



*Jean - Monnet - Lehrstuhl  
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

## *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law*

herausgegeben vom  
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur  
Freie Universität Berlin

Nr. 28

28.07.2005

Christian Calliess:

### **Rechtsfortbildung und Richterrecht in der EU**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



Dieser Beitrag ist in gekürzter Fassung unter dem Titel „Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts“, in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW), 2005, S. 929 erschienen.

*Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M., Göttingen\**

## **Rechtsfortbildung und Richterrecht in der EU**

### **I. Zu den Grundlagen des Richterrechts in der EG**

#### 1. Die Grundnorm des Art. 220 EGV und die Wahrung des Rechts als Aufgabe des EuGH

Der EuGH und das Gericht erster Instanz sichern nach Art. 220 EGV im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die *Wahrung des Rechts* bei der *Auslegung* und *Anwendung* des Vertrages. Art. 220 EGV weist ihnen in Verbindung mit Art. 7 EGV (Rechtsschutzauftrag<sup>1</sup>) im institutionellen Gefüge der EG die Rolle einer die Exekutive und die Legislative *kontrollierenden dritten Gewalt* zu.<sup>2</sup> Im Rahmen dieser Aufgabe tritt der EuGH als Organ sowohl als *Verfassungsgericht* wie auch als oberstes *Verwaltungsgericht*<sup>3</sup> sowie des weiteren als Zivil-, Arbeits-, Steuer-, Sozial- und (eher potentiell) Strafgericht in Erscheinung.<sup>4</sup>

Wo aber ist nun in Art. 220 EGV das Richterrecht zu verorten, inwieweit ist von dieser Norm die *richterliche Rechtsfortbildung* umfaßt? Seinem Wortlaut nach bietet Art. 220 EGV insoweit drei Ansätze: Die „Anwendung“, die „Auslegung“ und die „Wahrung des Rechts“.

Unter *Auslegung* versteht man die abstrakte Ermittlung des Inhalts einer Norm.<sup>5</sup> Die Auslegung des Vertrages, wie die des Gemeinschaftsrechts insgesamt, folgt grundsätzlich den auch in den nationalen Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten bekannten und

---

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht und Europarecht an der Georg-August-Universität Göttingen und Geschäftsführender Direktor des dortigen Instituts für Völker- und Europarecht.

<sup>1</sup> *Schwarze*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2000, Art. 220, Rn. 1; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV-/EGV-Kommentar, 2002, Art. 220, Rn. 2.

<sup>2</sup> Mag man, wie insbesondere *König/Pechstein/Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, 2002, Rn. 3, infolge der Besonderheiten des supranationalen Systems der Europäischen Gemeinschaften auch Zurückhaltung bezüglich des Gewalten-Begriffes für angebracht halten, so kann doch, wie *Pernice*, EuR 1996, 27 (27), betont, kein Zweifel daran bestehen, dass die Gerichtsbarkeit (Judikative) in der Gemeinschaft, insbesondere in ihrem Zusammenwirken mit den Gerichten der Mitgliedstaaten, deutlich als *funktionell strukturierte Einheit* in Erscheinung tritt.

<sup>3</sup> Im einzelnen *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH – Dargestellt am Beispiel der Erweiterung des Rechtsschutzes des Marktbürgers im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes und der Staatshaftung, 1995, 83 ff. mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen.

<sup>4</sup> *Wegener* (Fn. 1), Art. 220, Rn. 2.

<sup>5</sup> *Schwarze* (Fn. 1), Art. 220, Rn. 21.

gebräuchlichen Auslegungsmethoden.<sup>6</sup> Allerdings werden die klassischen Auslegungsmethoden vom EuGH den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts angepaßt, wodurch sich im Hinblick auf ihre Bedeutung und Gewichtung gewisse Abweichungen ergeben können.<sup>7</sup>

Auch im Gemeinschaftsrecht stellt die übliche Bedeutung von Begriffen den Ausgangspunkt jeder Interpretation dar. Aufgrund der verschiedenen Sprachfassungen europäischer Normen ist freilich ein spezifisch gemeinschaftsrechtlich geprägtes Begriffsverständnis, das eine grundsätzliche Verpflichtung zur autonom gemeinschaftsrechtlichen Auslegung von Begriffen des europäischen Rechts nach sich zieht, erforderlich.<sup>8</sup> Die auf den Willen des Normgebers abstellende *historische Interpretation* hat angesichts der Tatsache, daß die Rechtsetzung auf europäischer Ebene stets einen besonderen Kompromiß- und Verhandlungscharakter aufweist, in der Argumentationspraxis des Gerichtshofes zu Recht eher die Bedeutung einer Hilfsbegründung.<sup>9</sup> Im Unterschied zu den beiden vorstehenden Auslegungsmethoden weicht die *systematische Interpretation* in ihrer Anwendung kaum von der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vertrauten Methodik ab. Mit Blick auf den dynamischen Charakter der EU ist die *teleologische Interpretation* im Kontext des Gemeinschaftsrechts von besonderer Bedeutung.<sup>10</sup> Sie ermöglicht die Auslegung der Normen nach der sog. *ratio legis*, d.h. dem Vertragszweck bzw. den Vertragszielen.<sup>11</sup> Eng verbunden mit der teleologischen Auslegung ist der Interpretationsgrundsatz des *effet utile* (der nützlichen Wirkung oder auch der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit einer Norm), der als – wenn man so will extrem teleologische Auslegungsmethode – den Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts als auf Integration ausgerichtete und in ständiger Fortentwicklung befindliche supranationale Rechtsordnung Rechnung trägt.<sup>12</sup> Ergänzt werden die Interpretationsregeln des EuGH durch einige die konkrete Auslegung steuernde Argumentationstopoi, wie z.B. das Prinzip der (Sicherung der) Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften oder das viel zitierte Erfordernis der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts.

---

<sup>6</sup> Dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 320 ff.; *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf, EU-Kommentar, 2002, Art. 220, Rn. 42.

<sup>7</sup> Vgl. *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der EU, 2002, Rn. 277; *Kühling/Lieth*, EuR 2003, 371 (375).

<sup>8</sup> Vgl. Rs. 64/81 (Corman, Slg. 1982, S.13, Rn. 8)

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-327/91 (Frankreich/Kommission), Slg. 1994, I-3641, 3677, Rn. 39; EuGH, Rs. C-314/91 (Weber/EP), Slg. 1993, 1093, 1112, Rn. 21; *Lutter*, JZ 1992, 593 (599).

<sup>10</sup> *Oppermann*, Europarecht 1999, Rn. 685; *Lutter*, JZ 1992, 593 (602).

<sup>11</sup> *Bleckmann*, Europarecht, 1997, Rn. 547; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 1996, Rn. 453; *Kühling/Lieth*, EuR 2003, 371 (375).

<sup>12</sup> Vgl. *Pernice/Mayer* (Fn. 6), Art. 220, Rn. 46; *Kutscher*, in: Begegnung von Justiz und Hochschule, 1976, I-43; *Streinz*, Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Festschrift für Ulrich Everling Band II, 1491 (1493 f.).

Eine in jüngster Zeit erschienene empirische Untersuchung der Entscheidungen des EuGH im Jahre 1999 hat zu folgender „Rangfolge“ in der Auslegungspraxis geführt:

Die häufigste Argumentationsform war der Verweis auf frühere Rechtsprechung, sie überstieg die klassischen Auslegungsmethoden um ein Vielfaches.<sup>13</sup> Die zweithäufigste Argumentationsform stellte die grammatische Auslegung dar, dann erst folgte die teleologische Methode. Der systematischen und der historischen Auslegungsmethode kam in den Entscheidungen des EuGH im Jahre 1999 eine untergeordnete Bedeutung zu.

Diese Ergebnisse führten die Verfasserin der Studie zu der Annahme, die Bedeutung der grammatischen Auslegung werde von der Literatur überwiegend unterschätzt<sup>14</sup>, diejenige der teleologischen überschätzt<sup>15</sup>. Die Ergebnisse der Studie stehen jedoch nur scheinbar in Widerspruch zu der herrschenden Meinung in der Lehre, da es problematisch erscheint, die Bedeutung der teleologischen Auslegungsmethode aufgrund einer empirischen Untersuchung zu relativieren, die einen sehr begrenzten Zeitraum analysiert hat.

„Anwendung des Vertrages“ meint allgemein gesprochen die Subsumtion des konkreten Lebenssachverhaltes unter eine bestimmte Norm.<sup>16</sup> Wenn der EuGH die Anwendung des Gemeinschaftsrechts sichert<sup>17</sup>, dann richtet sich seine damit zugleich angesprochene Kontrollfunktion zum einen auf Handlungen der Gemeinschaftsorgane, wobei speziell die Beachtung der vertraglichen Kompetenz- und Verfahrensvorschriften in vertikaler und horizontaler Hinsicht überprüft wird<sup>18</sup>, und zum anderen auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten, sofern diese dem Gemeinschaftsrecht in ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung nicht die gebotene Geltung verschaffen, also zum Beispiel Primär- oder Sekundärrecht der EG nicht oder nicht richtig anwenden bzw. – im Falle von Richtlinien – umsetzen.<sup>19</sup>

Indem der Wortlaut von Art. 220 EGV über den „Vertrag“ hinaus auch das „Recht“ erwähnt, wird deutlich, dass die Zuständigkeit des EuGH über das geschriebene Normengefüge des

---

<sup>13</sup> *Dederichs*, Die Methodik des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in: EuR 2004, S. 345 (347, 357, 358)

<sup>14</sup> *Dederichs* (Fn. 13), S. 349

<sup>15</sup> *Dederichs* (Fn. 13), S. 354

<sup>16</sup> *Schwarze* (Fn. 1), Art. 220, Rn. 21.

