



Sources of Language and Law

www.legal-linguistics.net

This text is a preprint of:

Ralph Christensen/Markus Böhme, Europas Auslegungsgrenzen. Das Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht, in: Rechtstheorie, 2009, S. 285 – S. 311.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Böhme, Markus: (2009): "Europas Auslegungsgrenzen. Das Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Rechtstheorie, 2009, S. 285 – S. 311.)

RECHTSTHEORIE 40 (2009), S. 1–27
Duncker & Humblot, 12165 Berlin

EUROPAS AUSLEGUNGSGRENZEN

Das Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht

Von Ralph Christensen, Ilvesheim,
und Markus Böhme, Köln

Grenzen sind unverzichtbar. Sie bedürfen aber als Entscheidung über Ein- und Ausschluss der ständigen Diskussion. Besonders gilt dies für Auslegungsgrenzen. Diese sind im Unterschied zu einer Wasserscheide nicht einfach vorgegeben, sondern müssen erst erzeugt werden. Die Sprache gibt sie nicht vor, denn sie kennt als einzige Grenze die der Verständlichkeit. Diese Grenze ist für Juristen vollkommen uninteressant. Es bleibt ihnen daher nichts anderes übrig, als ihre Grenzen selbst zu ziehen. Dies vollzieht sich in der Sprache und mit Hilfe der Sprache, aber nicht durch die Sprache. Als Grenze, die immer wieder gezogen werden muss, bedarf sie der ständigen Diskussion und Vergewisserung.

Dass es Auslegungsgrenzen gibt, ist in der Jurisprudenz anerkannt. Ob und wie sie funktionieren, liegt allerdings im Dunkeln. Da die Auslegungsgrenze nicht einfach vorgegeben ist, sondern durch sprachliches Handeln konstituiert wird, ist ihre Beschreibung in der Methodenlehre schwierig. Noch schwieriger wird es, wenn Europarecht und nationales Recht zusammenspielen. Sind die Grenzen vom nationalen Recht her zu bestimmen, vom Europarecht her oder im Dialog beider?

I. Die Ko-Evolution von Gemeinschaftsrecht mit nationalem Recht

Auch wenn das Gemeinschaftsrecht eine autonome Rechtsordnung ist, die aus sich selbst heraus in den Mitgliedstaaten gilt, bleibt es doch auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen angewiesen, um wirksam werden zu können.¹ Daher kann man sich für die Entwicklung der gemeinsamen europäischen Rechtsordnung nicht einfach auf die Integrationskraft des supranationalen Gesetzgebers verlassen. Die Vorstellung, man könne durch gesetzgeberischen Akt Institutionen schaffen, die vom Zeitpunkt ihrer legalen Realisierung an die zugrunde liegenden Ziele effektiv

¹ P. Behrens, Gemeinschaftsrecht und juristische Methodenlehre, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, S. 289 ff.

verwirklichen, ist nicht haltbar, denn eine Institution funktioniert nur, wenn und weil sie in gemeinsame Erfahrungen und Erwartungen eingebettet ist.² Es nimmt daher nicht wunder, dass die nationalen Rechtsordnungen nach wie vor eine „Dauerresistenz gegen institutionellen Transfer“ zeigen, eine bemerkenswerte historische Kontinuität in ihrer eigensinnigen Entwicklung – auch und gerade in Zeiten der alles nivellierenden Globalisierung.³ Mehr und mehr erweist sich, dass eine einheitliche europäische Rechtsordnung nicht von oben per Dekret geschaffen werden kann. Nötig ist vielmehr eine Parallelentwicklung der nationalen Rechtsordnungen, die durch die Einführung von Kopplungen zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ermöglicht wird. Dies ist die Aufgabe des europäischen Rechtsschutzsystems.

Das Gemeinschaftsrecht verdankt seine Geltung seinem funktionierenden Rechtsschutzsystem, das auf den beiden Pfeilern des Vertragsverletzungs- und des Vorabentscheidungsverfahrens ruht. Das Vertragsverletzungsverfahren ist ein zwingendes Verfahren, worin im Gegensatz zum Völkerrecht Zuständigkeit und Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des EuGH von den Parteien nicht bezweifelt werden können.⁴ Es hat eine politische Seite und wird von der Kommission als Exekutivorgan gegen einen Mitgliedstaat geführt. Seine Schwächen liegen darin, dass Klageerhebung im politischen Ermessen der Kommission steht und ihr für etwaige Rechtsverletzungen effektive Überwachungsinstrumente und Vollstreckungsmechanismen fehlen. Die Stärken des Vorabentscheidungsverfahrens sind dagegen, dass es von nationalen Gerichten ausgeht und einen unpolitischen Charakter hat; man kann sich auf stabile nationale Durchsetzungsmechanismen stützen und hat auch keine Über-

² Vgl. zu diesem Begriff *M. Granovetter*, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, in: *American Journal of Sociology* 1985, S. 481 ff.; *D. Soskice*, *Divergent Production Regimes: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s*, in: H. Kitschelt, u. a. (Hrsg.), *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, 1999, S. 101 ff.; *P. Hall/D. Soskice*, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in: dies. (Hrsg.), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, 2001, S. 13 ff.; *H. Collins*, *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law*, in: *European Review of Private Law* 2000, S. 213 ff.

³ *G. Teubner*, *Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-Evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism*, in: *Soziale Systeme* 1999, S. 13 ff.

⁴ Urteile des IGH wurden häufig nicht befolgt. So z. B. das 1971 erfolgte Urteil gegen Südafrikas Aufenthalt in Namibia und Südwestafrika (IGK, Gutachten vom 21.06.1971, ICJ Rep. 1971, 16), dann das Urteil des IGH vom 02.02.1973 gegen den isländischen Fischfang, ebenso das Urteil vom 22.06.1973 gegen Frankreichs Atomwaffentests im Pazifik; oder das Urteil gegen das Festhalten der Botschaftsgeiseln in Teheran (IGH, Urteil vom 24.05.1980, ICJ Rep. 1980, 3) und das Urteil gegen die USA im Nicaragua-Fall (IGH, Urteil vom 26.11.1984, ICJ Rep. 1984, 392) und schließlich aus heutiger Zeit das Gutachten des IGH gegen den israelischen Grenzzaun, das von Israel nicht akzeptiert wird.

wachungsprobleme, da der Bürger als „privater Staatsanwalt“ agiert. Damit ist das Vorabentscheidungsverfahren das deutlich wirksamere Instrument zur Entwicklung einer europäischen Rechtsordnung. Trotzdem ist es auf die Mitwirkung der nationalstaatlichen Gerichte angewiesen und damit auf einen Dialog: „Rechtsformalismus – die Sprache des Rechts – sorgt für eine große Zugkraft des juristischen Dialogs zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten. Eine gemeinsame Sprache verbindet. Gleiches gilt für die Überzeugungskraft guter juristischer Argumentation, also eine inhaltliche, nicht rein formale Überzeugung. Nachweisen lässt sich die Richtigkeit dieser Überlegung anhand von Fällen, in denen der EuGH juristisch schlecht argumentierte oder die juristischen Sensibilitäten der mitgliedstaatlichen Gerichte verletzte. Die Folge war jedesmal ein Einbruch der Vorlagezahlen seitens der nationalen Gerichte.“⁵

Durch die neuen Urteile des EuGH zu einer an höchstrichterliche Entscheidungen anknüpfende Staatshaftung wurde dieses System weiterentwickelt, so dass die Struktur der Ko-Evolution von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht besser sichtbar wird. Im Urteil *Köbler* hat der EuGH zunächst entschieden, dass einem an obergerichtliche Urteile anknüpfenden Staatshaftungsanspruch nationale Richterprivilegien nicht entgegengehalten werden können. In der Entscheidung *Kommission/Italien* vom 09.12.2003 hat der EuGH festgestellt, Italien habe dadurch gegen seine Vertragspflichten verstoßen, dass es seine vom bloßen Wortlaut her richtlinienkonforme Regelung nicht geändert hat, obwohl die obersten Gerichte des Landes sie gemeinschaftsrechtswidrig auslegen. Diese Entscheidung thematisiert judikatives Unrecht als legislatives, so dass nicht vorgelegte höchstrichterliche Entscheidungen im Weg des Vertragsverletzungsverfahrens vom EuGH aufgegriffen werden können. Noch auffälliger ist allerdings, dass ein Gesetz erst im Licht seiner Auslegung als *vollständig* behandelt wird. Das verschiebt die Koordinaten der herkömmlichen Auffassung von Gewaltenteilung.

Im Urteil *Traghetti del Mediterraneo SpA/Italien* hat das Gericht diese Entwicklungslinie nun fortgesetzt. Nach italienischem Recht ist ein Staatshaftungsanspruch ausgeschlossen, wenn sich der Verstoß des Gerichts auf die Auslegung oder die Beweiswürdigung bezieht. Der EuGH hält diese Beschränkung im Rahmen eines gemeinschaftsrechtlich bestimmten Staatshaftungsanspruchs für unanwendbar und führt dazu aus: „Zum einen gehört nämlich die Auslegung von Rechtsvorschriften gerade zum Wesen der Rechtsprechungstätigkeit, da der Richter, um wel-

⁵ U. Haltern, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Verwaltungsarchiv 2005, S. 311 ff., S. 314 f.

