various fields of legal expertise, who, conversely, have no in-depth-knowledge in other areas of law. Experts in contract or procedural law will probably have no deeper understanding of family or labour law than first instance judges involved directly in adjudicating those issues. This is important because the Hungarian law unification chambers contradict that model. A huge chamber with randomly selected judges to decide randomly selected delicate legal questions is less than suboptimal. The majority of the members simply cannot understand the nitty-gritty of the case, and those who do are in the minority. Obviously, these few judges and the chair dominate the debate whereby the majority tacitly signalizes that they have not too much to contribute. So, instead of a high-profile debate of specialists, the an overblown chamber was

³⁸ Chronowski and Vincze (2019), Kovács (2019a).

³⁹ Vincze (2023b).

⁴⁰ Consultative Council of European Judges, Opinion N° 20 The Role of courts with respect to the uniform application of the law (2017).

⁴¹ Bakó (2023), pp. 177–180. Although the most important decisions of the Supreme Court have always been published and respected *stare decisis* did not apply.

created which the politically appointed chair can easily dominate thanks to group dynamics. Last but not least, the members of the special law unification chambers are selected based on their administrative roles at the court, which are distributed by the President of the Kúria. Disproportionally high remunerations of these judges help to co-opt them and to maintain their loyalty.

Although this setting is foggier than the direct hand-picking of the members, it leads to a very result: controlling and micromanaging the decision-making at the apex-court. Nonetheless, a plausible denial of wrongdoing is still possible for several reasons. First, there is a presumption of mutual trust between the Member State sharing a common set of values.⁴² Second, the uniform application of law is a legitimate objective. Third, the organizational scheme is complicated enough to assert eventual misunderstandings. Fourth, group dynamics or suboptimal working conditions do not fit into the Rule of Law standards and are not on the lawyers' radar.

2.4 Interim Findings

The three milestones demonstrate how the government managed to tick the “boxes” on the one hand and circumvent the adopted measures on the other. Although the changes are not purely symbolic ones, the progression is rather illusory. This was achieved by substituting one institution or rule with functionally equivalent solutions. In this sense, rules are simple means to an end,⁴³ which can be constantly reconfigured and tinkered with.⁴⁴ This is not only how ruling by cheating works⁴⁵ but the practice raises questions as to the effectivity of formal amendments.

There is an obvious informational asymmetry between the Commission and the Member State. The Commission lacks first-hand knowledge about the actual workings of legal norms in context, the impact of individual cases and decisions, or the legal and organizational culture of the given jurisdiction influencing how norms are applied.⁴⁶ This asymmetry opens the possibility to substitute formal measures by other less obvious—and mainly informal—mechanisms,⁴⁷ which work thanks to finely calibrated patronage networks.⁴⁸ These elements will be explored next.

3 The Critique of the Laundry List—The Missing Context

The focus of the critique is that the Commission takes national measures at face value and rarely goes beyond that. It does not scrutinize how norms actually work, it does not assess the eventual systemic effect of individual decisions, and rarely

⁴² CJEU, *Achmea*, 6 March 2018, C-284/16, para 34. Kullak (2020).

⁴³ Tamanaha (2006).

⁴⁴ Corrales (2020).

⁴⁵ Sajó (2021).

⁴⁶ Vincze (2023c).

⁴⁷ Zgut (2022).

⁴⁸ Körössényi et al. (2020), Hanelt and Vincze (2024).

explores the informal institutions or the legal culture fostering democratic backsliding. These elements are highlighted next.

3.1 Lacking Scrutiny of Actual Working

The Commission evaluates the adopted measures without considering how they work in reality. In doing so, it implicitly assumes that they work as on paper without any dysfunctions.⁴⁹ Evaluation of the legal text is however a rough one, which is only suitable for filtering the most conspicuous shortcomings,⁵⁰ such as obvious age discrimination.⁵¹ More subtle forms of abuse of the law or informal practices can hardly be spotted.⁵²

Although examining the actual workings of legal norms sounds tempting, it can be very tricky. First, it is not clear if a qualitative or a quantitative assessment is required. The ECJ stated that “identification of breaches of the principles of the rule of law requires a thorough qualitative assessment by the Commission, based on relevant information from available sources and recognised institutions”.⁵³ Although this sounds reasonable enough, the position has some shortcomings. There are various ideas and representations in Europe as to what judicial independence means in practical terms and how best to safeguard it.