<sup>17</sup> Näher *Schwarze* (Fn. 1), Art. 220, Rn. 22.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. vertikal: EuGH, Rs. C-376/98 (Deutschland/EP und Rat - Tabakwerbeverbot), Slg. 2000, I-8419, I-8523, Rn 79; dazu *Calliess*, Jura 2001, 311 (314 f.); horizontal: EuGH, Rs. C-62/88 (Griechenland/Rat), Slg. 1990, I-1527, I-1548, Rn. 11 f.; EuGH, Rs. C-65/93 (Parlament/Rat), Slg. 1995, I-643, I-668, Rn. 21.

<sup>19</sup> Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-353/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, I-4069, I-4098, Rn. 37; EuGH, Rs. C-422/92 (Kommission/Deutschland), Slg. 1995, I-1097, I-1139, Rn. 50; EuGH, Rs. C-387/97 (Kommission/Griechenland), Slg. 2000, I-5047, I-5114, Rn. 78.

EGV hinausreicht<sup>20</sup> und damit auch die ungeschriebenen Normen der Gemeinschaftsrechtsordnung umfaßt. Zu letzteren zählen die sich aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergebenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts sowie das Gemeinschaftsgewohnheitsrecht.<sup>21</sup> Gerade im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die in Art. 288 Abs. 2 EGV (außervertragliche Haftung der EG) und Art. 6 Abs. 2 EUV (Grundrechtsschutz) ihre ausdrückliche, vertragliche Anerkennung erfahren, ist der Gerichtshof seiner Aufgabe als Wahrer des Gemeinschaftsrechts auch im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung nachgekommen.

Freilich stehen die vorstehend konkretisierten drei Begriffe des Art. 220 EGV nicht beziehungslos nebeneinander. Vielmehr ist die Norm aufgrund der Formulierung „bei der“ so zu verstehen, dass die „Wahrung des Rechts“ der Ober- bzw. Leitbegriff ist, der die „Auslegung und Anwendung“ des Vertrages steuert. Im Rahmen dieser Aufgabe begreift der EuGH das Gemeinschaftsrecht als System eines möglichst *umfassenden Rechtsschutzes*<sup>22</sup> und hat es sich daher unter Beachtung des Verbots der Rechtsverweigerung von Anfang an zur Aufgabe gemacht, Regelungslücken im Gemeinschaftsrecht zu schließen.<sup>23</sup> Auf dieser Grundlage hat sich der Gerichtshof immer wieder auf das Terrain der richterlichen Rechtsfortbildung begeben und handelte sich so den Ruf ein, bisweilen zum *Motor der Integration* zu werden.<sup>24</sup>

## 2. Die Legitimation des EuGH zur richterlichen Rechtsfortbildung

Im Kontext der Legitimationsfrage sind zwei europarechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen.

Die eine Besonderheit liegt in der für die EU eigentümlichen Verbindung von Integration und Recht, die eine besondere Legitimation des EuGH zur Rechtsfortbildung begründet: Diese Verbindung kommt in erster Linie gar nicht so sehr darin zum Ausdruck, dass die EU auf Rechtsstaatlichkeit verpflichtet ist (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV) – angesichts der

---

<sup>20</sup> Vgl. *Wegener* (Fn. 1), Art. 220, Rn. 2 m.w.N.

<sup>21</sup> *Borchardt* (Fn. 7), Rn. 75; *Huber*, in: *Streinz, EUV/EGV- Kommentar*, 2003, Art. 220, Rn. 13 f.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Rs. 294/83 (*Parti écologiste „Les Verts“/EP*), Slg. 1986, 1339, 1365, Rn. 23; EuGH Rs. 314/85 (*Foto Frost*), Slg. 1987, 4199, 4231, Rn. 16.

<sup>23</sup> Vgl. *Schwarze* (Fn. 1), Art. 220, Rn. 3.

<sup>24</sup> So etwa *Streinz*, *Europarecht*, 2001, Rn. 494; *Schweitzer/Hummer* (Fn. 11), Rn. 445; *Ukrow* (Fn. 3), S. 156; ähnlich auch *Stein*, *Richterrecht wie anderswo auch?*, in: *FS Heidelberg, Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsform, Auftrag und Grenzen*, 1986, 619 (622), der vom Integrationsmotor spricht.

Rechtsstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten ohnehin eine Selbstverständlichkeit –, sondern vielmehr darin, dass sie durch das Recht im wahrsten Sinne des Wortes zusammengehalten wird. Angesichts der in der EU allenfalls begrenzt wirksamen klassischen Integrations- und Zusammenhaltsmechanismen (Kultur, Sprache, Nation etc.) übernahm das Gemeinschaftsrecht von Anfang an eine Funktion, die mit der Formel „Integration und Zusammenhalt durch Recht“ auf einen Nenner gebracht werden kann. Gerade die der Gemeinschaft eigene Integrationsdynamik und das nach wie vor bestehende Defizit an unmittelbarer demokratischer Kontrolle machen eine starke Rolle des Rechts daher unentbehrlich.<sup>25</sup> Dementsprechend hat der EuGH als Institution des Verfassungsverbundes, verstanden als Ausdruck der Verzahnung von nationalem und supranationalem Recht, zu gewährleisten, dass die von den europäischen Bürgern gemäß den mitgliedstaatlichen Verfassungsbestimmungen gemeinsam konstituierte europäische Verfassung mit ihren Zielen, Rechten und Pflichten dem Bürger auch tatsächlich zugute kommt.<sup>26</sup> Die europäischen Richter werden auf diese Weise zu Garanten von Einheit und Bestand der Gemeinschaft und sind somit besonders legitimiert, die Wahrung des Rechts auch durch Rechtsfortbildung zu gewährleisten.

Die zweite Besonderheit besteht darin, daß sich richterliche Rechtsfortbildung auf europäischer Ebene als ein doppeltes Kompetenzproblem darstellt: Zu nennen ist in diesem Zusammenhang ebenso wie im nationalstaatlichen Kontext zunächst als Problem der Gewaltenteilung.<sup>27</sup> Die Gemeinschaft ist zwar nicht nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung organisiert, sondern folgt in ihrer Konzeption dem *Prinzip eines institutionellen Gleichgewichts* zwischen den Gemeinschaftsorganen<sup>28</sup>, wonach jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt.<sup>29</sup> Im Zentrum stehen dabei Fragen der *horizontalen Kompetenzverteilung*. Das bedeutet, dass sich die Grenzen des vom Gerichtshof geschaffenen Richterrechts funktional aus den *Kompetenzen* oder auch *Funktionen* ergeben, welche die Gemeinschaftsverträge dem Gerichtshof einerseits und den Gesetzgebungsorganen andererseits zugewiesen haben.<sup>30</sup> So bedürfen Rechtssetzungsorgane, zumindest im demokratischen Rechtsstaat (Art. 6 Abs. 1 EUV), der *demokratischen*

---

<sup>25</sup> Pernice, EuR 1996, 27 (37); Ukrow (Fn. 3), S. 146.

<sup>26</sup> Pernice, EuR 1996, 27 (37 f.).

<sup>27</sup> Dänzer-Vanotti, RIW 1992, 733 (734); s. auch Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 190.

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-70/88 (Parlament/Rat -Tschernobyl I), Slg. 1990, I-2041, I-2072, Rn. 21 f.; EuGH, Rs. 25/70 (Köster), Slg. 1970, 1161, 1170 ff., Rn. 1 ff.

<sup>29</sup> Siehe ausführlich hierzu Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV- Kommentar, 2002, Art. 7, Rn. 8 ff.

<sup>30</sup> Dänzer-Vanotti, RIW 1992, 733 (735).

*Legitimation*.<sup>31</sup> Überdies setzt Rechtserzeugung ein *Verfahren* voraus, das durch Diskussion, Öffentlichkeit, optimale Informationsgewinnung und einfache Korrekturmöglichkeiten geprägt ist.<sup>32</sup>

Darüber hinaus stellt Richterrecht aber – anders als im nationalen Kontext – die vom Vertrag vorgesehene, auf dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EGV) beruhende, *vertikale Kompetenzverteilung* zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in Frage. Insoweit ist von Bedeutung, dass die Gemeinschaft, der keine Staatsqualität zukommt, auch keine Befugnis besitzt, eigene Kompetenzen zu begründen.<sup>33</sup> Das gilt auch für den EuGH. In der Folge erweitert jede extensive Auslegung des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts, jede Rechtsfortbildung den Kompetenzbereich der EU und schränkt damit gleichzeitig die mitgliedstaatliche Souveränität ein.

### 3. Die Kompetenz des EuGH zur richterlichen Rechtsfortbildung

Die richterliche Rechtsfortbildung zählt also zur „Wahrung des Rechts“ und kann auf diese Weise im Rahmen der Auslegung, gewissermaßen als ihr Anbau, zur Entfaltung gebracht werden. Über die in den Art. 220 ff. EGV aufgezählten Verfahren erstarkt die Aufgabe der „Wahrung des Rechts“ zur Kompetenz des EuGH. Wie weit diese Kompetenz reicht ist auf Gemeinschaftsebene ebenso schwer zu bestimmen, wie im nationalen Recht. Hier wie dort besteht jene notorische Grauzone zwischen kompetentiell zugewiesener Rechtswahrung und nicht (mehr) zugewiesener Rechtserzeugung.<sup>34</sup> Vor diesem Hintergrund läßt sich die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH dogmatisch wie folgt begründen:<sup>35</sup>

In *formeller* Hinsicht ist die dem Gerichtshof in Art. 220 EGV eingeräumte Zuständigkeit zur „Wahrung des Rechts“ als klare Absage an einen rigorosen Gesetzespositivismus zu deuten.<sup>36</sup> Sie legitimiert zu einer über das kodifizierte Recht hinausreichenden *Rechtsbindung* (statt bloßer Gesetzesbindung) und ermöglicht damit die Heranziehung sämtlicher Quellen des Gemeinschaftsrechts<sup>37</sup> zur Schließung von Lücken und zur Ergänzung von unvollständigem

---

<sup>31</sup> Dänzer-Vanotti, RIW 1992, 733 (735).