chen Tätigkeitsbereich es auch immer gehen mag, wenn ihm voneinander abweichende oder einander widersprechende Ansichten vorgetragen werden, gewöhnlich die einschlägigen – nationalen und/oder gemeinschaftlichen – Rechtsvorschriften auslegen muss, um den ihm vorliegenden Rechtsstreit zu entscheiden.“⁶ Der EuGH akzentuiert hier einen grundlegenden Aspekt richterlichen Handelns: im Rechtsstreit kollidieren widersprechende Lesarten des Gesetzes miteinander, so dass eine Bewertung dieser Lesarten durch das Gericht erforderlich ist. Das Gesetz allein kann nicht entscheiden; es braucht den Richter, der die Verständnisvarianten des Gesetzes stabilisiert. Wenn dem so ist, kann es aber auch für die Frage, ob ein Staat seine Vertragspflichten gegenüber der Gemeinschaft erfüllt hat, nicht allein auf das Gesetz als Text ankommen – vielmehr muss man die Entscheidungspraxis der Gerichte mit einbeziehen. Daran schließt auch die weitere Argumentation des EuGH an: „Zum anderen lässt sich nicht ausschließen, dass es gerade bei der Ausübung einer solchen Auslegungstätigkeit zu einem offenkundigen Verstoß gegen das geltende Gemeinschaftsrecht kommt, etwa wenn der Richter einer materiellen oder verfahrensrechtlichen Gemeinschaftsbestimmung, insbesondere im Hinblick auf die jeweils einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes, eine offensichtlich falsche Bedeutung zumisst. (...)“⁷ Natürlich gilt der Grundsatz, dass die Lesart des Gesetzes erst von der Justiz stabilisiert wird, auch für das Gemeinschaftsrecht: „Ob ein offenkundiger Verstoß vorliegt, bemisst sich insbesondere nach einer Reihe von Kriterien wie dem Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, der Entschuldbarkeit des unterlaufenen Rechtsirrtums oder der Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG durch das in Rede stehende Gericht; ein solcher Verstoß wird jedenfalls angenommen, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt.“⁸ Auch das Gemeinschaftsrecht kann man nicht einfach anhand der vom Gesetzgeber produzierten Gesetzestexte festlegen, sondern muss im Rahmen einer Systematik zweiter Ordnung auch die entsprechenden Gerichtsentscheidungen heranziehen. Wenn das Gericht hier Normativität nicht als statische Eigenschaft von Texten betrachtet, sondern als dynamischen Vorgang, der vom Gesetzgeber begonnen und von den Gerichten vollendet wird, stellt dies eine Herausforderung nicht nur für die herkömmliche Rechtstheorie und Methodik, sondern auch für die traditionelle Lehre von der Gewaltenteilung dar.

⁶ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 13.06.2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA/Italien*, Rn. 34.

⁷ Ebd., Rn. 35.

⁸ Ebd., Rn. 43.

II. Das monologische Konzept der Auslegungsgrenze

Im Vorabentscheidungsverfahren geht es häufig um Fragen der Konformauslegung. Damit hatte die klassische Methodenlehre schon immer Schwierigkeiten, weil sie vertikal von der Rechtsquelle her denkt. Das Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht wird nun aber durch die Anwendungserlaubnis in der jeweiligen nationalen Verfassung und den Anwendungsbefehl des Art. 249 EG konstituiert. Diese Konfiguration erlaubt eine vom Gemeinschaftsrecht und vom nationalen Recht her beeinflusste Rechtserzeugung durch die Gerichte. Es geht also um die Vernetzung zweier autonomer Rechtsordnungen beim gemeinsam bestimmten Hervorbringen einer Entscheidung. Die in Hierarchien denkende Schuljurisprudenz hat mit eben dieser Vernetzung grundsätzliche Probleme. Geht man nämlich mit ihr davon aus, dass Gerichte Recht nicht erzeugen, sondern es nur anwenden, dann wird dieser Vorgang zum Mysterium. Das Recht müsste demnach schon an seiner Quelle bestimmt sein und würde vom Richter nur erkannt. Eine Koproduktion, bestimmt von zwei Rechtsordnungen, ist hier nicht denkbar; stattdessen kommt es zu einem Entweder/Oder der Auswahl zwischen den beiden regierenden Rechtsquellen. Damit verbindet sich ein verengtes Verständnis von Gewaltenteilung mit einer vertikalen Rechtsquellenlehre: das Gemeinschaftsrecht wird dem nationalen Recht so übergeordnet, dass es dieses schlicht verdrängt. Das Gemeinschaftsrecht würde somit andere als richtlinienkonforme Auslegungsergebnisse verbieten, unabhängig von der nationalen Methodenlehre und einer dort anerkannten Wortlautgrenze. Wenn man dagegen die herkömmliche Rechtsquellenhierarchie schon etwas modernisiert hat, kann man einen Spielraum des Anwenders zugeben; dann sind richtlinienkonforme Auslegungen nur insoweit geboten, als es im Rahmen der nationalen Methodenkultur und einer eventuellen Wortlautgrenze möglich erscheint.

Der EuGH hat nun die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung folgendermaßen formuliert: „Bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung (...) einer Richtlinie (...) erlassenen Gesetzes ist dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen (...), um das in Art. 249 Abs. 3 genannte Ziel zu erreichen.“⁹ Diese Formulierung wird von der Schuldoktrin so verstanden, eine richtlinienkonforme Auslegung sei nur dann möglich, wenn das nationale Recht einen ausschließlich nach nationalen Vorgaben bestimmten Beurteilungsspielraum enthält. Der EuGH scheint dagegen den

⁹ EuGH, Urteil vom 10.08.1994, Rs. 14/83, Slg. 1984, Rn. 26, von Colson und Kamann.

Kontext dieses Spielraums weiter zu fassen, weil er im Rahmen der Systematik auch die Vorgaben des Europarechts mit berücksichtigt. Damit stellt sich die prinzipielle Aufgabe, den Spielraum des Richters gegenüber dem Gesetz zu bestimmen und damit zugleich die Frage zu beantworten, was eine Entscheidung *contra legem* ist.

Eine Entscheidung ist *contra legem*, wenn sie gegen den Wortlaut des Gesetzes verstößt. Aber was heißt das? Nach der Auffassung des klassischen Positivismus war „der Wortlaut“ mit der Konkretisierungsleistung des grammatischen Elements gleichzusetzen. Eine Entscheidung ist demnach dann *contra legem* ergangen, wenn sie den aus der grammatischen Auslegung folgenden Spielraum überschreitet. Heute unterscheidet man dagegen zwischen dem Wortlaut als Anfang der Auslegung und dem Wortlaut als Grenze der Auslegung. Danach kann eine Lesart des Gesetzes nicht nur an der grammatischen Auslegung, sondern auch an anderen Elementen scheitern. Die Steuerungsleistung des Gesetzes ist damit größer geworden, für die Schuldoktrin aber noch nicht groß genug. Die Gewaltenteilung erfordert nach ihrer Meinung, dass das Gesetz dem Richter die Entscheidung vorgibt. Wenn man die Anzahl der Überprüfungsinstanzen erhöht, ist dieses Ziel aber immer noch nicht erreicht. Deswegen muss man unter der Hand den Maßstab austauschen und das Gesetz zur „Rechtsidee“ erweitern. Hinter dem Gesetz stehen demnach „Werte“. Erst als eine um die Rechtsidee zentrierte Werteinheit könne das Recht die einzelne Entscheidung steuern. Vermittelt werde diese Erkenntnis durch die Wissenschaft. Danach soll der Richter darauf beschränkt sein, bekanntzugeben, was im Gesetzesrecht schon entschieden ist. Die Jurisprudenz unterstützt ihn dabei, indem sie es ihm durch wissenschaftliche Erkenntnis möglich macht auszusprechen, was in den vom Text repräsentierten Werten schon immer enthalten war. Eine legitime interpretatorische Vielfalt ist in der Jurisprudenz in diesem Sinn ausgeschlossen, weil es für eine mechanische Auffassung der Gewaltenteilung immer nur *ein* Recht geben kann. Vordergründige Auslegungsdivergenzen werden durch gemeinsame Werterfahrungen vermeintlich überwunden.

Das Recht muss nach dieser einfachen Auffassung der Gewaltenteilung die Entscheidung des Richters determinieren können. Dadurch wird das Recht zum umfassenden Sozialmodell, welches eine Deduktion der Einzelentscheidung erlaubt. Um Rechtsanwendung durch den Richter klar von der Rechtserzeugung durch den Gesetzgeber abgrenzen zu können, legt man den aus der stratifizierten Gesellschaft übernommenen Holismus zu Grunde, der die Lösung jedes Einzelproblems vertikal von einer Sinnmitte her ableiten will. Dass man das Recht nicht einfach nach dem Schema der Inklusion des Einzelnen ins Ganze denken muss, sondern es auch nach dem Bild einer gegen den Horizont sichtbaren Gestalt denken

kann, kommt hier nicht in den Blick: „Die Schuljuristerei (ist) nicht bereit, sich auf rechtliche Zwischenwelten einzulassen. Nationalrechtliche oder völkerrechtliche Hierarchien mit ihrer Fiktion vertikal vor- und nachgeschalteter Rechtswelten werden um jeden Preis aufrechterhalten, alles andere (als juristisch irrelevant) übergangen.“¹⁰ Durch Ausblendung der Zwischenwelten entsteht eine festgefügte historische Interpretationsgemeinschaft, deren Homogenität durch grundlegende Werte gesichert ist und die so ihre Lesarten des Gesetzes stabilisieren kann. Auch wenn die Annahme einer solchen homogenen Wertgemeinschaft in einer pluralistischen Demokratie fragwürdig wird, will man sie als Fiktion für die Legitimität des Gesetzes aufrechterhalten. Es wird davor gewarnt, „den Schleier der Prätension des Rechts – Objektivität, Neutralität, Wissenschaftlichkeit usw. – durchstoßen (...), um die hinter dem Recht stehenden Interessen politischer, ökonomischer oder psychologischer Art freizulegen. (...) Selbstverständlich besetzen Gerichte strategische Positionen; ebenso selbstverständlich verhelfen sie Interessen zur Durchsetzung. Aber sie tun dies nach Maßgabe einer rechtlichen Grammatik, die eben dies ausblendet. Wenn die Rule of Law als Rule of Men erscheint, verliert sie sofort an Legitimität.“¹¹ Diese Kritik nimmt nur das häufige Unsichtbarmachen der wirklichen Entscheidung wahr und hält dies – im Einklang mit dem Ansatz des legal realism – für die notwendige Grammatik des Rechts. Man hält also weiterhin daran fest, dass Texte etwas ausdrücken, was hinter ihnen liegt und tauscht lediglich die verblassten Werte gegen die etwas handfesteren Interessen. Der Text ist aber weder Ausdruck von Interessen noch von Werten, sondern vor allem anderen Gegenstand der Lektüre. Lesen ist aber kein Rückgang in den Grund, seien dies Werte oder Interessen, sondern ein kreatives Unternehmen. Es wird dadurch riskant, dass es sich in die Vorgaben einer inferentiellen Semantik einordnen muss. Zwar wird das Risiko durch den Streit im Verfahren und die Verarbeitung von Argumenten in der Begründung des Richters etwas verkleinert, aber wegzaubern lässt es sich nicht. Das zeigt die sich an jedes Urteil anschließende Kritik. Praktische Juristen sind weniger naiv, als Theoretiker glauben wollen. Manchmal gelingt es tatsächlich, das Risiko einer bestimmten Lesart des Gesetzes unsichtbar zu machen; aber in der Regel wird die Gegenpartei dieses Problem nicht nur aufdecken, sondern es auch ausnutzen. Die Entscheidung muss also nicht ihren wirklichen Grund von Interessen hinter Werten verstecken. Einen „wirklichen Grund“ gibt es gar nicht; sondern Entscheiden ist ein

¹⁰ M. Amstutz, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: C. Joerges/G. Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht: Rechtfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, S. 213 ff., 223.

