

# Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem

Von Univ.-Prof. Dr. *Ulrich Haltern\**, Hannover

|  |     |
|--|-----|
| I. Einleitung: Die gemeinschaftsrechtliche Rule of Law .....               | 311 |
| II. Das europäische Rechtsschutzsystem .....                               | 313 |
| 1. Vertragsverletzungsverfahren .....                                      | 313 |
| 2. Vorabentscheidungsverfahren .....                                       | 314 |
| 3. Die Stellung der nationalen Gerichte .....                              | 314 |
| III. Die neueren Urteile .....   | 316 |
| 1. Köbler .....  | 316 |
| 2. Kommission/Italien .....  | 318 |
| IV. Implikationen der neuen Rechtsprechung .....                           | 319 |
| V. Dogmatische Bemerkungen .....   | 320 |
| 1. Allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts .....                     | 320 |
| 2. Art. 288 Abs. 2 EG und die Parallele zur Haftung der Gemeinschaft ..... | 321 |
| 3. Grenzen der Haftung .....   | 322 |
| VI. Kontext 1: Juristische Dialoge .....                                   | 325 |
| 1. Umformulierung der Genealogie .....                                     | 325 |
| 2. Warum der EuGH den Druck erhöht .....                                   | 327 |
| 3. Warum der EuGH den Umweg über das italienische Parlament wählt .....    | 330 |
| 4. Bewertung und Ausblick .....  | 335 |
| a) Höchstgerichte .....  | 336 |
| b) Untere Fachgerichte .....   | 339 |
| VII. Kontext 2: Internationale Entwicklung (EMRK) .....                    | 340 |
| VIII. Kontext 3: Interpretationsgemeinschaften .....                       | 343 |
| IX. Schluss .....  | 347 |

## *I. Einleitung: Die gemeinschaftsrechtliche Rule of Law*

Zwei Urteile des EuGH aus dem Jahre 2003 haben dazu geführt, dass das Rechtsschutzsystem der Europäischen Gemeinschaft in Bewegung geraten ist. Das Verhältnis zwischen EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten, das bislang durch das Leitbild dialogischer Kooperation geprägt war, ist im Hinblick auf die nationalen Höchstgerichte durch ein System von Kontrolle und Druck abgelöst worden. Dieser Paradigmenwechsel erlangt besondere Bedeutung für den Zuschnitt der europäischen Rule of Law als solchen. Das europäische Rechtsschutzsystem hat in seiner über vierzigjährigen Geschichte dazu geführt, dass die Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht qualitativ derjenigen von staatlichem Recht gleicht. Staatliches Recht wird durch- und umgesetzt; der Staat gehorcht seinen eigenen Gerichten<sup>1</sup>. Im Völkerrecht ist dies anders. Dort erleben wir eine prekäre, nicht

\* Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale), Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Staats- und Verwaltungsrecht sowie Ko-Direktor des Instituts für nationale und transnationale Integrationsforschung, Universität Hannover. Ich danke Dres. Sigrid Boysen und Bernhard Hofstötter.

<sup>1</sup> Vgl. nur die Durchbrechung des Grundsatzes der Subsidiarität von Feststellungsklagen. Das BVerwG wendet § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO bei Klagen gegen Träger öffentlicher Gewalt grundsätzlich nicht an (BVerwG, Urteil vom 27. 10. 1970, BVerwGE 36, 179, 181; Urteil vom

verhandlungssichere Normativität. Die wenigen Urteile etwa, die der IGH spricht, ziehen keineswegs gesicherte Umsetzung nach sich. Staatliche Regierungen analysieren die Richtersprüche, um eine politische Logik auf sie anzuwenden und sie ganz oder teilweise zu akzeptieren oder abzulehnen<sup>2</sup>. Staatliche Gerichte besitzen den Impuls, sich ihrer nationalen Souveränität gegenüber eindringendem nichtstaatlichen Recht zu versichern<sup>3</sup>.

Blicken wir auf die Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft, sind wir mit einer erstaunlichen Tatsache konfrontiert. Obwohl die Gemeinschaft ihre Herkunft im Völkerrecht besitzt, »gilt« ihr Recht wie staatliches Recht. Nicht nur werden Richtlinien zu durchschnittlich über 96 % fristgemäß von den Mitgliedstaaten umgesetzt<sup>4</sup>, auch die Urteile des EuGH sind verhandlungssicher. Europas Rule of Law besitzt eine staatliche Textur.

Zu einem guten Teil ist hierfür das Rechtsschutzsystem der Gemeinschaft verantwortlich. Diesen Zusammenhang, insbesondere das Ineinandergreifen von Vertragsverletzungs- und Vorabentscheidungsverfahren, werde ich zunächst erläutern (II.). Im Anschluss daran sollen die neuen Entscheidungen des EuGH und die Argumentation der Generalanwälte dargestellt (III.) sowie ihre Implikationen zusammengefasst werden (IV.). Die Rechtsprechung wirft einige dogmatische Fragen auf (V.), deren Beantwortung aber unbefriedigend bleiben muss. Erst der Kontext der Rechtsprechung erlaubt ein Verständnis der Urteile. Daher werde ich