<sup>32</sup> Vgl. Ipsen (Fn.27), S. 138 ff.

<sup>33</sup> Streinz, in: Streinz, EUV/EGV- Kommentar, 2003, Art. 7, Rn. 25; Schwarze (Fn. 1), Art. 220, Rn. 24.

<sup>34</sup> König/Pechstein/Sander (Fn. 2), Rn. 9.

<sup>35</sup> Hummer/Obwexer, EuZW 1997, 295 (296), sprechen in diesem Zusammenhang von rechtsdogmatischen „Einfallspforten“.

<sup>36</sup> So Ukrow (Fn. 3), S. 92.

<sup>37</sup> Zum weitgefassten Begriff des Rechts siehe im einzelnen oben, I. 1.

Gemeinschaftsrecht. Letzteres ist unter dem Gesichtspunkt, dass der Gerichtshof nicht wie ein völkerrechtliches Gericht die Lückenhaftigkeit und Inkongruenz des Gemeinschaftsrechts anführen und ein daraus resultierendes non-liquet aussprechen kann, von Relevanz, da dies als *Rechtsverweigerung* (*déni de justice*) zu deuten wäre. Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung des EuGH immer schon stark von der französischen Doktrin geprägt war, die eine strikte Unterscheidung zwischen der an der Wortlautschränke orientierten Auslegung einerseits und der ergänzenden Rechtsfortbildung andererseits nicht kennt, sondern durchwegs von Auslegung (*interprétation*) spricht, selbst wenn tatsächlich bereits Rechtsfortbildung betrieben wird.<sup>38</sup>

In *materieller* Hinsicht kommt der dynamisch-evolutive Integrationsansatz des EG-Vertrages ins Spiel, der eine richterliche Rechtsfortbildung im eben nicht statisch zu verstehenden Gemeinschaftsrecht geradezu bedingt.<sup>39</sup> Demgemäß ist der EuGH berechtigt, ja unter Umständen sogar aufgefordert, vom Vertrag *nicht gewollte* Lücken zu füllen, sowie 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.<sup>40</sup> Die Offenheit der Verträge in Verbindung mit dem Integrationsauftrag ist so gesehen der funktionale Kompetenztitel der europäischen Judikative<sup>41</sup> gegenüber den anderen europäischen „Gewalten“ einerseits<sup>42</sup> und den Mitgliedstaaten andererseits.

#### 4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Kompetenz des EuGH zur Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages, insbesondere im Hinblick auf die auf Integration ausgerichtete Rechtsordnung, grundsätzlich auch die Befugnis zur

---

<sup>38</sup> Vgl. *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733 (733); *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295 (296), jeweils m.w.N.; auf Grund der oben angesprochenen prinzipiellen Akzeptanz der Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH durch die mitgliedstaatlichen Höchstgerichte bestehen auch gegen die mangelnde Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung im Gemeinschaftskontext keine grundsätzlichen Einwände.

<sup>39</sup> *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295 (296) m.w.N.

<sup>40</sup> *Ukrow* (Fn. 3), S. 94 f.; ähnlich *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295 (297) m.w.N.

<sup>41</sup> Dazu speziell *Ukrow* (Fn. 3), S. 139 ff., der den mehrfach vorgebrachten Argumenten eines "Legitimationsgefälles" des Gerichtshofes gegenüber den anderen Organen der Gemeinschaft einerseits sowie jenem der "Souveränität des Gemeinschaftsgesetzgebers" und dem der "auch im inter-institutionellen Vergleich mit den Gerichten in den Mitgliedstaaten schwachen Legitimation des EuGH" argumentativ entgegentritt.

<sup>42</sup> *Pernice*, EuR 1996, 27 (36) m.w.N.

richterlichen Rechtsfortbildung umfaßt.<sup>43</sup> Vor dem so skizzierten Hintergrund ergibt sich andererseits jedoch auch, dass eine europarechtliche Rechtsfortbildung jedenfalls dann unzulässig sein muss, wenn vom Vertrag gewollte, planvolle Lücken in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschlossen werden sollen und/oder die Rechtsfortbildung im Ergebnis eine (rechts-) politische Gestaltung bedeuten würde. So ähnlich argumentiert auch Generalanwalt Alber in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-434/98 P<sup>44</sup> bezüglich der Frage, ob der Rat in einer Rechtsstreitigkeit zwischen der Gemeinschaft und ihren Bediensteten ein Rechtsmittel einlegen könne, wenn er dem Rechtsstreit im ersten Rechtszug nicht beigetreten war. In Randnummer 26 des Schlussantrags heißt es dazu: „Was schließlich die Aufforderung zur Rechtsfortbildung angeht, so setzt diese grundsätzlich eine planwidrige Regelungslücke voraus [...]. Vorliegend besteht dagegen eine ausdrückliche Regelung. Es ist auch nicht ersichtlich, daß diese Regelung durch Veränderungen im System des Rechtsschutzes oder des institutionellen Gleichgewichts der Europäischen Gemeinschaft ihre Berechtigung verloren hätte. Vielmehr ist es doch so, daß der Rat nach Artikel 168a Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 225 EG) selber derjenige war und ist, der in seiner gesetzgeberischen Funktion maßgeblich über die Reichweite seiner privilegierten Rechtsmittelbefugnis zu entscheiden hat. In dieser Lage ist eine richterliche Rechtsfortbildung mit dem institutionellen Gleichgewicht und der dort begründeten Verantwortung des Rates in seiner Funktion als Gesetzgeber unvereinbar.“

Das Kriterium des Bestehens einer planvollen Lücke hat aber nur begrenzten Wert, weil es erst ein äußerstes Limit markiert und damit in seinem Vorfeld die bereits angesprochene beträchtliche Grauzone beläßt. Diese kann nur dadurch aufgehellt werden, dass sich das europäische Richterrecht einer transparenten und kohärenten Dogmatik bedient, die es erlaubt, die Rechtsfortbildung nachzuvollziehen. Exakt hieran aber – so meine These – fehlt es. Das sollen die nachfolgenden Ausführungen belegen.

## **II. Arten der Rechtsfortbildung durch den EuGH**

In der Praxis des EuGH ist Rechtsfortbildung ein fast schon alltägliches Phänomen geworden. Dies hat seinen Grund darin, dass der EuGH von Beginn an auf der Grundlage einer Rechtsordnung zu judizieren hatte, die immer schon, verstärkt aber im Laufe der Zeit, Lücken

---

<sup>43</sup> Vgl. nur *König/Pechstein/Sander* (Fn. 2), Rn. 12.

<sup>44</sup> *Rat/Busacca*, Slg. 2000, I-8577, Randnr. 26, vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 1. 12. 1988 in der Rechtssache 359/87 (*Pinna*, Slg. 1989, S. 585, insbes. Rn. 12 f.)

aufwies und darüber hinaus auf Wandel angelegt war.<sup>45</sup> So existiert eine ganze Reihe von rechtsfortbildenden Entscheidungen des EuGH, die sich wie folgt systematisieren lassen:

## 1. Vertikale Rechtsfortbildung

Insoweit sich die rechtsfortbildenden Entscheidungen des EuGH auf das Verhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten beziehen und somit das Kompetenzgefüge des Vertrages betreffen, läßt sich von *vertikaler Rechtsfortbildung* sprechen.

Beispiele dafür finden sich in folgenden Bereichen:

- Unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang des Gemeinschaftsrechts (Van Gend & Loos<sup>46</sup>; Costa/ENEL<sup>47</sup>)
- Richtlinien: Von der unmittelbaren Wirkung zur Staatshaftung (Van Duyn<sup>48</sup>, Francovich<sup>49</sup>)
- Grundfreiheiten: Vom Gleichbehandlungsgebot zum Freiheitsrecht mit Staatshaftung (Dassonville<sup>50</sup>, Säger/Dennemeyer, Gebhard<sup>51</sup>, Bosman<sup>52</sup>, Brasserie du Pêcheur)
- Einstweiliger Rechtsschutz (Factortame I<sup>53</sup>)
- Außenkompetenzen (AETR<sup>54</sup>, Kramer<sup>55</sup>)

## 2. Horizontale Rechtsfortbildung

Wenn sich die Entscheidungen des EuGH auf das Verhältnis zwischen den Organen untereinander beziehen und sich damit auf das institutionelle Gleichgewicht auswirken, kann man von *horizontaler Rechtsfortbildung* sprechen. Beispiele dafür finden sich im Bereich der Passiv- und Aktivlegitimation des EP (Les Verts<sup>56</sup>, Fall Tschernobyl<sup>57</sup>). Umfaßt sind hiervon aber auch jene Fälle, in denen sich der EuGH mit den individuellen Rechten von

---

<sup>45</sup> Stein (Fn. 24), (619) 629 f.; Everling, JZ 2000, 217 (220); Dänzer-Vanotti, RIW 1992, 733 (734).

