

Nr. 199

Udo di Fabio

Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa

2012

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 199

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Udo di Fabio

Professor an der Universität Bonn

Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa

Referate im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 06. Februar 2012

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

I.

Der Begriff der Rechtsfortbildung ist schillernd. In den Ohren eines strengen Methodikers klingt er jedenfalls besser als das was er bezeichnet. Für den Kritiker kaschiert die Formulierung der "Fortbildung" im Grunde nur verbotene Rechtsschöpfung durch den Richter jenseits der methodisch erlaubten Auslegung. Selbst Horowitz hätten wir die kompositorische Fortbildung einer Sonate Chopins nicht erlaubt, es würde das Mandat des Interpreten übersteigen.¹ Im klassischen Methodenverständnis ist der Richter eben nur zur Auslegung des Gesetzes berufen, nicht zur Gesetzgebung, die Analogie macht schon deshalb Probleme². Richter dürfen das Recht also nicht fortbilden im Sinne einer Abänderung, sondern sie sind darauf beschränkt, den Sinn des Gesetzes entfalten, sei es auch ein tieferer, nicht an der Oberfläche sofort sichtbarer Sinn³. Verfassungsrechtlich zulässige Rechtsfortbildung kann also nur bei der Auslegung gleichsam als Nebenprodukt entstehen.⁴ Besonders deutlich wird die Grenze bei der Analogie aus Anlass gebotener Füllung einer erkennbaren, aber planwidrigen Regelungslücke⁵.

¹ Anders deutet Hirsch dieses Bild, wenn er die Virtuosität des Pianisten betont, Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, 161.

² Canaris, Methodenlehre, S.366ff.

³ Siehe im Einzelnen: Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S.40ff.

⁴ Der Europäische Gerichtshof selbst bezeichnet seine Rechtsfindung nicht als Rechtsfortbildung, sondern als Auslegung (*interprétation*), die insoweit keinen Unterschied kennt, Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011, S.1, Schulze/Seif, Einführung, in: Schulze (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft, 2003, S. 1 (3 f.) mit Rechtsprechungsnachweisen.

⁵ Die Regelungslücke ist der Grund und die Grenze für die Analogie, die – sofern ihre Voraussetzungen gegeben sind – legitime Rechtsfortbildung bedeutet, siehe dazu Carsten Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 13 sowie Martin Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, 2009, S. 37 ff.

Die Frage, um die es bei der Rechtsfortbildung verfassungsrechtlich geht, ist eine der Gewaltenteilung⁶, damit aber zugleich der Möglichkeit personaler Freiheit gegenüber den imposanten Mächten des Politischen, unter Einschluss einer unter Machteinfluss stehenden politischen Moral. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist der Richter an Gesetz und Recht gebunden, wobei ihm hier der Bezug auf das „Recht“ jenseits der Radbruchschen Formel⁷ kein Mandat zur Gesetzeskorrektur erteilt.⁸ Den Richtern wird die Unabhängigkeit im System der Staatsorganisation nur geschenkt, weil und solange sie abhängig vom Gesetz sind⁹. Das Gesetz wiederum ist konzeptionell die freiheitsschonende und demokratische Herrschaftsform:

⁶ Vgl. nur Bettermann, Die rechtsprechende Gewalt, in Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR Bd. III, 2. Auflage, § 73, der die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsprechung als eine der „Essentialien der Gewaltenteilungs-Doktrin“ bezeichnet (Rn 27); die Verletzung der Gewaltenteilung rügte auch bereits der Beschwerdeführer in der Rechtssache Soraya, der ersten Entscheidung des BVerfG zur Rechtsfortbildung, BVerfGE 34, 269 (278).

⁷ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 ff.; siehe dazu auch im Lichte des DDR-Unrechts Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, 81 ff.

Zur Anwendung der Formel: BVerfGE 23, 98; 95, 96; kritisch zur Anwendung durch Fachgerichte unter Verweis auf die Möglichkeit der Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG: Konrad Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 219 f.

⁸ Zur Bindung des Richters an das Gesetz BVerfGE 87, 273 (280): „Das Bundesverfassungsgericht greift erst ein, wenn sich ein Richterspruch über die aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Gesetzesbindung hinwegsetzt. Das ist der Fall, wenn die vom Gericht zur Begründung seiner Entscheidung angestellten Erwägungen eindeutig erkennen lassen, daß es sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben hat, also objektiv nicht bereit war, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen. So verhält es sich beispielsweise im Fall der unzulässigen Rechtsfortbildung (BVerfGE 34, 269 [287, 291]; 56, 99 [107 ff.]; 61, 68 [72 f.]; 65, 182 [190 ff.]; 69, 315 [371 f.]; 82, 6 [11 ff.]).“

⁹ Diese Einsicht positiviert etwa auch Art. 97 Abs. 1 GG.

„government of laws not of men“ so Art. 30 der Verfassung von Massachusetts aus dem Jahr 1776¹⁰.

Reflektiert man rechtstheoretisch den Sinn der Gesetzesbindung des Richters, so ist neben allem anderen im Verbot der Erstentscheidung auch ein Schutz des Rechtssystems vor unbekömmlicher Politisierung eingebaut: Denn wer rechtsschöpfend tätig wird, wechselt – auch wenn er sich an seinem Richterstuhl gut festhält – unmerklich das System: Er wandelt sich von einem Zweitentscheider, der vom politischen System legitimiert ist¹¹, zu einem Erstentscheider, der auf eigene Rechnung arbeitet, also selbst politisch begründungs- und diskussionsbedürftig wird.

II.

Im Januar 2009, noch vor Verkündung des Urteils zum Lissabon-Vertrag, hatte es der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit einem Fall¹² zu tun, der die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zum Gegenstand hatte und der noch gänzlich auf einer nationalstaatlichen Fläche spielte, die kaum von Fußspuren der

¹⁰ Zum freiheitsschonenden Formprinzip der Allgemeinheit des Gesetzes: Gregor Kirchhof, *Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, insbesondere S. 136 ff.

¹¹ Zur strukturellen Kopplung von politischem und rechtlichem System im Sinne einer sich stützenden Verhakung: Roellecke, *Beobachtung der Verfassungstheorie*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 2 Rdnr. 14; ferner zur Politisierung des Rechts bzw. Verrechtlichung der Politik Luhmann, *Politische Verfassung im Kontext des Gesellschaftssystems*, *Der Staat* (12) 1973, S. 1ff. und 165ff., Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorisches Journal* (9) 1990, S. 176ff., Grimm, *The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world*, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, 2010, S. 3ff. (9 ff.), Preuß, *Der Begriff der Verfassung und seine Beziehung zur Politik*, in: ders. (Hg.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, 1994, 7ff. (11ff.); Möllers, *Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung*, in Bogdandy (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S.227 (229ff.).

¹² BVerfGE 122, 248.