2. 7. 1976, BVerwGE 51, 69, 75; Urteil vom 7. 5. 1987, BVerwGE 77, 207, 211) mit der Begründung, es könne davon ausgegangen werden, dass Behörden sich angesichts der Rechtsbindung der Verwaltung i. d. R. rechtstreu verhalten werden, sich auch ohne Leistungsurteil an eine gerichtlich festgestellte Rechtslage halten und daher kein Vollstreckungsdruck gegeben sei.
- 2 Insbesondere seit den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts war der IGH mit brüskten Weigerungen zur Umsetzung seiner Urteile konfrontiert. 1971 urteilte der IGH, dass die Gegenwart Südafrikas in Namibia oder Südwestafrika rechtswidrig war (IGH, Gutachten vom 21. 6. 1971, ICJ Rep. 1971, 16), doch blieb Südafrika noch Jahrzehnte dort. Die Maßnahmen des IGH im *Fisheries Jurisdiction*-Fall 1973 (IGH, Urteil vom 2. 2. 1973, ICJ Rep. 1973, 3, 49) wurden von Island für ungültig erklärt; Island erschien auch nicht vor dem Gerichtshof. Im selben Jahr führte Frankreich seine Atomwaffentests im Pazifik trotz der vorläufigen Anordnung des IGH (IGH, Beschluss vom 22. 6. 1973, ICJ Rep. 1973, 99, 135) fort. In den achtziger Jahren weigerte sich der Iran entgegen den Anordnungen und Urteilen des IGH, die Botschaftsgeiseln freizulassen (IGH, Urteil vom 24. 5. 1980, ICJ Rep. 1980, 3). Mitte der achtziger Jahre bescherten die USA dem IGH im *Nicaragua*-Fall (IGH, Urteil vom 26. 11. 1984, ICJ Rep. 1984, 392; Urteil vom 27. 6. 1986, ICJ Rep. 1986, 14) weitere Peinlichkeiten, die sich mit der Exekution der Brüder La Grand entgegen der Weisung des IGH fortsetzten (vorläufige Maßnahmen: IGH, Beschluss vom 3. 3. 1999, ICJ Rep. 1999, 9; Verurteilung der USA: IGH, Urteil vom 27. 6. 2001, ICJ Rep. 2001, 3). Letztes Beispiel ist das *Grenzzaungutachten* (IGH, Gutachten vom 9. 7. 2004 [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory]), das zwar nicht die Rechtswirkungen eines Urteils zeitigt, aber dennoch nicht ignoriert werden sollte; gleichwohl wird es von Israel nicht akzeptiert.
- 3 Dieser Impuls ist dann besonders stark, wenn die nationale Souveränität in ihren Grundpfeilern bedroht ist; daher auch die deutliche Reaktion in *Solange I* (BVerfG, Beschluss vom 29. 5. 1974, BVerfGE 37, 271) und *Maastricht* (BVerfG, Urteil vom 12. 10. 1993, BVerfGE 89, 155). Weitere Nachw. auf entsprechende Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten in Anm. 64.
- 4 Das durchschnittliche Umsetzungsdefizit im Binnenmarkt betrug im Juli 2004 2,1 %; Deutschland allerdings lag bei 3,5 %. [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/score/docs/score13/score13-printed\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/score/docs/score13/score13-printed_en.pdf).

eine dreischrittige Kontextanalyse der Urteile unternehmen und dabei auf das Verhältnis zwischen EuGH und nationalen Gerichten (VI.), auf Entwicklungen vor dem EGMR (VII.) und auf den Zuschnitt einer gereiften Gemeinschaftsrechtsordnung als solcher (VIII.) eingehen.

## *II. Das europäische Rechtsschutzsystem*

Das Rechtsschutzsystem der EG erreicht die Herstellung einer staatlich angenäherten Rule of Law durch eine Reihe von Verdoppelungen. Es handelt sich um ein Tandem-System, welches einerseits auf Gemeinschaftsebene, andererseits auf der Ebene der Mitgliedstaaten angesiedelt ist. Verletzt ein Gemeinschaftsorgan Gemeinschaftsrecht, kann der Verstoß entweder nach Art. 230 oder Art. 234 EG angegriffen werden. Verletzt ein Mitgliedstaat Gemeinschaftsrecht, ist Rechtsschutz nach Art. 226 f. oder Art. 234 EG möglich. Diese letztere Konstellation ist interessanter, da sie souveräne Staaten unter eine transnationale Rule of Law zwingt, während in der ersten Konstellation die verletzenden Gemeinschaftsorgane ihrem eigenen Spruchkörper, dem EuGH, wohl folgen werden. Daher ist die wichtigste Verdoppelung das Zusammenspiel von Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG, in dem die Kommission als Anklägerin auftritt, und Vorlageverfahren nach Art. 234 EG, das auf einer Kooperation der nationalen Gerichte mit dem EuGH beruht.