<sup>46</sup> EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 ff.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. 41/74 (Van Duyn/Home Office), Slg. 1974, 1337, 1348, Rn. 12.

<sup>49</sup> EuGH, verb. Rs. C-6/90 und 9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837.

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, I-4197, Rn. 37.

<sup>52</sup> EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, I-5068, Rn. 95 f.

<sup>53</sup> EuGH, Rs. C-213/89 (Factortame I), Slg. 1990, I-2433.

<sup>54</sup> EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263, 275, Rn. 20/22.

<sup>55</sup> EuGH, verb. Rs. 3, 4 und 6/76 (Kramer), Slg. 1976, 1279, 1311, Rn. 30/33.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. 294/83 (Parti écologiste „Les Verts“/EP), Slg. 1986, 1339, 1365, Rn. 23 ff.

<sup>57</sup> EuGH, Rs 70/88 (Tschernobyl), Slg. 1990, I-2041, I-2072, Rn. 20.

Gemeinschaftsbürger zu befassen hat, die gegenüber Maßnahmen der europäischen Organe geltend gemacht werden. Im Vordergrund steht hier – neben rechtsstaatlichen Ausprägungen wie Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit – der Grundrechtsschutz, den der EuGH mit Blick auf den fehlenden Grundrechtskatalog der EG auf der Basis allgemeiner Rechtsgrundsätze (vgl. heute Art. 6 Abs. 2 EUV) Schritt für Schritt entwickelte und ausbaute<sup>58</sup>.

### 3. Schlußfolgerungen

Diese Systematisierung umfaßt praktisch alle Fälle richterlicher Rechtsfortbildung durch den EuGH und erlaubt einen Blick auf die vom EuGH verwandten Argumentationstopoi, die – sofern sie vorhanden sind – seine jeweilige rechtsfortbildende Entscheidung stützen.

Im Schrifttum ist die Motivation der EuGH-Judikatur mit provokativem Unterton einmal anhand von drei Zielen zusammengefasst worden: Die Gemeinschaft stärken, die Wirksamkeit und den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts vergrößern sowie die Kompetenzen der EG-Institutionen erweitern.<sup>59</sup> In der Tat war es gerade in politischen „Krisenzeiten“ der Gemeinschaft der EuGH, der einem Stillstand der Integration entgegensteuerte. Als beispielsweise die positive Integration mittels Harmonisierung im Zuge von Entscheidungsblockaden im Ministerrat zu erlahmen begann, forcierte der EuGH die negative Integration, indem er die Grundfreiheiten, insbesondere diejenige des freien Warenverkehrs<sup>60</sup>, zu Beschränkungsverboten ausbaute.<sup>61</sup> Seine aktive Rolle beschränkte der Gerichtshof aber nicht auf das Gegensteuern zu politisch festgefahrenen Lagen, sondern er unterstützte auch dynamische Entwicklungen, wie etwa die gesetzgeberisch intensive Phase zur Vollendung des Binnenmarktes, in der das Francovich Urteil einen zusätzlichen Anreiz für die Mitgliedstaaten schuf, die Vielzahl von neu ergangenen Richtlinien auch tatsächlich fristgerecht umzusetzen. Auch die Urteile Van Gend & Loos und Costa/ENEL sind im Kontext einer dynamischen Aufbruchsstimmung zu sehen, auf deren „Welle“ der EuGH mit Gespür für die Notwendigkeiten die Grundfesten des Gemeinschaftsrechts aufbaute. Auf der anderen Seite konnte sich der EuGH aber auch zurückhalten, wenn die allgemeine politische

---

<sup>58</sup> Besonders deutlich zur Methode EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 14 ff.; im Überblick *Kingreen* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV- Kommentar, 2002, Art. 6 EUV, Rn. 32 ff.

<sup>59</sup> *Hartley*, *The Foundations of European Community Law*, 1998, S. 78.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 837; EuGH, Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649.

<sup>61</sup> *Craig/de Burca*, *EU-Law – Text, Cases, Materials*, 2003, S. 97.

Stimmung ungünstig erschien: Die Urteile Keck<sup>62</sup> und Faccini Dori<sup>63</sup> fallen z.B. in ein „Wellental“ nach der schwierigen Ratifizierung des Vertrags von Maastricht.<sup>64</sup> Anders als der Gerichtshof hatte Generalanwalt Lenz beispielsweise in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Faccini Dori<sup>65</sup> die Auffassung vertreten, dass „eine Anerkennung der allgemeinen Geltung von genauen und unbedingten Bestimmungen von Richtlinien im Wege der Rechtsfortbildung unter der Geltung des EG-Vertrages im Interesse einer einheitlichen und effizienten Anwendung des Gemeinschaftsrechts“ für die Zukunft notwendig erscheine.

Geschichtliche und politische Umstände können also durchaus mit aktiveren oder eher zurückhaltenderen Phasen der Rechtsprechung in Zusammenhang gebracht werden und damit eine Teilerklärung für Entwicklungen in der Rechtsprechung liefern. Zu welchem Zeitpunkt dann genau diese oder jene richterliche Rechtsfortbildung stattgefunden hat, ob sie beschleunigt oder abgemildert wurde, ist aber auch Ergebnis des Zufalls, mit dem Entscheidungen an den Gerichtshof herangetragen werden.

Die Entwicklung der Rechtsprechung darf aber nicht allein als Reaktion auf äußere Umstände verstanden werden. Vielmehr scheint sie auch einer gewissen inneren Logik zu gehorchen, in der Urteile aufeinander aufbauen und sich gegenseitig bedingen. Dabei verwendet der EuGH in seinen rechtsfortbildenden Entscheidungen immer wieder ähnliche Argumente. Er beruft sich häufig auf den Geist und das System der Verträge, oftmals stützt er seine Begründung auf Art. 10 EGV. Vor allem aber wird vom EuGH der *effet utile* ins Feld geführt. Die Erhöhung der Effektivität des Gemeinschaftsrechts ist ein Grundanliegen der richterlichen Rechtsfortbildung, das sich angesichts der Komplexität und Pluralität der Rechtsordnungen des Verfassungsverbundes wie ein roter Faden durch die Rechtsprechung zieht. So gelangen beispielsweise Richtlinien erst in einem für Vollzugsdefizite anfälligen zweistufigen Rechtssetzungsverfahren ihre Wirksamkeit: Erst muß die Richtlinie in das nationale Recht transformiert werden, dann erst kann sie im konkreten Einzelfall zur Anwendung gelangen.<sup>66</sup>

Zur Überwindung dieser dem Gemeinschaftsrecht inhärenten Schwächen hat der EuGH in den an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Bürgern einen „Verbündeten“ gefunden, den er im Rahmen seiner Rechtsprechung konsequent stärkt und systematisch aufbaut. Wegweisend war

---

<sup>62</sup> EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325.

<sup>64</sup> *Everling*, JZ 2000, 217 (224).

<sup>65</sup> Schlussanträge vom 9. Februar 1994, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 73 In Randnr. 57 hielt er ausdrücklich fest, dass eine Anerkennung der horizontalen Wirkung von Richtlinien einer Rechtsfortbildung gleich käme.

<sup>66</sup> *Calliess* (Fn. 29), Art. 175, Rn. 28.

insoweit die Begründung der Entscheidung Van Gend & Loos, in der der Einzelne als Rechtssubjekt der gemeinschaftlichen Rechtsordnung dargestellt wird. Der EuGH stärkt seine individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten mit dem Ziel, den Vollzug des Gemeinschaftsrechts mit der potentiellen Hilfe von Millionen an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Marktbürgern besser kontrollieren zu können. In der Entwicklung der Rechtsprechung ist dementsprechend eine Tendenz zu erkennen, Rechte von Bürgern anzuerkennen und ihnen dann Stück für Stück die Mittel zu gewähren, mit denen sie diese Rechte gegenüber den Mitgliedstaaten wirksam durchsetzen können. Beispielhaft sei insofern auf die Urteile Francovich, Brasserie du Pêcheur und Factortame I verwiesen, die die unmittelbare Wirkung bzw. Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht absichern.

Diese Verbindung von subjektiver Rechtsschutzfunktion und objektiver Wächterrolle<sup>67</sup> im Hinblick auf den Bürger findet sich in einer ganzen Reihe von innovativen EuGH-Entscheidungen, angefangen von Van Gend & Loos über Van Dyn und Marleasing bis hin zum Francovich-Urteil. Gerade hier kam der beschriebene Zusammenhang noch einmal klar zum Ausdruck: Zur Begründung der außervertraglichen Staatshaftung berief sich der Gerichtshof explizit auf seine Urteile Van Gend & Loos und Costa/ENEL,<sup>68</sup> jene zwei Grundsatzentscheidungen, mit denen der Beginn dieser Entwicklung eingeläutet wurde. Gleichzeitig stützte sich der EuGH in seiner Begründung auch auf Art. 10 EGV und bezog den Bürger in den Kreis der Treueberechtigten ein.<sup>69</sup> So gesehen gilt das Gebot der Gemeinschaftstreue nicht nur in Bezug auf die Gemeinschaft selbst, sondern wirkt sich auch im Dreieckverhältnis EG – Staat – Bürger aus.<sup>70</sup> Dieser Ansatz steht wiederum in Kontinuität zu dem, was bereits im Urteil Van Gend & Loos programmatisch festgehalten wurde: Weil die Gemeinschaft als Staaten- und Verfassungsverbund mehr als ein traditioneller Staatenzusammenschluß ist, nimmt sie über die Mitgliedstaaten hinweg auch deren Staatsbürger unmittelbar in Bezug. Deren Rechtsschutzinteresse wird zum Instrument, mit dem dem Gemeinschaftsrecht zur praktischen Wirksamkeit verholfen werden soll. Der *effet utile* und die Rechtsstellung der Bürger tauchen als Argumentationstopoi nicht zufällig in so vielen rechtsfortbildenden Entscheidungen des EuGH auf. Sie bilden zwei Argumentationslinien, die fast symbiotisch die richterliche Rechtsfortbildung im Gemeinschaftsrecht stützen.