Can judges be recruited from the civil service or seconded to ministries? Can they speak up freely on political issues or should they rather be neutral?⁵⁴ Can they have a political career before, after or even parallel to their judicial appointment?⁵⁵ Can they return to the bar from the bench and, if yes, is a cooling-off period necessary?⁵⁶ Are judges allowed to comment on the case law extra-judicially?⁵⁷ Can a judge author a scholarly work piece with an attorney or a governmental official or is that also a red line? Can judges accept scholarships or stipends from governmental agencies in a scholarly capacity? Are judges allowed to teach law, and, if so, what is their proper salary?⁵⁸ Are they allowed to take fees for talks?⁵⁹ Are they allowed to be involved in non-for-profit causes, if that aims to influence public policy,

⁴⁹ Czina (2024) pp. 181–182.

⁵⁰ Kandlec and Kosař (2022), pp. 1848–1849.

⁵¹ CJEU, *Commission v Poland*, 5 November 2019, Case C-192/18.

⁵² Scheppele (2022).

⁵³ CJEU, *Poland v Parliament and Council*, 16 February 2022, C-157/21, para 274.

⁵⁴ Youngs, (2000).

⁵⁵ Orth (2022), Steininger (2023), Wagner (2023), Domgörgen (2022), Möschel (2025).

⁵⁶ Art 57 Sec. 5 of the Austrian Law on Judges and Public Prosecutors prescribes such a mandatory cooling off periods, in Germany these rules are of rather ethical nature.

⁵⁷ Court of Appeal, *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd. and Another*, [2000] Q.B. 451, 495. Austrian Supreme Court (OGH) RZ 1989/110, 282; 6 Ob 90/05 m=ecolex 2005/278; 615; Austrian Supreme Court (OGH) 6 Ob 106/05i=RdW 2005/706, 618; Austrian Supreme Court, 5 Ob 335/98w=RdW 1999, 350. German Federal Supreme Court (BGH), Beschluss 13.1.2016 – VII ZR 36/14, NJW 2016, 1022.

⁵⁸ Eder and Becker (2023).

⁵⁹ Lamprecht (2017), Säcker (2018).

environment protection for example?⁶⁰ European countries give diverging answers to these questions, based on their historical experience, political and judicial cultures, resulting in a kaleidoscope of particular national and constitutional systems. The ECJ also stated that distinguishing between states which are ‘older democracies’ and those which constitute ‘new democracies’ gives “rise to a serious risk of the Commission treating Member States differently under [the conditionality] regulation.”⁶¹ This only promotes a Frankenstein⁶² where cobbling together weird pieces of legislation from different states could actually meet the expectations of the CJEU.

However, the critique does not wish for some expert opinions on the content of the norm and its ambit of possible interpretations but a much simpler thing. The Commission should namely ‘zero in’ on how a legal rule works in the actual world. This is however not so easy as it sounds. The ECJ applies a presumption that all Member States comply with EU law, and thus systemic flaws may be established based only on objective, reliable, specific and properly updated data.⁶³

The most exposed problem is the statistical correlation and how many mishaps prove that the applied norm was badly designed. Behind this problem lie at least two further ones: when correlation turns into causality, and which cases should be considered in a statistical analysis.

Establishing a relationship between the blueprint and its actual working requires a sufficient correlation in a statistically relevant number of cases. To achieve this, reliable data is necessary. The example of the retail taxes cases in Hungary and Poland is very telling.⁶⁴ Both countries introduced very similar progressive taxes in retail and telecommunications sectors. The tax was based on turnover (not profit) and was very progressive, targeting large corporations, which due to historical circumstances happen to be foreign enterprises. In this case, correlation was relatively easy to quantify but it did not suffice to be causal. To show abusive application in much more complex and personal appointments is therefore similarly complicated. These decisions are relatively few in numbers and are not easily quantifiable because the strategic importance of some positions (e.g. court presidents etc.) are hard to grasp.⁶⁵ Moreover, not only an unfortunate appointment counts but also how a given legal system is able to correct the failure.⁶⁶

Theoretically, the Commission also could apply process tracing methods, which aim to prove a causal inference and provide evidence for concluding that an intervention has contributed to changes that have been observed or measured.

⁶⁰ Malleon (2000), Orth (2022).

⁶¹ CJEU, Poland v Parliament and Council, 16 February 2022, C-157/21, para 274. Cf. Julian Scholtes’s piece in this special issue.

⁶² Scheppele (2013).

⁶³ CJEU, RL and QS, 19 December 2024, Joined Cases C-185/24 and C-189/24.