¹¹ Haltern (FN 5), S. 311 ff., 337 f.

notwendig offener und komplizierter Vorgang, der seine eigene Haltbarkeit pragmatisch erzeugen muss. Das Funktionieren des Rechtsdiskurses ist um vieles komplexer als das Repräsentationsmodell. Wenn man die Invisibilisierung zur Grammatik des Rechts macht, unterstellt man eine Montesquieu zu Unrecht unterschobene mechanische Auffassung der Gewaltenteilung.¹² Obwohl in vielen Entscheidungen Minderheitsvoten gang und gäbe sind, meint man, das Verständnis des Rechts an das Bewusstsein des Alltagskonsumenten binden zu müssen, dem man vorher durch begriffliche Entscheidung die Vernunft entzogen hat. Die Funktion der Gewaltenteilung stellt sich in der Praxis aber differenzierter dar. Gerade die Minderheitsvoten und die Debatten der Wissenschaft zeigen, dass man für eine stabile Lektüre nicht einen um die Rechtsidee zentrierten Wertekosmos als Grundlage des Gesetzes braucht. Auch Rechtskonsumenten können mit Vielfalt und Streit leben. Als vertikaler Holismus, der jede Entscheidung aus der Sinnmitte des Rechts deduzieren könne, erscheint das Justizsystem noch gelegentlich in Verabschiedungsreden für ausscheidende Gerichtspräsidenten. Außerhalb der Sonntagsrede weiß jeder Beteiligte, dass das Recht den Streit der Bürger nicht nur entscheidet, sondern dass es sich dabei auch verschiebt.¹³ Das erschwert zwar die Voraussehbarkeit der Entscheidung; aber es gibt sowohl dem Recht als auch allen, die es nachfragen, einen unverzichtbaren Gestaltungsspielraum.

III. Das dialogische Konzept der Auslegungsgrenze

Der schon klassische Streit in den textbezogenen Wissenschaften ging darum, ob Bezugspunkt und Grenze der Auslegung entweder in der Absicht des Autors oder in einer von dieser Absicht unabhängigen Aussage des Textes selbst gefunden werden müssen. Als Konvergenzpunkt so verschiedener Strömungen wie philosophischer Hermeneutik, literarischem New Criticism und linguistischem Strukturalismus hatte sich zu Beginn der 60er Jahre überwiegend die objektive Variante durchgesetzt.¹⁴ Erst auf der Basis dieser objektiven, von der Autorintention unabhängigen Verständnisweise des Textes als Sinneinheit, Sprachikone oder Struktur

¹² Vgl. dazu *R. Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986.

¹³ Vgl. *N. Luhmann*, Metamorphosen des Staates, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, 1999, S. 101 ff., S. 107 sowie *N. Werber*, Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht, in: U. Wirth (Hrsg.), Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, 2002, S. 366 ff., 381.

¹⁴ *S. Collini*, Die begrenzbar und die unbegrenzbar Interpretation, in: U. Eco, Zwischen Autor und Text, München 1994, S. 7 ff., 13 f.

konnte dann die Frage nach dem *aktiven Anteil* der Interpretation gestellt werden.¹⁵ Sie bedrohte die hermeneutische Sinneinheit des Textes mit der Arbeit der Dekonstruktion¹⁶, entzog der Sprachikone des New Criticism ihre Autonomie zugunsten der Erwartungssysteme des Lesers¹⁷ und stürzte als *pragmatische Wende* die statische Sprachstruktur des Strukturalismus in den Strom der Rede.¹⁸ Kurz: die Situation hat sich grundlegend geändert. Während Anfang der 60er Jahre für diejenigen eine schwere Begründungslast angenommen wurde, die eine aktive Rolle des Textrezipienten aufweisen wollten, hat heute der einen schwierigen Stand, wer eine Grenze der Auslegung geltend machen will.¹⁹

Die herkömmliche Auffassung einer Interpretationsgrenze der Rechtsarbeit wurde aus intrinsischen Eigenschaften des Textes abgeleitet. Damit verblieb man in der Vorstellung vom Text als einem Behälter, worin die Entscheidung des Rechtsfalls schon enthalten sei und nur noch ausgelegt werden müsse. Als Behälter fungierte dabei die Bedeutung des Textes, die in der Lage sei, der Rechtserkenntnis einen Gegenstand in Form einer Rechtsnorm vorzugeben. Ein solcher Gegenstand ist aber nicht auffindbar; daher wurde die Fiktion des Behälters immer mehr ausgedehnt. An die Stelle des einzelnen Normtextes traten die Rechtsordnung oder ihre Sinneinheit als Ganzes oder sogar die Gerechtigkeitsidee. Im Gegensatz zu diesem Rückzug (wissenschaftshistorisch: degenerative Problemverschiebung) kann eine Rechtserzeugungsreflexion die grundlegende Perspektive verändern: der „Gegenstand“ ist eine bloße Projektion des Lesers und genau um diesen Leser (Zeichenbenutzer, Richter, Rechtsarbeiter) als Achse ist die Analyse zu drehen. Die Gesetzesbindung ist dann nicht länger auf einen angeblich vorgegebenen Inhalt des Gesetzes bezogen, sondern wird im Prozess der *Herstellung* der Rechtsnorm verwirklicht. Die Projektion vorgeblich innerer Eigenschaften des Textes wird damit durch das Verständnis der Auslegungsgrenze als relationale Größe ersetzt. Gebunden ist der Richter zunächst an den vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext als Zeichenkette im Sinn seiner „Geltung“. Dessen für den Fall entscheidende *Bedeutung* muss er als „Normativität“ der Rechtsnorm erst herstellen. Aber dabei ist er nicht frei, sondern an die von den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung sanktionierten Standards einer Argumentationskultur gebunden.

¹⁵ U. Eco, *Die Grenzen der Interpretation*, München/Wien 1992, S. 71; knapper Überblick über die Kritik an der autorenbezogenen Bedeutungskonzeption bei T. Eagleton, *Einführung in die Literaturtheorie*, Stuttgart 1988, S. 32 ff.

¹⁶ Als einführenden Überblick ebd., S. 132 ff.

¹⁷ Vgl. zur Rolle des Lesers in der neueren Literaturtheorie ebd., S. 46–51, 132; J. Culler, *Dekonstruktion*, Reinbek 1988, S. 36 ff., 81–86.

¹⁸ Dazu Eco (FN 15), S. 350 ff.

¹⁹ Ebd., S. 22.

Die Grenze der Interpretation hat in der Jurisprudenz damit jeden fiktiven oder spekulativen Charakter verloren und wird zum Ernstfall der politischen Abgrenzung von individueller Freiheit und sozialer Gemeinschaft. Der Richter führt keine theoretisch-kognitive Rechtserkenntnis durch, er übt vielmehr praktische Gewalt aus. Diese Gewalt wird geteilt, erschwert und kontrolliert durch den Bezug zum Normtext und zu argumentativen Standards, den er in seiner Begründung plausibel darlegen muss.

Durch das gerichtliche Verfahren werden die Parteien zu einer Distanzierung von ihren Meinungen gezwungen, indem sie ihre Anträge begründen müssen. Mit der Formulierung der Schriftsätze, mit der Einschaltung eines professionellen Juristen wird die Rechtsmeinung bis zu einem gewissen Grad schon der Probe unterzogen, ob sie auch für sich betrachtet, unabhängig von der Person des Klägers oder des Beklagten, Bestand haben kann. Schon damit ist der erste Schritt vom Meinungskampf zum semantischen Kampf um Gesetzestexte vollzogen und es beginnt damit der Prozess der Argumentation. Diese Argumentation im Prozess hat, wenn man juristischer Erfahrung und philosophischer Analyse folgt, eine retroreflexive Struktur. Das heißt, der Begründungszusammenhang einer Rechtsmeinung wirkt auf die Voraussetzungen, die in diese Begründung eingehen, zurück. Es handelt sich hier um eine Rückkopplungsschleife, die sich aus der Dynamik der Argumentation ergibt. Weil der Prozess widerstreitende Rechtsmeinungen klärt und zur Entscheidung bringt, steht nicht von vornherein fest, welche Annahmen als sicher in Anspruch genommen werden können. Erst im semantischen Kampf oder Argumentationsprozess selbst, wenn die Geltung der zur Anspruchs begründung herangezogenen Rechtsmeinungen untersucht wird, kann die Bedeutung einzelner Elemente der Argumentation sichtbar werden. Diese entfaltet sich erst in der Beziehung des einzelnen Elements zu den anderen Elementen und wird vom Fortgang des Gesamtprozesses verändert. Der nächste Schritt kann dabei die vorherigen Schritte beeinflussen und zu ihrer Revision führen. Es wird also im Rechtsstreit die ursprüngliche Rechtsmeinung aufgrund der vorgebrachten Einwände und Widerlegungen beständig reformuliert, was wiederum zu einer Veränderung der Gegenargumente führen kann.