### *1. Vertragsverletzungsverfahren*

Im Einklang mit Art. 226 EG beginnt ein Verfahren vor dem EuGH zur Überprüfung mitgliedstaatlicher Handlungen mit umfangreichen Konsultationen zwischen der Kommission und dem betroffenen Mitgliedstaat; die Kommission kann Klage beim EuGH einreichen, wenn der Mitgliedstaat der Stellungnahme der Kommission innerhalb einer bestimmten Frist nicht nachkommt. Aus zwei Gründen ist dies ein bemerkenswertes Verfahren. Erstens handelt es sich um ein zwingendes Verfahren, dem sich die Mitgliedstaaten (anders als im Völkerrecht) unterwerfen müssen. Es ist nicht möglich, etwa die Zuständigkeit des EuGH zu bezweifeln und dann, wie beim IGH die USA im Nicaragua-Fall oder Iran im Geiselfall<sup>5</sup>, dem Verfahren fernzubleiben. Zweitens ist zu bedenken, dass mit der Kommission ein aus Beamten bestehendes Organ Klage gegen einen souveränen Nationalstaat einreichen kann. Dies ist auf internationaler Ebene ein wohl einmaliger Vorgang. Dennoch handelt es sich um ein eher intergouvernementales Verfahren mit vorhersagbar negativen Konsequenzen für Effizienz und Durchsetzbarkeit. Es ist *erstens* seiner Natur nach politisch, denn die Kommission »kann«, muss aber nicht Klage einreichen. Wenn z. B. in absehbarer Zeit schwierige Agrarverhandlungen mit einem Mitgliedstaat anstehen, wird die Kommission zögern, im Vorfeld ein Vertragsverletzungsverfahren gegen diesen Mitgliedstaat anzustrengen und die Atmosphäre zu vergiften. Darüber hinaus bestehen *zweitens* große Defizite in der Überwachung und Feststellung von Rechtsverstößen (»monitoring problem«): Die Kommission kann weder überall sein noch alles wissen. Dies bedeutet *drittens* zugleich, dass das Vertragsverletzungsverfahren Arbeitsüberlastung für die Kommission produziert. Schließlich fehlt es *viertens* – trotz Art. 228 EG – an effektiven Durchsetzungsmechanismen<sup>6</sup>. Europäischer Rechts-

5 Vgl. bereits Fußn. 2.

6 Zu ergänzen ist, dass eine Tendenz zur Stärkung von Art. 228 Abs. 2 EG feststellbar ist. So beantragte GA Geelhoed in EuGH, Schlussanträge vom 29. 4. 2004, Rs. C-304/02 (Kommission/Frankreich), noch nicht in aml. Slg., zum ersten Mal die Festsetzung eines Pauschalbetrages (Rdnr. 81 ff.).

schutz, der allein auf dem Vertragsverletzungsverfahren beruhte, würde aus diesen Gründen zu jenen Defiziten der Rule of Law in Europa führen, die aus dem Völkerrecht bekannt sind.

## 2. Vorabentscheidungsverfahren

Diese Schwächen des Vertragsverletzungsverfahrens werden zu einem guten Teil durch die Stärken des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG ausgeglichen. Dieses beginnt vor den mitgliedstaatlichen Gerichten, die das Verfahren aussetzen und Vorlagefragen nach Luxemburg übersenden können. Dort beantwortet der EuGH die Fragen; auf der Grundlage der Antwort entscheidet das mitgliedstaatliche Gericht den Fall. Es handelt sich demnach *erstens* um ein ganz unpolitisches Verfahren, denn politische Akteure mit zwiespältiger Ratio – wie die Kommission im Vertragsverletzungsverfahren – werden umgangen. Es besteht auch *zweitens* kein Überwachungsproblem, denn nun sorgen möglicherweise verletzte Individuen dafür, dass Maßnahmen gerichtlich überprüft werden. Man hat diese Verfahren daher treffend als »Modell des privaten Staatsanwalts« bezeichnet<sup>7</sup>. *Drittens* ist die Kommission entlastet. Von großer Wichtigkeit ist *viertens*, dass das Gemeinschaftsrecht im Vorlageverfahren durch das nationale Gericht judiziert wird. Dadurch kann nicht nur auf nationale Durchsetzungsmechanismen zugegriffen werden, sondern es verknüpfen sich mit dem Gemeinschaftsrecht jene sozialpsychologischen Momente, die zur Rechtsunterwerfung und zu Rechtsgesam führen und die nationales vor internationalem Recht auszeichnen<sup>8</sup>.

Freilich liegen auch die Schwächen des Vorabentscheidungsverfahrens offen zutage. Lediglich die letztinstanzlichen Gerichte, nicht aber die Untergerichte sind zur Vorlage verpflichtet. Im Hinblick auf die Untergerichte ist der EuGH auf die freiwillige Vorlage Tätigkeit angewiesen. Aber auch die Vorlagepflicht der Obergerichte ist bisher kaum zwangsweise durchzusetzen. Ohne die freiwillige Mitwirkung der mitgliedstaatlichen Gerichte bräche der 234-er Pfeiler aus dem europäischen Rechtsschutzsystem weg. Dies würde die Schwächen des Vertragsverletzungsverfahrens unkorrigiert aufleben lassen und das Recht der Gemeinschaft in den intergouvernementalen Bereich zurückholen.

## 3. Die Stellung der nationalen Gerichte

Die nationalen Gerichte, auf deren Mitwirkung der EuGH angewiesen ist, haben im Allgemeinen kooperiert, sodass sich das Vorlageverfahren zu einem spektakulären Erfolg entwickelt hat. Hierfür lassen sich vor allem zwei Gründe nennen.

Die erste Erklärung liegt in der dem Rechtsdiskurs eigenen Logik und Argumentationsform. 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 for-

7 Weiler, Journey to an Unknown Destination: A Restrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, JCMSt 31 (1993), 417 (421).

8 Weiler, The Transformation of Europe, Yale LJ 100 (1991), 2403 (2420 ff.).

male Überzeugung<sup>9</sup>. 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 jedes Mal ein Einbruch der Vorlagezahlen seitens der nationalen Gerichte<sup>10</sup>. Daneben sind nationale Gerichte im Allgemeinen aufgeschlossen für rechtsvergleichende Studien und beobachten daher die Gerichte in den anderen Mitgliedstaaten genau. Solcherart Sensibilität für transnationale Rechtsprechungstrends erleichtert die Akzeptanz der dogmatischen Konstruktionen aus Luxemburg<sup>11</sup>.