Europäisierung berührt war. Es ging um die Auslegung des § 274 StPO. Die Vorschrift lautet:

„Die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.“

Wenn im Protokoll der Hauptverhandlung die Verlesung der Anklageschrift nicht erwähnt wird, weil der Protokollbeamte und der Tatrichter die Erwähnung des Geschehenen vergessen haben, also zwar die Verlesung nach der sicheren Erinnerung fast aller Beteiligten tatsächlich stattgefunden hat, aber im Protokoll der entsprechende Vermerk fehlt, so hat sie nicht stattgefunden, den Sonderfall der Fälschung außen vor gelassen. Juristen wissen, was ein Urkundenbeweis¹³ und was gesetzliche Vermutungen sind, die nicht oder nur eingeschränkt widerlegt werden können. Im Revisionsverfahren kann also bei einem insofern gemessen an der objektiven Wirklichkeit „unrichtigen“ Protokoll sich auch der querulatorische Verteidiger genüsslich auf die Protokollwahrheit berufen und rügen, das angegriffene Urteil leide an einem Formfehler. So etwas ist für den Praktiker des Strafprozesses ärgerlich, zumal wenn alle wissen oder wissen sollten, was wirklich war und vor allem wenn man bedenkt, dass wegen solcher Förmerei der Gang der Gerechtigkeit letztlich nur verschleppt wird und womöglich die effektive Strafrechtspflege samt Beschleunigungsgrundsatz auf der Strecke bleiben.¹⁴

In unserem Fall kam prompt eine solche Verfahrensrüge im Revisionsverfahren und siehe da, jetzt – nach erhobener Rüge – hat der Vorsitzende des Ausgangsgerichts, dessen Urteil mit dem Rechtsmittel angefochten war, das

¹³ Wobei es Sache des Gesetzes ist, die Widerlegbarkeit des Urkundenbeweises festzulegen, wie z.B. § 415 Abs. 2 ZPO; siehe auch § 417 ZPO und § 418 Abs. 2 ZPO, der es den Landesgesetzen erlaubt, den Unrichtigkeitsbeweis auszuschließen oder zu beschränken.

¹⁴ So aber der Große Senat, BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419 (2422).

Protokoll berichtigt und mit diesem Federstrich die Rüge gleichsam „verkümmern“ lassen, wie es in schönster Sprechweise der Strafprozessualisten heißt.¹⁵ Aber kann man im Nachhinein das Protokoll berichtigen, ohne dem Sinn des § 274 StPO schwerste Gewalt anzutun? Hierüber stritt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit einer gewissen Leidenschaft, ausweislich der Sondervoten von insgesamt vier Richtern.¹⁶ Warum warteten BGH und tragende Mehrheit im Senat nicht auf den Gesetzgeber, dem der Mißstand des hier womöglich übertriebenen Formalismus doch gar nicht verborgen geblieben sein konnte? Nun, manch einer fürchtete vielleicht, die kräftige Lobby der Verteidiger würde solche Korrekturen am Gesetz durch öffentlichen Druck unter dem Stichwort „Beschneidung der Rechte des Angeklagten“ verhindern, schließlich müsste sich Derartiges doch überwiegend zum Nachteil des Revisionsklägers auswirken.

Das Sondervotum, an dem ich selbst beteiligt war, weist darauf hin, dass der Gesetzgeber das Problem nachweislich gesehen habe und es bei der bewährten Rechtslage in der seit 130 Jahren feststehenden Interpretation der Gerichte habe belassen wollen¹⁷. Aber verschließt ein solches Argument nicht die Augen vor einer ganz anderen Wirklichkeit? Wurde womöglich der Gesetzgeber von Richtern der Mehrheitsentscheidung, die der Auslegung des BGH folgten, nur aus Fesseln befreit, damit sich die Prinzipien der Vernunft und der materiellen Wahrheit gegen einen verzapften strengen Formalismus in einem von Sonderinteressen blockierten Gesetzgebungssystem durchsetzen können?

¹⁵ Vgl. etwa BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419; Engelhardt, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, § 271 Rn. 18.

¹⁶ BVerfGE 122, 248, (282 ff.) und (302 f.).

¹⁷ BVerfGE 122, 248 (298). Zustimmend Möllers, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2009, 668 sowie Rüthers, Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, 1856.

III.

1. An dieser Stelle gibt es zwei Möglichkeiten die gerade Bahnstrecke nach Europa zu nehmen. Man könnte zum einen – wenn man an die europäische Rechtsprechungsentwicklung denkt – die nationalstaatliche Auslegungsidylle im Streit über die Rügeverkümmern milde karikieren, als etwa so aktuell ansehen wie ein romantisches Bild von *Caspar David Friedrich* im Vergleich zu moderner Kunst. Heile Welt hier, ungezügelter Rechtsfortbildung dort. Zum anderen – und in den Wertungen dem ersten Brückenschlag durchaus zuwiderlaufend – gelänge der Übergang auch mit dem lakonischen Hinweis darauf, dass richterliche Rationalität in Europa seit Jahrzehnten ein unentbehrlicher Komplementär mitgliedstaatlicher Politik ist, einer Politik, die sich wiederholt als zögerlich, halbherzig und überaus interessenheterogen erwiesen hat. Was wäre denn aus der Idee einer funktionellen Einigung des Kontinents geworden, wenn der EuGH nicht immer wieder beherzt – mit und ohne *effet utile*¹⁸ – das Gemeinschaftsrecht durchgesetzt, wirksamer gemacht und im Anwendungsbereich verbreitert hätte?¹⁹

Wer die Rechtsprechung insbesondere des EuGH am Maßstab erlaubter²⁰ oder verbotener Rechtsfortbildung messen will, der hat viele Fälle als

¹⁸ Den *effet utile* und das Integrationsgebot der Verträge verwendet der EuGH weit überdurchschnittlich häufig als Argument für von ihm vorgenommene Rechtsfortbildung – siehe dazu mit Beispielen Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 189 ff.

¹⁹ Zu den Impulsen des EuGH in den verschiedenen Phasen der Integration Everling, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217.

²⁰ Zur grds. Zulässigkeit der Rechtsfortbildung bereits BVerfGE 75, 223 (243 f.): „Zwar ist dem Gerichtshof keine Befugnis übertragen worden, auf diesem Wege Gemeinschaftskompetenzen beliebig zu erweitern; ebensowenig aber können Zweifel daran bestehen, daß die Mitgliedstaaten die Gemeinschaft mit einem Gericht ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offenstehen sollten, wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind. Der Richter war in Europa niemals lediglich "la bouche qui prononce les paroles de la loi"; das römische Recht, das englische common

law, das Gemeine Recht waren weithin richterliche Rechtsschöpfungen ebenso wie in jüngerer Zeit etwa in Frankreich die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze des

Diskussionsmaterial und er muss die Einheit des Rechts ebenso wie die besondere Rechtsnatur des Staatenverbundes, wie sie mit dem Vertrag von Lissabon erreicht wurde, angemessen zur Geltung bringen. Mit seiner Bonner politikwissenschaftlichen Habilitationsschrift hat *Marcus Höreth* die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Vergleich zum U.S. Supreme Court dargestellt und unter dem schönen Titel „Die Selbstautorisierung des Agenten“ gestellt.²¹ Damit geht es um die Frage, ob nicht mit der Einrichtung und dem Gewährenlassen eines supranationalen Gerichts, das letztverbindlich über Vertragsrecht entscheidet, eo ipso das Postulat zur Fiktion wird, wonach die Mitgliedstaaten die Herren der Verträge seien. Das Souveränitätsproblem wäre damit bereits definitiv entschieden: Denn souverän ist, wer wirksam über eine Grundnorm entscheidet.²² Als Grundnorm muss dabei jedes Recht gelten, das sich kompetenzsetzend mit einem Vorranganspruch ausstattet.