Dieser retroreflexive Prozess der Argumentation kann idealerweise so lange weitergehen, bis eine gültige Version der streitigen Rechtsmeinung erreicht ist. Dann müssen die Prozessbeteiligten eine entsprechende theoretische Basis verfügbar machen und alle Einwände ihres Prozessgegners ausräumen bzw. so reformulieren, dass sie in die Begründung der eigenen Rechtsmeinung integriert werden können. Mit diesem Status der Ein-

wandfreiheit ist im Ergebnis eine gültige These erreicht²⁰ bzw. der Streit der Rechtsmeinungen richtig entschieden.

Dieses Ergebnis muss in der Begründung des Urteils dargestellt werden. Die Begründung ist damit nicht an der Akzeptanz der Beteiligten orientiert, dem bloßen Meinungsstand. Sie ist vielmehr orientiert am Stand der Argumente, das heißt der Geltung. Geltung ist Einwandfreiheit. Wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig.

Der Transfer der gesetzlichen Legitimität auf das Urteil kann nur gelingen, wenn die vom Gericht gewählte Auslegungsvariante des Normtextes haltbar ist. Die Auslegungsvariante gibt dem Normtext seine Bedeutung und kann deswegen auch Rechtsnormhypothese genannt werden. Diese Rechtsnormhypothese wird überprüft an den Argumenten, die im Verfahren vorgebracht werden. Das Verfahren organisiert einen Konflikt, um der Begründung richterlicher Entscheidung einen Relevanzhorizont zu verschaffen, der gegebenenfalls im Rahmen der Amtsermittlung zu ergänzen ist, sodass er dem Niveau der wissenschaftlichen Diskussion genügt. Die Rechtsnormhypothese muss den Stand der Geltung erreichen. Das heißt, sie muss alle Gegenargumente entweder integrieren oder widerlegen. Dann ist dem Gesetz als Grenze Genüge getan. Der Rechtsstaat kann eine Grenze im Normtext nicht objektiv vorgeben. Aber er fordert von den Gerichten eine Praxis der Grenzziehung.

IV. Der gelungene Dialog im Staatshaftungsrecht

Man hat dem EuGH vorgeworfen, mit seiner Rechtsprechung zur Staatshaftung der Obergerichte vom anfänglichen Paradigma eines Dialogs zwischen Verfassungstraditionen zu einem neuen Modell vertikaler Kontrolle überzugehen.²¹ Ansatzpunkt dafür ist das Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Italien wegen einer höchstrichterlichen Entscheidung: „Wenn dem italienischen Parlament deshalb ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angelastet wird, weil es eine an sich neutrale, von den italienischen Gerichten aber gemeinschaftsrechtswidrig interpretierte Vorschrift des einfachen Rechts nicht geändert hat, beruht dieser Vorwurf auf einem großen Vertrauen in die Steuerungskraft von Gesetzen und die Eindeutigkeit von Sprache. Italien wird verurteilt, weil

²⁰ Vgl. zu diesem Kriterium der Geltung von Argumentation H. Wohlrapp, Die diskursive Tendenz, in: ders. (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. Stuttgart 1995, S. 395 ff., 400; sowie G. Lueke-Lueken, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: H. Wohlrapp (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. Stuttgart 1995, S. 358 ff., 378.

²¹ Haltern (FN 5), S. 311 ff., 327.

seine Legislative nicht dafür Sorge getragen hat, dass nur eine einzige (gemeinschaftsrechtskonforme) Auslegung dieser Norm möglich war.“²² Dem Urteil liegt eine vom Wortlaut her gemeinschaftsrechtskonforme Regelung der italienischen Legislative zu Grunde, die von den italienischen Obergerichten nicht konform angewandt wurde. Ein Vorlageverfahren hatte weder von den Obergerichten noch von den Untergerichten her stattgefunden. Ganz allgemein sind die Obergerichte mit Vorlagen beim EuGH denn auch eher zurückhaltend;²³ und einige dieser Gerichte halten sich selbst auch nicht für vorlageverpflichtet.²⁴ Daher fehlt es aus der Sicht des EuGH zunächst an den Gegebenheiten für einen juristischen Dialog; und das Gericht versucht, diese Voraussetzungen über den mittelbaren Hebel des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Italien herzustellen. Deswegen erscheint hier gerichtliches Unrecht als gesetzgeberisches Unrecht. Der EuGH rügt Italien dafür, auf eine stabile gemeinschaftsrechtswidrige Judikatur hin seine Gesetze nicht geändert zu haben. Diesen Vorwurf kann man verschieden lesen. Zunächst könnte man ihn so verstehen, dass der EuGH hier anerkennt, dass das Gesetz mehr als ein Text ist und dass die Bedeutung dieses Textes durch eine inferentielle Semantik erst im Weg seiner Anwendung entsteht. Diese Lesart wird aber verschwiegen und stattdessen eine andere einfach vorausgesetzt: „Die Prämisse dieser Entscheidung liegt in einem für überwunden geglaubten positivistischen Gesetzesverständnis, das dem Gesetz die auf Konditionalprogrammierung beruhende Verhaltenssteuerung nach physikalisch-kausalem Muster zumuten will. Dem entspricht die Vorstellung von einem strengen, hierarchisch durchgreifenden Vollzug; der Subsumtionsvorgang ist dann kein kreativer Anwendungsprozess, sondern Rich-

²² Ebd., S. 311 ff., 330.

²³ Vgl. zur Statistik *K. J. Alter*, Establishing the Supremacy of European Law, 2001, S. 69 sowie *Halter* (FN 5), S. 311 ff., 329, FN 59.

²⁴ Corte costituzionale, Urteil vom 15.12.1995, no. 536, Rac. o ff. corte cost. V.118, 1995, S. 729; Højesteret (dänischer oberster Gerichtshof), Entscheidung vom 6.4.1998, Carlsen u. a./Rasmussen, I 361/1997, UfR 1998, S. 800; dt. Übers. in Europäische Grundrechte Zeitschrift 1999, S. 49; Cour d'arbitrage (Belgien), Entscheidung 12/94 vom 3.2.1994, Moniteur Belge 11.3.1994, 6137-47 (Ecole européenne, Schulgebühren an europäischen Schulen); Tribunal Constitucional (Spanien), Maastricht-Gutachten vom 1.7.1992, Erklärung 108/1992, Revista de Instituciones Europeas 1992, 633; dt. Übers. in Europäische Grundrechte Zeitschrift 1993, S. 285. Weiter zu beachten sind Irlands Supreme Court (SC SPUC Ireland Ltd. v. Grogan, [1989] OR 753), Griechenlands Staatsrat (Nr. 3457/98, Katsarou/DI.K.A.T.S.A.), als Sonderfall Frankreichs Conseil d'Etat (CE 9.1.1970, Sieur Cohn-Bendit. Rec. S. 15; SE Ass. 22.12.78, Ministre de l'Intérieur c. Sieur Cohn-Bendit, Rec. S. 524; Schlussfolgerungen *Genevois*, RTDE 1979, S. 157 [dt. Übers. Europarecht 1979, S. 292]). Schweden, EG och grundlagarna - sammanställning av remissyttranden över betänkanden SOU 1993; 14 och departementspromemorian Ds 1993:36, Ds 1993:71) und Österreich (Erläuterungen zur Regierungsvorlage über das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, 1546 BlgNR 18. GP).

ter und Beamte erscheinen als einfache Vollzugsorgane. Hier zeigt sich eine Genauigkeitserwartung von gesetzlichen Programmen, die allgemeine Normierungen nicht bieten können. Kein Parlament der Welt kann Gesetze erlassen, die den Gerichten ihren Auslegungs- und Konkretisierungsspielraum nehmen.²⁵ Lassen wir einmal außer Acht, dass Subsumtion nicht kreativ sein kann, weil sie sonst keine mehr ist. Davon abgesehen, ist diese Kritik am Gesetzesbegriff des 19. Jahrhunderts überzeugend. Die Prämissen des alten Gesetzespositivismus sind sicherlich nicht zu halten. Das ist zwar noch nicht ins Alltagsbewusstsein vorgedrungen, aber unterdessen allen Interessierten klar. Kann man dem EuGH so viel Naivität unterstellen, dass er dies übersieht?

Eine solche Annahme scheitert sofort, wenn man den Zusammenhang beachtet. In seinen Entscheidungen zum Staatshaftungsanspruch bei höchstrichterlichen Entscheidungen hat der EuGH immer wieder betont, dass man hier mit dem mechanistisch verkürzten Schema von Gewaltenteilung nicht zurecht kommt: „Seine (des nationalen Gerichts) Position ist umso strategischer, als es das Zusammenspiel seines innerstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen und daraus die gebotenen Konsequenzen zu ziehen hat. Somit ist es nicht mehr unbeding, wie Montesquieu es einst ausgedrückt hat, das Sprachrohr des Gesetzes.“²⁶ Naiv ist der EuGH also nicht. Er sieht vielmehr realistisch, dass das Gesetz seine Bedeutung erst in der Anwendung gewinnt.

Die Position des EuGH ist also erheblich komplexer und kann mit den herkömmlichen Vorstellungen nicht eingeholt werden. Das Gericht sieht deutlich, dass man Rechtsprechung und Rechtsetzung nicht schematisch trennen kann. Sobald Recht geschrieben ist,²⁷ entsteht eine Komplexität, die mit linearer Rückkopplung nicht bewältigt werden kann. Mit der Schriftlichkeit wird der Unterschied von Zeichenkette und Sinn, von Text und Interpretation erzeugt.²⁸ Deswegen kann der Richter kein Subsumtionsautomat sein. Das ist mittlerweile fast unstrittig. Aber er kann die Einheit des Rechts auch nicht durch „Werte“schau herstellen, weil dem Recht ein Sinnzentrum fehlt, von dem aus es beherrscht werden könnte. Denkbar ist nur, dass in der Anwendung des Gesetzes eine pragmatische Kohärenz entsteht. Eine *pragmatische* Größe ist als Gewissheitsinstanz nur nachträglich und nicht *ex ante* zugänglich. Das ist der Gedanke des in der analytischen Philosophie entwickelten horizontalen

²⁵ Haltern (FN 5), S. 311 ff., 330 f.

²⁶ Generalanwalt Léger, in EuGH-Urteil zu Köbler, Rn. 59.

²⁷ Vgl. dazu M. T. Fögen, Römische Rechtsgeschichten: Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, 2002, S. 82.