Die zweite Erklärung für die Kooperation der mitgliedstaatlichen Gerichte liegt in dem Machtzuwachs, der sich aus dem Vorlageverfahren ergibt. Die Rechtsordnungen vieler Staaten lassen eine gerichtliche Überprüfung von Gesetzen durch die Gerichte nicht zu, sondern vertrauen sie einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit an (etwa Art. 100 Abs. 1 GG). Dennoch gewährt das Vorlageverfahren den unteren Gerichten auch in solchen zentralisierten Systemen eine gerichtliche Verwerfungskompetenz. Nach einer entsprechenden Vorlage dürfen, ja müssen die Untergerichte Gesetze unangewendet lassen, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen<sup>12</sup>.

Von Interesse sind schließlich Erklärungen, die auf das Verhältnis zwischen den Gerichten abstellen. Z. T. wird dabei auf »Verfassungsdialoge«<sup>13</sup>, z. T. auf zwi-  
schengerichtlichen Wettbewerb fokussiert<sup>14</sup>.

9 So auch die Richter am EuGH *Timmermans*, *The European Union's Judicial System*, CMLRev. 41 (2004), 393 (398); *Mancini*, *The Making of a Constitution for Europe*, in: Keohane/Hoffmann (Hrsg.), *The New European Community*, 1991, S. 177 (184 f.).

10 Ein gutes Beispiel ist EuGH, Urteil vom 4. 12. 1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 (van Duyn), in der der EuGH Richtlinien für unmittelbar anwendbar erklärte. Als Ratio verwendete er dabei den Grundsatz der Effektivität (Rdnr. 12). Die nationalen Gerichte sahen hierin eine Verletzung von Art. 249 EG, der deutlich zwischen Richtlinien und Verordnungen unterscheidet und der juristisch nahe legt, eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien abzulehnen. Auf den Einbruch der Vorlagezahlen reagierte der EuGH in EuGH, Urteil vom 5. 4. 1979, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629 (Ratti), wo er die Ratio von Effektivität auf guten Glauben umstellte: Ein Staat, der eine Richtlinie nicht rechtzeitig umsetzt, solle sich nicht auf sein eigenes Versäumnis berufen können (Rdnr. 22). Die dogmatische Konsequenz war die Beschränkung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien auf vertikale Verhältnisse, so dass man sich zwar gegenüber dem Staat, nicht aber gegenüber anderen Bürgern unmittelbar auf die nicht umgesetzte Richtlinie berufen konnte. Dies vermittelte den mitgliedstaatlichen Gerichten die Botschaft, dass der Wortlaut des Art. 249 EG vom EuGH ernst genommen und ausreichend zwischen Richtlinien und Verordnungen unterschieden wurde. Die Vorlagezahlen stiegen wieder an.

11 *Weiler*, *A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors*, *Comparative Pol. St.* 26 (1994), 510 (521 ff.).

12 Ausf. zur Frage, warum nationale Gerichte kooperiert haben und das Vorlageverfahren zu einem überwältigenden Erfolg haben werden lassen, unter Einbeziehung politikwissenschaftlicher Schulen wie Neorealismus, Neoinstitutionalismus usw. *Alter*, *Establishing the Supremacy of European Law*, 2001; *Slaughter/Stone Sweet/Weiler* (Hrsg.), *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, 1998; Überblick bei *Haltern*, *Integration Through Law*, in: *Wiener/Diez* (Hrsg.), *European Integration Theory*, 2004, S. 177 (182 f.); *ders.*, *Integration durch Recht*, in: *Bieling/Lerch* (Hrsg.), *Theorien der europäischen Integration*, 2005, S. 399.

13 *Stone Sweet*, *Constitutional Dialogues in the European Community*, in: *Slaughter/Stone Sweet/Weiler* (Fußn. 12), S. 305; *ders.*, *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*, 2000.

Zu betonen ist, wie wichtig das willfährige Vorlageverhalten der mitgliedstaatlichen Gerichte für das Rechtssystem der Gemeinschaft ist<sup>15</sup>. Dies wird durch einen Vergleich mit dem US-amerikanischen Rechtssystem nachvollziehbar. Man stelle sich dieses ohne die unteren Bundesgerichte vor; darüber hinaus stelle man sich die einzelstaatlichen Gerichte als völlig indifferent gegenüber dem Bundesrecht vor. Schließlich denke man sich einen Supreme Court mit äußerst beschränktem Individualzugang<sup>16</sup>. Dies wäre der Zustand der Gemeinschaft ohne Art. 234 EG und ohne die Mitarbeit der nationalen Gerichte. Die Verdoppelung, die insbesondere Art. 226 und 234 EG vornehmen, sorgt hingegen für einen differenzierten und effizienten Rechtsschutz.

### III. Die neueren Urteile

Dieses Tandem-System doppelten Rechtsschutzes ist nun in Bewegung geraten. In den letzten Monaten hat der EuGH zwei Fälle entschieden, die eine gewichtige Verschiebung in Gang setzen. Thema dieser Verschiebung sind die nationalen Obergerichte, die der EuGH viel stärker als bisher kontrollieren und unter Druck setzen wird. Große Aufmerksamkeit hat die *Köbler*-Entscheidung<sup>17</sup> gefunden, viel weniger beachtet wurde bisher *Kommission/Italien*<sup>18</sup>. Die Bedeutung der neuen Rechtsprechung ergibt sich, wenn man beide Urteile zusammen liest.