2. Lassen Sie mich einige bekannte Sachbereiche herausgreifen. Zum einen geht es um die Rechtsprechungslinie die seit *van Gend & Loos*²³ und *Costa/ENEL*²⁴ die Geltung und den Vorrang des Gemeinschafts- resp. Unionsrechts betraf. Zum anderen geht es um problematische Judikate, die den Kompetenzbereich der

Verwaltungsrechts durch den Staatsrat oder in Deutschland das allgemeine Verwaltungsrecht, weite Teile des Arbeitsrechts oder die Sicherungsrechte im privatrechtlichen Geschäftsverkehr. Die Gemeinschaftsverträge sind auch im Lichte gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur zu verstehen. Zu meinen, dem Gerichtshof der Gemeinschaften wäre die Methode der Rechtsfortbildung verwehrt, ist angesichts dessen verfehlt.“

²¹ Marcus Höreth, *Die Selbstautorisierung des Agenten*, 2008; siehe ferner zur Frage, ob ggf. landes- oder parteipolitische Interessen die Richter am EuGH beeinflussen: Höpner, *Warum betreibt der Europäische Gerichtshof Rechtsfortbildung? – Die Politisierungshypothese*, MPIfG Working Paper 10/2, 2010.

²² Ähnlich für den nationalen Kontext mit dem Begriff der Verfassungssouveränität: Abromeit, „Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität“, *Politische Vierteljahresschrift* 36, 1995, S.49.

²³ EuGH, Rs. C-26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, 1.

²⁴ EuGH, Rs. C-6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1251.

Union zulasten der Mitgliedstaaten verschoben haben, wie dies etwa seit der Tabakwerbeverbotsrichtlinie und dem Mangold-Urteil²⁵ diskutiert worden ist und schließlich um die seit *Bosman*²⁶ entwickelte Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung des Unionsrechts.²⁷

a) Der Vorranganspruch des Unionsrechts ist eine der Säulen der supranational verstandenen Idee der Rechtsgemeinschaft. In seiner rechtsmethodisch gemilderten Form des Anwendungsvorrangs hat er inzwischen allgemeine Anerkennung gefunden, obwohl bei der letzten förmlichen Vertragsänderung dieser Punkt immerhin für Diskussionen gesorgt hat²⁸. Mit dem Vorranganspruch verbunden sind verschiedene Teilaspekte, so die Vorstellung einer autonomen Rechtsordnung, die qualitativ über eine abgeleitete Vertragsordnung hinausreicht und die Frage der Unmittelbarkeit im an sich durch Staatenverpflichtungen mediatisierten Rechtsverhältnis im Blick auf die Bürger. Beide Gedanken zusammengefasst hat der EuGH über Jahrzehnte hinweg den Anwendungsvorrang als unmittelbar in die Staaten wirkendes Recht aus der Idee der supranationalen Rechtsgemeinschaft und dem Gebot der gleichen und einheitlichen Wirkung des Gemeinschaftsrechts entwickelt, auch wenn die Verträge selbst diese zentrale Frage bis heute offen gelassen haben.²⁹

²⁵ EuGH, Rs. C-380/03 (D./Parl., Rat), Slg. 2006, I-11573; EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981.

²⁶ EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921.

²⁷ Weitere Beispiele etwa bei Grosche, *Rechtfortbildung im Unionsrecht*, 2011, S.12f.: aktive und passive Klagebefugnis des Europäischen Parlaments und die Ausgestaltung eines Staatshaftungsanspruchs für Gemeinschaftsrechtsverstöße.

²⁸ So wurde die ausdrückliche primärrechtliche Niederlegung des Vorrangs in Art. I-6 des Verfassungsvertrages nicht im Reformvertrag von Lissabon übernommen, vgl. dazu Calliess, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, 2010, S.9; Streinz/Ohler/Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 2010, § 10 VI.

²⁹ Grundlegend EuGH, Rs. C-6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, (1269 f.).

Diese Rechtsprechung, die als „bahnbrechend“, als „entschlossen und kühn“³⁰ bezeichnet wird, war erkennbar rechtsfortbildend angelegt, obwohl auch Juristen, die jenseits der Community der Europarechtler mit deren voraussehbar affirmativen Haltung stehen, ohne weiteres zugestehen sollten, dass der Anwendungsvorrang jedenfalls dem Grunde nach der Konzeption der Gründungsverträge entspricht, bei der Montanunion war das allerdings noch deutlicher als bei den Römischen Verträgen, die insoweit das supranationale Prinzip etwas abmilderten. Dass die rechtsmethodische Vertretbarkeit vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Honeywell-Entscheidung³¹ ausdrücklich eingeräumt wurde, sollte nicht als Kotau gegenüber einem kompetenzanmaßenden europäischen Gericht gedeutet werden, sondern als das, was es in Wirklichkeit ist: Die nüchterne Feststellung, dass der Anwendungsvorrang im Sinn und Zweck der Verträge auch ohne ausdrückliche Erwähnung angelegt ist und deshalb mit dem üblichen Methodenverständnis durch Auslegung und eben nicht nur durch eine Rechtsfortbildung gewonnen werden kann, die als unzulässig zu gelten hätte.

b) Allerdings hat der Gerichtshof diese immer vorhandene grundsätzliche Akzeptanz in den Mitgliedstaaten mitunter etwas arg strapaziert, wenn er den – nach dem klaren Willen der Verträge – in Bezug auf die Unmittelbarkeit der Rechtswirkung reduzierten Geltungsanspruch der Richtlinie immer mehr an denjenigen der Verordnung angenähert hat³² und sogar mit Vorwirkungen in der Umsetzungsfrist jeden Bewegungsspielraum der Mitgliedstaaten genommen hat. In der Mangoldentscheidung hat das Luxemburger Gericht diese prekäre Konstruktion, die mit Küçükdeveci auch noch betätigt wurde,³³ durch eine ebenso prekäre Stützwirkung aus allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts ergänzt und

³⁰ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Auflage, 2011, § 10 Rdnr. 9 und 12.

³¹ BVerfGE 126, 286.

³² Was von einigen schon als unzulässige richterliche Rechtsfortbildung angesehen wird: Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 252 ff.; ferner zur unmittelbaren Anwendbarkeit und deren Zulässigkeit BVerfGE 75, 223 (243).