²⁸ Vgl. N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, S. 289.

Holismus. Das Gesetz ist in der Praxis nur als offene und inhomogene Kette seiner Anwendungen zu beobachten. Anwendung und Erzeugung des Rechts können nicht voneinander getrennt werden. Zwar will sich jeder Richter in die Kette der Vorentscheidungen einschreiben und mit seiner Entscheidung selbst zum Autor eines Präjudizes werden. Aber er überblickt diese Kette nicht vollständig. Deswegen sollte man die konventionelle mechanische Sicht der Gewaltenteilung komplizieren: Der Richter hat bei seinem Ansetzen zur Entscheidung vom einschlägigen Gesetz als Text auszugehen. Er darf seine Entscheidungsprämisse also nicht frei wählen. Zudem vollzieht er diesen „Sprung“ im Rahmen einer vom Fachpublikum und von anderen Gerichten kontrollierten inferentiellen Semantik. Das heißt, er springt längs einer Kette von Vorentscheidungen. Das ist deutlich weniger als Determination durch den Gesetzgeber, doch um vieles mehr als bloße Willkür.

Im Europarecht wird dieser Mechanismus noch dadurch kompliziert, dass hier unterschiedliche Rechtsordnungen versuchen, auf pragmatischer Ebene normative Kompatibilität zu erzielen. Das setzt auf beiden Seiten Dialogbereitschaft voraus, so dass der EuGH im Zusammenhang von Vorabentscheidungen und seiner Staatshaftungsjudikatur darum bemüht ist, alle Anklänge von Zwang und Hierarchie zu vermeiden: „Es wäre jedoch übertrieben, daraus zu schließen, dass dies dazu führen würde, einen Superrechtsbehelf zu schaffen, das heißt den Gerichtshof zur Superrevisionsinstanz zu erheben (...). Ich sehe in einem derartigen Vorabentscheidungsersuchen nichts anderes als den Ausdruck eines Instruments der gerichtlichen Zusammenarbeit, das auf dem Gedanken des Dialogs und des gegenseitigen Vertrauens zweier Gerichte beruht.“²⁹ Dabei vergisst das Gericht nicht, auch den Untergerichten gegenüber dem Druck der nationalen Oberinstanzen den Rücken zu stärken: „Diese Rechtsprechung hat in großem Maß dazu beigetragen, das Amt des Richters aufzuwerten und seine Autorität innerhalb des Staates zu stärken, in einigen nationalen Rechtssystemen um den Preis von Fortentwicklungen verfassungsrechtlicher Art. Gleichzeitig bedeutet sie für ihn, dass er sich an ein erweitertes und wegen der Schwierigkeiten, die das Zusammenspiel des innerstaatlichen Rechts und des Gemeinschaftsrechts aufwerfen kann, kompliziertes rechtliches Umfeld anpassen muss.“³⁰ Die genannten Fortentwicklungen verfassungsrechtlicher Art liegen natürlich in dem Umstand, dass hier Kompetenzen von nationalen auf europäische Instanzen verlagert werden. Aber wenn Rechtssysteme unterschiedlicher

²⁹ GA Léger, in: EuGH, Urteil vom 09.12.2003, Rs. C-129/00 (Kommission/Italienische Republik), Rn. 112.

³⁰ EuGH, Urteil vom 09.12.2003, Rs. C-129/00 (Kommission/Italienische Republik), Rn. 60.

Herkunft parallel interagieren, ohne dass eine zentrale Sinninstanz das von vornherein stabilisieren könnte, wird die Frage, was eine *contra legem*-Entscheidung ist, noch schwieriger zu beantworten sein. Denn man kann als Kontext und Maßstab nicht allein nationale Texte und Methodik heranziehen kann. Aber solange die Frage, ob eine bestimmte Entscheidung Geltung erreicht hat oder *contra legem* ergangen ist, noch gestellt wird, bildet sich genau in diesem Vorgang der Rechtserzeugungsreflexion eine europäische Methodik als Treffpunkt der nationalen Differenzen heraus.

V. Die gemeinschaftskonforme Auslegung des Staatshaftungsrecht

Die deutschen Gerichte gingen davon aus, dass das Richterspruchprivileg auch bei gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftung angewendet werden müsse, da es aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen der Unabhängigkeit der Gerichte unverzichtbar sei.³¹

Alle Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten kennen im Grundsatz eine Haftung für judikatives Unrecht.³² Unterschiedlich gehandhabt wird hingegen die Begrenzung dieser Haftung. Während die deutsche Rechtsordnung eine Haftung nur in strafrechtlich relevanten Fällen zulässt, tritt ein Fall der Staatshaftung in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich allein dann ein, wenn das Gericht mit seiner Entscheidung gegen Art. 5 bzw. 6 EMRK verstößt.³³ Eine andere Haftungsbegrenzung dahingehend, dass letztinstanzliche Gerichte von der Haftung ausgenommen bleiben sollen, sehen die einschlägigen Bestimmungen in Österreich und Schweden vor;³⁴ das französische und das italienische Recht kennen eine Haftung für richterliches Unrecht nur bei grobem Verschulden oder Rechtsverweigerung.³⁵ Auch die übrigen Mitgliedstaat

³¹ S. *Detterbeck/K. Windthorst/H.-D. Sproll*, Staatshaftungsrecht, 1. Auflage, 2000, § 6, Rn. 66; *Ch. Henrichs*, Haftung der EG-Mitgliedstaaten für Verletzung von Gemeinschaftsrecht, 1. Auflage, 1995, S. 146; *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, 1998, S. 514.

³² GA Léger, Schlussanträge, in: EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 77.

³³ Vgl. GA Léger, Schlussanträge, in: EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 79. Einen vertiefenden Überblick enthält die Darstellung von *A. Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 1. Auflage, 2006, S. 102 ff.

³⁴ Vgl. GA Léger, Schlussanträge, in: EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 81; *G. Jaenicke*, „Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Bundesrepublik Deutschland“, in: H. Mosler, Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Internationales Colloquium, veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht –, 1. Auflage, 1967, S. 128 ff.

³⁵ Vgl. *B. Wegener*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte, in: *Europarecht 2002*, S. 784, 790; *Haltern* (FN 5), S. 311 ff., 321.

ten haben vergleichbare Institute.³⁶ Eine Haftungsbegrenzung für richterliches Unrecht ist somit allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft bekannt, so dass es sich bei der Begrenzung um einen der allgemeinen Grundsätze im Sinn des Art. 288 II EG handelt. Die vom EuGH abschließend geregelten Haftungsvoraussetzungen müssten demnach geeignet sein, dem Sinn und Zweck dieses Rechtsgedankens gerecht zu werden. Die grundlegende Bedeutung der Haftungsbeschränkung besteht zunächst darin, dass im Dienst der Rechtssicherheit die Rechtskraft einer Entscheidung gestärkt wird.³⁷ Die vom EuGH formulierten Haftungsvoraussetzungen müssen, dem Rechtsgedanken des Art. 288 II EG entsprechend, diesen Anforderungen gerecht werden.

Auch der EuGH hat die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtskraft nicht bestritten, sondern vielmehr auf dessen grundlegende Bedeutung hingewiesen.³⁸ Durch die Rechtskraft sollen unanfechtbar gewordene Urteile nicht mehr zur Disposition gestellt werden können.³⁹ Von der Rechtskraft einer Entscheidung wird allerdings regelmäßig nur der Streitgegenstand umfasst.⁴⁰ Dieser wird im formellen Sinn durch Antrag und Lebenssachverhalt bestimmt. Daher ist die Rechtskraft der fehlerhaften Entscheidung, welche die Schadensersatzpflicht eines Mitgliedstaates auslöst, im Sinn des formellen Streitgegenstandsbegriffs nicht von einer erneuten Überprüfung im Rahmen eines Staatshaftungsprozesses betroffen.⁴¹ Die fehlerhafte Entscheidung des gemeinschaftswidrig handelnden Organs bliebe also bestehen, lediglich der daraus entstandene Schaden würde kompensiert. Allerdings soll durch die Rechtskraft auch Rechtsfrieden geschaffen werden. Sie dient dem Zweck, eine Situation zu verhindern, in der ein erstinstanzliches Gericht eine Entscheidung eines

³⁶ Vgl. Stellungnahme der EG-Kommission in EuGH Slg. 2003, I-10239 „Köbler“ Rn. 19; Nachweise bei *Wegener* (FN 35), S. 784, 791, FN 28–36.

³⁷ *H. J. Papier*, § 839, Rn. 323, in: *K. Rebmann/F. Säcker/R. Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705–853, 4. Auflage, 2004; *Ossenbühl* (FN 31), S. 514; *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, 2009, § 839 Rn. 63; *Gromitsaris* (FN 33), S. 102; *Ch. Tombrink*, „Der Richter und sein Richter“ – Fragen der Amtshaftung für richterliche Entscheidungen, in: *Deutsche Richterzeitung* 2002, S. 296 ff., 297.

³⁸ EuGH, Slg. 1999, I-3055 „Eco Swiss“, Rn. 46.

³⁹ EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 38; *Ossenbühl* (FN 31), S. 514; *S. Storr*, Abschied vom Richterspruchprivileg?, in: *Die öffentliche Verwaltung* 2004, S. 545.

⁴⁰ *K. Koenig/H. Krämer*, Einführung in das EG-Prozessrecht, 1. Auflage, 1997, Rn. 499.