⁶⁴ CJEU, Vodafone Magyarország, 3 March 2020, Case C-75/18; CJEU TescoGlobal Áruházak, 3 March 2020, Case C-323/18. Varju and Papp (2021), Deák (2021).

⁶⁵ There are however different assessments of what counts as an abusive or dysfunctional appointment or promotion: European Commission, *Rule of Law Report*, Country Chapter on the rule of law situation in Hungary SWD(2021) 714 final. Kovács (2019b), Vadász (2018); Virág, (2018).

⁶⁶ Domgörgen (2022).

Without going into details,⁶⁷ only the so-called doubly-definitive test would meet the required standards because this provides strong evidence that both confirms a particular causal explanation and rules out any other explanations. In practice, however, it requires a huge amount of practical evidence which is rarely available for evaluations. The other methods (straw-in-the-wind, hoop, smoking gun) provide explanations with different grades of probability, which still opens the possibility of plausible deniability.

3.2 Lacking Scrutiny of Individual Actions

Furthermore, it is also criticized that individual actions rarely catch the Commission's attention, and it cannot identify their eventual systemic, structural or institutional impact. These however are claimed to be important politically. As the famous Italian communist philosopher and politician, Antonio Gramsci has pointed out, real hegemonic power over society can only be achieved by capturing and dominating social and economic institutions, like universities, courts or enterprises.⁶⁸ From a political point of view, personal appointments, promotions or demotions help to overtake social and economic institutions, and in doing so achieve influence and domination over them. Legally, these are only individual cases but from a political perspective, they are steps of marching through the societal institutions.

The phrase "long march through the institutions" is often used to describe the piecemeal intellectual takeover of society by slowly winning over the main institutions that determine the cultural, economic and societal embeddedness of power.⁶⁹ These institutions are often more important for cementing and maintaining political hegemony than legal power. They form and create values, beliefs, sentiments, prejudices, narratives⁷⁰ and constitutional imaginaries,⁷¹ and, in doing so, they support political power.

Although individual actions are excluded from the ambit of infringement procedures, they are rarely objected to. They only appear on the Commission's radar if they add up to some administrative practice over a longer period of time.⁷² Individual attacks on chief justices⁷³ controversial judicial appointments,⁷⁴ creating a gargantuan media holding,⁷⁵ acquiring a telecommunication company,⁷⁶ abusing

⁶⁷ See on those methods Collier (2011).

⁶⁸ Gramsci (1971), p. 244, Anderson (2020), Humphrys (2024).

⁶⁹ Abrahamsen et al. (2024), p. 34–66.

⁷⁰ Kos (2023).

⁷¹ Přibán (2022), Komárek (2023).

⁷² CJEU, *Commission v Italy*, 26 April 2007, Case C-135/05, para 20–21; CJEU *Commission v Italy*, 3 June 2003, Case C-129/00, para 32–33.

⁷³ Kosař and Šipulová (2025).

⁷⁴ *Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Hungary*, (SWD/2021/714 final). 3.

⁷⁵ Cseres (2019), p. 88–89.

⁷⁶ The Good Lobby. TGL Profs urge DG Competition to review acquisition of Vodafone Hungary, <https://www.thegoodlobby.eu/good-lobby-profs-urge-review-of-vodafone-acquisition/>.

dominant position in the national market⁷⁷ or irregular public procurements⁷⁸ are only sluggishly investigated if at all simple because they are not systemic shortcomings from a purely legal point of view. Thus, the lacking supranational interventions in individual cases enables *fait accompli*,⁷⁹ and consequentially the already mentioned “long march through the institutions”.⁸⁰

3.3 Lacking Scrutiny of Informality

The critique also highlights that personal changes (appointments, dismissals or promotions) serve as bridgeheads to capture institutions⁸¹ or to pack the courts.⁸² Trusted appointees build up informal networks, co-opt key actors⁸³ and do patronal politics.⁸⁴

The Hungarian National Judicial Office’s example is very telling. Administrative power over the rank-and-file judges is concentrated in the hands of 25 court presidents. The National Judicial Office selected these persons and the decision-making was decisively influenced by its president, who happened to be a close friend and ally of the MP. She reportedly used her broad powers regarding appointments, promotion, remuneration, or transfer to occupy a significant part of the court-management and to build a network based on personal trust and loyalty.⁸⁵