#### 1. Köbler

Gerhard Köbler, ordentlicher Professor an der Universität Innsbruck, beantragte eine Dienstalterszulage, die nach österreichischem Recht<sup>19</sup> nach fünfzehnjähriger Dienstzeit an einer österreichischen Hochschule gewährt wird. Herr Köbler hatte eine entsprechend lange Tätigkeit an Universitäten in Österreich und anderen Mitgliedstaaten, nämlich Deutschland, aufzuweisen. Die Beschränkung auf österreichische Hochschulen sah er als gemeinschaftsrechtswidrige mittelbare Diskriminierung und somit als Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit an. Dennoch wurde sein Antrag abgelehnt, der Rechtsstreit erreichte schließlich in letzter Instanz den Verwaltungsgerichtshof (VwGH). Der VwGH legte dem EuGH gem. Art. 234 EG die Frage vor, ob das Gemeinschaftsrecht dahin auszulegen sei, dass in einem Besoldungssystem, in dem der Bezug u. a. von der Dienstzeit ab-

14 *Alter* (Fußn. 12); *dies.*, Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence, in: *Slaughter/Stone/Sweet/Weiler* (Fußn. 12), S. 241 (ein eindrucksvolles Beispiel für diese These findet sich in den beiden *Rheinmühlen*-Fällen: EuGH, Urteil vom 16. 1. 1974, Rs. 166/73, Slg. 1974, 33; EuGH, Urteil vom 12. 2. 1974, Rs. 146/73, Slg. 1974, 139).

15 Zusammenfassend aus letzter Zeit *Tridimas*, Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure, CMLRev. 40 (2003), 9.

16 Die Klagebefugnis von Individuen vor dem EuGH ist durch eine restriktive Interpretation von Art. 230 Abs. 4 EG sehr eingeschränkt. Bestätigt zuletzt in EuGH, Urteil vom 25. 7. 2002, Rs. 50/00 P, Slg. 2002, I-6677 (UPA); EuGH, Urteil vom 1. 4. 2004, Rs. C-263/02 P (*Jégo-Quéré*), noch nicht in aml. Slg. Zu den Auseinandersetzungen zwischen EuG und Generalanwälten einerseits und dem EuGH andererseits ausf. *Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005, i.E., Kap. 5.

17 EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 (*Köbler*).

18 EuGH, Urteil vom 9. 12. 2003, Rs. C-129/00, noch nicht in aml. Slg. (*Kommission/Italienische Republik*).

19 § 50a des Gehaltsgesetzes von 1956, Österr. BGBl. 1956 S. 54, i. d. F. von 1997, Österr. BGBl. 1997, 109.

hängig ist, inhaltlich gleichwertige Tätigkeiten, die in einem anderen Mitgliedstaat früher erbracht worden sind, genauso berücksichtigt werden müssen wie solche früher erbrachten Tätigkeiten im Inland. Der EuGH entschied zunächst einen anderen, ähnlich gelagerten Fall<sup>20</sup> und fragte den VwGH, ob dieser im Lichte des Urteils an seiner Vorlage festhalte. Der VwGH informierte die Parteien, dass die den Gegenstand des fraglichen Vorabentscheidungsverfahrens bildende Rechtsfrage im genannten EuGH-Urteil auf den ersten Blick in einem für das Begehren des Herrn Köbler günstigen Sinne gelöst sei, nahm sein Ersuchen zurück und entschied dann den Fall aufgrund falscher Lektüre des Urteils gegen Herrn Köbler. Dieser erhob daraufhin vor dem zuständigen Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien Haftungsklage gegen die Republik Österreich und verlangte Ersatz des durch das gemeinschaftsrechtswidrige Urteil des VwGH entstandenen Schadens. Das Landesgericht legte nun seinerseits die Sache dem EuGH vor und fragte u. a., ob die EuGH-Rechtsprechung zur Staatshaftung wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht auch auf Fälle höchstgerichtlichen Unrechts anzuwenden sei.

In seinen Schlussanträgen vom 8. 4. 2003 befürwortete Generalanwalt (GA) Léger die Staatshaftung für judikatives Unrecht. Dies ergebe sich aus der Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze zur Staatshaftung, wie sie sich vor allem den Urteilen *Francovich*<sup>21</sup> und *Brasserie du pêcheur/Factortame III*<sup>22</sup> entnehmen lässt. In den Urteilen werde die Haftung nicht davon abhängig gemacht, welches staatliche Organ den Schaden verursacht habe. Tragende Ratio sei das Prinzip der Effektivität, das ohne weiteres auf den Fall des Verstoßes eines Höchstgerichts gegen das Gemeinschaftsrecht zu übertragen sei (Rdnr. 36). In *Brasserie du pêcheur* habe der EuGH außerdem entschieden, dass im Interesse der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts die Schadensersatzpflicht nicht von den staatsinternen Vorschriften über die Verteilung von Zuständigkeiten auf die Verfassungsorgane abhängen kann (Rdnr. 43). Ein Vergleich mit dem Völkerrecht unterstreiche die Richtigkeit, Verstöße von Gerichten dem Mitgliedstaat zuzurechnen, denn auch dort hafte der Staat für seine Organe unabhängig davon, welches Organ gehandelt habe (Rdnr. 44). Aus diesen Überlegungen ergebe sich, so der GA, die auch Höchstgerichte erfassende Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze zur Staatshaftung. Dies gelte umso mehr, als die mitgliedstaatlichen Gerichte eine entscheidende Rolle bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts spielten (Rdnr. 53 ff.); das zwangsläufige Gegenstück dieser entscheidenden Rolle sei die Bejahung der grundsätzlichen Haftung des Staates für Höchstgerichte. Eine rechtsvergleichende Analyse zeige außerdem, dass in allen Mitgliedstaaten in der einen oder anderen Form der Grundsatz der Haftung des Staates für Verstöße seiner Organe anerkannt und in den wenigsten Fällen die Judikative hiervon ausgenommen sei (Rdnr. 77 ff.). Daher handele es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (Rdnr. 85).

