

Martin Höpner

Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung

Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH)

Zusammenfassung

In der jüngeren Vergangenheit häufen sich kritische Stimmen zur rechtsfortbildenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Diesen Kritiken begegnen Verteidiger der „aktivistischen“ EuGH-Judikatur mit einigen Einwänden, deren Prüfung im Zentrum dieses Beitrags steht. Diese Einwände haben gemein, dass sie den Hang des EuGH zur Rechtsfortbildung zwar nicht grundsätzlich bestreiten, aber geeignet sind, die von den Kritikern behauptete politische Brisanz der rechtsfortbildenden Urteile zu relativieren. Um die Einwände diskutierbar zu machen, schlage ich eine sechsstufige Rangfolge von Rechtsfortbildungen des EuGH vor. Wie sich zeigt, haben sowohl die Argumente der Kritiker, als auch die gegen sie vorgebrachten Einwände Berechtigung. Die Überzeugungskraft der Argumente beider Seiten variiert entlang der Stufen, die mit den jeweiligen Rechtsfortbildungen erreicht werden. Die Einwände gegen die EuGH-Kritik sind nicht geeignet, richterliche Reinterpretationen des Primär- und Sekundärrechts pauschal zu legitimieren oder hinsichtlich ihrer Wirkungen zu relativieren.

Schlagerworte: Europäische Integration, Integration durch Recht, Verfassungswandel, Rechtspolitik

Abstract

From closing loopholes to reinterpreting the treaties. A suggestion for the distinction between different levels of law augmentation by the European Court of Justice (ECJ)

The case law of the European Court of Justice has met with increasing criticism in the last years. Defenders of the “activist” ECJ judicature answer with some objections that stand in the center of this article. The objections have in common that they do not deny the fact that the ECJ systematically augments European law. However, they tend to qualify the claim that the ECJ case law has far-reaching, politically destructive implications. In order to make these objections discussable, I suggest a six-staged ranking order of judicial augmentations of European law. My discussion shows that both the critics of the ECJ as well as the defenders make plausible points. The plausibility of the arguments of both sides varies with respect to the different stages of law augmentation. I show that that when certain stages of law augmentation are exceeded, the objections of the defenders neither legitimize “activist” case law nor qualify its political impact.

Key words: European integration, integration through law, constitutional change, political science of law

1. Einleitung: Der Europäische Gerichtshof unter kritischer Beobachtung¹

Für Integrationsforscher aus der Rechtswissenschaft, der Politikwissenschaft oder der Soziologie ist die Aussage, dass sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) von einem „Hüter der Verträge“ zum „Motor der Integration“ entwickelt hat, weder überraschend noch kontrovers. Zahlreiche Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vom Vorrang des Gemein-

schaftsrechts gegenüber nationalem Recht (einschließlich Verfassungsrecht) über die Aufladung der europäischen Grundfreiheiten (freie Bewegung von Waren, Dienstleistungen, Kapital sowie natürlichen und juristischen Personen) mit Grundrechtscharakter bis hin zur Etablierung eines Staatshaftungsanspruchs bei der Nichtumsetzung europäischer Richtlinien sind Schöpfungen des EuGH. Mit den entsprechenden Rechtsfortbildungen hat der EuGH entscheidend zur Schaffung und Festigung der europäischen „Gemeinschaft des Rechts“ beigetragen, kurz: hat Integrationspolitik betrieben.

So gründlich belegt und anerkannt dieser Fakt auch ist, blieb er doch lange Zeit Gegenstand des Interesses eines eng umrissenen Kreises von Experten, ohne dass die Judikatur der Luxemburger Richter einer breiteren öffentlichen Diskussion ausgesetzt gewesen wäre. Das hat sich in der jüngeren Vergangenheit geändert. Dem EuGH wird eine neue Aufmerksamkeit zuteil. Ursache hierfür ist eine Serie von Urteilen, die in den betroffenen Mitgliedstaaten kritische Reaktionen in vorher nicht gekanntem Ausmaß auslösten. Auch in den zuständigen Fachdisziplinen finden sich vermehrt kritische Einschätzungen. Der EuGH betreibe, so die Kritik, unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* (siehe etwa die Beiträge in *Roth/Hilpold* 2008); er habe das Streben nach juristischer Begründbarkeit seiner Urteile durch die Verfolgung politischer Integrationsziele ersetzt (so *Herzog/Gerken* in der FAZ vom 8.9.2008, S. 8); seine Rechtsprechung verletze die Legitimitätsanforderungen politischer Herrschaft (so *Scharpf* 2009a); er habe sich selbst den Charakter einer permanent tagenden verfassungsgebenden Versammlung zugestanden (so *Höreth* 2008); er ignoriere die für die Mitgliedstaaten brisanten, nicht zuletzt: sozialen Folgen seiner Rechtsprechung (so *Joerges/Rödl* 2009). Und auch das Bundesverfassungsgericht sparte in seinem Lissabon-Urteil vom 30. Juni 2009 nicht mit warnenden Hinweisen an das europäische Höchstgericht. So war der für das Urteil zentrale Satz, die europäischen Organe bewegten sich „auf einem Pfad, an dessen Ende die Verfügungsgewalt über ihre vertraglichen Grundlagen steht, das heißt die Kompetenz, über ihre Kompetenzen zu disponieren“ (Randnummer 238), erkennbar auf die Rechtsprechung des EuGH gemünzt.

Diese im Prinzip nicht neue, aber nun vermehrt auftretende Kritik blieb in Vergangenheit und Gegenwart nicht unwidersprochen. Zwar erkennen alle an der Debatte Beteiligten an, dass für die Rechtsprechung des EuGH ein Maß an Rechtsfortbildung kennzeichnend ist, das das von nationalen Verfassungsgerichten bekannte Maß übersteigt. Dennoch, so die Kritiker der Kritiker, zeichne die Kritik am EuGH ein verzerrtes und deshalb unzutreffendes Bild. Die Auseinandersetzung mit einigen dieser Einwände steht im Zentrum dieses Beitrags. Im Einzelnen geht es mir um fünf Einwände, die ich im nachfolgenden Abschnitt 2 vorstellen werde. Um die Einwände einer eingehenden Diskussion zugänglich zu machen, schlage ich im darauf folgenden Abschnitt 3 eine Klassifikation rechtsfortbildender EuGH-Urteile vor. In Abschnitt 4 prüfe ich die Einwände im Licht der vorgeschlagen Rangfolge.

2. Fünf Einwände gegen die Kritik am EuGH

Keiner der nachfolgend skizzierten Einwände bestreitet den empirischen Fakt einer über den Einzelfall hinausgehenden, in systematischer Weise die obere Ebene des europäischen Mehrebenensystems begünstigenden richterlichen Fortbildung des europäischen Rechts. Gemeinsamer Ausgangspunkt der Einwände ist vielmehr, dass der empirische

Nachweis vollzogener Rechtsfortbildung noch nicht notwendigerweise auf ein Problem hindeutet. Auch dieser Ausgangspunkt ist im Prinzip unkontrovers. In der rechtswissenschaftlichen, rechtssoziologischen und rechtspolitologischen Literatur ist unumstritten, dass Rechtsfortbildung nicht unbesehen als illegitime Handlung von Gerichten qualifiziert werden darf, sondern ganz im Gegenteil zu den genuinen Aufgaben richterlicher Rechtswahrung gehören kann. Gesetzes- und Verfassungsrecht, so der *erste* Einwand gegen die Kritiker, ist bekanntermaßen notwendig unvollständig und bedarf der Ergänzung durch Richterrecht. Es ist die Aufgabe von Höchstgerichten, logische Lücken im zu interpretierenden Recht zu schließen und damit die Rechtssicherheit der Rechtsanwender zu gewährleisten. Weil das aus den Verträgen resultierende europäische Recht naturgemäß lückenhafter ist als nationales, „aus einem Guss“ entwickeltes Verfassungsrecht, ist der EuGH häufiger rechtsfortbildend tätig als nationale Verfassungsgerichte. In den Worten von Möllers (1998, S. 28): „Die Rechtsneuschöpfung gehört zum täglichen Brot des EuGH, weil der EG-Vertrag erhebliche Rechtslücken aufweist.“ Folgt man diesem Einwand, verlagert sich das Problem somit von den möglicherweise zu Unrecht kritisch beäugten Richtern auf die Eigenschaften des von ihnen zu verwaltenden – unvollständigen – Rechtsbestands.

Ähnlichkeit zum Lücken-Argument weist ein *zweiter* Einwand auf: Richterliche Rechtsfortbildung findet in Bereichen statt, die eher technischer als politischer Natur sind oder mit denen Ziele verfolgt werden, die als weitgehend unumstritten angesehen werden können. Dieses Argument ist geeignet, die von den EuGH-Kritikern behauptete hohe politische Brisanz der Rechtsfortbildung zu relativieren. So argumentiert Everling (1986, S. 229), der Gerichtshof betätige sich vor allem dann rechtsfortbildend, wenn Verfahrensfragen betroffen seien, „während er Zurückhaltung bei allen Fragen übt, die materiell politische Tragweite besitzen und allgemeine politische, wirtschaftliche und soziale Wertungen und Ermessensentscheidungen betreffen.“ Schließt der EuGH lediglich logische Lücken im europäischen Recht oder beschränkt er sich auf die Verfolgung quasi-technischer, unumstrittener Ziele, dann ließe sich die ergangene Rechtsfortbildung als Akt der Entlastung des politischen Systems interpretieren, aus dem sich keine oder lediglich geringfügige Folgeprobleme ergeben.

Ein *dritter* Einwand stellt die implizite Annahme in Frage, der EuGH habe die Wahl, an ihn gerichtete Fragen zur Auslegung des europäischen Rechts zu beantworten oder unbeantwortet zu lassen. Das Verbot der Rechtsverweigerung, so das Argument, lasse keine Möglichkeit, vorgelegte Probleme der Auslegung europäischen Rechts zu ignorieren, um auf diese Weise Rechtsfortbildung zu vermeiden. „[D]er Gerichtshof sucht sich seine Fälle nicht aus“, sagt beispielsweise Stix-Hackl, österreichische Generalanwältin am EuGH, „[d]er Gerichtshof muss auf gestellte Fragen antworten, ein Politiker kann auch mal nichts sagen“ (Salzburger Nachrichten vom 14.5.2006, S. 12). Dieser Einwand lokalisiert das (vermeintliche) Problem aktivistischer Rechtsprechung nicht mehr beim Luxemburger Gericht, sondern bei den Klägern (etwa im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren) oder den vorlegenden nationalen Gerichten (im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens). Es sei also die Nachfrage nach EuGH-Urteilen, die das Angebot an Rechtsfortbildung determiniere.