---

<sup>67</sup> Pernice, EuR 1996, 27 (37).

<sup>68</sup> EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, I-5413, Rn. 31.

<sup>69</sup> EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, I-5414, Rn. 36.

<sup>70</sup> Ukrow (Fn. 3), S. 280; v. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, EU-Kommentar, 2002, Art. 10, Rn. 37.

### III. Zur Methode des EuGH

Das methodische Vorgehen des Gerichtshofes bei der Rechtsfortbildung ist, wie bereits ausgeführt wurde, durch einige Besonderheiten der europäischen Rechtsordnung geprägt. Gleichwohl korrespondieren die grundlegenden methodologischen Ansätze des EuGH weitgehend mit der Vorgehensweise in den Mitgliedstaaten.<sup>71</sup> Die richterliche Rechtsfortbildung bettet der EuGH in aller Regel in seine vorstehend bereits dargestellten Auslegungsmethoden ein, so dass man provokativ sogar fragen könnte, ob es – zumindest aus Sicht des Gerichtshofs – überhaupt eine europarechtliche Rechtsfortbildung gibt. Denn in der Praxis äußert sich der Gerichtshof in aller Regel nicht explizit dazu, ob eine konkrete Entscheidung rechtsfortbildenden Charakter aufweist<sup>72</sup> - so weit ersichtlich gibt es kein Urteil, in dem er explizit von Rechtsfortbildung spricht.

Im Rahmen des systematisch-teleologischen Interpretationsansatzes fragt der EuGH nach Sinn und Funktion der jeweiligen Bestimmung im Gemeinschaftssystem, darüber hinaus jedoch auch nach dem Telos der Gemeinschaft insgesamt aus der Perspektive der Union.<sup>73</sup> Dabei gehen die Grenzen zwischen teleologischer Auslegung und Rechtsfortbildung fließend ineinander über. Den wohl wichtigsten Ansatzpunkt stellt insoweit bereits seit den Anfängen der Gemeinschaft der Einleitungssatz der Präambel des EG-Vertrages dar, der den festen Willen der unterzeichnenden Staaten bekundet, „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen“. Im Zusammenwirken mit den anderen, konkreteren Absätzen der Präambel zum EG-Vertrag sowie nunmehr mit der Präambel des Unionsvertrages und weiterhin mit den Grundsatzartikeln des EGV, insbesondere den Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, kann die Präambel als Grundlage für die teleologische Ausrichtung der Rechtsprechung angesehen werden. In Anbetracht des Wandels der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse werden vom EuGH aber auch die allgemeinen politischen Zielvorstellungen, die der Europäische Rat gemäß Art. 4 EUV festlegt, berücksichtigt. Zwar können diese nicht zu

---

<sup>71</sup> Eine instruktive Übersicht zu den Grundbegriffen der Methodenlehre und deren Rolle im Gemeinschaftsrecht bietet *Ukrow* (Fn. 3), S. 109 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Hummer/Obwexer*, *EuZW* 1997, 295 (300), *Hillgruber*, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH in von Danwitz u.a. Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 39

<sup>73</sup> *Kutscher*, (Fn. 12), I-43; *Everling*, *JZ* 2000, 217 (223).

Abänderungen des Vertrages führen, sie können aber doch einen Beitrag zur Interpretation des für Auslegung und Rechtsfortbildung relevanten Telos leisten.<sup>74</sup>

Sofern eine Lücke im Rechtssystem des EGV unter Berücksichtigung des vorstehend beschriebenen dynamisch-evolutiven Interpretationsansatzes als planwidrige Unvollständigkeit zu qualifizieren ist, kann diese Lücke vom Gerichtshof im Wege der *Analogie* geschlossen werden. Auf diese von seiner Zuständigkeit umfasste Möglichkeit hat der Gerichtshof selbst in ständiger Rechtsprechung immer wieder ausdrücklich hingewiesen.<sup>75</sup> Damit ist der Bereich betreten, im Rahmen dessen der EuGH wohl auch nach seiner eigenen Auffassung am ehesten rechtsfortbildend tätig wird. Insoweit fällt freilich auf, dass die Lückenfüllung sowohl im Rahmen der vertikalen als auch im Rahmen der horizontalen Rechtsfortbildung vom EuGH insbesondere dort großzügig gehandhabt wird, wo es um die Stärkung der Gemeinschaft geht. Als Beispiel sei nochmals auf die richterliche Rechtsschutzerweiterung zugunsten des EP im Rahmen der Nichtigkeitsklage hingewiesen, die durch den Vertrag von Maastricht nachträglich sogar kodifiziert wurde und der die betont restriktive Rechtsprechung des EuGH im Rahmen der Individualklage nach Art. 230 Abs. 4 EGV gegenübersteht.<sup>76</sup>

Stößt die systematisch-teleologische Auslegung an Grenzen, so rekurriert der EuGH in einem nächsten Schritt auf die *rechtsvergleichende Interpretationsmethode*. Da den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die ja insbesondere über die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten definiert werden, gerade im Kontext der Rechtsfortbildung eine besondere Bedeutung zukommt, liegt es nahe, die Rechtsvergleichung zu nutzen, um in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Problemlösungen aufzufinden, die Anhaltspunkte dafür liefern, wie eine Lösung auf Gemeinschaftsebene gefunden werden kann. Da aber den einzelnen Rechtsordnungen nicht nur unterschiedliche Rechtskulturen und –traditionen, sondern auch unterschiedliche methodologische Prinzipien zugrunde liegen, ist vom Gerichtshof letztlich ein *wertendes* Element in den Prozess der Rechtsvergleichung aufzunehmen, in dessen Folge sich das Ergebnis der Prüfung in Ziele und Strukturen der Europäischen Gemeinschaft

---

<sup>74</sup> Everling, JZ 2000, 217 (223); Buck, Über die Auslegungsmethoden des EuGH, 1998, S. 233; Bleckmann, EuR 1979, 239 (242 ff.).

<sup>75</sup> EuGH, Rs. 64/74 (Reich/HZA Landau), Slg. 1975, 261, 268 f., Rn. 3; EuGH, Rs. 6/78 (Union Française de Céréales/HZA Hamburg-Jonas), Slg. 1978, 1675, 1684, Rn. 4; EuGH, Rs. 165/84 (Krohn/Balm), Slg. 1985, 3997, 4019, Rn. 14.

<sup>76</sup> Vergl. hierzu ausführlich, Calliess in NJW 2002, S. 3577 (3579)

einordnen lassen können muss.<sup>77</sup> Ein prominentes Beispiel für diese Methode stellt die vom EuGH mit Blick auf die aus den Verfassungstraditionen und Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Rechtsgrundsätze entwickelte Rechtsprechung zum *Grundrechtsschutz* dar.<sup>78</sup>

#### **IV. Zu den Grenzen der Rechtsfortbildung**

Die Befugnis des EuGH zur Rechtsfortbildung ist, wie bereits erwähnt, nicht unbegrenzt. Insbesondere ist zu betonen, dass eine richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH grundsätzlich erst dann in Betracht kommt, wenn Auslegung und Anwendung vor dem Hintergrund der vertraglichen Grundkonzeption der Gemeinschaft und deren Telos kein akzeptables Resultat zu liefern vermögen. Zieht der Gerichtshof eine rechtsfortbildende Entscheidung in Erwägung, so sollten für ihn die folgenden dogmatischen Leitlinien gelten, die er im Interesse der Transparenz offen legen sollte:

*Lückenfüllende Rechtsfortbildung* kann, sofern plan- und systemwidrige Unvollständigkeiten in der Gemeinschaftsrechtsordnung auftreten, nicht nur zulässig, sondern, wie gezeigt, sogar geboten sein. Das Hauptproblem bei der Methode der Lückenschließung durch richterliche Rechtsfortbildung liegt in der Feststellung der Lücke, die im Einzelfall durchaus nicht einfach zu ermitteln sein kann.<sup>79</sup> Ist eine Lücke beschrieben worden, so hat der Gerichtshof weiterhin die Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen nachvollziehbar darzulegen. Im Falle einer Rechtsfortbildung muss er also deutlich erhöhten Anforderungen an die Urteilsbegründung genügen. Ziel muss es sein, die Motivation für die Rechtsfortbildung nach außen hin transparent und nachvollziehbar darzulegen.<sup>80</sup>

*Gesetzesvertretendes Richterrecht* (Rechtsfortbildung *praeter legem*) kann nur im Ausnahmefall geschaffen werden. Eine verpflichtende Legitimation resultiert insoweit aus der generellen Justizgewährungspflicht des Gerichtshofes, die ein Rechtsverweigerungsverbot impliziert.<sup>81</sup> Zu beachten bleibt aber, dass eine Untätigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers für

---

<sup>77</sup> Ukrow (Fn. 3), S. 122, verweisend auf *Bleckmann*, Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte, in: Bauer et al (Hrsg.) *Europarecht – Energierecht – Wirtschaftsrecht*, Festschrift für Bodo Börner, 1992, S. 30 ff.

<sup>78</sup> *Wegener* (Fn. 1), Art. 220, Rn. 15; *Huber* (Fn. 21), Art. 220, Rn. 13.