Der GA wendet sich sodann einigen Einwänden gegen die Haftung zu und widerlegt diese: Weder die Unabhängigkeit der Justiz (Rdnr. 88 ff.) noch die Rechtskraft von Urteilen (Rdnr. 95 ff.) oder die Unparteilichkeit der nationalen Gerichte (Rdnr. 107 ff.) stünden der Konstruktion einer Haftung entgegen.

Hinsichtlich der Schranken einer Haftung für gerichtliche Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht vertrat der GA die Auffassung, dass an die Art der verletzten Norm keine besonderen Anforderungen zu stellen seien, sodass grundsätzlich alle in Betracht kämen. Im Hinblick auf die Art des Verstoßes fasste er die Rechtsprechung zum hinreichend qualifizierten Verstoß zusammen und übertrug diese Grundsätze auf die einem Höchstgericht zuzurechnenden Verstöße.

20 EuGH, Urteil vom 15. 1. 1998, Rs. C-15/96, Slg. 1998, I-47 (Schöning-Kougebetopoulou).

21 EuGH, Urteil vom 19. 11. 1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich).

22 EuGH, Urteil vom 5. 3. 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029 (Brasserie du pêcheur/Factortame III).

Der EuGH folgte am 30. 9. 2003 seinem GA in fast allen wesentlichen Punkten. Der Grundsatz der Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, gelte unabhängig davon, welches Organ den Verstoß begangen habe, also auch für Höchstgerichte (Rdnr. 30 ff.). Auch in der Diskussion und Ablehnung von Hindernissen folgte der EuGH GA *Léger*. Allerdings sprach er die »Besonderheit der richterlichen Funktion« sowie »die berechtigten Belange der Rechtssicherheit« an, die dadurch Berücksichtigung finden sollen, dass der Mitgliedstaat nur dann für eine gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung eines Höchstgerichts haftet, wenn dieses offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat (Rdnr. 53). Dabei seien u. a. das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht zu berücksichtigen (Rdnr. 55). Jedenfalls sei ein Verstoß dann hinreichend qualifiziert, wenn die Entscheidung des Höchstgerichts die Rechtsprechung des EuGH offenkundig verkenne (Rdnr. 56).

Im Hinblick auf den konkreten Fall stellte der EuGH – kaum überraschend – fest, dass die Dienstaltersvorschrift Österreichs die Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt. Allerdings verhielt er sich sodann ganz klassisch, wie wir es seit *Marbury v. Madison* von fast allen bahnbrechenden Gerichtsentscheidungen kennen: Einerseits machte er allgemein seine Prüfkompetenz geltend. Andererseits verweigerte er sich im konkreten Fall den Konsequenzen. Er ging hier nicht von einem Haftungsfall aus, denn der Verstoß des VwGH gegen das Gemeinschaftsrecht sei nicht offenkundig gewesen<sup>23</sup>.

## 2. Kommission/Italien

Am 9. 12. 2003 entschied der EuGH dann den Fall *Kommission/Italien*. Hintergrund des Rechtsstreits ist eine italienische Vorschrift, die die Erstattung von Zollabgaben davon abhängig macht, ob die Abgaben seitens des zahlenden Unternehmens auf die Verbraucher umgelegt wurden oder nicht. Ursprünglich war die Vorschrift so gefasst, dass die betroffenen Unternehmen nachweisen mussten, die Abgaben *nicht* umgelegt zu haben; nur dann wurde ihnen eine Erstattung gewährt. Diese Vorschrift wurde vom EuGH in einem früheren Urteil aufgrund der

23 Hierin weicht der EuGH freilich von seinem GA ab, der dem VwGH einen unentschuldbaren Rechtsirrtum vorgeworfen hatte (Schlussanträge vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 165 ff. (Köbler), und folgt der Kommission, die meinte, der Verstoß sei »in gewisser Weise entschuldbar« (EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 99 [Köbler]). Man kann hier unterschiedlicher Auffassung sein (im Sinne des EuGH etwa *Breuer*, Staatshaftung für Judikativunrecht vor dem EuGH, BayVbl. 2003, 586 [588 f.]; ich selbst neige eher der Auffassung des GA zu). Was den EuGH zu seiner konkreten Entscheidung bewogen hat, ist Sache der Spekulation. Für nicht unwahrscheinlich halte ich aber – insbesondere im Lichte der langen Geschichte wichtiger Urteile von Spruchkörpern überall auf der Welt, die sich eine Prüfkompetenz zugesprochen oder eine wichtige dogmatische Neuerung eingeführt haben, ohne die Voraussetzungen im konkreten Fall anzunehmen – die Überlegung der Akzeptanz seiner Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten. Hierbei handelt es sich um keine illegitime Überlegung, sondern um die klassische Notwendigkeit von Gerichten mit Invalidationsmacht, diese Macht zu rationieren.