Der *vierte* Einwand legt nahe, dass der Eindruck einer *besonders* aktivistischen Rechtsprechung auf einem Wahrnehmungsbias beruht. Kritische Darstellungen der Urteilspraxis des EuGH, so das Argument, verweisen stets auf dieselben vielleicht fünfzig bis einhundert Urteile, die in der Tat als rechtsfortbildend zu klassifizieren seien. Ange-

sichts der um die 7.000 Urteile, die der EuGH in seiner Geschichte gefällt habe, handele es sich dabei aber um einen nahezu verschwindend geringen Anteil. Sowohl die interessierte Öffentlichkeit als auch die wissenschaftliche Einzelfallanalyse wenden sich den spektakulären Fällen zu, weil diese von besonderem Interesse sind und in besonderem Maße der Stellungnahme bedürfen. Es bestünde aber die Gefahr, so beispielsweise *Dederichs* (2004, S. 345), dass Charakterisierungen der Rechtsprechungspraxis des EuGH vom seltenen Ausnahmefall statt vom Normalfall geprägt würden. Der Fehlschluss von der Ausnahme auf die Regel bedürfe der Korrektur. Die überwiegende Mehrzahl an EuGH-Urteilen interpretiere bestehendes Primär- und Sekundärrecht, um es auf konkrete Einzelfälle anwenden zu können, ohne dabei Rechtsfortbildung zu betreiben.

Ein *fünfter* Einwand nimmt zwar die Annahme einer im Saldo expansiven Rechtsprechung als gegeben hin, relativiert aber – ähnlich wie Einwand 2 – die Behauptung einer sich daraus ergebenden problematischen Einengung politischer Handlungsspielräume. Im Unterschied zu Einwand 2 operiert dieses Argument aber nicht mit der Prämisse, rechtsfortbildende EuGH-Urteile beschränkten sich auf politisch weitgehend unkontroverse Sachverhalte. Recht und Politik, so der Einwand, befinden in einem natürlichen Spannungsverhältnis. Übertretungen der Grenzen zwischen den Sphären seien stets in beide Richtungen zu beobachten. Komme nun die Politik im Einzelfall zu dem Schluss, dass das europäische Höchstgericht seine Zuständigkeitsgrenze überschritten habe, sei die Politik keineswegs gezwungen, die etwaige Einmischung unwidersprochen hinzunehmen, denn: „Es steht den Mitgliedstaaten stets die Möglichkeit offen, EuGH-Urteile durch Änderung der Verträge zu korrigieren“ (*Mayer* 2009, S. 264). Betrifft ein von den Mitgliedsländern als Übergriff empfundenes Urteil nicht das Primärrecht, sondern eine Richtlinie, ist für eine entsprechende Korrektur sogar lediglich eine Anpassung des betroffenen Sekundärrechts vonnöten. Im Ergebnis bestehe, so ließe sich formulieren, eine „Waffengleichheit“ zwischen Recht und Politik, angesichts derer die Kritik am EuGH ungerechtfertigt, zumindest aber überzogen erschiene.

Folgt man diesem aus politischer Sicht besonders gewichtigen fünften Einwand, dann verweist die Kritik an der EuGH-Rechtsprechung möglicherweise weniger auf eine gestörte Arbeitsteilung zwischen Recht und Politik, als vielmehr auf Uneinigheiten innerhalb der politischen Sphäre über die Frage, ob überhaupt problematische Rechtsfortbildungen ergangen sind. Die Nichtkorrektur rechtsfortbildender EuGH-Urteile könnte zudem als Hinweis darauf gedeutet werden, dass nicht-technische Rechtsfortbildungen – sofern sie tatsächlich stattgefunden haben – den mehrheitlichen politischen Präferenzen der Mitgliedstaaten entsprachen. Im Ergebnis würde sich die von den Kritikern behauptete politische Brisanz der Urteilspraxis des EuGH erheblich relativieren. Ein entsprechendes Argument führt beispielsweise *Möllers* (1998, S. 32) anhand der politischen Reaktionen auf das umstrittene *Francovich*-Urteil (C-6 und C-9/90 vom 19.11.1991), mit dem der EuGH einen Anspruch auf Staatshaftung gegenüber Privaten bei unterlassener Umsetzung europäischer Richtlinien etablierte (vergleiche etwa die äußerst kritische Stellungnahme des späteren EuGH-Richters *von Danwitz* 1994). Dieses Urteil, so der Einwand, wurde Mitte November 1991 verkündet, genau während den politischen Verhandlungen des Maastrichter Vertragswerks, die anschließend noch fast drei Monate, bis zum 7. Februar 1992, andauerten. Hätte der europäische Gesetzgeber einen Staatshaftungsanspruch gegenüber Privaten ausschließen wollen, hätte er dies durch eine einfache Umformulierung des damaligen Art. 171 EGV bewerkstelligen können. Da die Mitgliedstaaten nicht handelten, so *Möllers*, hatten sie den Staatshaftungsanspruch offensichtlich gebilligt

(ebenso *Gellermann* 1994, S. 352). Die Kritik an der fraglichen Bestimmung habe sich folglich weniger an den EuGH, als vielmehr – möglicherweise sogar: vor allem – an die europäische Politik zu richten.

Diesen fünf Einwänden, so werde ich nachfolgend argumentieren, mangelt es weder durchgehend an Substanz, noch können sie durchweg Geltung beanspruchen. Es bedarf vielmehr der Unterscheidung unterschiedlicher Stufen der Rechtsfortbildung, anhand derer sich die Einwände – mit potenziell unterschiedlichen Ergebnissen – prüfen lassen. Eine solche Stufenfolge schlage ich nachfolgend vor. Sie versteht sich als Heuristik, anhand derer sich empirische Formen europäischer Rechtsfortbildung unterschiedlichen Kategorien zuordnen lassen, wobei die Reichweiten der Rechtsfortbildung mit jeder Stufenfolge zunehmen.

3. Sechs Stufen der Rechtsfortbildung durch den EuGH

Die Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den EuGH setzt zunächst einmal Klarheit über die Konstellation voraus, in der *keine* Rechtsfortbildung vorliegt: Der EuGH prüft eine Praktik auf Ebene der Mitgliedstaaten auf ihre Kompatibilität mit dem europäischen Primär- oder Sekundärrecht, findet auf dem Wege der Subsumtion eine auf das vorliegende Problem passende europarechtliche Grundlage und wendet sie entsprechend an. In diesem Fall ist keine richterliche Fortbildung des Rechts erkennbar. Ein Beispiel hierfür ist das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland* (C-329/04) vom 28.4.2005. Mit der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG hatten sich die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Reihe von Verboten direkter und indirekter Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft in nationales Recht umzusetzen. Artikel 16 Absatz 1 sah eine Umsetzungsfrist bis zum 19. Juli 2003 vor. Gegen Mitte des Jahres 2004 lag zwar ein entsprechender Kabinettsbeschluss der deutschen Regierung, aber noch kein Beschluss des Deutschen Bundestags vor. Daraufhin leitete die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein. Das Urteil des EuGH lautete: Deutschland hatte gegen geltendes europäisches Recht verstoßen, wurde zur rechtsgemäßen Umsetzung ermahnt und musste die Kosten des Verfahrens tragen.

Übersicht 1: Sechs Stufen der Rechtsfortbildung durch den EuGH

Stufe 1:

EuGH findet system- und planwidrige Lücke im europäischen Primär- oder Sekundärrecht und füllt diese richterrechtlich aus.

Beispiel: Urteile zum Verbot des „Führerschein-Hoppings“ (EuGH-Urteile C-329/06 und C-343/06 vom 26.6.2008) unter Ausnutzung von Lücken in der Richtlinie zur gegenseitigen Anerkennung von Führerscheinen (RL 91/439).

Politische Korrigierbarkeit: Frage stellt sich nicht.

Stufe 2:

EuGH interpretiert bestehendes Sekundärrecht um.

Beispiel: EuGH-Interpretation der Entsenderichtlinie (RL 96/71) als „Streikbegrenzungsrichtlinie“ (F. Rödl) im *Laval*-Urteil (EuGH-Urteil C-341/05 vom 18.12.2007) trotz ausdrücklicher Herausnahme des Rechts der kollektiven Interessenvertretung in Erwägungsgrund 22 der RL.

Politische Korrigierbarkeit: Kommission muss als Trägerin des Initiativmonopols aktiv werden; je nach Bereich Einstimmigkeit oder (qualifizierte) Mehrheit im Rat.

Stufe 3:

EuGH schlägt Regelungsmaterie der Zuständigkeit der europäischen Organe zu, enthält sich aber inhaltlicher Ausfüllung.

Beispiel: Bejahung der Regelungskompetenz des Rates zur Verabschiedung einer Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung, das auch für regionale Zeitungen gilt (EuGH-Urteil C-380/03 vom 12.12.2006).

Politische Korrigierbarkeit: Vertragsänderung. Einstimmigkeit unter den Regierungen der EU-27; nur in seltenen historischen Momenten möglich.

Stufe 4:

EuGH hebt Regelungsmaterie auf die europäische Ebene und füllt sie inhaltlich aus.

Beispiel: Urteilsserie zu „Goldenen Aktien“, beginnend mit dem EuGH-Urteil *Kommission gegen Portugal* (C-367/98 vom 4.6.2002).

Politische Korrigierbarkeit: Vertragsänderung. Einstimmigkeit unter den Regierungen der EU-27; nur in seltenen historischen Momenten möglich.

Stufe 5:

EuGH interpretiert bestehendes Primärrecht in einer Weise um, die prinzipiell durch Vertragsänderung korrigierbar ist.

Beispiel: Re-Interpretation der Grundfreiheiten von Diskriminierungsverboten in Beschränkungsverboten, beginnend mit dem *Dassonville*-Urteil (C-8/74 vom 11.7.1974).

Politische Korrigierbarkeit: Vertragsänderung. Einstimmigkeit unter den Regierungen der EU-27; nur in seltenen historischen Momenten möglich.

Stufe 6:

EuGH interpretiert bestehendes Primärrecht in einer Weise um, die auch durch Vertragsänderung nicht korrigierbar ist.

Beispiel: Schöpfung des Grundsatzes, dass europäisches Recht aus einer eigenen, von den Mitgliedstaaten unabhängigen Quelle fließt (erstmal im EuGH-Urteil *van Gend & Loos*, C-26/62 vom 5.2.1963); Schöpfung europäischer Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze der Gemeinschaft.

Politische Korrigierbarkeit: Nicht gegeben.