³³ EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981; EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-365.

damit ein Maß methodischer Fragwürdigkeit produziert, das manche Beobachter mehr als supranationale Machtdemonstration jenseits des bei gebotener Vertragsauslegung noch Vertretbaren verstanden haben.³⁴

Kompetenzerweiterungen, Kompetenzarrondierungen gehörten immer wieder zur Leitidee einer Gerichtsbarkeit, die vom Gedanken des Integrationsfortschritts durchdrungen ist – wobei der eine oder andere Richter vielleicht heimlich in der Interessenvielfalt und der Eigenwilligkeit mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen ein Hemmnis auf dem Weg zur Einheit Europas sieht. In diesem Sinne wurden solche im Verbindlichkeitsanspruch reduzierten Übertragungsakte wie die Justiz- und Innenpolitik der einstmaligen Dritten Säule recht umstandslos vergemeinschaftet, dem supranationalen *aquis communautaire* einverleibt: mit der Pupino-Entscheidung wurde der intergouvernemental ausgestaltete Rahmenbeschluss der Richtlinie angenähert und den nationalen Behörden und Gerichten die Pflicht zur „rahmenbeschlusskonformen Auslegung“ des nationalen Rechts auferlegt³⁵.

Die Tendenz zur immerwährenden offensiven Kompetenzbehauptung ruft irgendwann nach Gegengewichten, die in einem Verbundsystem nicht notwendig und nicht allein vom Gerichtshof auf die Waage gebracht werden müssen. Der besonderen Struktur der Union wird es auf Dauer nicht gerecht, wenn einseitig der *effet utile* betont wird³⁶ und das tariierende Momentum nationaler Identität sowie die grundlegenden politischen und verfassungsrechtlichen Strukturen (Art. 4 Abs. 2 EUV) nicht als ernsthafter Gesichtspunkt dem Funktionalitätsargument

³⁴ Umfassend zur Kritik Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, Mangold als ausbrechender Rechtsakt, 2009, S. 17 ff.

³⁵ EuGH, Rs. C-105/03 (Maria Pupino), Slg. 2005, I-5285.

³⁶ Mit einem Begründungsbaustein nach diesem Muster: „Nach Artikel 1 Absätze 2 und 3 des Vertrages über die Europäische Union stellt dieser Vertrag eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas dar, wobei die Aufgabe der Union – deren Grundlage die Europäischen Gemeinschaften, ergänzt durch die mit diesem Vertrag eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit, sind – darin besteht, die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen ihren Völkern kohärent und solidarisch zu gestalten.“ EuGH, Rs. C-105/03 (Maria Pupino), Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juni 2005, Rdnr. 41.

entgegengehalten werden können. Genau dies hat das Bundesverfassungsgericht mit dem Lissabon-Urteil getan³⁷; es ging hier tatsächlich auch um die Frage, ob und inwieweit die fortbestehende Souveränität der Mitgliedstaaten noch irgendwie als Faktor bei der Rechtsanwendung zu Konsequenzen führt.

Die Mitgliedstaaten haben mit den Organen nach Art. 13 EUV eine Architektur geschaffen, die wegen der Verschränkungen zwischen Legislative und Exekutive nicht als Ordnung mit klassischer Gewaltenteilung beschrieben wird.³⁸ Innerhalb dieser Gemeinschaftsarchitektur hat der EuGH die Funktion, bei der Auslegung³⁹ und Anwendung des EG-Vertrages das Recht zu wahren (Art. Art. 19 EUV)⁴⁰. Dieser Auftrag beschränkt den Gerichtshof nicht nur darauf, über die Einhaltung der Vertragsbestimmungen zu wachen. Dem EuGH wird auch die

³⁷ BVerfGE 123, 267.

³⁸ Der EuGH selbst leitet aus den Organzuständigkeiten des Primärrechts das übergeordnete Strukturprinzip des institutionellen Gleichgewichts her. Danach haben „die Verträge [...] ein System der Zuständigkeitsverteilung zwischen den verschiedenen Organen der Gemeinschaft geschaffen, das jedem Organ seinen eigenen Auftrag innerhalb des institutionellen Gefüges der Gemeinschaft und bei der Erfüllung der dieser übertragenen Aufgaben zuweist. Die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts gebietet es, dass jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt. Sie verlangt auch, dass eventuelle Verstöße gegen diesen Grundsatz geahndet werden können.“, EuGH, Rs. C-70/88 (Tschernobyl), Slg. 1991, 4529, Rn. 21 f.; Rs. C-300/89 (Titandioxid), Slg. 1991, I-4529, Rn. 10 ff.. Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts unterstreicht der EuGH in seinem Urteil vom 29. Oktober 1980, Rs. 138/79 (Roquettes Frères), Slg. 1980, 3333, Rn. 33, indem er in Verbindung mit den Anhörungsrechten des Parlaments das demokratische Prinzip „wenn auch in beschränktem Umfang“ heranzieht.

³⁹ Allgemein zur Methodik des EuGH: Nettessheim, in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union 40. Auflage 2009, Art. 1 EGV Rn 58 ff.

⁴⁰ Vgl. zur Legitimation der Wahrung der Rechtseinheit: Callies, Rechtsprechung und Europarecht – Zum Richterrecht in der EG, in Erbguth/Masing (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, S.155 (160f.)

Rechtsfortbildung im Wege der Rechtsprechung nicht verwehrt. Das Primärrecht sieht an einzelnen Stellen ausdrücklich vor, dass die Gemeinschaftsorgane auf der Grundlage allgemeiner Rechtsgrundsätze handeln sollen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.⁴¹ Der EuGH soll die Rechtllichkeit der Gemeinschaft im Sinne der gemeinsamen europäischen Verfassungstraditionen sichern. Maßstab ist sowohl das geschriebene Primär- und Sekundärrecht als auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie aus dem Gedanken der *rule of law* abgeleitet werden.⁴² Die „Solange“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konnte – aus diesem Blickwinkel – sogar als Aufforderung zur Rechtsfortbildung verstanden werden.⁴³ Denn die Notwendigkeit, einen dem Grundgesetz vergleichbaren Grundrechtsschutz auszubilden, war seit den 1970er Jahren nur über die Methode der wertenden Rechtsvergleichung möglich.⁴⁴

Grundrechte sind das eine und Kompetenzzusdehnungen das andere. Grundrechte bedeuten bei richtigem Verständnis Begrenzung eines politischen Systems um der freien Entfaltungsmöglichkeiten der Bürger willen.⁴⁵ Im

⁴¹ Art. 6 Abs. 2 (Abs. 3??) EUV und Art. 288 Abs. 2 EGV (jetzt: 340 Abs. 2 AEUV).

⁴² Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 220 EG, Rn. 1 und 3.

⁴³ Zur primärrechtlichen Rezeption dieser so vom EuGH entwickelten Grundrechte: Everling, Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur Europäischen Grundrechtsgemeinschaft, in Stern (Hg.), 40 Jahre Grundgesetz, 1990, S. 167.

⁴⁴ Siehe heute die Formulierung dieses Ansatzes in Art. 6 Abs. 2 EUV: "Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben."

⁴⁵ Vgl. etwa Di Fabio, in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 2 Abs. 1.