Beweislast beanstandet, die es den Unternehmen so gut wie unmöglich machte, den Nachweis zu führen und die zu Unrecht gezahlten Abgaben zurückzuerhalten. Nach dem Urteil wurde die Vorschrift durch das italienische Parlament geändert und hinsichtlich der Beweislast völlig neutral gehalten. Allerdings wandten die italienischen Gerichte bis hin zur Corte suprema di cassazione die Vorschrift nach wie vor so an, dass eine Vermutung zuungunsten der betroffenen Unternehmen bestand, welche diese widerlegen mussten. Daher leitete die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG ein.

Die Anträge der Kommission, die Schlussanträge von GA *Geelhoed* und das Urteil des EuGH zeugen von einem seltsamen Querstand, den man fast Unentschlossenheit nennen könnte. Beantragt ist die Feststellung, Italien habe dadurch gegen den EG verstoßen, dass es die betroffene Vorschrift nicht geändert hat, obwohl diese von den Gerichten gemeinschaftsrechtswidrig ausgelegt wird; diese Feststellung trifft der EuGH in seinem Urteil auch. Judiziert wird also legislatives Unrecht. Die Argumentation aber bezieht sich ausschließlich auf das judikative Unrecht der Vertragsverletzung durch die italienischen Gerichte. Es liegt auf der Hand, dass dies auch der Kern des Falles ist. Seine Einkleidung in die Feststellung eines Vertragsverstößes durch das italienische Parlament ist ein Umweg, der Fragen aufwirft; hierauf werde ich noch zurückkommen.

Der GA bezog sich in seinen Schlussanträgen ausführlich auf den Fall *Köbler* und beschrieb den Staat als Einheit wie im Völkerrecht. Dagegen könne auch nicht geltend gemacht werden, dass Richter unabhängig seien. Auch im nationalen Recht, so der GA, könne die Legislative durch eine Gesetzesänderung eine Kurskorrektur der Rechtsprechung herbeiführen; die Unabhängigkeit der Gerichte werde hierdurch nicht angetastet.

Der EuGH entschied recht knapp und schloss sich in den wesentlichen Punkten seinem GA an. Hinsichtlich der Frage des judikativen Unrechts stellte er – im Einklang mit *Köbler* – lediglich fest, dass eine Vertragsverletzung grundsätzlich unabhängig davon in Betracht komme, welches mitgliedstaatliche Organ gehandelt hat, selbst wenn es sich um ein verfassungsmäßig unabhängiges Organ handle (Rdnr. 29). Das italienische Gesetz als solches sei nach Auffassung des EuGH nicht zu beanstanden. Es sei aber im Lichte seiner Auslegung durch die italienischen Gerichte zu beurteilen. Diese hätten eine gemeinschaftsrechtswidrige Auslegung verfolgt. Hierauf habe das italienische Parlament nicht reagiert. Demnach wurde Italien verurteilt.

#### *IV. Implikationen der neuen Rechtsprechung*

Die Implikationen der beiden Fälle sind offensichtlich. Von nun können mitgliedstaatliche Höchstgerichte mit Hilfe des Vertragsverletzungsverfahrens verfolgt werden. Dies geschieht auf dem Umweg der Verfolgung nationaler Parlamente aufgrund der Nichtkorrektur gemeinschaftsrechtswidriger Rechtsprechung.

Weiterhin können nun Schadensersatzklagen gegen letztinstanzliche Urteile angestrengt werden, die aufgrund Gemeinschaftsrechts unabhängig davon zulässig sind, ob die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten solche Haftungsklagen ausschließen oder auf extreme Fälle wie etwa Rechtsbeugung beschränken.

In beiden Fällen handelt es sich um Neuerungen von großem Gewicht. Noch nie in der Geschichte der europäischen Integration wurden mitgliedstaatliche Gerichte im Vertragsverletzungsverfahren verfolgt. Die Kommission hat das ihr unter Art. 226 EG zukommende Ermessen bisher ausnahmslos dahin gehend ausgeübt, keine Verfahren gegen Handlungen der Judikative einzuleiten<sup>24</sup>. Weder in der Literatur noch in der Praxis gab es vor den Ereignissen 2003 vertiefte Äußerungen hierzu<sup>25</sup>. Ebenso wenig ist bisher ernsthaft erwogen worden, die Rechtsprechung zur Staatshaftung auf Akte judikativen Unrechts seitens der nationalen Höchstgerichte auszudehnen.

Die neue Rechtsprechung wirft viele Fragen auf. Warum ändern Kommission und EuGH ihre bisherige Richtung? Wie begründen sie den neuen Kurs inhaltlich und dogmatisch? Was bezwecken sie? Wird ihre Strategie erfolgreich sein? Diese Fragen werden im Folgenden in mehreren, auf Dogmatik (V.) und Kontext (VI.–VIII.) bezogenen Schritten abgearbeitet werden.