Stufe 1: Der EuGH prüft eine nationale Praktik gegen europäisches Recht, stößt dabei auf eine Lücke im europäischen Primär- oder Sekundärrecht und füllt diese aus. Entscheidend für die Zuordnung zu dieser Kategorie ist die nicht umgangssprachliche, sondern enge Definition des Terminus „Lücke“. Eine Rechtslücke im engen Sinne ist als Zustand definiert, in dem ein Gesetzgeber einen Tatbestand keinen Regelungen unterworfen hat, obwohl auf Grundlage des regulatorischen Kontextes offensichtlich erscheint, dass eine

spezifische Regelung vorgenommen worden wäre, wäre die Regelungsbedürftigkeit des Tatbestands vom Gesetzgeber erkannt worden (*Ossenbühl* 1988, S. 7; *Larenz/Canaris* 1995, S. 191-201). Für die Identifikation einer solchen Lücke genügt also die Feststellung nicht, dass die Antwort auf eine Rechtsfrage nicht aus der geschriebenen Rechtsquelle hervorgeht. Hinzutreten müssen die Kriterien der Plan- und Systemwidrigkeit. Aber auch bei der Identifikation solcher Lücken öffnet sich ein in der Praxis kontroverser Ermessensspielraum, weil sowohl die Frage, ob das Ausbleiben einer expliziten Regelung intendiert oder nicht intendiert war,² als auch die Frage, welche spezifische Ausfüllung der Lücke der Gesetzgeber vorgenommen hätte, wäre ihm die Existenz des Regelungsdefizits bewusst geworden, im Einzelfall höchst umstritten sein können.

Ein Beispiel für diese Stufe der Rechtsfortbildung ist das EuGH-Urteil zu den verbundenen Rechtssachen C-329/06 und C-343/06 vom 26.6.2008. Ein deutscher Autofahrer hatte wegen Fahrens unter Drogeneinfluss seinen Führerschein verloren. Noch bevor das Fahrverbotsverfahren beendet war, legte er eine Fahrprüfung in Tschechien ab und erwarb auf diese Weise einen zweiten Führerschein. Auf Grundlage der vom nationalen Gesetzgeber umgesetzten Richtlinie 91/439 zur gegenseitigen Anerkennung von Führerscheinen hätte die tschechische Fahrerlaubnis eigentlich auch in Deutschland gelten müssen. Jedenfalls fand sich im europäischen Sekundärrecht nichts, das dieser Auslegung explizit widersprochen hätte. Der EuGH urteilte in Beantwortung einer entsprechenden Vorlagefrage aber, dass die deutschen Behörden nicht gegen europäisches Recht verstießen, als sie sich weigerten, den Führerschein anzuerkennen. Das Gericht schloss damit eine vorher nicht erkannte Lücke im Recht, die entgegen den Intentionen des europäischen Gesetzgebers opportunistisch ausgenutzt werden konnte. Wäre die Umgehbarkeit des Führerscheinentzugs hingegen vom Gesetzgeber intendiert worden – niemand würde ernsthaft behaupten, dies sei der Fall gewesen –, würde eine Rechtsfortbildung der Stufe 2 vorliegen.

Stufe 2: Der EuGH interpretiert bestehendes Sekundärrecht um, indem er eine Lücke im weiteren Sinne füllt, die nicht den oben formulierten Kriterien der Plan- und Systemwidrigkeit genügt, oder indem er bestehendem Sekundärrecht eine Wirkung zuschreibt, die vorher nicht bestand und die vom europäischen Gesetzgeber nicht entsprechend intendiert war.³ In diesem Fall ist schwer zu entscheiden, ob der Eingriff des europäischen Höchstgerichts mehr oder weniger schwer wiegt als bei Rechtsfortbildungen der Stufe 3, bei denen das Gericht vormals nationale Zuständigkeiten an die europäischen Organe verlagert, sich selbst aber inhaltlichen Ausfüllungen der zu regelnden Materie enthält. Anders als bei Stufe 3 steht auf dieser Stufe der Rechtsfortbildung fest, dass es dem Willen der Mitgliedstaaten entsprach, den betroffenen Sachverhalt künftig gemeinschaftlich zu regeln. Grundsätzlich herrscht Konsens, dass es nicht Aufgabe des EuGH ist, gesetzeskorrigierend zu wirken. Gleichwohl lautet die weithin geteilte Einschätzung, dass sich Fälle von Rechtsfortbildung *contra legem* in der Geschichte der EuGH-Rechtsprechung nachweisen lassen. „Mit mancher Entscheidung ist der EuGH bis an diese Grenze vorgestoßen“, so beispielsweise *Calliess* (2005, S. 17), „und hat sie dabei auch überschritten“. Als Beispiel für die Überschreitung dieser Grenze führt er die *Barber*-Entscheidung zum Zugang zu Betriebsrenten an (C-262/88 vom 17.5.1990), das zudem das Standardbeispiel für ein vom europäischen Gesetzgeber nachträglich partiell korrigiertes EuGH-Urteil ist (vergleiche die Diskussion in Abschnitt 4.5). Zudem klassifiziert *Calliess* auch die *Grzelczyk*-Entscheidung zum transnationalen Zugang zu den sozialen Sicherungssystemen der Mitgliedstaaten (C-184/99 vom 20.9.2001) als gesetzeskorrigierend.

Ein besonders anschauliches Beispiel für eine Reinterpretation europäischen Sekundärrechts ist meinem Eindruck nach die mit der Entscheidung zur Rechtssache *Laval* (C-341/05 vom 18.12.2007) vorgenommene Auslegung der europäischen Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG). Diese EuGH-Entscheidung wurde von Kommentatoren als höchst überraschend empfunden. Mit ihr legte das Gericht die Richtlinie so aus, dass sie nunmehr erstens die mitgliedstaatlichen Regulierungen zu Entsendearbeitsverhältnissen einer Voll- statt Mindestharmonisierung unterwirft (mit in der Richtlinie abschließend aufgezählten Ausnahmetatbeständen), und dass zweitens (und besonders umstritten) eine Begrenzung des Streikrechts in den Mitgliedstaaten bewirkt wirkt, obwohl aus Erwägungsgrund 22 der Richtlinie explizit hervorgeht, dass eine harmonisierende Wirkung der Richtlinie für Fragen der kollektiven Interessenvertretung vom europäischen Gesetzgeber nicht intendiert war (im Einzelnen *Rödl* 2009, S. 42).^{4,5} Zu beachten ist hierbei freilich, dass die Zuordnung von Urteilen zu dieser Stufe der Rechtsfortbildung stets umstritten sein wird. So werden sich auch in den Fällen *Barber*, *Grzelczyk* und *Laval* Beobachter finden, die das Vorliegen einer über Stufe 1 hinausgehenden Rechtsfortbildung verneinen.

Stufe 3: Der EuGH schlägt aber eine Regelungsmaterie der Zuständigkeit der europäischen Organe zu, enthält sich dabei einer inhaltlichen Ausfüllung des regelbedürftigen Sachverhalts. Das Prinzip der enumerativen Einzelermächtigung besagt, dass die Mitgliedstaaten so lange die Träger von Kompetenzen bleiben, bis sie diese Kompetenzen in freier Entscheidung an die europäischen Organe delegieren. Im Prinzip ist der politische Wille der Mitgliedstaaten, einen Sachverhalt in eigener Verantwortung regeln zu wollen, genauso schützenswert wie eine Delegationsentscheidung. Seinen Ruf als „Motor der Integration“ erlangte das europäische Höchstgericht, indem es sich immer wieder dem Verdacht aussetzte, europäische Kompetenzen intensiver zu schützen als mitgliedstaatliche (und damit faktisch Integrationspolitik zu betreiben). Wird eine vordem mitgliedstaatliche Kompetenz mit den Mitteln der Rechtsfortbildung in den Zuständigkeitsbereich der europäischen Organe verlagert, geht damit noch nicht unbedingt ein Gestaltungsverlust des betroffenen Mitgliedstaats einher (*Dobler* 2008, S. 532-533). Unterliegt das Regelungsfeld dem Erfordernis der Einstimmigkeit, kommt gegen seinen Willen keine Regelung zustande. Unterliegt es dem Mehrheitsentscheid, bleibt ihm offen, die Entscheidungen des zuständigen Ministerrats in seinem Sinne zu beeinflussen; in wieweit ihm das gelingt, hängt von seiner Fähigkeit ab, sich auf europäischer Ebene Gehör zu verschaffen und Verbündete für eine Regelung in seinem Sinne zu finden.

Ein Beispiel für eine solche Rechtsfortbildung ist das EuGH-Urteil zum Tabakwerbeverbot (C-380/03 vom 12.12.2006), mit dem das Gericht zwar selbst keine inhaltliche Ausfüllung des zu regelnden Tatbestands vornahm, aber die Kompetenz der europäischen Organe bejahte, ein Verbot der Tabakwerbung in Presse und Rundfunk zu beschließen, das auch für regionale Zeitungen gilt (RL 2003/33/EG). Unumstritten war, dass entsprechende gesundheitspolitische Kompetenzen des Rates nicht vorlagen. Dennoch bejahte der EuGH die Regelungskompetenz des Rates. Die umstrittene Begründung lautete, die Unterschiedlichkeit nationaler Regelungen zur Tabakwerbung behindere den Binnenmarkt. Der europäische Gesetzgeber sei befugt, mit dem Tabakwerbeverbot auf eine reibungslosere internationale Handelbarkeit von Druckerzeugnissen hinzuwirken.

Ein ähnlicher Effekt tritt ein, wenn der EuGH einen Tatbestand, der *ex ante* in den Regelungsbereich der Dritten Säule der EU (der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen) fiel, in den Regelungsbereich der ungleich stärker integrierten

Ersten Säule (der Europäischen Gemeinschaften) verlagert und damit Mehrheitsabstimmungen bei der Regelung von Sachverhalten ermöglicht, die zuvor der einvernehmlichen Zusammenarbeit unterlagen. Das trifft auf das umstrittene EuGH-Urteil zur Vorratsdatenspeicherung zu (C-301/06 vom 10.2.2009). Der Sachverhalt ähnelt dem Konflikt um das Tabakwerbeverbot. Die Vorratsdatenspeicherung dient nach vorherrschender Meinung der Strafverfolgung, insbesondere der Terrorismusbekämpfung. Um das Erfordernis der Einstimmigkeit nach langen, ergebnislosen Verhandlungen infolge der Terroranschläge vom 11.9.2001 zu umgehen, erließ der Rat schließlich eine Richtlinie auf Grundlage seiner Binnenmarktkompetenz (2006/24/EG). Der Klage Irlands, der Rat habe seine Kompetenzen überschritten, weil er einen offensichtlich in den Bereich der Dritten Säule fallenden Sachverhalt auf Grundlage seiner Kompetenz zur Harmonisierung des Binnenmarkts geregelt habe, gab der EuGH nicht statt: Uneinheitliche Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung seien geeignet, den Binnenmarkt zu stören. Im Ergebnis haben die bei der Abstimmung unterlegenen Länder Irland und Slowakei einen Souveränitätsverlust erlitten, weil sie nach dem Urteil – anders als im Zustand *ex ante* – überstimmt werden konnten.