Mehrebenensystem ist die Selbstbeschränkung einer Ebene durch Grundrechte als Abwehrrechte, auch wenn sie im Wege der Rechtsfortbildung gewonnen würden, kein sonderliches Problem, die Kompetenzausdehnung der einen Ebene zulasten der anderen durch Rechtsfortbildung, und sei es durch Leistungsgrundrechte, aber ein gravierender Umstand.

Bei der Auslegung von Kompetenztiteln wird der Europäische Gerichtshof die Grenze unzulässiger Rechtsfortbildung viel schneller erreichen, weil das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung konstitutiv für die supranationale Idee ist.⁴⁶ Insofern unterliegt der Europäische Gerichtshof hierbei auch der konstruktiven Kontrolle durch mitgliedstaatliche Gerichte, die im Rahmen der Verfassungskontrolle auch zur Wahrung der die Verträge implementierenden nationalen Gesetze berufen sind. Die Ultra-vires-Kontrolle ist insofern kein völkerrechtliches Relikt, sondern eine klare Konsequenz der unionalen Verbundsarchitektur und des verfassungsrechtlichen Übertragungsmechanismus für die Gründung und Fortbildung der Europäischen Union oder zwischenstaatlicher Einrichtungen (Art. 23 Abs.1, Art. 24 Abs. 1 GG).

Eine zurückhaltende Kompetenzprüfung durch den Gerichtshof ist auch im Blick auf das institutionelle Gleichgewicht geboten.⁴⁷ Der Gerichtshof darf rechtsfortbildend die Prärogative des Rates und des Europäischen Parlaments bei der Rechtssetzung sowie das Initiativrecht und das Recht zur abgeleiteten

⁴⁶ Art. 4 Abs.1, Art. 5 Abs. 2 Satz 2 EUV; grundlegend Krauß, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrags, 1991; aktuell Nettessheim, Kompetenzen, in: von Bogdandy/ast (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 389.

⁴⁷ Begrifflich wird dieses Problem auch als „horizontale Rechtsfortbildung“ in Abgrenzung zu vertikalen erfasst, Callies, Rechtsprechung und Europarecht – Zum Richterrecht in der EG, in Erbguth/Masing (Hg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, S.155 (164ff.).

Rechtsetzung der Kommission nicht beschneiden.⁴⁸ Nimmt der Europäische Gerichtshof auf Unionsebene im Ergebnis legislative Befugnisse wahr, so verletzt er nicht nur die Rechte anderer Unionsorgane, wie etwa die Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments als Träger eigener demokratischer Legitimation. Diese Kompetenzgrenzen zwischen den Unionsorganen korrespondieren vielmehr den unterschiedlichen Einwirkungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten und ihrer Parlamente – den Garanten primärer demokratischer Legitimation – auf das Unionshandeln.⁴⁹ Dem Gerichtshof ist es verwehrt, das primärrechtliche Gewaltengefüge beiseite zu schieben, mit dem die Mitgliedstaaten die demokratische Legitimation des Unionshandelns dauerhaft sichern wollen.

Der EuGH hat sich, von der Ausnahme der ersten Tabakwerbeverbotsrichtlinie⁵⁰ einmal abgesehen, allerdings nicht als besonders engagierter Wächter des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung erwiesen. Der Gerichtshof „zeigt sich (...) grundsätzlich nicht daran interessiert, die Grenzen der Kompetenzen randscharf abzustecken und gegenüber dem EU-Normgeber durchzusetzen“⁵¹. Er hat sich immer wieder auf eine „weitreichende Integrationsteleologie“⁵² eingelassen, um aus allgemeinen Vertragsbestimmungen, wie dem Status der Unionsbürgerschaft, eine Agenda der Kompetenzerweiterung in politische

⁴⁸ Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995, S. 201; Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 280 ff.

⁴⁹ Zur Abgrenzung der Einflussmöglichkeiten verschiedener Kompetenztitel Hillgruber, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode?, in: von Danwitz/Heintzen/Jestaedt/Korioth/Reinhardt (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 31 (43).

⁵⁰ EuGH, Rs. C-380/03 (D./Parl., Rat), Slg. 2006, I-11573.

⁵¹ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 11 Rdnr. 3.

⁵² Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 16 Rdnr. 4.

Kerndomänen hinein zu betreiben. Der EuGH hat beispielsweise mit Urteil vom 15. November 2011 in dem Verfahren Dereci u.a.⁵³ aus der Unionsbürgerschaft Konsequenzen für den Familiennachzug von Drittausländern gezogen, die überraschend sind. Er hat über seine Entscheidungen Ruiz Zambrano⁵⁴ und McCarthy⁵⁵ hinausweisend erklärt, wann der Kernbereich der Unionsbürgerschaft nach Art. 20 AEUV es einem Mitgliedstaat verwehrt, einem Drittstaatsangehörigen den Aufenthalt zur Führung einer familiären Lebensgemeinschaft mit einem Unionsbürger zu versagen: Damit ist aus dem allgemeinen Begriff der Unionsbürgerschaft ein Passepartout für das nationale Ausländerrecht geworden.

Solche Extensionstendenzen haben bereits Forderungen nach einem eigenen Kompetenzprüfungsgericht provoziert⁵⁶ und offenbar auch ein gewisses Verständnis für den Prüfungsvorbehalt des BVerfG im Hinblick auf Ultra-Vires-Rügen gefördert.⁵⁷ Aber der Blick aus Luxemburg ist eben häufig ein anderer.

⁵³ EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci), NVwZ 2012, 97 (offenbar noch nicht in der amtlichen Sammlung).

⁵⁴ EuGH, Rs. C-34/09 (*Zambrano*), EuZW 2011, 358.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), NVwZ 2011, 867; EuGH, Rs. C-34/09 (*Zambrano*), NVwZ 2011, 545.

⁵⁶ Siehe etwa Goll/Kenntner, Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, 101; Koenig/Lorz, Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, JZ 2003, 167 (172); dagegen Everling, Quis custodient custodes ipsos?, EuZW 2002, 357 (364).

⁵⁷ Etwa Herzog/Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ vom 8.9.2008, S.8; Jahn, Europarichter überziehen ihre Kompetenzen, NJW 2008, 1788; Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinzi, Mangold als ausbrechender Rechtsakt, 2009.