This might be demonstrated by the example of the former President of the Hungarian Judges’ Association, Lajos Makai, who openly legitimized the judges’ forced retirement in 2012.⁸⁶ Shortly after that, he was appointed as the president of an Upper Court of Appeal in Pécs, which was seen by many as a *quid pro quo*.⁸⁷

This vetted managerial caste has the power and was incentivized to work as the proxies of the NJO at regional level and not as the judges representative towards central power. They are expected to keep “problematic” judges under control not seldom by threat and intimidation.⁸⁸ Again, the reports about the handling of the forced retirement of judges is illustrative. Influential judges discouraged members of the judiciary from seeking remedy against forced retirement or expressing disagreement and spread the message that judges should work and not resist.⁸⁹

⁷⁷ CJEU, Sped Pro, 9. February 2022, T-791/19; Krimphove (2022), Bernatt (2023).

⁷⁸ Cseres (2019) p. 87–88; Bernatt and Jones (2022).

⁷⁹ For example the dismissal of the former President of the Hungarian Supreme Court, see Kosař and Šípulová (2018).

⁸⁰ Hallonsten (2025). Illiberal think-tanks like the Heritage foundation, the Manhattan Institute or the Mathias Corvinus Collegium often refer to the phenomenon and use the phrase.

⁸¹ Chesterley and Roberti (2018).

⁸² Kosař and Šípulová (2023), Wyrzykowski and Ziółkowski (2021).

⁸³ Gerschewski (2013).

⁸⁴ Hale (2014).

⁸⁵ Hanelt and Vincze (2024)

⁸⁶ Puleo and Coman (2024), p. 54.

⁸⁷ Hanelt and Vincze (2024).

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

Furthermore, informal networks are also used to co-opt actors. Better remuneration and work conditions are offered to those willing to turn a blind eye, assist the regime passively or actively.⁹⁰ Soft repression and co-optation work by informal networks⁹¹ and out of the scope of the Commission's investigative powers, and there is very limited know-how of bringing them to light and building a case on that behind hearsay evidence.

3.4 Lacking Scrutiny of Implicit Rules and Legal Culture

Informality often works because it is part of a legal and political culture⁹² in which clientelist relations, trust, loyalty and fidelity count more⁹³ than the normative and calculable boundaries of powers and responsibilities. Implicit rules, hidden or unspoken elements⁹⁴ or patterns⁹⁵ are part of a legal paradigm or culture where abusive constitutionalism,⁹⁶ abusive techniques of legal interpretation, cheating⁹⁷ or autocratic legalism⁹⁸ are culturally embedded. This cultural accommodation allows, tolerates or even fosters certain behaviours, values and mentalities which enable informal mechanisms to work and to undermine formal rules. This is also true for judicial culture⁹⁹ shaping judicial behaviour and influencing judicial performance.¹⁰⁰

Legal culture¹⁰¹ is an essential variable in explaining the workings of law; it 'is like winding up a clock or plugging in a machine'.¹⁰² Although the causal significance of legal culture is asserted,¹⁰³ and it is also well-documented in comparative legal research highlighting dysfunctional legal transplants¹⁰⁴ the exact interaction between legal culture and the reality of legal norms is less clear.¹⁰⁵ One does not know either how much this legal culture is constructed by the legal norms, legal education and other forms of legal socialization, and how it can be de- and reconstructed.

This great deal of vagueness makes it much more complicated to operationalize the concept of legal culture, and to prove that a particular legal culture did not inhale

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

⁹² Pecotic Kaufman and Šimic Banovic (2021).

⁹³ Körössányi et al. (2020).

⁹⁴ Sacco (1995).

⁹⁵ Mattei (1997).

⁹⁶ Landau (2013)

⁹⁷ Sajó (2021).

⁹⁸ Corrales (2015), Scheppele (2018).

⁹⁹ Bell (2006), Mak (2023).

¹⁰⁰ Kosař et al. (2023).

¹⁰¹ Nelken (2014).

¹⁰² Friedman (1977) p. 76.

¹⁰³ Cotterrell (2006) p. 87.

¹⁰⁴ Legrand (1997), Kurkchayan (2012), Wörner-Schönecker (2022).

¹⁰⁵ Cotterrell (2006), p. 87.

shared European social values. Moreover, the ECJ fosters a presumption of mutual trust and equally proper function of judicial systems despite some divergencies,¹⁰⁶ which requires a plenty of intellectual firepower to prove that a particular legal culture is in general underperforming. The burden of proof in this regard is quite high, as some recent cases show that. In the *Klubrádió*-case the Commission attempted to ascertain a link between an environment that is particularly hostile to the pluralism of the media and an special restrictive measure at issue. That was for the Advocate General a question of context but a legally irrelevant one as it had—in his views at least—no relevance for the peculiar case.¹⁰⁷ This exactly shows how complicated is to build a case on these circumstantial elements.