Stufe 4: Der EuGH hebt eine Regelungsmaterie auf die europäische Ebene und füllt sie inhaltlich aus. Von der Wirkung auf die betroffenen Mitgliedstaaten her betrachtet, handelt es sich um eine Kombination der Stufen 2 und 3. Findet Rechtsfortbildung auf dieser Stufe statt, dann erleiden die betroffenen Mitgliedstaaten zwei Formen des Souveränitätsverlusts gleichzeitig (Dobler 2008). Zum einen wird ihre Entscheidung, einen Regelungsbestand in eigener Verantwortung zu belassen, durch Richterrecht konterkariert. Zum anderen bleibt ihnen auch die Möglichkeit vorenthalten, die inhaltliche Ausgestaltung des Sachverhalts durch ihre Mitwirkung im Rat zu beeinflussen. In der Praxis folgt diese Art der Rechtsfortbildung häufig auf vorher ergangene Rechtsfortbildungen der Stufe 5: Reinterpretationen des Primärrechts, die dazu führen, dass Materien, die zuvor vom Europarecht unberührt blieben, nunmehr potentiell in den Wirkungskreis der Grundfreiheiten, richterlich geschöpfter Grundrechte oder etwa der Unionsbürgerschaft geraten. Beide Stufen der Rechtsfortbildung können im Grenzfall in ein- und demselben Urteil vonstatten gehen, sollten analytisch aber auseinander gehalten werden (vergleiche hierzu die Ausführungen unter Stufe 5).

Für diese Stufe der Rechtsfortbildung ist die Urteilsserie zu „Goldenen Aktien“ ein treffendes Beispiel, wobei insbesondere die EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen *Kommission gegen Portugal* (C-367/98 vom 4.6.2002), *Kommission gegen Frankreich* (C-483/99 vom 4.6.2002) und *Kommission gegen Spanien* (C-367/98 vom 13.5.2003) zu nennen sind. Goldene Aktien sind Sonderstimmrechte von Gebietskörperschaften auf den Hauptversammlungen von (typischerweise: privatisierten) Unternehmen. Vor den Urteilen galt als ausgemacht, dass die entsprechenden aktienrechtlichen Bestimmungen in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten fallen und die transnationale Kapitalverkehrsfreiheit nicht beschränken, so lange ausländische Investoren durch sie nicht anders behandelt werden als inländische. Da der EuGH die beanstandeten Regulierungen direkt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit prüfte und eine europäische Harmonisierung an deren Stelle setzte (nämlich: ein grundsätzliches Verbot Goldener Aktien, wenn diese nicht durch eng definierte Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können), hat der EuGH mit diesen Urteilen sowohl eine Veränderung der Kompetenzaufteilung zwischen nationalen und europäischen Organen bewirkt, als auch eine materielle Entscheidung über die

inhaltliche Ausfüllung dieser Kompetenz getroffen. Voraussetzung und Anlass hierfür war eine mit dem allerersten „Goldene Aktien“-Urteil ergangene Rechtsfortbildung der Stufe 5: eine Reinterpretation eines primärrechtlichen Grundsatzes (in diesem Fall: zur Reichweite der europäischen Kapitalverkehrsfreiheit).

Stufe 5: Der EuGH interpretiert bestehendes Primärrecht in einer Weise um, die prinzipiell durch politisch herbeigeführte Vertragsänderungen korrigierbar ist. Diese Form der Rechtsfortbildung kommt im Ergebnis Vertragsrevisionen gleich. Sie zieht häufig Urteile der Stufe 4 nach sich, denn für Reinterpretationen des Primärrechts ist es typisch (wenn auch nicht zwingend), dass sie die Wirkungskreise des europäischen Rechts auf Bereiche ausdehnen, die vorher der autonomen Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten unterlagen. Im Grenzfall kann beides in ein- und demselben Urteil geschehen. In anderen Fällen folgt auf eine einmalig ergangene Rechtsfortbildung der Stufe 5 eine Serie an Urteilen der Stufe 4, die die Reinterpretation des Primärrechts anhand von Einzelfällen materiell durchdekliniert. Im Prinzip können Rechtsfortbildungen der Stufe 5 aber auch erfolgen, ohne zeitnah Rechtsfortbildungen der Stufe 4 nach sich zu ziehen. Die Europarechtswidrigkeit der betroffenen nationalen Regelungsbestände hat damit potenziellen Charakter und kann durch Urteile der Stufe 4 jederzeit aktiviert werden.

Während etwa die Identifikation von Rechtsfortbildungen der Stufe 2 stets höchst umstritten ist, besteht in der Fachliteratur Konsens darüber, dass der EuGH im Sinne der Stufe 5 häufig und nachhaltig rechtsfortbildend tätig war (vergleiche beispielsweise Haltern 2005; Weiler 2004; von Bogdandy 2001). Beispiele für Rechtsfortbildungen dieser Stufe sind die Reinterpretationen der Grundfreiheiten, die der EuGH in langen Rechtssprechungsserien seit seinen Urteilen zu *Dassonville* (Rs. 8/78 vom 11.7.1974) und *Cassis de Dijon* (Rs. 120/78 vom 20.2.1979) vorgenommen hat (im Einzelnen Büchtele 2008). Mit diesen Urteilen sprach der EuGH den Grundfreiheiten neue Bedeutungen zu. Zielten sie vorher auf das Verbot der Diskriminierung von Ausländern auf heimischen Märkten, wurden sie nunmehr als Beschränkungsverbote interpretiert, die Behinderungen der transnationalen Ausübung der Grundfreiheiten auch dann verbieten, wenn diese unterschiedslos auf In- wie Ausländer angewandt werden. Die Grundfreiheiten gewannen damit den Charakter individueller Freiheitsrechte in Fragen wirtschaftlicher Betätigung.⁶ Die außerordentliche Brisanz dieser Reinterpretationen besteht darin, dass sie in systematischer Weise Urteile der Stufe 4 nach sich ziehen. Weil Beschränkungsverbote wesentlich mehr nationale Regelungen tangieren als Diskriminierungsverbote, bewirkt die extensive Judikatur zu den Binnenmarktregeln, dass immer mehr nationale Regelungen vom EuGH als ungerechtfertigte Störungen des Binnenmarkts verworfen werden können.

Bemerkenswert ist zudem, dass sich der weitgehende Konsens über Existenz und Reichweite von Rechtsfortbildungen der Stufe 5 nicht lediglich auf die beobachtenden akademischen Fachdisziplinen beschränkt. Auch EuGH-Richter bestätigen, dass das europäische Primärrecht immer wieder richterlich reinterpretiert, mit neuen Bedeutungen aufgeladen wurde. So spricht beispielsweise EuGH-Richter *von Danwitz* von der richterlichen „Erschließung neuer Dimensionen der Grundfreiheiten“ (FAZ vom 27.3.2007, S. 8). Der ehemalige EuGH-Richter *Hirsch* führt am Beispiel des *Bosman*-Urteils vom 15.12.1995 (C-415/93), einem spektakulären Urteil zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Private, aus: „Im EG-Vertrag steht, kein Arbeitnehmer darf wegen seiner Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Das war bei *Bosman* auch nie der Fall, doch der Europäische Gerichtshof hat 1995 die Grundfreiheit des freien Austauschs zu

einem vollgültigen Grundrecht auf Freizügigkeit fortentwickelt.“ Hinsichtlich der Folgewirkungen auf die Kompetenzaufteilung zwischen Mitgliedstaaten und europäischen Organen fügt *Hirsch* hinzu: „Dieses Grundrecht beschränkt nachhaltiger als früher die nationale Gesetzgebung“ (Focus vom 30.5.1998, S. 107-108). Die vom EuGH vorgenommene Deutung der Grundfreiheiten lässt sich mithin als „Generalkompetenz“ verstehen, die es dem Gericht ermöglicht, in eine hohe Anzahl nationaler Kompetenzen gestaltend einzugreifen und die in den Verträgen vorgenommene Kompetenzaufteilung damit potenziell zu konterkarieren, zumindest aber: sie zu transzendieren und sie in einem neuen Licht erscheinen zu lassen. In den Worten des EuGH-Präsidenten *Skouris*: „Der Umstand, dass die Mitgliedstaaten auf wichtigen Gebieten Kompetenzen behalten haben, heißt nicht, dass sie diese Kompetenzen unbeschränkt ausüben dürfen“ (FAZ vom 15.12.2006, S. 4). „Kein Bereich“, so *Skouris*, sei „völlig immun gegen die Anwendung der Grundfreiheiten“ (ZEIT 19/2006, S. 30).

Stufe 6: Von den Rechtsfortbildungen der Stufe 5, der richterlichen Reinterpretation primärrechtlicher Grundsätze, spalte ich eine spezielle Variante als eigenständige Stufe ab: Rechtsfortbildungen, die selbst bei angenommener Einmütigkeit unter den Mitgliedstaaten kaum oder überhaupt nicht politisch korrigierbar sind (ausführlich hierzu: Abschnitt 4.5). Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten vorausgesetzt, wäre zumindest theoretisch denkbar, die unter Stufe 5 diskutierte Umdeutung der Diskriminierungs- in Beschränkungsverbote auf dem Wege einer politisch herbeigeführten Vertragsänderung zu korrigieren. Das erscheint aber nicht in allen Fällen richterlicher Umdeutungen des europäischen Primärrechts möglich. Zweifelhaft erscheint die prinzipielle politische Korrigierbarkeit von Reinterpretationen des Primärrechts beispielsweise, wenn der EuGH – wie in der Geschichte seiner Rechtssprechung in langen Urteilssequenzen geschehen – ungeschriebene europäische Grundrechte aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten schöpft, diese wie Teile des geschriebenen Primärrechts behandelt und die geschöpften Grundrechte nachfolgend für Rechtsfortbildungen der Stufe 4 nutzt, um auf Rechtsbestände zuzugreifen, die eigentlich in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fallen.