Aus der Sicht des Unionsrechts⁵⁸ scheint es immer wieder das als vertragswidrig qualifizierte Verhalten des Mitgliedstaates zu sein, das zu dem Dilemma führt. Die „negative“ Vorwirkung der Richtlinie etwa bei der Mangold-Entscheidung diene aus dieser Sicht lediglich der Effektivierung bestehender Rechtspflichten, die der Mitgliedstaat übernommen hat. Dem Mitgliedstaat werden nicht von außen neue Pflichten auferlegt, sondern es werden nur übernommene Pflichten richterlich konkretisiert, vielleicht überraschend im Zeitpunkt der Geltung oder in der Konsequenz aus allgemeinen Rechtspflichten, die man zunächst anders verstanden hatte.⁵⁹ Eine solche Wertung ist jedoch entscheidend von der Beobachtungsperspektive abhängig, denn aus der Sicht des nationalen Rechts hat der demokratische Gesetzgeber Handlungsspielräume, er hat Konkretisierungsspielräume, wie er die Ziele der Richtlinie verwirklichen will. Diese Spielräume kann er vor allem während der Umsetzungsfrist nach eigener Einschätzung ausfüllen, solange er nicht im Sinne des Frustrationsverbots unzweideutig den Richtlinienzielen zuwider handelt.⁶⁰

Das Pikante an der Mangold-Rechtsprechung war aber, dass man der Bundesrepublik eine Frustrationsabsicht gar nicht ohne weiteres unterstellen konnte. Die angegriffene Vorschrift (§ 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG) sollte für einen befristeten Zeitraum die Einstellungschancen von älteren Arbeitslosen verbessern

⁵⁸ Zur Perspektive des Unionsrechts als Verfassung Möllers, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in Bogdandy (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S.227ff..

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 75, 223 (243).

⁶⁰ Zur sog. Vor- und Sperrwirkung von Richtlinien: Ruffert, in Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 2011, Art. 288, Rn 24; Vera Gronen, Die »Vorwirkungen« von EG-Richtlinien. Die Auswirkung Europäischer Richtlinien auf die nationale Legislative und Judikative im Zeitraum zwischen Richtlinienvorschlag und Ablauf der Umsetzungsfrist, 2006; grundlegend EuGH, (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 ff.

und damit die Arbeitslosigkeit verringern, also die Beschäftigungslage dieser Gruppe gerade verbessern. Bei gegebener Vertragsfreiheit (hier also der Freiheit des Unternehmers jemanden einzustellen oder nicht) kann die scheinbar im Verzicht auf bestimmte arbeitsrechtliche Schutzansprüche liegende Benachteiligung für denjenigen, der erst eingestellt werden will, sich als handfester Vorteil erweisen. Diese Ambivalenz macht es sehr schwer, der damaligen Bundesregierung auch nur entfernt eine Diskriminierungszielsetzung zu unterstellen. Sie wollte eindeutig die Chance älterer Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt fördern.

Die Union beansprucht mit der Mangold-Entscheidung allerdings die Deutungshoheit für sich und erklärt die deutsche Regelung für zielwidrig hinsichtlich des Regelungstelos. Damit wird in den durch die Inanspruchnahme der erweiterten Umsetzungsfrist und den allgemeinen Rechtscharakter der Richtlinie geschützten Gestaltungsbereich der Mitgliedstaaten eingegriffen, den Art. 288 Abs. 3 AEUV ausdrücklich und insoweit in Abgrenzung zur Handlungsform der Verordnung wahren möchte.⁶¹

In der Annahme der Vorwirkung der Richtlinie kann – in Verbindung mit der Rechtsprechung zur „negativen“ Wirkung – deshalb ein erkennbarer Kompetenzverstoß gesehen werden, der auch unmittelbare Auswirkungen auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hat. Zweifel an dieser Feststellung bestehen allerdings insoweit, als die dieses Ergebnis vorprägende Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs zeitlich weit zurückreicht und die Entscheidung in der Rechtssache Mangold lediglich der bislang letzte Schritt in diese Richtung ist. Auch die Herleitung des allgemeinen Grundsatzes verbotener

⁶¹ Zur unterschiedlichen Qualität der beiden Handlungsformen Ruffert, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2011, Art. 288, Rn 23 ff.

Altersdiskriminierung wurde in erheblichem Umfang kritisiert, weil der Europäische Gerichtshof damit seine Methode der wertenden Rechtsvergleichung verlassen habe. Der Schluss von den Begründungserwägungen der Richtlinie auf einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, also auf die Ausgestaltung des Primärrechts, sei methodisch verfehlt. Das Diskriminierungsverbot sei eine „Erfindung“ so Stimmen in der Literatur, die sich weder aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen noch aus völkerrechtlichen Verträgen herleiten lasse.⁶²

Der Europäische Gerichtshof leitet das Verbot der Diskriminierung auf Grund des Alters in der Mangold-Entscheidung mit dem Hinweis auf Völkerrecht und die mitgliedstaatlichen Rechtstraditionen her⁶³, obwohl nur ganze zwei der zum Entscheidungszeitpunkt 15 Verfassungen der Mitgliedstaaten ein besonderes Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters zu entnehmen war.⁶⁴ Ein spezielles Diskriminierungsverbot war auch nicht Bestandteil rechtsverbindlicher

⁶² Preis, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht: Der Fall Mangold und die Folgen, NZA 2006, S. 401 (402). Außerdem wird der Europäische Gerichtshof für die äußert knappe Begründung seiner Argumentation gerügt: Thüsing, Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?, ZIP 2005, S. 2149 ff.; Reich, Anmerkung, EuZW 2006, S. 20 (21); Hailbronner, Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?, NZA 2006, S. 811 (814 f.); Editorial Comment, CMLRev. 2006, S. 7 f.; Preis, Verbot der Alterdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht: Der Fall Mangold und die Folgen, NZA 2006, S. 401 (404 ff.); Streinz, Anmerkung, JuS 2006, S. 360.

⁶³ EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rn. 74..

⁶⁴ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 15. Februar 2007, Rs. C-411/05 (Palacios), Slg. 2007, S. I-8531 Rn. 88, der als Beispiel nur die finnische Verfassung nennt; vgl. außerdem Hölscheidt, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. 2006, Art. 21 Rn. 15, der zusätzlich auf die portugiesische Verfassung verweist.

völkerrechtlicher Verträge⁶⁵, auf die sich der Europäische Gerichtshof mit seinem Hinweis auf die vierte Begründungserwägung der Richtlinie 2000/78/EG bezieht⁶⁶, wobei dieser Hinweis darauf hinzudeuten scheint, dass der Gerichtshof

⁶⁵ Art. 14 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK Neubekanntmachung: BGBl 2002 II S. 1054) nennt das Alter nicht als verbotenes Unterscheidungskriterium und ist im Übrigen eine EMRK-Gewährleistung, die ausschließlich in Verbindung mit einem weiteren materiellen Recht der EMRK zur Anwendung kommt. Art. 14 EMRK lautet: „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“ Siehe auch: König/Peters, Das Diskriminierungsverbot, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 21, Rn. 11 ff. Die Europäische Menschenrechtskonvention kennt im Übrigen erst seit dem Inkrafttreten des 12. Zusatzprotokolls (12. ZP-EMRK - CETS No. 177) im Jahr 2005 ein Gleichheitsgrundrecht in Form eines Diskriminierungsverbots, das allerdings nicht auf das Alter bezogen ist. Der ebenfalls in Anspruch genommene Art. 5 Abs. 2 des 111. Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958 (BGBl 1961 II S. 97) bezieht sich nur insofern auf das Unterscheidungskriterium des Alters, als eine Ungleichbehandlung nicht als Diskriminierung einzuordnen ist, wenn die Differenzierung besondere Bedürfnisse von Personen aufgrund ihres Alters berücksichtigt. Art. 5 Abs. 2 des 111. ILO-Übereinkommens lautet: „Jedes Mitglied kann nach Anhörung der maßgebenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, soweit solche bestehen, erklären, dass auch andere Sondermaßnahmen nicht als Diskriminierung gelten sollen, sofern diese auf die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von Personen abzielen, die aus Gründen des Geschlechts, des Alters, der Behinderung, der Familienpflichten oder der sozialen oder kulturellen Stellung anerkanntermaßen besonders schutz- oder hilfsbedürftig sind.“