3.5 Informality vs. Formality

As it was demonstrated, the critique of taking norms at face value is well-founded. It is partially caused by an information asymmetry between the Commission and the government of a given country under review, and amplified by a presumption of proper functioning of the judiciary, lacking methodology and resources to deal with them. So, it is worthwhile to point out that written norms do not provide the big or full picture how law actually works in a given institutional and social environment, it does not give an answer how to tackle that challenge and how operationalize these findings for everyday decision-making.

4 Conclusion

As it was shown, formal institutions can be implemented and adopted but these can also be ignored and circumvented. To tackle this problem the quality of the Rule of Law can be scrutinized much more thoroughly. Such an exercise requires more sophisticated tools, more resources and manpower. These were discussed in this paper. Interestingly enough, there is also a fierce theoretical opposition to going beyond scratching the surface and digging deeper into the actual workings of a constitutional system.

This critique has two layers. First, it attacks on the abstract, rootless or decontextualized meaning or definition of the Rule of Law which do not reflect national idiosyncrasies. Reducing the Rule of Law to numbers deprives the concept from its national particularities¹⁰⁸ and empowers unelected experts and bureaucrats to assess systems of government and vet them against the yardstick of a never-existed and artificially created ideal.¹⁰⁹

Second, it is questioned whether focusing solely on solely one value—the Rule of Law -undermines similarly important other ones—like subsidiarity, national identity

¹⁰⁶ Kullak (2020).

¹⁰⁷ Opinion of AG Rantos, *Commission v. Hungary*, 3 April 2025, Case C-92/23.

¹⁰⁸ Jakab and Kirchmair (2021).

¹⁰⁹ Nettesheim (2024).

and democratic self-determination—which are also enshrined in Art 2 TEU.¹¹⁰ A simplification or denaturalization of the Rule of Law deprives it from its democratic and national particular components.

This leads us back to the question of required scrutiny. On the one hand a thorough evaluation is requested which includes actual working of the norms, impact of individual decisions, informal institutions and legal culture, which on the other hand is criticised for undermining democracy and subsidiarity simple because old and established democracies don't want to face the same standards and justify their oddities.¹¹¹ Interestingly, the inner tension between more and less rigorous scrutiny is based on the same argument of more contextualization. The one group pleads for more contextualized assessment, the other is afraid that this is not possible, and therefore requests a light touch approach. This latter one will apparently not solve the equation but leaves more room for informality.

Acknowledgements The author is indebted to the members of the Judicial Studies Institute, especially Patrick Casey Leisure, and the participants of the ROLPERIPHERAL Workshop in Bucharest, especially Bogdan Iancu, for comments on an earlier version of the manuscript. The author takes full responsibility for the article.

Author Contribution I am sole author of the article.

Funding Open access publishing supported by the institutions participating in the CzechELib Transformative Agreement. The research leading to this article has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation program (INFINITY, grant no. 101002660).

Data Availability No datasets were generated or analysed during the current study.

Declarations

Conflict of Interest The authors declare no competing interests.

Open Access This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits use, sharing, adaptation, distribution and reproduction in any medium or format, as long as you give appropriate credit to the original author(s) and the source, provide a link to the Creative Commons licence, and indicate if changes were made. The images or other third party material in this article are included in the article's Creative Commons licence, unless indicated otherwise in a credit line to the material. If material is not included in the article's Creative Commons licence and your intended use is not permitted by statutory regulation or exceeds the permitted use, you will need to obtain permission directly from the copyright holder. To view a copy of this licence, visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

References

- Abrahamsen R et al (2024) *World of the right: radical conservatism and global order*. Cambridge University Press, Cambridge
- Anderson P (2020) *The antinomies of Antonio Gramsci*. Verso, London

¹¹⁰ Huber (2017), von Bogdandy (2019).

¹¹¹ Nettesheim (2024), Hwang (2024). Also see Julian Scholtes in this special issue.