Ein Beispiel hierfür ist das besonders umstrittene *Mangold*-Urteil (C-144/04 vom 22.11.2005), in dem der EuGH ein europäisches Grundrecht der Freiheit vor Altersdiskriminierung schöpfte und damit einen Bestandteil der so genannten Hartz-Reformen außer Kraft setzte, der erleichterte Befristungen von Arbeitsverträgen älterer Beschäftigter vorgesehen hatte. Das Problem der grundsätzlichen Nichtkorrigierbarkeit dieses Aktes der Rechtsschöpfung ergibt sich daraus, dass das europäische Verbot der Altersdiskriminierung auch durch das Urteil nicht zum Bestandteil des geschriebenen Primärrechts wurde. Die Einfügung eines Vertragsartikels, der besagen würde, dass im Europarecht kein Verbot der Altersdiskriminierung existiert, erscheint schlechterdings kaum möglich (wenn auch nicht gänzlich ausgeschlossen). Immerhin ließe sich einwenden, dass es beispielsweise Großbritannien und jüngst Polen im Zuge von Vertragsverhandlungen gelang, Ausnahmen vom Geltungsbereich der EU-Grundrechtecharta zu erstreiten. Hiermit wurden zwar keine Änderungen des Primärrechts im engeren Sinne bewirkt, wohl aber dessen Anwendbarkeit territorial begrenzt. Wie der EuGH mit dieser Grenze umgehen wird, ist indes eine offene Frage.

Gänzlich politisch unkorrigierbar erscheinen hingegen jene EuGH-Entscheidungen, die sich direkt auf Natur und Quellen des Primärrechts beziehen, so beispielsweise das

Urteil zur Rechtssache *Costa/ENEL* (Rs. 6/64 vom 15.7.1964), in dem der EuGH feststellte, dass es sich bei dem europäischen Recht um ein eigenständiges, „aus einer autonomen Rechtsquelle fließendes Recht“ (aus Rn. 12) handele.⁷ Die Unkorrigierbarkeit ist hier gewissermaßen selbst Entscheidungsgegenstand, besagt die Entscheidung doch, dass es gerade *nicht* nur intergouvernementale Aushandlungsprozesse sind, auf denen das europäische Recht beruht. Die Brisanz dieser Entscheidung liegt in ihren Implikationen für das Letztentscheidungsrecht über die nationale Umsetzung europäischen Rechts. Das vom deutschen Bundesverfassungsgericht seit seiner *Solange I*-Entscheidung (BVerfGE 37, 271 vom 29.5.1974) reklamierte Kontrollrecht über die nationale Anwendung europäischer Rechtsakte folgt, wie *Gerken et al.* (2009, S. 68) formulieren, der Leitvorstellung von den Mitgliedstaaten als alleinigen „Herren der Verträge“. Die Relativierung dieser Leitvorstellung durch Feststellung einer autonomen Rechtsquelle stellt die Prüfungscompetenz nationaler Verfassungsgerichte hingegen infrage und ist geeignet, die Letztentscheidungskompetenz ausschließlich beim EuGH selbst zu lokalisieren. Eine von den Mitgliedstaaten vorgenommene *politische* Korrektur des *Costa/ENEL*-Urteils wäre letztlich ein Widerspruch in sich. Begrenzungen der Implikationen des Urteils erscheinen lediglich durch nationale Verfassungsgerichte denkbar, die damit aber nicht in das europäische Recht eingreifen, sondern lediglich die Kompetenz für sich beanspruchen, der nationalen Anwendbarkeit europäischer Rechtsakte Grenzen zu setzen. Eben dies ist der Hintergrund des europäischen Verfassungskonflikts zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, der jüngst in der *Lissabon*-Entscheidung des BVerfG (2 BvE 2/08 vom 30.6.2009) erneut zum Ausdruck kam.

4. Diskussion: Die Einwände im Licht der vorgeschlagenen Stufenfolge

Ich werde die Diskussion der unter Abschnitt 2 vorgestellten fünf Einwände nachfolgend noch einmal aufnehmen und sie im Licht der in Abschnitt 3 vorgeschlagenen sechs Stufen prüfen.

4.1 Füllung von Lücken

Der erste Einwand verwies auf die an die Rechtsprechung verwiesene Aufgabe, Lücken im Recht zu füllen und die Rechtsgrundlagen damit fortzuentwickeln. In meiner Stufenfolge hatte ich dieser Form der Rechtsfortbildung eine eigene Stufe zugeordnet (Stufe 1). Liegt tatsächlich eine Lücke im eng definierten Sinne vor, hat der Einwand Substanz und die Kritik an der EuGH-Rechtsprechung läuft ins Leere. Denn es ist unbestritten, dass der EuGH befugt ist, Lücken im europäischen Recht zu schließen. Gerade *weil* die Befugnis zur Schließung von Rechtslücken unkontrovers ist, wird der Begriff der „Lücke“ von Gegnern der EuGH-Kritik mitunter extensiv verwendet. Die vorgeschlagene Stufenfolge legt deshalb nahe, stets kritisch zu überprüfen, ob es sich bei etwaigen richterrechtlichen Ausfüllungen von Lücken tatsächlich um Rechtsfortbildungen der Stufe 1 handelt, oder ob nicht vielmehr materielle Sekundärrechtskorrekturen oder Reinterpretationen des Primärrechts vorliegen. Die Kriterien dieser Prüfung sind die Plan- und Systemwidrigkeit der vorgefundenen Lücken.

Werden diese Kriterien sachwidrig extensiv ausgelegt, ließe sich im Prinzip jede Diskrepanz zwischen einem gewünschten und einem tatsächlichen Zustand des europäischen Rechts als „Lücke“ bezeichnen. So argumentiert beispielsweise *Gellermann* (1994, S. 352), mit dem umstrittenen *Francovich*-Urteil (C-6 und C-9/90 vom 19.11.1991), mit dem der EuGH einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Staatshaftung gegenüber Privaten bei Nichtumsetzung europäischer Richtlinien schöpfte, habe der EuGH eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des europäischen Rechts geschlossen (vergleiche aber *von Danwitz* 1994; *Ossenbühl* 1992; *Ukrow* 1995). Selbst die richterliche Schöpfung eines europäischen Katalogs von Grundrechten wurde verschiedentlich unter Verweis auf die Befugnis des EuGH diskutiert, Rechtslücken zu schließen: „Das Richterrecht des EuGH füllt bestehende Lücken der Verträge aus. Grundrechte gehören dazu“ (*Zuleeg* 2000, S. 515). In Anwendung einer engen Definition des Begriffs wird man das Vorliegen einer Lücke freilich verneinen müssen, war das Fehlen eines in den Verträgen verankerten Katalogs der Grundrechte (bis zur Ratifikation der Lissabonner Verträge, die auf die Grundrechte-Charta verweisen) doch kein bei den Vertragsverhandlungen gegen die allgemeine Intention geschehenes Versäumnis, sondern vielmehr Ausdruck der Tatsache, dass der EG/EU nach vorherrschender Ansicht keine Staatsqualität zukam – und somit keine Lücke im eng definierten Sinne, sondern ein bewusstes „beredtes Schweigen“ der vertragsschließenden Staaten. Die Diskussion dieses Problems werde ich unter 4.3 noch einmal aufnehmen.

4.2 Politisch unkontroverse Rechtsfortbildung

Der zweite Einwand hatte gelautet, der EuGH beschränke sich im Wesentlichen auf politisch unkontroverse Akte der Rechtsfortbildung und übe gegenüber der Politik damit keine beschränkende, sondern vielmehr eine entlastende Funktion aus. Auch hier gilt, was unter Abschnitt 4.1 dargelegt wurde: Der Einwand greift bis zu einer gewissen Stufe. Erfüllt die Rechtsfortbildung die Kriterien der Stufe 1, kann die politische Unumstrittenheit unbesehen vorausgesetzt werden. Oberhalb dieser Stufe ist der Grad an politischer Kontroverse aber eine empirische Frage. *Ex post* kann der Grad an Umstrittenheit einer Entscheidung an den politischen Reaktionen abgelesen werden, die sie hervorruft. *Ex ante* lassen sich Grade an potentieller Umstrittenheit allenfalls unter Unsicherheit vorhersagen. Hierfür ist die von *Lowi* (1964) vorgeschlagene Unterscheidung zwischen regulativer, distributiver und redistributiver Politik hilfreich. Je redistributiver eine Entscheidung wirkt (innerhalb oder zwischen Mitgliedstaaten), umso wahrscheinlicher ist ein hoher Grad an politischer Umstrittenheit und umso wahrscheinlicher ist, dass sie in der politischen Sphäre als illegitimer Übergriff des Rechts auf eigene Aufgabenbereiche wahrgenommen wird (vergleiche etwa *Kneip* 2006, S. 279). Aus diesem Grund ist nicht überraschend, dass gerade mit der Verteidigung weit reichender Rechtsfortbildungen häufig Relativierungen ihres kontroversen Gehalts einhergehen. „Wer das soziale Europa will“ – und dies trifft tendenziell auf alle zu – „kann uns nicht vorwerfen, wir seien zu weit gegangen“, äußert beispielsweise EuGH-Präsident *Skouris* unter Bezugnahme auf umstrittene EuGH-Urteile zum Sozialrecht (FAZ vom 27.6.2007, S. 12).

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der Einwand, die EuGH-Rechtsfortbildung konzentriere sich auf unkontroverse Sachverhalte, auch „umgekehrt gepolt“ existiert: Gerade bei *umstrittenen* integrationspolitischen Projekten, bei denen der eigent-

lich zuständige Ministerrat zu keiner Einigung käme, sei der EuGH gefordert, eine „Befriedungsfunktion“ auszuüben und für die Politik einzuspringen; und gerade aus dieser Funktion, so wird mitunter argumentiert, resultiere die Legitimation seiner Rechtsprechung (so *Everling* 1993, S. 213). Mit ähnlicher Stoßrichtung formuliert *Calliess* (2005, S. 8), der EuGH sei berechtigt, „gegen den Vertrag verstoßende ‚Unterschreitungen‘ des Integrationsauftrages, die durch die Untätigkeit der Gemeinschaftsorgane bzw. der Mitgliedstaaten bedingt sind, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu sanktionieren“.⁸ Auch in diesem Sinne ließe sich im Prinzip von einer Entlastungsfunktion sprechen, die der Gerichtshof gegenüber der intergouvernementalen Entscheidungsfindung ausübt. Der so gewendete Einwand ist aber zweifellos nicht geeignet, Rechtsfortbildungen oberhalb der Stufe 1 unbesehen zu rechtfertigen. Folgte man dem Argument, wäre der Grundsatz aufgegeben, dass im Rahmen der europäischen Kompetenzordnung mitgliedstaatliche Kompetenzen genauso schützenswert sind wie europäische. Mit weit reichenden Folgen: Jeglicher Rechtsfortbildung gleich welcher Stufe, die eine Umverteilung von Kompetenzen zugunsten der europäischen Organe bewirkt, wäre Tür und Tor geöffnet.