<sup>79</sup> *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733 (737).

<sup>80</sup> Vgl. *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733 (737).

<sup>81</sup> Auch in diesem Zusammenhang kann die Entwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes als Beispiel genannt werden.

sich allein dem Gerichtshof noch keine Zuständigkeit vermittelt. Vielmehr muss eine gewisse *Dringlichkeit* hinzutreten.<sup>82</sup>

*Nicht zulässig* ist demgegenüber die Schaffung von Richterrecht, das gesetzeskorrigierend wirkt. Richterrecht ist, entsprechend der rechtsstaatlichen Rechts- und Gesetzesbindung der Richter, die als Korrelat zur richterlichen Unabhängigkeit anzusehen ist, an zumindest objektivierbare Rechtsgrundlagen gebunden. Demnach dürfen keine Entscheidungen *contra legem* gefällt werden. Diese Grenze betrifft insbesondere Lücken, die der Gesetzgeber bewusst bestehen ließ – etwa, wie dies im Gemeinschaftskontext häufig der Fall ist, um sich eine spätere Regelung vorzubehalten – (sog. planmäßige Lücken).<sup>83</sup> Mit mancher Entscheidung ist der EuGH bis an diese Grenze vorgestoßen und hat sie dabei auch überschritten. Auch wenn man um diese Überschreitungen jeweils im Einzelfall trefflich streiten kann, so geben doch die Barber-Entscheidung<sup>84</sup> oder in jüngster Zeit die Grzelczyk-Entscheidung<sup>85</sup> des EuGH zu diesbezüglichen Überlegungen Anlass<sup>86</sup>: Im Barber-Fall korrigierten die Mitgliedstaaten durch das sog. Barber-Protokoll explizit die Rechtsprechung des EuGH<sup>87</sup>, am Grzelczyk-Fall, in dem der EuGH einem Studenten entgegen der sog. Studentenrichtlinie, gestützt auf Art. 12 EGV i.V.m. der Unionsbürgerschaft gem. Art. 18 EGV für eine Übergangszeit Sozialhilfe gewährte, ist vielfältige Kritik geäußert worden. Der Fall mag überdies die Mitgliedstaaten in Nizza zur Ergänzung des Art. 18 EGV um einen Absatz 3 angeregt haben, demzufolge Bestimmungen über die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz nicht auf der Grundlage von Art. 18 Abs. 2 EGV erlassen werden können. Hierin ist der Versuch zu sehen, die vom EuGH entwickelte Verbindung zwischen Unionsbürgerschaft und Zugang zu sozialen Vergünstigungen zu trennen.<sup>88</sup>

In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Korrektur von Richterrecht durch den Gesetzgeber im Gemeinschaftskontext generell nicht so leicht möglich ist wie im mitgliedstaatlichen Kontext.<sup>89</sup> Zum einen existiert kein dem EuGH übergeordnetes Gericht, das *contra legem* gebildetes Recht kassieren könnte. Zum anderen kommt im

---

<sup>82</sup> Vgl. *Stein* (Fn. 24) 619 (629); *Karl*, RIW 1992, 440 (444 f.); *Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 19.

<sup>83</sup> *Ossenbühl* (Fn. 82), S. 18; *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733 (737).

<sup>84</sup> EuGH, Rs. C-262/88 (Barber), Slg. 1990, I-1889.

<sup>85</sup> EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

<sup>86</sup> *Hillgruber*, (Fn. 72), S. 39 führt als Beispiel einer kompetenzerweiternden Rechtsfortbildung auch die ERASMUS-Entscheidung (Rs. 242/87, Slg. 1989, S. 1425) des Gerichtshofs an.

<sup>87</sup> Dazu *Ukrow* (Fn. 3), S. 184 f.

<sup>88</sup> Ausführlich *Martinez Soria*, JZ 2002, S. 643 ff.

<sup>89</sup> Vgl. dazu auch *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295 (300).

Gemeinschaftskontext auch eine Nichtanwendung (*desuetudo*) wie sie das Völkerrecht kennt, von Rechts wegen nicht in Frage. Da auch Richterrecht den *acquis communautaire* wesentlich mitbestimmt, scheinen allenfalls kleinere Änderungen möglich. Wie schwierig schon das ist, hat die Debatte um das erwähnte Barber-Urteil des EuGH und das darauf reagierende, dem Vertrag von Maastricht beigefügte Barber-Protokoll gezeigt. Erheblicher schwieriger dürfte es aber z.B. sein, die durch Richterrecht etablierte unmittelbare Anwendbarkeit von Normen des Gemeinschaftsrechts im Wege des Vertragsänderungsverfahrens aufzuheben.<sup>90</sup> Insoweit kommt hinzu, dass die Kommission sich in ihren Initiativen (auch kurzfristig) an der Rechtsprechung des Gerichtshofes orientiert<sup>91</sup>, was eine Korrektur des einmal gebildeten Richterrechts durch den Gemeinschaftsgesetzgeber zusätzlich erschwert.<sup>92</sup>

Eine absolute, freilich sehr schwer zu definierende Grenze jedes Richterrechts ist der Bereich der *politischen Gestaltung*, der nach dem Wortlaut des Art. 220 EGV sowie der im institutionellen Gleichgewicht zum Ausdruck kommenden Funktionenteilung den Legislativorganen der Gemeinschaft übertragen ist. Vorliegend kann dieser Frage freilich nicht umfassend nachgegangen werden.<sup>93</sup>

Insofern muss die Feststellung genügen, dass einerseits darüber Einigkeit besteht, dass die Grenze legitimer richterlicher Rechtsbildung dort verläuft, wo es um Politik und Sozialgestaltung geht.<sup>94</sup> In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, daß im modernen Industriestaat staatliches Handeln mitunter einen hohen Grad an Komplexität aufweist und in der Folge vom Gesetzgeber nicht in der traditionellen Form von Tatbestand und Rechtsfolge gedanklich vollkommen vorweggenommen werden kann. Zur Wahrung der Flexibilität werden daher Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe sowie Prinzipien- und Abwägungsformeln erforderlich.<sup>95</sup> Mithin besteht zwischen der Bestimmtheit eines anzuwendenden Rechtssatzes und der Rechtsfortbildungskompetenz des Richters eine deutliche Beziehung<sup>96</sup>, in deren Konsequenz unbestimmte Rechtsbegriffe eine Delegationsentscheidung an die Judikative mit der Aufgabe richterlicher Kontrolle enthalten.

---

<sup>90</sup> Stein (Fn. 24), 619 (637 f.).

<sup>91</sup> Ein schönes Beispiel dafür ist die erwähnte Grzelczyk-Entscheidung; vgl. *Martinez Soria*, JZ 2002, 643 (651).

<sup>92</sup> Stein (Fn. 24), 619 (638) m.w.N.

<sup>93</sup> Grundsätzlich für den EuGH Ukrow (Fn. 3), S. 152 ff.

<sup>94</sup> Vgl. *Ipsen* (Fn. 27), S. 34 ff., der ausführlich auf die Literatur zu diesem Thema eingeht.

<sup>95</sup> Ausführlich *Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: Grimm, Staatsaufgaben, 1994, S. 613 ff.

<sup>96</sup> Vgl. *Ipsen* (Fn. 27), S. 64.

Nicht von ungefähr ist in Europa allgemein anerkannt, dass die Konkretisierung unbestimmter Begriffe und Generalklauseln von jeher eine Aufgabe gewesen ist, die der Rechtsprechung zukam und von dieser wahrgenommen wurde.<sup>97</sup> Nach Ansicht des BVerfG<sup>98</sup> kann es die Aufgabe der Rechtsprechung sogar erfordern, *„Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den geschriebenen Texten nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenshafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muss sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muss auf rationaler Argumentation beruhen.“*

Dementsprechend hat das BVerfG auch die Befugnis des EuGH zur richterlichen Rechtsfortbildung anerkannt<sup>99</sup>. Unter Hinweis auf die jahrhundertlange gemeineuropäische Rechtsüberlieferung und Rechtskultur akzeptierte es mit den Worten „[d]er Richter war in Europa niemals lediglich 'la bouche qui prononce les paroles de la loi'“ die Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung allgemein und im konkreten Falle.<sup>100</sup> Auch die in diesem Zusammenhang oft zitierte *Maastricht-Entscheidung*<sup>101</sup> ändert hieran nichts, das „Ob“ der Zulässigkeit blieb durch sie unberührt.<sup>102</sup>

Allerdings hat das BVerfG vor einer exzessiven Wahrnehmung rechtsschöpferischer Kompetenzen gewarnt und damit die Frage der Modalitäten der Ausübung der Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH, des „Wie“, thematisiert. Das BVerfG betont insoweit die im EU-Vertrag getroffene Unterscheidung zwischen Wahrnehmung begrenzt eingeräumter Hoheitsbefugnis (Art. 5 Abs. 1 EGV) und Vertragsänderung (Art. 48 EUV) und folgert, dass die Auslegung von Kompetenznormen durch Organe der Gemeinschaft in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragsänderung gleichkommen darf. So richtig dieser die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH begrenzende Ansatz ist, so problematisch ist die vom BVerfG daran geknüpfte Konsequenz, wonach eine solche Kompetenzüberschreitung für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten soll.<sup>103</sup> Gerade diese Konsequenz des BVerfG wurde ganz überwiegend zu Recht kritisch aufgenommen, da sie nicht nur die Wirksamkeit

---

<sup>97</sup> *Pernice*, EuR 1996, 27 (33 ff.); *Everling*, JZ 2000, 217 (220) m.w.N.