- Bakó B (2023) Challenges to EU values in Hungary how the European Union Misunderstood the Government of Viktor Orbán. Routledge, London
- Bátory A (2016) Defying the commission: creative compliance and respect for the Rule of Law in the EU. *Public Admin* 94:685–699
- Bauerschmidt J (2024) Rechtsstaatlichkeit in der EU und die Instrumente zu ihrer Verteidigung: Artikel 7 EUV, Rechtsstaatlichkeitsbericht und -dialog. *Haushaltskonditionalität Europarecht* 59(3):300–321
- Bell J (2006) *Judiciaries within Europe*. Cambridge University Press, Cambridge
- Bernatt M, Jones A (2022) Populism and public procurement: an EU response to increased corruption and collusion risks in Hungary and Poland. *Yearbook Eur L* 41:11–47
- Bernatt M (2023) Economic frontiers of the rule of law: *Sped-Pro v. Commission*. *Common Mark L Rev* 60(1):199–216
- Blauberger M, van Hüllen V (2021) Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values? *J Eur Int* 43(1):1–16
- Bonelli M, Claes M (2018) Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary. *Eur Const Law Rev* 14(3):622–643
- Bustos Gisbert R (2022) Judicial Independence in European Constitutional Law. *Eur Const L Rev* 18(4):591–620
- Chesterley N, Roberti P (2018) Populism and institutional capture. *Eur J Pol Econ* 53:1–12
- Chronowski N, Vincze A (2019) Az Alkotmánybíróság határozata a Magyar Nemzeti Bank kiadományozási joga ügyében. *Jogesetek Magyarázata* 10(1):3–12
- Closa C, Hernández G (2025) Defining and operationalising defiant non-compliance in the EU: the rule of law case. *J Common Mark Stud* 63:964–986
- Collier D (2011) Understanding Process Tracing. *Pol Sci Polit* 44(4):823–830
- Coman R, Leconte C (2019) Contesting EU authority in the name of European identity: the new clothes of the sovereignty discourse in Central Europe. *J Eur Int* 41(7):855–870
- Corrales J (2015) The authoritarian resurgence: autocratic legalism in Venezuela. *J Democracy* 26(2):37–51
- Corrales J (2020) Authoritarian survival: why Maduro Hasn't fallen. *J Democracy* 31(3):39–53
- Cotterrell R (2006) Law, culture and society: legal ideas in the mirror of social theory. Ashgate, Aldershot
- Cseres KJ (2019) Rule of Law Challenges and the enforcement of EU competition law: a case-study of Hungary and its implications for EU law. *Comp L Rev* 14(1):75–101
- Czina V (2024) The effectiveness of the EU's rule of law conditionality mechanism: theoretical observations based on the case of Hungary. *Intersect East Eur J Soc Pol* 10(1):171–188
- Deák D (2021) Cloaking member state objectives through legislative instruments. *30 EC Tax Rev* 30(3):111–119
- Domgörgen U (2022) Vom parteipolitischen Zugriff auf hohe Richterämter. *Neue Zeitschrift Für Verwaltungsrecht* 41(22):1073–1085
- Eder S, Becker J (2023). How Scalia Law School Became a Key Friend of the Court, *N.Y. Times* (Apr. 30, 2023), <https://www.nytimes.com/2023/04/30/us/supreme-court-scalia-law-school.html>
- Élő A (2024) A bírák függetlenségé az emberek alapjoga” – elnökük ellen fordulhatnak az OBT tagjai, <https://www.valaszonline.hu/2024/12/03/birosagok-obt-szabo-peter-kormany-igazsagszolgalatas-fuggetlenseg-szavazas/>
- Friedman LM (1977) *Law and society: an introduction*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs
- Gerschewski J (2013) The three pillars of stability: legitimization, repression, and co-optation in autocratic regimes. *Democratization* 20(1):13–38
- Gramsci, A. (1971). In: Q. Hoare and G. Nowell Smith (eds) *Selections from the prison notebooks of Antonio Gramsci*. Lawrence and Wishart, London.
- Hale HE (2014) *Patronal politics: Eurasian regime dynamics in comparative perspective*. Cambridge University Press, Cambridge
- Halmai G (2019) The possibility and desirability of rule of law conditionality. *Hague J R L* 11(1):171–188
- Hainthaler C (2024) Die Sicherung der Werteunion - Handlungsoptionen der Europäischen Union zum Schutz der gemeinsamen Werte des Art. 2 EUV. Duncker & Humblot, Berlin
- Hallonsten O (2025) The long march through the institutions and the fifth wave of juridification. *Constellations*. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12791>
- Halperin J-L (2011) Law in books and law in action: the problem of legal change. *Me I Rev* 64:45–76
- Hanelt E, Vincze A (2024) Managing courts in competitive authoritarian regimes: co-optation, repression and resistance in Hungary. *Z Vgl Polit Wiss* 18:381–400