4.3 Das Rechtsverweigerungsverbot

Nichts anderes gilt für das vom EuGH in der Rechtssache *Algera* (Rs. 7/56 und 3/57 bis 7/57 vom 12.7.1957) als gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz anerkannte Rechtsverweigerungsverbot: Extensiv interpretiert, wäre dieser Grundsatz geeignet, zur Legitimation selbst uferloser Rechtsfortbildung beizutragen (*Ukrow* 1995, S. 128-133). Das gilt insbesondere für Rechtsfortbildungen ab der Stufe 3, bei denen das vertikale Kompetenzgefüge der EU tangiert wird. Das Problem ergibt sich hier aus einer unzulässigen Übertragung mitgliedstaatlicher Rechtsgrundsätze auf die europäische Ebene. Würde das Verbot der Rechtsverweigerung unbesehen von nationalen auf die europäische Rechtsordnung transferiert und entsprechend angewendet, resultierte aus ihm die Kompetenz, für alle nur denkbaren Probleme eine spezifisch gemeinschaftsrechtliche Lösung zu entwickeln (*Dobler* 2008, S. 523).

Dies ist aber gerade nicht der Sinn der vertraglich vereinbarten Kompetenzaufteilung. Im europäischen Mehrebenensystem gilt vielmehr: Ist ein Sachverhalt nicht auf der europäischen Ebene geregelt, gilt das Recht des betroffenen Mitgliedstaats. Eine Rechtslücke (im weiteren Sinne, vergleiche Abschnitte 2 und 4.1) besteht in diesem Fall *auf Ebene des Gemeinschaftsrechts*, nicht aber *in der europäischen Rechtsordnung* (von *Danwitz* 1994, S. 340-341). Dem EuGH steht es offen, in seinen Antworten – die freilich gegeben werden müssen – auf die Zuständigkeit der nationalen Rechtsordnungen zu verweisen. Eine unter Vernachlässigung des spezifischen Mehrebenencharakters der EU erfolgende Übertragung des Rechtsverweigerungsverbots auf die europäische Ebene würde letztlich einen Allzuständigkeitsanspruch des europäischen Rechts voraussetzen, der jede integrationspolitische Entscheidung, einen Sachverhalt auf mitgliedstaatlicher Ebene zu regeln, konterkarieren würde. Aus diesen Gründen kann der Verweis auf das richterliche Rechtsverweigerungsverbot nur für Rechtsfortbildungen der Stufe 1 Geltung beanspruchen. Oberhalb dieser Stufe läuft der Verweis hingegen ins Leere.

4.4 Der empirische Umfang rechtsfortbildender EuGH-Urteile

Der Hinweis, in der Diskussion über den EuGH bestünde die Gefahr, den Ausnahmefall „aktivistischer“ Rechtsprechung in irreführender Weise zum Normalfall zu erklären, hat zweifellos Substanz. Ein Versuch der Quantifizierung findet sich bei *Dederichs* (2004), wobei es der Autorin allerdings nicht um die Ergebnisse der Rechtsprechung, sondern um die vom Gericht verwendeten Argumentationstopoi ging. Ein besonders zur Rechtsfortbildung geeignete Argumentationsfigur ist die teleologische Deutung: Da die Verträge mit dem Ziel geschlossen wurden, die Integration zu forcieren, wird bei der Urteilsfindung unter einer Vielzahl von Lösungsmöglichkeiten jene bevorzugt, die dem Ziel einer größtmöglichen Integrationswirkung am nächsten kommt (Unterordnung unter das Ziel – den *Telos* – der Integration). *Dederichs* wertete alle im Jahr 1999 ergangenen EuGH-Urteile aus und kam zu dem Ergebnis, dass die vom EuGH mit Abstand am häufigsten verwendete Argumentationsfigur der Verweis auf die frühere eigene Rechtsprechung war (53 Prozent der Fälle). In 25 Prozent der Fälle erfolgte grammatikalische Auslegung, und in lediglich 10 Prozent der Fälle lag teleologische Auslegung vor (ebd., S. 347). Der Stellenwert der häufig kritisierten teleologischen Argumentation, so die Schlussfolgerung der Autorin, werde von den Beobachtern überschätzt (ebd., Abschnitt IV).⁹

Wer also annähme, teleologische Argumentationsfiguren fänden sich in der überwiegenden Anzahl von EuGH-Urteilen, läge falsch. Dasselbe ließe sich zweifellos für den prozentualen Anteil an Urteilen sagen, die anhand der in diesem Beitrag vorgeschlagenen Rangfolge als Rechtsfortbildungen ab Stufe 2 zu klassifizieren wären. Fraglich erscheint aber, ob dieser Einwand geeignet ist, das Problem aktivistischer EuGH-Judikatur zu relativieren. Rechtsfortbildung ist ein kumulativer Prozess, bei dem jede einmal ergangene Modifikation Auswirkungen auf alle nachfolgenden Urteile entfaltet. Diese Auswirkungen sind umso größer, je höher eine Rechtsfortbildung auf der vorgeschlagenen Stufenfolge angesiedelt ist. Das gilt namentlich für die Stufen 5 und 6. So strahlt die Rechtsprechung zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht (*van Gend & Loos*, C-26/62 vom 5.2.1963) sogar auf alle nachfolgend ergangenen Urteile aus. Eine oberhalb der Stufe 1 ergangene Rechtsfortbildung bleibt deshalb niemals ein isolierter Akt – und genau genommen müssten jene EuGH-Urteile, auf die die initiale Rechtsfortbildung ausstrahlt, ebenfalls als rechtsfortbildend klassifiziert werden.

Ein besonders anschauliches Beispiel ist die EuGH-Judikatur zu den Binnenmarktfreiheiten. Die Reinterpretation der zunächst als Diskriminierungsverbote gedachten Grundfreiheiten vollzog der EuGH zunächst anhand der Warenverkehrsfreiheit. Unter Verweis auf diese Rechtsprechung vollzog der EuGH nachfolgend parallele Reinterpretationen der anderen Grundfreiheiten, ohne dass hierzu weitere teleologische Argumentationsfiguren zwingend notwendig gewesen wären; der Verweis auf die frühere eigene Rechtsprechung (der bei *Dederichs* am häufigsten vorgefundene Argumentationstopos) erhielt damit faktisch rechtsfortbildenden Charakter. Das Beispiel zeigt, dass Quantifizierungen von Argumentationstopoi und ergangenen Rechtsfortbildungen zwar geeignet sein mögen, um Aufschluss über die Tätigkeiten der Richter zu erlangen. Ist man hingegen an den materiellen Ergebnissen der Rechtsfortbildung interessiert, mögen solche Quantifizierungen in die Irre führen, können doch auch verschwindend geringe Anteile „revolutionärer“ Urteile pfadverändernde Auswirkungen auf die weitere Entwicklung des europäischen Rechts entfalten. Der tatsächliche Anteil des Richterrechts an der Entwicklung dieser Rechtsordnung lässt sich deshalb letztlich nur auf qualitativem Wege bestimmen.

4.5 Das Problem der politischen Korrigierbarkeit von EuGH-Entscheidungen

Das Problem der politischen Korrigierbarkeit ist von besonderer Relevanz, weil sich die demokratiethoretische Brisanz der Rechtsfortbildungen in dem Maße reduziert, in dem sie einer nachträglichen politischen Korrektur zugänglich sind. Es lohnt deshalb, die Stufen der vorgeschlagenen Rangfolge noch einmal im Hinblick auf die Fähigkeit der Mitgliedstaaten zu betrachten, etwaige Übergriffe auf ihre Rechtsordnungen auf politischem Wege zu korrigieren.

Auf der Stufe 1 (Füllung von Lücken im eng definierten Sinne) stellt sich das Problem der politischen Korrigierbarkeit nicht. Auf der Stufe 2 (Reinterpretation von Sekundärrecht) greift der Einwand *Mayers*, den Mitgliedstaaten bliebe stets die Möglichkeit offen, EuGH-Urteile – hier: durch die Änderung von Richtlinien – zu korrigieren (*Mayer* 2009, S. 264). Allerdings bewirkt der EuGH hierbei eine „Umkehrung der Lastenverteilung“ (*Dobler* 2008, S. 532f.). Denn nunmehr sind jene Mitgliedstaaten, die mit dem veränderten Sekundärrecht nicht einverstanden sind, gefordert, eine Mehrheit zur Reformulierung der Richtlinie zustande zu bringen, die den Ausgangszustand wiederherstellt. Unterliegt der Regelungsbereich der Einstimmigkeit, müssen sogar alle Mitgliedstaaten überzeugt werden, die Korrektur mitzutragen, und jedes einzelne der 27 Mitgliedstaaten ist in der Lage, die Rückkehr zum *status quo ante* zu blockieren, würde sie seinen Interessen zuwiderlaufen.

Eine zusätzliche Erschwerung der politischen Korrigierbarkeit liegt im Initiativmonopol der Kommission: Wird sie nicht aktiv, ist eine Wiederherstellung des alten Zustands nicht möglich. Die Vorgänge um die nach Ansicht vieler Beobachter mit den Urteilen zu *Laval* (C-341/05 vom 18.12.2007) und *Rüffert* (C-346/06 vom 3.4.2008) vollzogene Reinterpretation der Entsenderichtlinie von 1996 (RL 96/71/EG) bieten hierzu gutes Anschauungsmaterial. Im Wahlkampf zur Europawahl des Jahres 2009 versprachen die sozialdemokratischen Parteien, im zu wählenden Europäischen Parlament auf eine „Klarstellung“ der Entsenderichtlinie hinwirken zu wollen.¹⁰ Wegen des fehlenden Initiativrechts von sowohl Rat als auch Parlament genügte diese Zusicherung allerdings nicht. Deshalb versprachen die sozialdemokratischen Parteien ferner, die Wahl einer neuen Kommission von ihrer Bereitschaft abhängig machen zu wollen, die Initiative zu einer entsprechenden Klarstellung zu ergreifen. Dieses Drohpotential konnten die Parteien wiederum nur aufbauen, weil eine Neuwahl der Kommission unmittelbar bevorstand. Dies verdeutlicht die hohen Hürden, die politischen Korrekturen richterlicher Rechtsfortbildung selbst dann aufliegen, wenn es sich „nur“ um die Reinterpretation von Sekundärrecht handelt.

Auf den Stufen 3, 4 und 5 hingegen bedürfen Korrekturen der ergangenen Rechtsfortbildung Veränderungen des Primärrechts. Vertragsänderungen erfordern Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten, ähnlich wie bei Richtlinien zu Gegenständen, bei denen Mehrheitsabstimmungen nicht möglich sind. Jedes Mitgliedsland, das von der Reinterpretation des Primärrechts profitiert, kann eine Rückkehr zum *status quo ante* verhindern. Verschärfend kommt aber hinzu, dass Vertragsrevisionen nicht nur Einstimmigkeit unter den Mitgliedstaaten voraussetzen, sondern auch nur in den seltenen historischen Momenten von Vertragsverhandlungen möglich sind.