⁴¹ EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 39; *B. Schönendorf-Haubold*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte, in: *Juristische Schulung* 2006, S. 112 ff., 114.

letztinstanzlichen Gerichts inhaltlich überprüfen kann.⁴² Das Überprüfen einer richterlichen Entscheidung im Rahmen eines Staatshaftungsprozesses würde sonst dazu führen, dass sich der Instanzenzug faktisch verdoppelt. Im Interesse des Rechtsfriedens soll jedoch so schnell wie möglich eine Entscheidung getroffen werden, die weitere Prozesse verhindert. In der Bundesrepublik Deutschland entstünde zudem eine Situation, in der das nach § 71 II Nr. 2 GVG für Staatshaftung zuständige Landgericht als erste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder Sozialgerichtsbarkeit inhaltlich anhand des Gemeinschaftsrechts überprüfen müsste.⁴³ Der Grundsatz der Trennung der deutschen Gerichtsbarkeit in sachnahe Teilgerichtsbarkeiten – der auch in den anderen Mitgliedstaaten in ähnlicher Form gilt – wäre somit durchbrochen. Der BGH würde eventuell zum Richter über die anderen Bundesgerichte. Zwischen den obersten Bundesgerichten besteht nach Art. 95 I GG allerdings kein Rangverhältnis. Als Instanz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist nur gemäß Art. 95 III GG ein gemeinsamer Senat der obersten Bundesgerichte zu bilden, aber auch innerhalb dieses gemeinsamen Gremiums besteht Gleichordnung.⁴⁴

In dieser Hinsicht handelt es sich aber um ein verfahrensrechtliches Problem, das bei der Beurteilung der europarechtlichen Lage außer Betracht zu bleiben hat. Die nähere Ausgestaltung des Verfahrens, in dem der Einzelne Schadensersatz verlangen kann, ist nämlich den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überantwortet.⁴⁵ Es wäre also durchaus möglich, im innerstaatlichen Recht eine Instanz zu schaffen, die abschließend über die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen eines Gemeinschaftsrechtsverstoßes durch ein mitgliedstaatliches Gericht urteilt.

Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die Gerichte, die über die Frage der Haftung zu entscheiden haben, die Möglichkeit besitzen, ihrerseits ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 III EG durchzuführen. Bei der Frage, über die der EuGH in diesem Verfahren zu entscheiden hat, wird es sich jedoch regelmäßig um das Problem handeln, dessen Vorlage an den EuGH das gemeinschaftsrechtswidrig handelnde letztinstanzliche Gericht im vorherigen Verfahren versäumt hat. Zwar würde diese erneute Überprüfung dazu führen, dass das eigentlich in letzter Instanz zuständige Gericht seiner Letztinstanzlichkeit beraubt würde;⁴⁶

⁴² Ebd., S. 112 ff., 114; *Wegener* (FN 35), S. 784 ff., 795.

⁴³ *Ossenbühl* (FN 31), S. 514.

⁴⁴ Vgl. *I. v. Münch/Ph. Kunig*, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 5. Auflage, 2003, Art. 95, Rn. 12.

⁴⁵ EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 44.

⁴⁶ *Schöndorf-Haubold* (FN 41), S. 112 ff., 114; *Storr* (FN 39), S. 545 ff., 549.

allerdings hätte dieses Gericht einer Haftung dadurch entgehen können, der objektiv bestehenden Vorlageverpflichtung nachzukommen, wobei der Sinn der Vorlagepflicht gerade in einer Verbesserung der Koordination zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH liegt.⁴⁷

Eine Bestätigung für die Linie des EuGH ergibt sich auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. So kann nach Art. 41 EMRK eine Schadensersatzverpflichtung eines Staates im Europarat entstehen, selbst wenn der verpflichtende Umstand in der Entscheidung eines Gerichts besteht.⁴⁸ Gemäß Art. 46 I EMRK sind die Konventionsstaaten verpflichtet die Urteile zu befolgen. Dass eine Verletzung der EMRK oder der dazu gehörigen Protokolle vorliege, stellt der EGMR jedoch lediglich fest. Eine Aufhebung des innerstaatlichen Rechtsaktes fällt nicht in seine Zuständigkeit.⁴⁹ Der EGMR ist somit darauf beschränkt, dem Verletzten eine angemessene Entschädigung zuzusprechen, die dem Zweck dient, diesen so zu stellen, wie er im Fall des Unterbleibens der Konventionsverletzung stünde.⁵⁰ Die Entscheidung des Gerichts, die einen Konventionsverstoß darstellt, bleibt hingegen unberührt. Fraglich ist allerdings, ob sich dieses Ergebnis auf die Gemeinschaftsrechtsordnung übertragen lässt. Die EMRK hat sich zwar mittlerweile aus ihrem rein völkerrechtlichen Kontext emanzipiert, hat aber anders als die Gemeinschaftsrechtsordnung keinen Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht.⁵¹ Die Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft ist aber als supranationale Rechtsordnung gegenüber der Rechtsordnung der EMRK ein Plus. Wenn schon im Völkerrecht eine Haftung des Staates für judikatives Unrecht ohne Beeinträchtigung der Rechtskraft möglich ist, ist dies noch mehr im supranationalen Recht der Fall. Die Rechtskraft ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt nicht beeinträchtigt. Ob die *Erweiterung des Rechtsweges durch die Staatshaftungsdoktrin des EuGH* tatsächlich als Bekräftigung der Qualität der nationalstaatlichen Rechtsordnungen angesehen kann,⁵² mag dahingestellt bleiben. Die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung wird jedenfalls nicht in Frage gestellt.

⁴⁷ M. Kenntner; Ein Dreizack für die offene Flanke: Die neue EuGH-Rechtsprechung zur judikativen Gemeinschaftsrechtsverletzung, in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 235 ff., 237; L. Radermacher; Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung für höchstrichterliche Entscheidungen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, S. 1415 ff., 1417; Storr (FN 39), S. 545 ff., 547.

⁴⁸ Vgl. nur EGMR Rs. 59320/00 „Caroline von Hannover“, Rs. 36677/97 „Jacques Dangeville“; Haltern (FN 5), S. 311 ff., 341.

⁴⁹ C. Grabenwarter; Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, 2005, § 16 Rn. 3.

⁵⁰ Ebd., § 15 Rn. 4.

⁵¹ Ebd., § 3 Rn. 1.

⁵² So EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“ Rn. 43.

Allerdings könnte die *richterliche Unabhängigkeit* von der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsdoktrin beeinträchtigt sein. Die richterliche Unabhängigkeit wird in Deutschland von Art. 97 I GG geschützt. Ähnliche Vorschriften sind auch in den Verfassungen anderer Mitgliedstaaten vorhanden.⁵³ Die richterliche Unabhängigkeit gewährleistet, dass der Richter bei jedem Akt der rechtsprechenden Tätigkeit rechtlich und tatsächlich vor gesetzlich nicht angeordneten Einwirkungen anderer staatlicher Amtswalter oder vor Dritten geschützt wird; sowie den Grundsatz, dass ein Richter lediglich an das Gesetz gebunden ist.⁵⁴ Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft stellt jedoch geltendes Recht in diesem Sinn dar, das zu respektieren ist. Insoweit bildet die Haftungsdoktrin des EuGH keine Einschränkung. Allerdings könnte durch den Grundsatz der Haftung eine Einwirkung in dem Sinn vorliegen, dass ein Richter durch drohende Schadensersatzverpflichtungen in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird. Die Haftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht ist aber keine persönliche Haftung des Richters, sondern eine, die den jeweiligen Mitgliedstaat trifft.⁵⁵ Da sich die Haftung zudem auf Verstöße gegen Normen beschränkt, die dem Einzelnen Rechte verleihen sollen, stellt sich primär der Effekt einer Verbesserung des Individualrechtsschutzes ein und nicht der einer allgemeinen Legalitätskontrolle.⁵⁶ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass auch nach der Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Merkmals des hinreichend qualifizierten Verstoßes die Besonderheiten der richterlichen Funktion und der Belange der Rechtssicherheit Beachtung finden. Die Haftung soll danach auch im Interesse einer vertraulichen Zusammenarbeit zwischen EuGH und den letztinstanzlichen Gerichten der Mitgliedstaaten die Ausnahme bleiben.⁵⁷ Auch hier lässt sich wieder eine Parallele zu Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ziehen. Die Konventionsstaaten sind nach Art. 46 I EMRK verpflichtet die Urteile des Gerichtshofes zu befolgen. Sollte der EMGR dem Einzelnen

⁵³ M. Nettlesheim, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das deutsche Staatshaftungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung 1992, S. 999 ff., 1003; vgl. Art. 64 LA CONSTITUTION FRANÇAISE de 1958; Art. 104 Costituzione della Repubblica Italiana; Art. 87 I Österreichisches Bundesverfassungsgesetz.

⁵⁴ H. Jarras/B. Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, 2006, Art. 97, Rn. 3 ff.; Münch/Kunig (FN 44), Art. 97, Rn. 1.

⁵⁵ EuGH, Slg. 2003, I-10239 „Köbler“ Rn. 42; Wegener (FN 35), S. 784 ff., 788.

⁵⁶ A. v. Bogdandy, in: E. Grabitz/M. Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 2005, Art. 288 EG, Rn. 130.

⁵⁷ EuGH Slg. 2003, I-10239 „Köbler“ Rn. 53; W. Kluth, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen – Schlussstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2004, S. 393 ff., 402; H. Krieger, Haftung des nationalen Richters für Verletzung des Gemeinschaftsrechts – Das Urteil Köbler des EuGH, in: Juristische Schulung 2004, S. 855 ff., 857.

für eine Verletzung der EMRK oder der dazu gehörigen Protokolle eine Entschädigung nach Art. 41 EMRK zusprechen, hat der Mitgliedstaat der Konvention die Wiedergutmachung zu leisten.⁵⁸ Auch hier kommt es nicht zu einer Haftung des einzelnen Richters. Seine Unabhängigkeit bleibt unberührt. Das muss umso mehr im Recht der Europäischen Gemeinschaft gelten. Die richterliche Unabhängigkeit wird somit ebenfalls nicht durch die Haftung für judikatives Unrecht beeinträchtigt.

Indem der EuGH das Erfordernis eines hinreichend qualifizierten Verstoßes unter Berücksichtigung der Besonderheiten der richterlichen Funktion und der Belange der Rechtssicherheit als Eingrenzung der Staatshaftung postuliert, beeinträchtigt seine Haftungsdoktrin nicht den Grundsatz einer eingeschränkten Haftung für richterliches Unrecht, der den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam ist.

Die Schutzgüter des Richterprivilegs werden also auch bei Berücksichtigung der Wertungen des Art. 288 II nicht beeinträchtigt. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze können damit als Haftungsausschluss außer Betracht bleiben.