- Hanelt, E (2024). Getting Article 7 done: coalition-building against Hungary in the European Parliament. *J Eur Int.* 1–22.
- Hofmann R, Heger A (2022) Die Zukunft der Europäischen Union als Werteunion. *Europäische Grundrechtszeitschrift* 49(13–16):361–378
- Huber P (2017) Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. *Der Staat* 56(3):389–414
- Humphrys E (2024) Chapter 6: Hegemony as a protean concept. In: Carroll WK (ed) *The Elgar companion to Antonio Gramsci*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham
- Hwang S-P (2024) Judikativer Werteschutz in der Europäischen Union: Eine verfassungsvergleichende Perspektive. *Europarecht* 59(3):240–268
- Jaeger Th (2018) Gerichtsorganisation und EU-Recht: Eine Standortbestimmung. *Europarecht* 53(6):611–652
- Jakab A, Kirchmair L (2021) How to develop the EU justice scoreboard into a rule of law index: using an existing tool in the EU rule of law crisis in a more efficient way. *German L J* 22(6):936–955
- Kadlec O, Kosař D (2022) Romanian version of the rule of law crisis comes to the ECJ: the AFJR case is not just about the Cooperation and Verification Mechanism. *Common Mark L Rev* 59(6):1823–1852
- Komárek J (2023) *European constitutional imaginaries: between ideology and Utopia*. Oxford University Press, Oxford
- Körösényi A, Illés G, Gyulai A (2020) The Orbán Regime: plebiscitary leader democracy in the making. *Routledge Advances in European Politics*. Routledge, London. <https://doi.org/10.4324/9780429053436>
- Kos UA (2023) Controlling the Narrative: Hungary's Post-2010 Strategies of Non-Compliance before the European Court of Human Rights. *Eu Const L Rev* 19(2):195–222
- Kosař D, Šipulová K (2018) The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: *Baka v. Hungary* and the Rule of Law. *Hague J r l* 10(1):83–110
- Kosař D, Šipulová K (2023) Comparative court-packing. *Int J Const Law* 21(1):80–126
- Kosař D, Šipulová K (2025) Judicial empowerment of chief justices in Central Europe through supranational means: judicial self-defense or judicial self-dealing? *Int J Const Law*. <https://doi.org/10.1093/icon/moaf017>
- Kosař D, Šipulová K, Urbániková M (2023) Informality and courts: uneasy partnership. *German L J* 24(8):1239–1266
- Kovács Á (2019a) Tájékozódás a bírósági igazgatásban: az Alkotmánybíróság „MNB-határozata” – szkeptikus olvasat. *Fundamentum* 23(1–2):109–120
- Kovács Á (2019b) Új modell a bírósági igazgatásban: bírák központi nyomás alatt, 31 Budapesti Könyvszemle 31(3–4): 240–258.
- Krimphove D (2022) Der EuGH und die Rechtsstaatlichkeit Polens – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 9.2.2022, Rs. T-791/19 (Sped Pro). *Europarecht* 57(6):639–647
- Kullak EM (2020) *Vertrauen in Europa*. Mohr Siebeck, Tübingen
- Kurkchian M (2012) What to expect from institutional transplants? An experience of setting up media self-regulation in Russia and Bosnia. *Int J l Context* 8(1):115–131
- Lamprecht R (2017) „Ehrenkodex“ für die obersten Richter der Republik. *Neue Juristische Wochenschrift* 70(16):1156–1160
- Landau D (2013) Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Rev* 47(1):189–260
- Legrand P (1997) The impossibility of ‘Legal Transplants.’ *Maastricht J Eur Comp Law* 4(2):111–124
- Mak E (2023) Researching judicial cultures in the European Union: lessons from John Bell. In: Turenne S (ed) *Reasons and context in comparative law: essays in honour of John Bell*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 251–274
- Malleson K (2000) Judicial bias and disqualification after Pinochet (No. 2). *Mod Law Rev* 63(1):119–127
- Mattei U (1997) Three patterns of law: taxonomy and change in the world's legal systems. *Am J Comp Law* 45(1):5–44
- Möschel M (2025) *Ex-ministers as constitutional judges*. Oxford University Press, Oxford
- Nelken D (2014) Thinking about legal culture. *Asian J Law Soc* 1(2):255–274
- Nettesheim M (2024) Die föderale Homogenitätsklausel des Art. 2 EUV. *Europarecht* 59(3):269–299
- Orth Ch (2022) *Verfassungsrichter und ihre frühere Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren*. Dunker & Humblot, Berlin
- Pech L, Platon S (2018) Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case. *Common Mark L Rev* 55(6):1827–1854