Tatsächlich sind erfolgreiche Versuche der Einhegung von politischen Folgen richterlicher Rechtsfortbildung durch Vertragsrevisionen sehr selten. Als Beispiele können

zwei Zusatzprotokolle angeführt werden, die dem Maastrichter Vertrag als Reaktionen auf EuGH-Entscheidungen beigelegt wurden. Das erste Beispiel betrifft die Reichweite der Dienstleistungsfreiheit. In der Rechtssache *SPUC gegen Grogan* (C-159/90 vom 4.10.1991) hatte der EuGH geurteilt, dass Abtreibungen als Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EGV zu werten seien. Die irische Regierung erfasste, dass sich nationales Abtreibungsrecht mit dieser Interpretation im Prinzip aushebeln ließ. Sie befürchtete, die expansive Auslegung des Primärrechts könnte eine Serie an Urteilen der Stufe 4 auslösen, in denen nationale Regulierungen des Schwangerschaftsabbruchs gegen die Binnenmarktregeln geprüft würden.¹¹ In Reaktion hierauf erstritt die irische Regierung ein Zusatzprotokoll, das besagte, dass EU-Recht den irischen Abtreibungsverboten nicht entgegensteht. Das zweite Beispiel bezieht sich auf die politische Eindämmung der Folgen eines tatsächlich ergangenen EuGH-Urteils. Im Fall *Barber* (C-282/88 vom 17.5.1991) hatte der EuGH den Grundsatz der Lohngleichheit der Geschlechter auch auf Betriebsrenten ausgedehnt. Das Barber-Protokoll hob dieses Urteil zwar nicht auf, begrenzte aber dessen Rückwirkung für die Zeit vor dem Urteilsspruch.

Auffällig ist: In beiden Fällen war es die Nähe der rechtsfortbildenden Urteile zu einer anstehenden Vertragsrevision, die die Möglichkeit einer zeitnahen politischen Korrektur eröffnete. Außerhalb solcher Zeitfenster schmilzt die Möglichkeit der politischen Korrektur auf eine lediglich theoretische Möglichkeit zusammen und nähert sich vom Ergebnis her Rechtsfortbildungen der Stufe 6 an, bei denen politische Korrekturen ausgeschlossen erscheinen. So lautet eine weithin geteilte Einschätzung, dass nach Ratifikation des Vertrags von Lissabon auf mittelfristige Sicht keine weiteren Vertragsrevisionen anstehen (so etwa Auswärtiges Amt 2007, S. 3 und 15f.). Damit wäre auch die Möglichkeit der politischen Korrektur von EuGH-Rechtsfortbildungen, die sich oberhalb der Stufe 2 ansiedeln, verbaut. Wie sich zeigt, ist der Einwand, zwischen Recht und Politik bestünde gewissermaßen Waffengleichheit, weil der Politik die Korrektur von Übergriffen stets offen stünde, mit großer Vorsicht zu genießen. Ist diese Analyse korrekt, dann ist der Einwand ungeeignet, Rechtsfortbildungen oberhalb der Stufe 1, definitiv aber: oberhalb der Stufe 2 zu legitimieren oder auch nur hinsichtlich ihrer politischen Brisanz zu relativieren.

5. Ausblick: Die schwer zu kontrollierenden Grenzen richterlicher Fortbildungen des europäischen Rechts

In diesem Beitrag habe ich mich mit einer Anzahl von Einwänden gegen jene Kritiker beschäftigt, die dem EuGH eine über Gebühr „aktivistische“, rechtsfortbildende, die Grenzen zwischen mitgliedstaatlichen und europäischen Kompetenzen sukzessive zu Gunsten der europäischen Organe verschiebende Rechtsprechung vorwerfen. Keiner der in Abschnitt 2 diskutierten Einwände bestreitet grundsätzlich, dass derartige Rechtsfortbildungen stattfinden. Die Einwände sind vielmehr geeignet, die von den Kritikern behaupteten Folgeprobleme in einem milderem Licht erscheinen zu lassen. Die vom EuGH vorgenommenen Rechtsfortbildungen, so die Kritiker der Kritiker, würden hinsichtlich ihres Umfangs überschätzt; sie seien eine zwingende Folge des naturgemäß lückenhaften europäischen Rechts sowie des richterlichen Rechtsverweigerungsverbots; ihre Wirkungen auf das politische System seien mithin als entlastend zu klassifizieren, weil sich die Rechtsfortbildungen auf politisch weitgehend unkontroverse Sachverhalte konzentrieren;

und den Mitgliedstaaten stünde stets die Möglichkeit offen, als illegitime Übergriffe auf eigene Zuständigkeitsbereiche empfundene Urteile auf dem Wege politischer Anpassungen des Primär- und Sekundärrechts zu korrigieren.

Um diese Einwände diskutierbar zu machen, habe ich in Abschnitt 3 eine sechsstufige Rangfolge von Rechtsfortbildungen des EuGH vorgeschlagen. In meiner Diskussion in Abschnitt 4 bin ich zu dem Ergebnis gelangt, dass sowohl die Argumente der Kritiker als auch die gegen sie vorgebrachten Einwände Substanz haben. Die relative Überzeugungskraft der Argumente und Gegenargumente variiert entlang der Stufen, die mit den jeweiligen Rechtsfortbildungen erreicht werden. Einerseits zeigte die Diskussion in Abschnitt 4, dass – wie jeder andere Richter – auch der europäische Richter aus guten Gründen kein „Subsumtionsautomat“ ist, kein „Wesen ohne Seele“, das „nur den Wortlaut des Gesetzes ausspricht“ (*Ossenbühl* 1988, S. 6). Selbst dort, wo die Subsumtion unter geschriebenes Gesetzesrecht möglich ist, bleibt die Notwendigkeit der aktiven Auslegung, wobei es Aufgabe des Richters ist, eine plausible Auswahl unter konkurrierenden Auslegungsmethoden zu treffen (vergleiche den Versuch einer Quantifizierung der vom EuGH gewählten Auslegungsmethoden bei *Dederichs* 2004). Hinzu tritt das Problem der Lückenhaftigkeit des Rechts, das die Richter nicht ignorieren können. Andererseits aber habe ich herausgestellt, dass die Einwände jeweils nur bis zu bestimmten Stufen der Rechtsfortbildung greifen. Sie sind *nicht* geeignet, Rechtsfortbildungen *contra legem* zu rechtfertigen oder hinsichtlich ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen zu relativieren.

Bleibt nicht aber die Tatsache, dass das europäische Recht aus strukturellen Gründen in besonderem Maße des aktiven, rechtsfortbildenden und –schöpfenden Richters bedarf? Wäre nicht einzuräumen, dass europarechtliche Rechtsfortbildungen mit anderen, milderen Maßstäben zu beurteilen sind als Rechtsfortbildungen durch nationale Fach- und Höchstgerichte? In meiner Diskussion habe ich einen anderen Akzent gesetzt. Ich habe herausgestellt, dass es in der Tat stets der Berücksichtigung des spezifischen Mehrebenencharakters der europäischen Rechtsordnung bedarf, um die vom EuGH vollzogenen Rechtsfortbildungen angemessen zu würdigen. Daraus folgt aber gerade *keine* Rechtfertigung der Füllung von Lücken, die den engen Kriterien der Plan- und Systemwidrigkeit nicht genügen. Ganz im Gegenteil: Die Nichtregelung von Sachverhalten auf der oberen Ebene des europäischen Rechtssystems ist ein besonders sensibler Bereich. Denn sie signalisiert, dass sich die Mitgliedstaaten einen Sachverhalt zur autonomen Regelung vorbehalten wollten.

Deshalb vernebeln Verweise auf die Rechtsfortbildung durch nationale Gerichte mehr als sie erhellen. Führt etwa das Bundesarbeitsgericht oder das Bundesverfassungsgericht Rechtsfortbildungen im deutschen Arbeitskampfrecht durch (*Rehder* 2006, Abschnitt 4), dann mag im Einzelfall darüber gestritten werden, ob plan- oder systemwidrige Lücken vorlagen, ob das Richterrecht Regelungen herbeiführt, die sich der Gesetzgeber zur eigenständigen Ausfüllung vorbehalten wollte, oder ob gar eine richterliche Gesetzeskorrektur stattgefunden hat. Für alle dieser Möglichkeiten gilt aber, dass der Sachverhalt ein Problem der innerstaatlichen, horizontalen Gewaltenteilung bleibt. Kompensiert der EuGH hingegen für vom europäischen Gesetzgeber nicht vorgenommene Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts (so geschehen bei den Urteilen in den Fällen *Viking*, C-348/05 vom 11.12.2007 und *Laval*, C-341/05 vom 18.12.2007), konterkariert er damit die Entscheidung der Mitgliedstaaten, die betreffenden Regelungsfelder im eigenen Zuständigkeitsbereich belassen zu wollen (im Fall des kollektiven Arbeitsrechts äußert sich der entsprechende politische Wille der Mitgliedstaaten sogar explizit in Art. 137 (5) EG). Zu den

Problemen der horizontalen Gewaltenteilung tritt also eine zusätzliche, vertikale Achse hinzu. Würde jede europäische Nichtregelung von Sachverhalten als plan- und systemwidrige Rechtslücke behandelt, wäre der richterrechtlichen Neudefinition der in den Verträgen zum Ausdruck kommenden Kompetenzaufteilung Tür und Tor geöffnet.

Die Frage der Grenzen legitimer Rechtsfortbildung, so mein Ergebnis, stellt sich im europäischen Recht deshalb mit besonderem Nachdruck. Wer definiert diese Grenzen? Obliegt das Letztentscheidungsrecht über diese Grenzen allein jener Instanz, die die beanstandeten Rechtsfortbildungen selbst durchführt – und die damit, wie das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil vom 30.6.2009 formulierte (2 BvE 2/08), über die ausschließliche Kompetenz verfügen würde, über die eigenen Kompetenzgrenzen zu disponieren (paraphrasiert aus Rn. 238, vergleiche Abschnitt 1)? Bejaht man dies, dann stehen die Kritiker der EuGH-Judikatur auf verlorenem Posten, so überzeugend ihre Argumente im Einzelfall auch sein mögen. Das einzig zur Verfügung stehende Instrument zur Überwachung der Grenzen europäischer Rechtsfortbildung wären dann „sanktionslose Apelle“ (Ossenbühl 1988, S. 17) zu mehr Selbstzurückhaltung und Selbstkorrektur. Bisher deutet nichts darauf hin, dass das Problem auf dem Wege solch „weicher“ Versuche der Einflussnahme behebbar wäre. Die Alternativen sind jedoch undeutlich. Die Unwirksamkeit sanktionsloser Apelle ist der Grund für Forderungen nach institutionellen Reformen, die oftmals als radikal empfunden werden und die darauf hinauslaufen, die Funktion nationaler Verfassungsgerichte als „Schleusenwärter“ der Umsetzung europäischer Rechtsakte in nationales Recht zu stärken (Gerken et al. 2009), dem europäischen Rat ein Kontrollrecht gegenüber dem europäischen Richterrecht zuzugestehen (Scharpf 2009b) oder dem EuGH einen intergouvernemental besetzten Kompetenzgerichtshof an die Seite zu stellen (Goll/Kenntner 2002). Bleiben Wirkungen „weicher“ Disziplinierungsversuche weiterhin aus, werden die „harten“, institutionellen Alternativen zunehmend in das Zentrum der Debatte rücken.