Die rechtsvergleichende Auslegung des EuGH ist damit, gemessen an der Systematik und dem Zwecken der Verträge, legitim.

Auf die erstrangige Bedeutung des Grundsatzes der vollen Wirksamkeit wurde hier bereits hingewiesen. Diesem Grundsatz entsprechend darf der einzelne Mitgliedstaat zwar weitere Voraussetzungen für eine Haftung aufstellen; die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen dürfen jedoch nicht so ausgestaltet sein, dass sie das Erlangen der Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.⁵⁹ Sollte § 839 II 1 auch im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung Anwendung finden, wäre eine Haftung jedoch der absolute Ausnahmefall. Zudem würde § 839 II 1 BGB für die Haftung eines Mitgliedstaates wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch ein Gericht durch das zusätzliche Erfordernis eines Straftatbestandes dadurch erschwert, dass über das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes hinaus eine zusätzliche Haftungsvoraussetzung im deutschen Recht aufgestellt werden würde. Die vom EuGH formulierten Haftungsvoraussetzungen der Verletzung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm, die dem Einzelnen Rechte verleiht, der hinreichend qualifizierte Verstoß sowie der unmittelbare Kausalzusammenhang sind je-

⁵⁸ Grabenwarter (FN 49), § 16, Rn. 8.

⁵⁹ EuGH, Slg. 1991, I-5357 „Francovich“ Rn. 41 ff.; Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 58.

doch ausreichend, um einen Entschädigungsanspruch zu begründen.⁶⁰ In neuester Rechtsprechung hat der EuGH zudem entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, welche die Haftung auf Fälle von Vorsatz oder grob fehlerhaftem Verhalten des Richters begrenzen; und zwar sofern diese Begrenzung dazu führt, dass die Haftung des betreffenden Mitgliedstaates in weiteren Fällen ausgeschlossen ist, in denen eine offenkundiger Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht begangen wurde.⁶¹ Wenn jedoch bereits eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobes Fehlverhalten unzulässig ist, muss noch mehr eine Privilegierung im Sinn des § 839 II 1 BGB unzulässig sein. Außerdem könnte der deutsche Gesetzgeber durch einfache Änderung des StGB und eine damit verbundene Einschränkung der einschlägigen Straftatbestände nahezu jegliche Haftung für richterliches Unrecht ausschließen. Die Haftungsvoraussetzungen sind daher abschließend durch den EuGH formuliert, nur eine Schadensersatzverpflichtung unter weniger strengen Voraussetzungen ist zulässig. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH sowie gemäß dem Grundsatz der vollen Wirksamkeit muss § 839 II 1 BGB daher unangewendet bleiben.

VI. Der fehlende Dialog bei der rahmenbeschlusskonformen Auslegung

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl⁶² das deutsche Ausführungsgesetz zwar nur wegen Verstößen des nationalen Gesetzgebers gegen die Verfassung aufgehoben; es hat dabei aber klargestellt, dass es sich im Bereich der so genannten dritten Säule auch zur Überprüfung europäischer Rechtsakte für befugt hält. Es begründet seine Position mit dem Charakter der dritten Säule als intergouvernementales Recht, das noch nicht vergemeinschaftet sei, und ferner mit der fehlenden Prüfungscompetenz des EuGH. Damit hat das Bundesverfassungsgericht den offenen Konflikt mit dem EuGH vermieden und gleichzeitig seine Vorbehalte deutlich formuliert. Der EuGH hat nun die Austragung dieses Konflikts mit den nationalen Verfassungsgerichten beschleunigt. Mit dem Urteil „Pupino“⁶³ hat er zu der Frage

⁶⁰ EuGH, Slg. 1996, I-1029 „Brasserie du Pêcheur/Factortame III“, Rn. 66; Slg. 2003, I-10239 „Köbler“, Rn. 57; Rs. 173/03 „Traghetti del Mediterraneo“ Rn. 45.

⁶¹ EuGH, Rs. 173/03 „Traghetti del Mediterraneo“ Rn. 46.

⁶² BVerfG Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 2289 ff. Auch das polnische Verfassungsgericht hat die Regelung des europäischen Haftbefehls aufgehoben. Vgl. Ur. v. 27.04.2005, Pressemitteilung über <http://www.trybunal.gov.pl/enk/index.htm>.

⁶³ EuGH Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 2839 ff. = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 433 ff.

von Wirkung und Vorrang europäischer Rahmenbeschlüsse im nationalen Recht Stellung genommen. Diese spezielle Handlungsform gehört nicht zum Sekundärrecht der Gemeinschaft, sondern ist Teil der gemeinsamen Rechts- und Innenpolitik der Gemeinschaftsstaaten, welche als „Dritte Säule“ bezeichnet wird. Nach Art. 34 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe b EU kann der Rat einstimmig Rahmenbeschlüsse erlassen, die hinsichtlich des Zieles verbindlich, aber nicht unmittelbar wirksam sind. Darin liegt der Unterschied zu Art. 249 Abs. 3 EG. Nach Art. 35 EU ist ein Vorabentscheidungsverfahren eingerichtet, wonach der EuGH über Gültigkeit und Auslegung eines Rahmenbeschlusses entscheiden kann. Die Ablehnung der unmittelbaren Wirkung bei gleichzeitiger Einrichtung dieses Verfahrens macht die Position des EU auf den ersten Blick widersprüchlich. Bei genauer Betrachtung zeigt sich aber, dass diese Vorgabe der bisherigen Entwicklung des Gemeinschaftsrechts entspricht. Durch allmähliche Aushandlungsprozesse soll der Vorgang der Vergemeinschaftung im juristischen Dialog mit der nationalen Gerichtsbarkeit vollzogen werden. Wenn ein Vorabentscheidungsverfahren existiert, dann kann man daraus ableiten, dass das nationale Recht rahmenbeschlusskonform auszulegen ist. Zwar fehlt im Unionsrecht die gemeinschaftstreue Klausel des Art. 10 EG, aber Art. 1 Abs. 3 EU statuiert den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Der EuGH hat sich dies zunutze gemacht, um mit dem teleologischen Argument der praktischen Wirksamkeit den zwingenden Charakter der Rahmenbeschlüsse zu begründen. Die Schranke seiner Argumentation liegt darin, dass er den von Art. 249 Abs. 3 EG abweichenden Wortlaut des Art. 34 EU überhaupt nicht diskutiert.⁶⁴ Solange die an den Wortlaut anknüpfenden Gegenargumente noch nicht widerlegt oder integriert sind, kann man der Position des EuGH keine argumentative Geltung zusprechen. Die „Verwirklichung einer immer enger werdenden Gemeinschaft“ kann nicht zum großen Signifikanten werden, der alle kleinen Differenzen begräbt. Das Wortlautargument muss auch maßgebliche Bedeutung haben, soweit versucht wird, das vom EuGH gefundene Ergebnis über völkerrechtliche Begründungen zu legitimieren. Der Rückgriff auf eine aus dem völkerrechtlichen Frustrationsverbot abgeleitete Loyalitäts- und Treuepflicht kann nicht darüber hinweghelfen, dass zunächst der im Rahmen der PJZS getroffene Wortlaut des EU verbindlich sein muss.⁶⁵ Der Wortlaut des EU muss daher auch im Hinblick auf all-

⁶⁴ In diesem Sinne auch *M. v. Unger, Pupino*: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2006, S. 46 f.

⁶⁵ Diesem Gedanken wird allerdings nicht immer das notwendige Gewicht beigemessen, siehe *M. Adam*, Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, S. 558, 561.

gemeine völkerrechtliche Prinzipien die Auslegungsgrenze bilden, um den gesetzgeberischen Willen nicht zu unterlaufen. Es hat sich in der Praxis des Dialogs von nationaler Gerichtsbarkeit und Gemeinschaftsgerichten bisher immer wieder gezeigt, dass solche offenen argumentativen Flanken dazu führen, dass die Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens weniger wahrgenommen wird. Da der EuGH aber auf die Kooperation der nationalen Gerichte angewiesen ist und als verbindendes Element nur auf die juristische Sprache und ihre argumentative Überzeugungskraft aufbauen kann, wird er wohl um eine Nachbesserung seiner Position nicht herum kommen.

Im Hinblick auf den zuvor erwähnten Wortlautunterschied zwischen Art. 249 EG und Art. 34 EU kann die Position des EuGH demnach erst Geltung beanspruchen, wenn das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zur dritten Säule und damit dem Völkerrecht argumentativ überzeugend gelöst ist. Gerade an dieser Stelle ist das Begründungsdefizit des EuGH eklatant, wobei dies vor dem Hintergrund der Erwägungen der Generalanwältin Kokott verwundert, denn diese lieferte in ihrem Schlussantrag einige tragfähige Begründungsansätze, die der EuGH durchaus in seine Argumentation hätte aufnehmen können. Dem EuGH kann hierbei insbesondere vorgeworfen werden, dass er sich noch nicht einmal ansatzweise mit dem Zusammenspiel des Gemeinschaftsrecht und der dritten Säule auseinandergesetzt und etwaige Unterschiede leichtfertig übergangen hat. Diese Herangehensweise des EuGH wird bereits aufgrund der jeweils verwendeten Terminologie deutlich, denn die Generalanwältin spricht in ihrem Schlussantrag korrekt von der Problematik der „rahmenbeschlusskonformen Auslegung“⁶⁶. Der EuGH verwendet in Randnummer 34 seines Urteils jedoch den an dieser Stelle unpassenden Begriff „gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung“. Dies legt den Gedanken nahe, dass der EuGH in seinem Urteil zielorientiert argumentiert hat und dabei versucht war, einen möglichst großen Gleichlauf des Gemeinschaftsrechts mit der Rahmenbeschlussproblematik des Art. 34 EU zu erreichen. Da sich im Urteil des EuGH zu dem Grund dieser Vorgehensweise keine Aussagen finden lassen, bleibt rätselhaft, warum ein solcher Gleichlauf unbedingt erreicht werden sollte. Der EuGH hätte sich vielmehr mit einem von der Generalanwältin vorgetragenen Argument auseinandersetzen und hiermit bei gleichem Ergebnis die Unterschiedlichkeit von Gemeinschaftsrecht und dritter Säule wahren können. Die Generalanwältin führt in Randnummer 37 des Schlussantrags aus, dass eine Lösung des Problems selbst dann zu erreichen wäre, wenn man der schwedischen Regierung folgen und den Rahmenbeschluss dem Völker-

⁶⁶ Im Schlussantrag zur Rs. Pupino (C-105/03) unter IV. 2.

recht zuordnen würde. Die Generalanwältin ist insoweit der Auffassung, dass auch bei einer solchen Zuordnung eine Auslegung des innerstaatlichen Rechts in Übereinstimmung mit dem Rahmenbeschluss zumindest nahe läge, denn der Rahmenbeschluss sei auch als Rechtsakt des Völkerrechts für die Mitgliedstaaten verbindlich. Der EuGH muss sich somit vorwerfen lassen, seine Sichtweise vorschnell über eine Analogie zum Gemeinschaftsrecht hergeleitet zu haben, obwohl sich nach Auffassung der Generalanwältin⁶⁷ auch eine völkerrechtliche Begründung angeboten hätte. Zumindest hätte man nach diesen Vorarbeiten der Generalanwältin erwarten können, dass der EuGH erklärt, warum nur sein Begründungsansatz zielführend und der völkerrechtliche Weg zu vernachlässigen ist.