⁶⁶ Die vierte Begründungserwägung der Richtlinie 2000/78/EG lautet: „Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung ist ein allgemeines Menschenrecht; dieses Recht wurde in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, im VN-Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen, im Internationalen Pakt der VN über bürgerliche und politische Rechte, im Internationalen Pakt der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der Europäischen

das besondere Diskriminierungsverbot auf Grund des Alters als einen Unterfall des allgemeinen Gleichheitssatzes herleitet.⁶⁷ Hier schillert die Argumentation, weil mosaikhafte nach Gründen gesucht wird, die jeder für sich kaum tragfähig sind.

Dem Europäischen Gerichtshof ist gleichwohl vom Bundesverfassungsgericht zugutegehalten worden, dass ihm bei der Methode der wertenden Rechtsvergleichung, das heißt dem Blick in die mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen, ein Wertungsspielraum zusteht. Das Bundesarbeitsgericht hat in der angegriffenen Entscheidung daraufhin hingewiesen, dass der Gerichtshof sich bei der Herleitung eines einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes nicht an einer Mindestanzahl von Mitgliedstaaten orientieren müsse.⁶⁸ Allerdings ist zu vermuten, dass sich der Gerichtshof auch vom Inhalt der im Zeitpunkt der Mangold-Entscheidung noch unverbindlichen Grundrechtecharta hat leiten lassen⁶⁹, der ja bereits den Willen

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten anerkannt, die von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden. Das Übereinkommen 111 der Internationalen Arbeitsorganisation untersagt Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf.“

⁶⁷ Allgemeine Gleichheitssätze, teilweise ergänzt um spezielle Diskriminierungsverbote, zählen zum Grundbestand nahezu aller mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sowie völkerrechtlicher Verträge, vgl. Art. 14 EMRK; Art. 12. ZP-EMRK; Art. 14 Abs. 1 und Art. 16 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, siehe auch Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 21 GRCh Rn. 2. Der Europäische Gerichtshof konnte deswegen schon früh die Existenz eines allgemeinen unionsrechtlichen Gleichheitssatzes feststellen. EuGH, Urteil vom 19. Oktober 1977, Rs. 117/76 (Ruckdeschel), Slg. 1977,1753 Rn. 7 ff.; vgl. auch EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010, EuGH, Rs. C-555/07 (Kücükdeveci), Slg. 2010, I-365. Rossi, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 20 GRCh Rn. 2.

⁶⁸ BAG, Urteil vom 26. April 2006 - 7 AZR 500/04 -, juris, Rn. 24.

⁶⁹ Diese Vermutung äußert auch der deutsche Richter beim Europäischen Gerichtshof von Danwitz, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, S. 697 (704); von Danwitz, Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des

der Staaten auf der Regierungsebene repräsentierte. Ob das für die Herleitung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ausgereicht hätte, muss dahinstehen, aber für die Gewichtung eines Kompetenzverstoßes ist es von Bedeutung, inwiefern sich ein der richterlichen Interpretation entgegenstehender Wille der Herren der Verträge im Primärrecht, aber auch im Prozess der Fortentwicklung der Verträge, abzeichnet.

Sowohl die Mangold-Entscheidung als auch das Urteil in der Rechtssache Küçükdeveci zeigen deutlich die Grenzen eines Kooperationsverhältnisses auf, das auf gegenseitiger Achtung der miteinander verbundenen Rechtordnungen und nicht auf hierarchischem Gehorsam beruht.⁷⁰ Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Urteil seine Entscheidung in der Rechtssache Mangold in vollem Umfang bestätigt. Der zeitliche Zusammenhang des Urteils mit dem Lissabon- und Honeywell-Verfahren und die ungewöhnlich klare Aussage zum

Gemeinschaftsrechts, in: Herdegen/Klein/Papier/Scholz (Hrsg.), Staatsrecht und Politik, 2009, S. 19 (23). Dass die Richtlinie 2000/78/EG in ihren Begründungserwägungen Art. 21 Abs. 1 GRCh nicht erwähnt, findet seine Ursache in dem zeitlichen Zusammenhang. Die Richtlinie wurde vor der Proklamation der ursprünglichen Fassung der Grundrechtecharta vom 14. Dezember 2000 (ABl 2000 Nr. C 364/1) erlassen; neuere Sekundärrechtsakte berücksichtigen die Grundrechtecharta regelmäßig in den Begründungserwägungen; vgl. z.B. die zweite Begründungserwägung der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl Nr. L 251/12), die im Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Juni 2006, EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat), Slg. 2006, I-5769, angeführt wird, und die 36. Begründungserwägung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl Nr. L 335/31).

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2009, EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-365, mit Anm. Schubert, EWIR 2009, S. 519 (520).

Anwendungsvorrang unter ausdrücklicher Nennung des Bundesverfassungsgerichts belegen, dass eine diskursive Strategie im Sinne einer „Kommunikation der Gerichtshöfe“ die Konfliktvermeidung nicht garantiert.

Warum hat das Bundesverfassungsgericht, jener Hund also, der manchmal bellt, aber niemals beißt, hier nicht die Gelegenheit genutzt, um die Ultra-Vires-Rüge praktisch greifen zu lassen und die Unanwendbarkeit des entsprechend ausgelegten Unionsrechts für Deutschland festzustellen? Der Honeywell-Beschluss praktiziert zum ersten Mal eine Ultra-Vires-Prüfung, verlangt aber die ersichtliche Kompetenzüberschreitung, die nicht nur auf Evidenz bezogen ist, sondern auch einen in der Sache qualifizierten Verstoß voraussetzt, eine strukturelle Verschiebung im System vertikaler Verbundgewalten.⁷¹ Dahinter steht der Gedanke, dass den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten nur ein zurückgenommenes Wächteramt bei der Kontrolle der Einhaltung der Verträge zukommt, wenn man die vertraglich gewollte Autonomisierung der Union nicht konterkarieren will. Es kann also nicht einfach um Auslegungsfragen gehen, die man so oder anders entscheiden kann, sondern um klare Übergriffe gegen den Wortlaut des Vertrages und den Willen der Herren der Verträge. Denn nur in solchen schwerwiegenden Fällen kann man die Verträge als denaturiert ansehen und sich fragen, was eigentlich von dem Zustimmungsgesetz geblieben ist, das vor langer Zeit vom Gesetzgeber als Übertragung von Hoheitsrechten beschlossen, und das womöglich auch auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung geprüft, worden war.

c) Im Hinblick auf Rechtsfortbildung kritische Kompetenzverschiebungen der hohen Gerichtsbarkeiten gibt es aber nicht nur zwischen den Ebenen, sondern auch im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern, wenn Richterrecht sich mit

⁷¹ BVerfGE 126, 286, Leitsatz 1 a) und S.304.

expansiv angelegten Drittwirkungslehren über systematisch gezogene Grenzen hinwegsetzt. Hier ist das Bundesverfassungsgericht mit der oft gelobten Lüth-Entscheidung⁷² in zumindest missverständlicher Weise vorangegangen, indem es die Grundrechte als objektive Werteordnung auch im Privatrechtsverhältnis als prinzipiell – wenngleich nur mittelbar – geltend angesehen hat⁷³, obwohl das Rechtsverhältnis der Grundrechte eindeutig zwischen Staat und Bürger angelegt ist.