Anmerkungen

- 1 Für hilfreiche Hinweise danke ich Florian Rödl, Daniel Seikel, Benjamin Werner und den anonymen Gutachtern der Zeitschrift „Der moderne Staat“.
- 2 War es intendiert, handelt es sich um ein „beredtes Schweigen“ (Larenz/Canaris 1995, S. 191) des Gesetz- oder Verfassungsgebers und deshalb nicht um eine Lücke im eng definierten Sinne. Ich werde nachfolgend argumentieren, dass solch bewussten Regelungslücken im Europarecht eine besondere, schützenswerte Funktion zukommt, weil die Mitgliedstaaten mit ihnen signalisieren, sich eine Regelungsmaterie zur eigenständigen Ausfüllung vorbehalten zu wollen.
- 3 Zwischen Stufe 1 und Stufe 2 ließen sich weitere Zwischenstufen einfügen, so etwa Rechtsfortbildungen mit gesetzesvertretendem und solche mit gesetzeskonkretisierendem Charakter. Ossenbühls (1988) Terminologie folgend, liegt gesetzesvertretendes Richterrecht vor, wenn Judikatur eine zwar system-, aber nicht planwidrige Lücke füllt (Korrektur „beredten Schweigens“, vgl. die vorangehende Anmerkung). Gesetzeskonkretisierendes Richterrecht liegt vor, wenn Gesetzestexte Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die der Konkretisierung bedürfen, um im Einzelfall Anwendung finden zu können. Unklar ist diesen Fällen häufig, ob sich der Gesetzgeber solche Konkretisierungen selbst vorbehalten wollte, oder ob er die betreffenden Konkretisierungen bewusst der rechtsprechenden Gewalt überlassen hat.
- 4 Es tritt hinzu, dass Art. 137 (5) EGV signalisiert, dass die Mitgliedstaaten Fragen des kollektiven Arbeitsrechts generell vom Zuständigkeitsbereich der europäischen Organe ausnehmen wollten.
- 5 Die Reinterpretation der Entsenderichtlinie durch den EuGH trägt gleichzeitig Züge der Rechtsfortbildung der Stufe 4, weil der EuGH hier faktisch nicht nur bereits auf europäischer Ebene befindliche Regulierun-

- gen reinterpretiert, sondern auch gleichzeitig Regelungsbestände, die sich die Mitgliedstaaten zur autonomen Ausfüllung vorbehalten hatten, auf die europäische Ebene hebt (und inhaltlich entscheidet). Worauf es mir bei der Wahl des Beispiels ankommt, ist die Tatsache, dass das Entsenderecht bereits vor den EuGH-Urteilen als europäischer Rechtsbestand existierte und nachfolgend richterlich reinterpretiert wurde.
- 6 In den Worten *Zuleegs* (2000, S. 513): Die Grundfreiheiten des Binnenmarkts sind keine Grundrechte, wirken aber wie solche.
 - 7 In diesem Sinne bezeichnet *Calliess* (2005, S. 18) auch den vom EuGH in der Rechtssache *Van Gend & Loos* (Rs. 26/62 vom 5.2.1963) festgestellten Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit von Normen des Gemeinschaftsrechts, mit dem der EuGH das europäische Recht vom nur zwischen Staaten Anwendung findenden Völkerrecht abhob, als „praktisch nicht korrigierbar“.
 - 8 In den Worten des damaligen EuGH-Richters *Kutscher* (1976, S. 36f.): „Die Zahl der vom Rat nicht erledigten Vorschläge der Kommission ist groß. Die Probleme warten jedoch nicht auf eine gesetzliche Regelung... Es ist ein bekannter Sachverhalt, dass die Untätigkeit des Gesetzgebers die Gerichte zwingt, Fragen zu entscheiden und Probleme zu lösen, die zu regeln eigentlich Sache des Gesetzgebers wäre.“
 - 9 Bei *Kutscher* findet sich beispielsweise die Aussage, die systematische Auslegung (die Auslegung einer Bestimmung im Zusammenhang mit „benachbarten“ Bestimmungen) sowie die teleologische Auslegung stünden „bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Gerichtshof derart im Vordergrund, dass es nahe liegt, insofern einen Umschlag von der Quantität in die Qualität anzunehmen“ (*Kutscher* 1976, S. 31).
 - 10 Siehe hierzu beispielsweise das gemeinsame Positionspapier von DGB und SPD zur Europawahl 2009 vom 5.5.2009, das hier <http://www.spd.de/de/aktuell/pressemitteilungen/2009/05/SPD-und-Gewerkschaften-Gemeinsam-fuer-sozialen-Fortschritt-in-Europa-.html> abrufbar ist (Website aufgerufen am 8.3.2010).
 - 11 Dieser Umstand macht noch einmal deutlich, warum sinnvoll erscheint, zwischen den Stufen 4 und 5 analytisch zu unterscheiden, obwohl beide Typen von Rechtsfortbildung im Grenzfall in ein- und demselben Urteil erfolgen können.

Literatur

- Auswärtiges Amt, 2007: Denkschrift zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007. Berlin: Auswärtiges Amt.
- Büchtele, Manfred*, 2008: Diskriminierung, Beschränkung und Keck-Mithouard – Die Warenverkehrsfreiheit. In: *Günter H. Roth/Peter Hilpold* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*. Wien: Linde Verlag, S. 335-394.
- Calliess, Christian*, 2005: Rechtsfortbildung und Richterrecht in der EU. Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht 28. Göttingen: Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen.
- Dederichs, Marlene*, 2004: Die Methodik des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften. In: *Europarecht* 39, S. 45-359.
- Dobler, Philipp*, 2008: Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH. In: *Günter H. Roth/Peter Hilpold* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*. Wien: Linde Verlag, S. 509-560.
- Everling, Ulrich*, 1986: Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 50, S. 193-232.
- Everling, Ulrich*, 1993: Stand und Zukunftsperspektiven der Europäischen Gerichtsbarkeit. In: *Ulrich Everling/Karl H. Narjes/Jochim Sedemund* (Hrsg.), *Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Arved Deringer*. Baden-Baden: Nomos, S. 40-82.
- Gellermann, Martin*, 1994: Staatshaftung und Gemeinschaftsrecht. Nochmals zum Francovich-Urteil des EuGH. In: *Europarecht* 29, S. 342-358.
- Gerken, Lüder*, et al., 2009: „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt. München: Sellier.
- Goll, Ulrich/Markus Kennner*, 2002: Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten. In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 13, S. 101-106.

- Halter, Ulrich*, 2005: Europarecht und das Politische. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Höreth, Marcus*, 2008: Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court. Baden-Baden: Nomos.
- Joerges, Christian/Florian Rödl*, 2009: Informal Politics, Formalised Law and the „Social Deficit“ of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval. In: *European Law Journal* 15, S. 1-19.
- Kneip, Sascha*, 2006: Demokratieimmanente Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. In: *Michael Becker/Ruth Zimmerling* (Hrsg.), *Politik und Recht. PVS-Sonderheft 36*. Wiesbaden: VS-Verlag, S. 259-281.
- Kutscher, Hans*, 1976: Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters. *Begegnung von Justiz und Hochschule*, 27.-28. September 1976. Luxemburg: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.
- Larenz, Karl/Claus-Wilhelm Canaris*, 1995: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Dritte, neu bearbeitete Auflage. Berlin: Springer.
- Lowi, Theodore*, 1964: American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. In: *World Politics* 16, S. 677-715.
- Mayer, Franz C.*, 2009: Der EuGH als Feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung. In: *Integration* 32, S. 246-265.
- Möllers, Thomas M.J.*, 1998: Doppelte Rechtsfortbildung contra legem? In: *Europarecht* 33, S. 20-46.
- Ossenbühl, Fritz*, 1988: Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat. Rede zur Eröffnung des akademischen Jahres 1987/88. Bonn: Bouvier.
- Ossenbühl, Fritz*, 1992: Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch. In: *Deutsches Verwaltungsblatt* 107, S. 993-998.
- Rehder, Britta*, 2006: Politik und Recht beim Wandel des Flächentarifs. Juristen als politische Akteure im System der Arbeitsbeziehungen. In: *Politische Vierteljahresschrift* 47, S. 169-192.
- Rödl, Florian*, 2009: Wirklich auf einem „guten Mittelweg“? In: *Friedrich Ebert Stiftung* (Hrsg.), *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem*. Berlin: Friedrich Ebert Stiftung (Reihe Internationale Politikanalyse), S. 42-43.
- Roth, Günter H./Peter Hilpold* (Hrsg.), 2008: *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*. Wien: Linde Verlag.
- Scharpf, Fritz W.*, 2009a: Legitimität im europäischen Mehrebenensystem. In: *Leviathan* 37, S. 244-280.
- Scharpf, Fritz W.*, 2009b: The Double Asymmetry of European Integration. Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy. MPIfG Working Paper 2009/12. Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.
- Ukrow, Jörg*, 1995: Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH. Dargestellt am Beispiel der Erweiterung des Rechtsschutzes des Marktbürgers im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes und der Staatshaftung. Baden-Baden: Nomos.
- von Bogdandy, Armin*, 2001: Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union. In: *Der Staat* 40, S. 3-43.
- von Danwitz, Thomas*, 1994: Zur Entwicklung einer gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung. In: *Juristen-Zeitung* 49, S. 335-342.
- Weiler, Joseph H.*, 2004: A Quiet Revolution. The European Court of Justice and its Interlocutors. In: *Comparative Political Studies* 26, S. 510-534.
- Zuleeg, Manfred*, 2000: Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte. Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte. In: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 27, S. 511-517.

Anschrift des Autors:

PD Dr. Martin Höpner, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Paulstraße 3, 50676 Köln

E-Mail: hoepner@mpifg.de