<sup>98</sup> BVerfGE 34, 269 (289 ff.).

<sup>99</sup> BVerfGE 75, 223 (insb. 243 f.).

<sup>100</sup> BVerfGE 75, 223 (243).

<sup>101</sup> BVerfGE 89, 155.

<sup>102</sup> Vgl. *Ukrow* (Fn. 3), S. 97.

<sup>103</sup> BVerfGE 89, 155 (210).

des Integrationsansatzes aus EUV und EGV deutlich einschränkt<sup>104</sup>, sondern auch die diesbezügliche Letztentscheidungskompetenz in eine für die Einheit des Gemeinschaftsrechts gefährliche Grauzone überführt. Das insoweit vom BVerfG bemühte Kooperationsverhältnis mit dem EuGH<sup>105</sup> stellt sich in diesem Zusammenhang eher als Euphemismus für die Inanspruchnahme einer Kontrollkompetenz für das Wohlverhalten des EuGH dar.<sup>106</sup>

Gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, daß jedem Akt vertikaler Rechtsfortbildung (oder bereits extensiver Interpretation) auf der Gemeinschaftsebene die Möglichkeit der Einschränkung mitgliedstaatlicher Befugnisse innewohnt<sup>107</sup>, scheint sich der Gerichtshof durchaus bewußt zu sein, dass seine rechtsfortbildende (und insbesondere rechtsschöpfende) Rechtsprechung nicht nur der Akzeptanz der anderen Gemeinschaftsorgane, sondern auch der Annahme in den Mitgliedstaaten bedarf.<sup>108</sup> Insoweit ist der EuGH, wie im Schrifttum nachgewiesen wurde, sensibler, als manchmal vermutet wird.<sup>109</sup> Trotz teilweise äußerst weitreichender Rechtsfortbildung in manchen der vorstehend dargestellten Entscheidungen des EuGH, die zwar mitunter heftige Kritik in der Wissenschaft nach sich zogen und manchmal Widerspruch der mitgliedstaatlichen Höchstgerichte provozierten, hat sich im Laufe der Zeit jedoch eine bemerkenswerte Akzeptanz für die Judikatur des EuGH entwickelt, mag diese auch oftmals von faktischen Praktikabilitätsabwägungen getragen sein.<sup>110</sup> Allgemein akzeptiert ist insbesondere, dass die Rechtsschutzfunktion des EuGH notwendigerweise auch die richterliche Fortbildung des Rechts umfasst.<sup>111</sup> Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen freilich im Umfang der Auseinandersetzung mit diesem Fragenkreis - so erfährt die Rechtsfortbildung des EuGH in vielen Mitgliedstaaten gar nicht die Aufmerksamkeit, die sie beispielsweise in Deutschland erheischt.

---

<sup>104</sup> Im einzelnen *Everling*, JZ 2000, 217 (225); ähnlich *Ukrow* (Fn. 3), S. 98 f. m.w.N.

<sup>105</sup> BVerfGE 89, 155 (175, 178).

<sup>106</sup> *Pernice*, EuR 1996, 27 (35) m.w.N. auf die durchwegs kritische Rezeption der Entscheidung in der Literatur. Vgl. dazu auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band II, Europarecht, 2003, S.285

<sup>107</sup> Ähnlich *Everling*, JZ 2000, 217 (225).

<sup>108</sup> *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295 (300), die ihrerseits auf die Tatsache verweisen, dass sich bislang keines der "politischen" Gemeinschaftsorgane je über eine ihre Zuständigkeit beschränkende richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH beschwert hätten.

<sup>109</sup> *Everling*, JZ 2000, 217 (226 f.); *Borchardt*, Richterrecht durch den EuGH, in: Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 41.

<sup>110</sup> Vgl. *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295 (301), die zum einen die enorme Durchdringung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch zahlreiche für die Mitgliedstaaten bindenden Vorabentscheidungen als Grund für diese sich schrittweise entwickelnde Akzeptanz nennen und zum anderen die tatsächliche Befolgung der in Vertragsverletzungsverfahren ergangenen Urteile durch die betroffenen Mitgliedstaaten als Akzeptanz-Indikator anführen.

<sup>111</sup> So für Deutschland statt vieler *Pernice*, EuR 1996, 27 (35).

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass richterliche Rechtsfortbildung im europäischen Kontext nur unter den folgenden *Voraussetzungen* für zulässig erachtet werden kann: Es muss sich um die Schließung echter, d.h. sowohl plan- als auch objektiv systemwidriger Lücken der Gemeinschaftsrechtsordnung handeln, wobei die Lückenfüllung weder durch den primärrechtlichen (Verfassungs-) Gesetzgeber (also die Mitgliedstaaten), noch durch die zur Setzung von Sekundärrecht berufenen Gemeinschaftsorgane in angemessener Zeit zu erwarten ist. Außerdem dürfen keine rechtlichen Alternativen zur Lückenfüllung existieren. Die rechtsfortbildende Entscheidung ist vom Gerichtshof im Hinblick auf die relevanten Rechts- und Rechtserkenntnisquellen nachvollziehbar darzulegen und besonders zu begründen.<sup>112</sup> Hieran mangelt es allerdings oftmals. Eine transparente Methode hat der Gerichtshof, der sich insoweit stark am französischen Recht, das die Rechtsfortbildung im Bereich der Auslegung und Anwendung ansiedelt, bislang nicht zu bieten.<sup>113</sup> Das macht die Bestimmung der Grenzen europäischer Rechtsfortbildung entsprechend schwerer.

Gleichzeitig ist aber immer auch zu berücksichtigen, dass sich eine undifferenzierte Übertragung von mitgliedstaatlichen Auslegungsgrundsätzen und Rechtsfortbildungskompetenzen verbietet.<sup>114</sup> Insoweit ist immer auch dem besonderen Charakter der Gemeinschaftsrechtsordnung als eigener Verfassungsordnung, die sich von jenen der Mitgliedstaaten durch ihren dynamischen Charakter unterscheidet, Rechnung zu tragen. Während die Verfassungen der Mitgliedstaaten auf Festigkeit und Bestandskräftigkeit ausgelegt sind, trägt die Gemeinschaftsverfassung, wie gezeigt wurde, dem dynamisch-evolutiven Integrationsansatz folgend, den Charakter einer „Wandelverfassung“<sup>115</sup>, die strukturell wesentlich stärker rechtsfortbildungsorientiert ist als nationale Verfassungen.<sup>116</sup>

## **V. Ausblick: Die Zukunft der richterlichen Rechtsfortbildung im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund**

### **1. Die Aufgabe: Bewältigung von Komplexität in zweifacher Hinsicht**

---

<sup>112</sup> In der Praxis scheint der Gerichtshof sich allerdings vielfach nicht einmal darüber zu äußern, ob eine konkrete Entscheidung rechtsfortbildenden Charakter aufweist; vgl. *Hummer/Obwexer*, EuZW 1997, 295 (300). Eine Weiterentwicklung der Begründungskultur des EuGH fordern auch *Müller/Christensen* (Fn.106), S. 435

<sup>113</sup> Vgl. auch *Müller/Christensen* (Fn.106), S. 147

<sup>114</sup> EuGH, Rs. 44/79 (Hauer), Slg. 1979, 3727, 3744, Rn. 14 unter Hinweis auf EuGH Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125, 1135, Rn. 3; *Kutscher*, (Fn. 12), I-17; *Ukrow* (Fn. 3), S. 155 m.w.N.

<sup>115</sup> Zum Begriff *Ipsen*, EuR 1987, 195 (213).

<sup>116</sup> *Ukrow*, (Fn. 3), S. 155 m.w.N.

## a) Richterrecht in der modernen Gesellschaft

Im Zentrum der traditionellen Methodenlehre steht das sog. Subsumtionsmodell, das an die Regelung durch den Gesetzgeber (Kodifikation) anknüpft und dem Richter die Aufgabe der Normanwendung zuweist, die er im Falle eines unklaren Normtextes durch Auslegung vorbereitet.<sup>117</sup> Mit Blick auf den beschleunigten Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und die begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers, stößt das Subsumtionsmodell allerdings heute an seine Grenzen.<sup>118</sup> Wie vorstehend bereits erwähnt, wählt der Gesetzgeber aus diesem Grunde häufig bewußt offene bzw. unbestimmte Regelungen oder er schafft unter Zeitdruck Normen, denen die juristische Konsistenz und Kohärenz fehlt.<sup>119</sup> Diese Einsicht gilt insbesondere auch für die EU, in der die kulturell bedingte Vielfalt des Rechts Formelkompromisse in besonderer Weise begünstigt, nicht zuletzt weil politische Kompromisse im Ministerrat manchmal erst in letzter Minute in Nachtsitzungen gefunden werden. Vor diesem Hintergrund löst sich das vom Gesetzgeber gesetzte Recht ein Stück weit vom klassischen Kodifikationsgedanken und räumt damit nicht zuletzt der Judikative über unbestimmte Rechtsbegriffe mitunter erhebliche Entscheidungsspielräume ein.

Richterrecht mittels Interpretation und Rechtsfortbildung wird damit immer bedeutsamer.<sup>120</sup> Mit anderen Worten kann Richterrecht im Verhältnis zur Gesetzgebung daher heute weder quantitativ noch qualitativ als Regel-Ausnahmebeziehung verstanden werden.