Dass die Auseinandersetzung mit dem völkerrechtlichen Begründungsstrang erforderlich gewesen wäre, wird auch durch die spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl ersichtlich, denn dieses trennt insofern klar zwischen Gemeinschaftsrecht und dritter Säule, wenn es ausführt, dass der Rahmenbeschluss als Handlungsform des Unionsrechts außerhalb der supranationalen Entscheidungsstruktur des Gemeinschaftsrechts steht und dabei auf die Ausführungen in seiner Maastricht-Entscheidung verweist.⁶⁸ Es bleibt somit einer weiteren Entscheidung des EuGH vorbehalten, diesen Einwand zumindest zur Kenntnis zu nehmen und sich argumentativ damit auseinanderzusetzen.

Des Weiteren ist die Begründung des EuGH mit seiner Zuständigkeit für Vorabentscheidungen nach Art. 35 EU nicht überzeugend, da auch hier offensichtliche Gegenargumente einfach übergangen werden. In Randnummer 38 argumentiert der EuGH, dass diese Zuständigkeit ihrer praktischen Wirksamkeit im Wesentlichen beraubt würde, wenn die Einzelnen nicht berechtigt wären, sich auf Rahmenbeschlüsse zu berufen, um vor den Gerichten der Mitgliedstaaten eine gemeinschaftsrechtskonforme (sic) Auslegung des nationalen Rechts zu erreichen. Der EuGH übersieht bei dieser Argumentation jedoch, dass das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 35 EU auch bei einer gegenteiligen Sichtweise kein leerlaufendes Rechtsinstrument wäre. Dies beruht auf der Möglichkeit, dass jeder Mitgliedstaat nach Art. 35 Abs. 2 EU die Zuständigkeit des Gerichtshofs für Vorabentscheidungen nach Abs. 1 anerkennen kann. Die Rechtsfolge ergibt sich in einem solchen Fall aus Art. 35 Abs. 3 EU, denn hiernach können nationale Gerichte eine Entscheidung des EuGH

⁶⁷ Diesen Begründungsansatz wird auch in der Literatur verfolgt, siehe hierzu FN 65.

⁶⁸ BVerfG Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 2289, 2292.

über die Gültigkeit oder die Auslegung eines Rechtsaktes nach Absatz 1 einholen, wenn sie eine Entscheidung darüber zum Erlass eines Urteils für erforderlich halten. Dem EuGH kann somit entgegengehalten werden, dass die Regelung des Art. 35 EU auch ohne unmittelbare Wirkung von Rahmenbeschlüssen einen hinreichenden Anwendungsbereich hätte. Daher kann einerseits nicht von einer leerlaufenden Zuständigkeit gesprochen werden und andererseits würde selbst ein solches Ergebnis nicht zu einer derartigen Auslegung zwingen, die der EuGH in Randnummer 38 seines Urteils getroffen hat.⁶⁹

Behindert wird die erforderliche Zusammenarbeit außerdem noch durch Unklarheiten. Schon im Bereich des normalen Gemeinschaftsrechts sind die Grenzen für die Konformauslegung des nationalen Rechts schwankend. Man ist sich einig, dass eine *contra legem*-Auslegung nationalen Rechts nicht möglich ist. Das wiederholt der EuGH auch im Urteil Pupino. Auch ist man sich darüber einig, dass eine Konformauslegung nicht zur Begründung strafrechtlicher Sanktionen gegenüber dem Bürger führen kann. Auch dies nimmt der EuGH auf. Aber darüber hinaus besteht Unklarheit. Früher hat man gesagt, eine Konformauslegung dürfe auch generell nicht dazu führen, dass dem Bürger eine Verpflichtung auferlegt wird, die nach bisheriger nationaler Interpretation nicht vorgesehen war. Seit der Entscheidung Arcaro⁷⁰ herrscht über dieses Kriterium Unsicherheit. Der EuGH formuliert dort, dass die Grenze der Konformauslegung erreicht sei, „wenn eine solche Auslegung dazu führt, dass einem Einzelnen eine in einer nicht umgesetzten Richtlinie vorgesehene Verpflichtung entgegengehalten wird“. Später versteht der EuGH diese Grenze aber nur noch im Sinn eines Ausschlusses unmittelbarer Horizontalwirkung.⁷¹ Die auf nationalem Recht und seiner Auslegung beruhende Pflichtenbegründung taucht hier als Kriterium nicht mehr auf. Im Judikat Pupino, und damit im Bereich sich erst bildenden Gemeinschaftsrechts, führt der EuGH diese semantische Verschiebung weiter. Er geht jetzt nämlich davon aus, dass eine durch Konformauslegung erzeugte Pflicht nicht isoliert an der einzelnen Regelung gemessen werden könne, sondern nur an der gesamten nationalen Rechtsordnung. Wenn

⁶⁹ In diesem Sinne wird die Entscheidung ebenfalls in der Urteilsanmerkung von C. Hillgruber kritisiert, in: Juristenzeitung 2005, S. 838, 842 f.

⁷⁰ EuGH, Slg. 1996, I-4705 = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 318 ff., Rdnr. 42 - Arcaro; vgl. dazu den GA Jacobs, in: EuGH, Slg. 2000, I-6007 = Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 3267 ff. = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2000, S. 1405, Schlussanträge Rdnr. 35 - Centrostell und Hilson/Downes, EL Ref. 24 (1999), S. 121.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 05.10.2004 = Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 200, Rdnrn. 108 ff. - Pfeiffer. Ähnlich EuGH, Urt. v. 03.05.2005, Rdnr. 73 - Berlusconi u. a.

die erzeugte Belastung im Einklang mit deren Prinzipien stehe, stelle sie kein Problem dar. Damit wird dieses Zusatzkriterium stark relativiert und die ganze Last auf das *contra legem*-Kriterium verlagert. Als Grenzen erscheinen jetzt nur noch die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts. Auch hier bedarf es einer Präzisierung und kritischer Diskussion.

Damit hat der EuGH im Bereich der rahmenbeschlusskonformen Auslegung zwar seine Position deutlich markiert, aber ihre Durchsetzung erfordert den Dialog mit den nationalen Gerichten und dieser wiederum die Schließung der argumentativ offenen Flanken. So lange ist die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung noch bloß hypothetisch.

VII. Interlegalität im europäischen Rechtssystem

Im Europarecht durchdringen sich die gemeinschaftliche und die nationalen Rechtsordnungen, ohne zu einer einheitlichen Metastruktur zu verschmelzen, welche ihre Teile beherrschen würdet. Es handelt sich bei der Praxis des europäischen Rechtsschutzsystems eher um eine Kopplung unterschiedlicher Rechtsdiskurse, die den Pluralismus ihrer Stimmen nicht auf ein übergeordnetes Zentrum hin reduziert. Dieses auch bei der Globalisierung des Rechts⁷² zu beobachtende Phänomen der *Interlegalität* zeigt sich auch im Europarecht und wird in seiner Komplexität meist unterschätzt. Schon die Beziehung von Verfassung und einfachem Gesetz wird in der Regel zu einfach gesehen. Es handelt sich dabei nicht um eine lineare Determination von oben nach unten; sondern die Verfassung ist Zurechnungspunkt für eine Rechtserzeugung, die dann ihrerseits wieder Rückwirkungen hat. Das zeigt sich unter anderem bei den Ausgestaltungsgrundrechten. Im Europarecht lässt sich das Scheitern eines einfachen Hierarchiedenkens noch weniger als sonst verbergen. Das Gemeinschaftsrecht ist den nationalen Rechtsordnungen nicht einfach übergeordnet. Es handelt sich, genauer betrachtet, um ein Kooperationsver-

⁷² Vgl. dazu die neueren Ansätze von *Ch. Joerges*, „Good governance“ im europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und deren Aufhebung, in: *Europarecht* 2002, S. 17, 19 ff.; *A. Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2002, S. 350 ff.; *O. Gerstenberg*, Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel, in: *European Law Journal* 1997, S. 343 ff.; *K. Günther*, Rechtspluralismus und universal Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: L. Wingert/ders. (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas*, 2001, S. 539 ff.; *G. Majone*, Nonmajoritarian Institutions and the Limits of democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2001, S. 57 ff.; *Amstutz* (FN 10), S. 213 ff.

hältnis mit einem gewissen Anwendungsvorrang für das Gemeinschaftsrecht. Man verwendet für diese Besonderheit den vorläufigen Terminus des „Herrschaftsverbandes eigener Prägung“.⁷³ Wenn man diesen Begriff präzisieren will, sollte man vor allem das europäische Rechtssystem und das vom EuGH entwickelte Staatshaftungsrecht näher untersuchen. Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht stellt sich dabei nicht als schlichte Überordnung dar, sondern als komplexer Dialog.

⁷³ Vgl. dazu *R. Lepsius*, Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung, in: Ch. Joerges u. a. (Hrsg.), *What Kind of Constitution for What Kind of Policy?*, 2000, S. 203 ff.