- Pech L, Scheppele KL (2017) Illiberalism within: rule of law backsliding in the EU. *Camb Yearb Eur Leg St* 19:3–47
- Pecotic Kaufman J, Šimic Banovic R (2021) The role of (In)formal governance and culture in a national competition system: a case of a post- socialist economy. *World Comp* 44(1):81–108
- Posner EA, Vermeule A (2013) *The Executive unbound—after the Madisonian Republic*. Oxford University Press, Oxford
- Pound R (1910) Law in books and law in action. *Am l Rev* 44:12–36
- Přibáň J (2022) *Constitutional imaginaries: a theory of European societal constitutionalism*. Routledge, New York
- Puleo L, Coman R (2024) Explaining judges' opposition when judicial independence is undermined: Insights from Poland, Romania, and Hungary. *Democratization* 31(1):47–69
- Sacco R (1995) Mute law. *Am J Comp L* 43(3):455–467
- Säcker FJ (2018) Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung. *Neue Juristische Wochenschrift* 71(33):2375–2380
- Sajó A (2021) *Ruling by cheating*. Cambridge University Press, Cambridge
- Scheppele KL (2013) The rule of law and the Frankenstate: why governance checklists do not work. *Governance* 26(4):559–562
- Scheppele KL (2018) Autocratic legalism. *Univ Chi l Rev* 85(2):545–584
- Scheppele KL (2022) The law requires translation. *Common Mark l Rev* 59(4):1107–1136
- Steininger S (2023) Talks dinners, and envelopes at nightfall: the politicization of informality at the Bundesverfassungsgericht'. *Ger L J* 24(8):1300–1322
- Tamanaha BZ (2006) *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge University Press, Cambridge
- Teczár Sz (2021) A rendszér alkalmatlan. *Magyar Narancs* Dec. 15, 2021. <https://magyarnarancs.hu/bel-pol/a-rendszer-alkalmatlan-244367>
- Vadász V (2018) Krízis a bírósági igazgatásban? MTA Law Working Papers 2018/13
- Varju M, Papp M (2021) Turnover taxes, the fight for the National Tax Base and the EU Court of Justice: an undeserved triumph for Member State Direct Tax Autonomy? *Leg Issues Econ Integr* 48(4):379–401
- Vincze A (2023a) Hungary: from a friend to a foe? In: Nicõtina A, Popelier P, Bursens P (eds) *EU law and national constitutions the constitutional dynamics of multi-level governance*. Routledge, London, pp 231–253
- Vincze A (2023b) Schrödinger's judiciary—formality at the service of informality in Hungary. *Ger Law J* 24(8):1432–1448
- Vincze A (2023c) Rechtsschutzauftrag oder Rechtsstaatlichkeitskriterium?. Zum Bedeutungswandel des Art. 19 EUV in der Rechtsprechung des EuGH. *Der Staat* 62(1):71–89
- Vincze A (2024) Nur kosmetische Änderungen in Ungarn? *Deutsche Richterzeitung* 96(2):54–55
- Virág Cs (2018) Észrevételek Vadász Viktor „Krízis a bírósági igazgatásban?” című írásához. MTA Law Working Papers 2018/13.
- von Bogdandy A (2019) Tyranny of the Werte? Herausforderungen und Grundlagen einer europäischen Dogmatik systemischer Defizite. *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 79(3):503–551
- Wagner J (2023) Juristisches Neuland – über den Umgang von Richterdienstgerichten mit AfD-Richtern und -Staatsanwälten 76(8): 501–506.
- Wörner-Schönecker M (2022) *Rechtstransfers*. Mohr Siebeck, Tübingen
- Wyrzykowski M, Ziółkowski M (2021) Illiberal constitutionalism and the judiciary. In: Sajó A, Uitz R, Holmes S (eds) *Routledge handbook of illiberalism*. Routledge, New York, pp 517–532
- Youngs R (2000) Cold neutrality? A comparison of the standards of the House of Lords with those of the German Federal Constitutional Court. *Oxford J Leg St* 20(3):391–406
- Zgut E (2022) Informal exercise of power: undermining democracy under the EU's radar in Hungary and Poland. *Hague J R l* 14(2–3):287–308