## b) Richterrecht in der Rechtsvielfalt

Die vorstehend konstatierten Einsichten gelten in noch stärkerem Maße für das Recht der EU: Angesichts der vielfältigen unterschiedlichen nationalen Interessen sowie des Zwangs zur Einigung bzw. Mehrheitsfindung handelt es sich beim Unionsrecht um eine Rechtsordnung, in der jede Kodifikation mit besonderen Herausforderungen verbunden ist. Gerade die auf Kompromissfindung angewiesene Entscheidungsfindung in Europa bedarf daher der unbestimmten Rechtsbegriffe und Formelkompromisse, die immer wieder politische Entscheidungslücken übertünchen und deren Füllung mehr oder weniger bewusst auf die Judikative delegieren. Demgemäß ist die richterliche Interpretation und Rechtsfortbildung in

---

<sup>117</sup> Vgl. *Strauch*, KritV 2002, 311 (312).

<sup>118</sup> Dazu *Calliess, G.*, Prozedurales Recht, 1999, S. 49 ff.

<sup>119</sup> *Strauch*, KritV 2002, 311 (313).

<sup>120</sup> Kritisch *Calliess, G.* (Fn. 118), S. 60 ff.

einer Rechtsordnung, die auf Rechtsvielfalt basiert, praktisch unabdingbar.<sup>121</sup> Dies gilt um so mehr als die Gründungsverträge bis zur Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) Mitte der achtziger Jahre nicht reformiert werden konnten, weil die Integration stagnierte. Die lange Phase der politischen Stagnation wurde in vielen Fällen vom EuGH kompensiert, der sich mit bahnbrechenden Entscheidungen zunehmend als „Motor der Integration“ betätigte. Freilich im Sinne einer Integration, die darauf basierte, das Gemeinschaftsrecht konsequent gegenüber den Mitgliedstaaten zu stärken. Ganz deutlich wird das an den rechtsfortbildenden Urteilen, mit denen die Anwendung des Gemeinschaftsrechts abgesichert wurde, sei es bei der Umsetzung von Richtlinien oder bei der Verwirklichung des Binnenmarktes über die als Beschränkungsverbote interpretierten Grundfreiheiten (sog. negative Integration).<sup>122</sup>

## 2. Die Antwort: Kohärente Rechtsfortbildung (Rechtsvergleich, Systemadäquanz, Transparenz)

Ohne Frage kommt dem EuGH eine aus Art. 220 EGV fließende Kompetenz zur Bildung von Richterrecht und damit auch zur Rechtsfortbildung zu, die vorstehenden Ausführungen haben dies hinreichend belegt. Gleichwohl hat sich die Rolle des EuGH mit fortschreitender Integration verändert.<sup>123</sup> Mit dem verstärkten Übergang zum Mehrheitsprinzip und der mit den Verträgen von Maastricht, Amsterdam und Nizza erfolgten Ausdehnung gemeinschaftlicher Zuständigkeiten, ist die Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, wie sie insbesondere im Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EGV zum Ausdruck kommt<sup>124</sup>, zu einem der sensibelsten Bereiche der EU - nicht zuletzt aufgrund der öffentlichen Meinung in den Mitgliedstaaten - geworden. Der EuGH ist in der Folge gezwungen, in einem Konfliktfeld kontroverser Diskussionen und verschiedener politischer Interessen Entscheidungen über Kompetenzfragen zu treffen.<sup>125</sup> Entsprechend fragil ist in diesem Umfeld das Verhältnis der EU zu ihren Mitgliedstaaten ausgestaltet und entsprechend sensibler ist die Kompetenzfrage zu handhaben, wenn nicht der Integrationserfolg, und damit die EU selbst, in Frage gestellt werden soll.<sup>126</sup> Würde der EuGH diese Entwicklung ignorieren, bestünde die Gefahr, dass er

---

<sup>121</sup> *Borchardt* (Fn. 21), Rn. 285.

<sup>122</sup> *Craig/de Burca*, (Fn. 61), S. 97.

<sup>123</sup> Vgl. hierzu *Weiler*, J.C.M.S. 1993, 427 (434 ff.).

<sup>124</sup> Dazu *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 1999, S. 65 ff.

<sup>125</sup> Vgl. *Weiler*, J.C.M.S. 1993, 427 (438).

<sup>126</sup> Ähnlich jetzt auch *Wolf-Niedermaier*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Recht und Politik: Der Einfluss des EuGH auf die föderale Machtbalance zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren

seine Glaubwürdigkeit als Garant der Rechtsgemeinschaft verliert und damit den Weg für eine Entwicklung ebnet, in der die nationalen Verfassungsgerichte – wie es das BVerfG bereits in seinem Maastricht-Urteil andeutete – diese Aufgabe an sich zögen. Damit aber wäre der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wie auch die verfassungsrechtliche Architektur der EU/EG in Gefahr.<sup>127</sup>

Daher muss der EuGH seine Rolle als „Motor der Integration“ überdenken<sup>128</sup> und im Rahmen des Richterrechts verstärkt in einen Dialog, wie er für den Staaten- und Verfassungsverbund kennzeichnend ist, mit den mitgliedstaatlichen Gerichten treten. Das „europäische Prozeßrecht“<sup>129</sup> sieht insoweit vielfältige Möglichkeiten vor, eine zentrale Rolle spielt dabei das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV.<sup>130</sup>

Der erforderliche Dialog kann aber nur funktionieren, wenn er einer Methode entspringt, die die Begründung in den Mittelpunkt stellt. Die Begründung aber erfordert wiederum eine Methodik, die auf Transparenz, Systemadäquanz und Rechtsvergleich beruht und auf diese Weise ein kohärentes Richterrecht<sup>131</sup> ermöglicht. Die bedeutet im einzelnen:

- Der EuGH muss auf Transparenz verpflichtet sein: Er hat seine Methodik offen zu legen und dabei seine juristische Argumentationstechnik zu konkretisieren. Wichtig ist überdies, dass jede rechtsfortbildende Entscheidung besonders umfassend begründet wird. Dabei sollte der EuGH im Rahmen eines topischen Interpretationsansatzes durchaus auch seine oben dargestellten, integrationspolitischen „Standardargumente“ einbringen dürfen. Sie müssen eben nur benannt und erklärt werden, um jenen dialogischen Prozess zu ermöglichen.

- Der EuGH muss auf Systemadäquanz verpflichtet sein: Insoweit geht es darum, dass der Gerichtshof eine schlüssige und nachvollziehbare Dogmatik entwickelt, insbesondere in den

---

Mitgliedstaaten, 1997, insbesondere S. 266 ff.; mit Blick auf die Praxis eher skeptisch *Simm*, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt, 1998, S. 155.

<sup>127</sup> *Weiler*, J.C.M.S. 1993, 427 (438).

<sup>128</sup> Ein Hinweis darauf, dass der EuGH bereits dabei ist, seine Rolle zu überdenken, könnte einem Interview entnommen werden, das der neue Präsident des EuGH, Prof. Skouris, am 14. Januar diesen Jahres der FAZ aus Anlaß der am Gerichtshof anhängigen Rechtssache zum Stabilitätspakt (C-27/04, Urteil vom 13.07.2004) gab. Er äußerte sich dahingehend, dass er mit der Betrachtung des EuGH als Motor der Integration nicht einverstanden sei, da der Gerichtshof auf der Grundlage des Rechts entscheide und in diesem Sinne gar kein Motor sein könne.

<sup>129</sup> Dazu *Lipp*, NJW 2001, 2657 ff.

<sup>130</sup> Zu diesem Dialog *Pernice*, EuR 1996, 27 (38 ff.), der treffend von „Richterrecht als kommunikativen Prozess“ spricht; ähnlich auch *Strauch*, KritV 2002, 311 (323), der insoweit auf die Bedeutung des Instanzenzuges und von Plenumsentscheidungen hinweist.

<sup>131</sup> Zum Begriff *Strauch*, KritV 2002, 311 (320 ff.).

Bereichen, in denen er rechtsfortbildend tätig wird. Dies ist ihm mit Blick auf die unmittelbare Wirkung von Richtlinien gelungen. Gleiches kann aber z.B. für die Grundfreiheiten nicht behauptet werden, wenn z.B. im Fall *Brasserie du Pêcheur* eine Staatshaftung trotz unmittelbarer Anwendbarkeit begründet wurde.

- Der EuGH ist zum Rechtsvergleich verpflichtet: Im europäischen Verfassungsverbund ist die Rechtsvergleichung besonders wichtig und zwar gerade dann, wenn es um das Füllen von Lücken im Gemeinschaftsrecht geht. Die vom EuGH in vielen Fällen zum Ansatz gebrachten allgemeinen Rechtsgrundsätze weisen insoweit den richtigen Weg. Freilich wäre in diesem Zusammenhang eine genauere Rechtsvergleichung, die Parallelen und Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Regelungen transparent herausarbeitet, wünschenswert. Insoweit ist aber auch die Wissenschaft gefordert, die hierfür wertvolle Vorarbeiten leisten kann.

Auf diese Weise könnte auf europäischer Ebene ein Beitrag dazu geleistet werden, die beschriebene Gratwanderung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, die im Richterrecht bzw. in der richterlichen Rechtsfortbildung zum Ausdruck kommt, zu bewältigen. Im europäischen Verfassungsverbund ist es von besonderer Bedeutung, dass das sensible Kompetenzgefüge sowohl vertikal als auch horizontal im (institutionellen) Gleichgewicht gehalten wird. Insoweit ist der EuGH auch mit Blick auf seine eigene Funktion verstärkt gefordert: Er muss im Rahmen seiner in Art. 220 EGV beschriebenen Aufgabe, die Wahrung des Rechts, darauf achten, dass die Rechtswahrung nicht in von rechtspolitischen Erwägungen geleitete Rechtsgestaltung umschlägt.