Die Europäische Menschenrechtskonvention als eine der Erkenntnisquellen für die ungeschriebenen und die geschriebenen Unionsgrundrechte⁷⁴ entfalten ebenfalls keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten.⁷⁵ Zumindest in Deutschland haben Grundrechte nur mittelbare Drittwirkung.⁷⁶ Schließlich entfalten die geschriebenen Unionsgrundrechte auch deshalb keine Drittwirkung, weil die Grundrechtecharta nur die Union und die Mitgliedstaaten bindet (vgl. Art. 51

⁷² BVerfGE 7, 198. Zur Geschichte der Rechtsfortbildung in Deutschland Hillgruber, „Neue Methodik“ – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, 745.

⁷³ Vgl. Papier, in: Merten/Papier, HGR, Bd. II, 2006, § 55 Rn. 25 ff.

⁷⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV; Art. 52 Abs. 2 GRCh.

⁷⁵ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, S. 103. Vielmehr knüpft der EGMR bei privatrechtlichen Verhältnissen an staatliches Verhalten an oder rechnet privates Verhalten dem Staat zu.

⁷⁶ Vgl. nur Papier, in: Merten/Papier, HGR, Bd. II, 2006, § 55 Rn. 25 ff., m.w.N.

Abs. 1 Satz 1 GRCh).⁷⁷ Aber die Entscheidungen *Bosman*⁷⁸ und *Angonese*⁷⁹ sowie zur *Brennerblockade*⁸⁰ haben bereits die Grundfreiheiten für private Verbände verbindlich gemacht, ohne dass *deren* Grundrechte allzu stark betont worden wären. Hier schlummert nicht nur im Unionsrecht – auch im Verfassungsrecht wenn man an Demonstrationen in Flughäfen denkt – die Gefahr, dass Richterrecht ohne den mühsamen Umweg über demokratische Gesetzgebungsverfahren Politik betreibt, Europapolitik, Klimaschutz- oder Tugendpolitik. Der klassische Gesetzesvorbehalt könnte insofern eine Renaissance verdienen, weil er den Bürger vor den Richtern schützt.

Die Grenzen der Rechtsfortbildung zu diskutieren, ist zwar ein altes und ewiges Problem, aber im europäischen Mehrebenensystem und in postmodernen Diskursfragmentierungen kommt es zunehmend darauf an, die Einheit der Rechtsordnung unter den Bedingungen ihrer Mehrdimensionalität wirksam zu halten.⁸¹ Das geht aber nur, wenn man konsequent von den Grundrechten in ihrem Abwehrgehalt her argumentiert, die Gewaltenteilung vom Freiheitssinn und nicht von der bloßen Funktionalität her sinnvoll weiterdenkt und von dort aus eine normative Institutionenanalyse betreibt.

⁷⁷ Ladenburger, in: Tettinger/Stern, GRCh, 2006, Art. 51 GRCh Rn. 13. Bei bestimmten Grundfreiheiten hat sich der Gerichtshof allerdings vom Wortlaut der Vorschrift nicht abhalten lassen, zur Sicherung der praktischen Wirksamkeit auch eine unmittelbare Drittwirkung anzunehmen (vgl. etwa zur Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995, EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921 Rn. 82 ff.).

⁷⁸ EuGH, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921 Rn. 82 ff..

⁷⁹ EuGH, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4139.

⁸⁰ EuGH, Rs. C-112/00 (*Brenner-Blockade*), Slg. 2003, I-5659.

⁸¹ Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 108 f.

IV.

Lassen Sie es mich am Schluss deutlich sagen: Kreative Richter, die sich in der postnationalen Konstellation⁸² von der Methodenstrenge mit süffisanter Attitüde entfernen, laufen unter den Bedingungen des europäischen Mehrebenensystems Gefahr, in einen ebenenspezifischen Wettkampf einzutreten, wo es letztlich nur um eigene Macht und um Einfluss geht, aber nicht um persönliche Freiheit der Bürger und die Legitimation des demokratischen Herrschaftssystems. Derartige Selbstbehauptungsinteressen sind dem BVerfG wiederholt unterstellt worden, weil einige nicht glauben wollen, dass es Karlsruhe tatsächlich um die großen freiheitlichen, rechtsstaatlichen und sozialen Verfassungsgehalte geht. Aber wenn das so wäre, was ich in den meisten Fällen bestreiten würde, dann müsste man diese Frage auch an den Gerichtshof in Straßburg, der sich immer weiter von konventionsrechtlich festgelegten Feststellungsurteilen entfernt, und auch nach Luxemburg richten. Aber letztlich sind wir nicht in einem Schwarzen-Peter-Spiel, sondern in einem verbundenen europäischen Rechtsraum, der Einheit und fortbestehende partikuläre Eigenverantwortlichkeit simultan im Recht abbilden muss. Bei derartigen Parallelstrukturen, die aus der Ferne an Robert Musils *Mann ohne Eigenschaften* erinnern, kommt es aber auf die klassischen Auslegungsmethoden durchaus an, während Rigidität über die Ebenen hinweg nicht zielführend ist: Deshalb war der Zweite Senat bei der Rügeverkümmerung – die das eigene Methodenverständnis betraf – schlecht beraten und bei der Honeywell-Entscheidung, wo es um Haltungsnoten für das Gericht einer anderen Ebene ging, gut beraten, zurückhaltend zu sein.

Sie sehen: Der aus dem Richteramt ausgeschiedene Lehrer des Rechts nutzt seine wiedergewonnene Freiheit zuerst einmal um seine Entscheidungen und Sondervoten zu rechtfertigen. Aber hinter solch durchsichtigen Motiven steht gleichwohl ein großes Thema: Kann Rechtsprechung zum Wohle der Freiheit und

⁸² Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation, 1998.

Würde der Menschen gelingen, ohne ein Mindestmaß an Methodenstrenge, und das in einer politisch fragiler werdenden, vernetzten Welt? Ich glaube, dass auch die Rechtswissenschaft an einem Wendepunkt steht. Sie ist heute mehr denn je gefragt für die Bewahrung der Einheit des Rechts und seine stete Systematisierung.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007

- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010

- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012

- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuering, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012