## V. Dogmatische Bemerkungen

### 1. Allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

In dogmatischer Hinsicht sind mehrere Aspekte von Interesse. *Erstens* steht die Herleitung der Haftung auf tönernen Füßen. Die Generalanwälte und der EuGH betonen sibyllinisch, dass alle Mitgliedstaaten in der einen oder anderen Form eine Haftung für ihre Höchstgerichte anerkennen. Hieraus leiten sie ab, dass es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts handele<sup>26</sup>. Das dogmatische Fundament besteht daher – wie bei *Francoovich* und *Brasserie du pêcheur* – aus einem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der sich aus einem vergleichenden Studium der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten speist. Wie aber auch an anderen Orten betreiben die Generalanwälte und der EuGH die Rechtsvergleichung mit einem schnellen Seitenblick und zeichnen die Ergebnisse

24 Vgl. Nachw. in Fußn. 58.

25 Vgl. aber Schlussanträge GA Warner vom 21. 9. 1975, Rs. 9/75, Slg. 1975, 1171 (1186 f.) (Meyer-Burckhardt): »Wenn die Kommission sagen wollte, das Verfahren gegen einen Mitgliedstaat nach Artikel 169 [jetzt 226] sei ihrer Ansicht nach nicht einschlägig, wenn eines seiner Gerichte sich nicht an Artikel 177 [jetzt 234] Absatz 3 halte, dann lag sie meiner Meinung nach nicht richtig. Es ist ein vor diesem Gerichtshof längst ausgetragenes Problem, dass alle Organe eines Mitgliedstaates, seien sie der Exekutive, der Legislative oder dem Bereich der Rechtsprechung zuzuordnen, sich an das Gemeinschaftsrecht zu halten haben. Art. 188 Abs. 3 enthält eine Verpflichtung, die für die Mitgliedstaaten so bindend ist wie alle anderen Verpflichtungen, die sie nach dem Vertrag eingegangen sind, auch wenn es Sache der Gerichte ist, dieser Pflicht nachzukommen. Ein Mitgliedstaat ist meiner Meinung nach dem Verfahren nach Art. 169 wegen Verstoßes gegen diese Verpflichtung ebenso ausgesetzt, wie wenn er irgendeine andere Pflicht nicht erfüllt hätte.«; vgl. auch EuGH, Urteil vom 27. 10. 1977, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 (2020) (Bouchereau).

26 EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 48 (Köbler) – freilich lässt der EuGH die Frage, ob es sich tatsächlich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt, offen, obwohl seine Methodik in diese Richtung weist; Schlussanträge GA Léger vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 77 ff. (Köbler); Schlussanträge GA Geelhoed vom 3. 6. 2003, Rs. C-129/00, Rdnr. 49 (Kommission/Italienische Republik), noch nicht in amtl. Slg.

mit grobem Pinsel auf. Tatsächlich ist der Grundsatz der Staatshaftung für Höchstgerichte sehr heterogen. In manchen Staaten gibt es ihn gar nicht, in anderen ist er auf extreme Ausnahmefälle wie etwa Rechtsbeugung bezogen<sup>27</sup>. Aus einer solchermaßen beschränkten Haftung einen umfassenden Grundsatz der Staatshaftung für gemeinschaftsrechtswidrige höchstgerichtliche Urteile zu konstruieren ist ein mutiges Unternehmen. Hierüber täuschen sich weder die Generalanwälte noch der EuGH. So verteidigt sich GA Léger vorsorglich mit den Argumenten, erstens komme es nicht darauf an, dass die entsprechende Regel in allen Mitgliedstaaten existiere, zweitens sei es ohne Belang, dass die Tragweite und die Anwendungsvoraussetzungen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden seien: Allein entscheidend sei, dass der Grundsatz »im Allgemeinen anerkannt« sei und es »insoweit gemeinsame Kriterien« gebe<sup>28</sup>. Richtig ist hieran, dass der EuGH in der Tat keine hohen Anforderungen an die Rechtsvergleichung stellt, um einen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzunehmen, wie anhand der Grundrechtsrechtsprechung immer wieder studiert werden kann. Dennoch wirkt eine derartige Konstruktion wenig überzeugend und macht Nachfragen notwendig. Zwingt der EuGH die Dogmatik, lohnt sich die Suche nach seinen Motiven – auch dies lehrt die Grundrechtsrechtsprechung. Wir werden danach fragen müssen, wo die Ratio von Köbler und Kommission/Italien liegt.

## 2. Art. 288 Abs. 2 EG und die Parallele zur Haftung der Gemeinschaft

Zweitens zieht der EuGH als weitere dogmatische Grundlage für die Haftung – wie auch in *Brasserie du pêcheur/Factortame III* – Art. 288 Abs. 2 EG heran, der die nicht-vertragliche Haftung der Gemeinschaft regelt<sup>29</sup>. Dahinter verbirgt sich eine Parallele zwischen der Haftung der Mitgliedstaaten und derjenigen der Gemeinschaft, die in vieler Hinsicht ähnlich ausgestaltet sind. In *Brasserie* hatte der EuGH auf Art. 288 Abs. 2 zugegriffen, um einerseits neben die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts einen verschriftlichten Normtext stellen zu können, und um zum Zweiten auf die bereits ausgearbeitete Rechtsprechung zu Art. 288 Abs. 2 EG zurückgreifen zu können und insofern mit der *Francoovich*-Staatshaftung nicht in einem Rechtsprechungsvakuum operieren zu müssen<sup>30</sup>. Dieser Rückgriff auf Art. 288 Abs. 2 EG erwies sich als kluge Strategie und verhalf der Staatshaftungs-Rechtsprechung des EuGH nach anfänglichem Stocken zu

27 Rechtsvergleichende Nachweise bei Wegener, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte?, EuR 2002, 785 (790 f.).

28 Schlussanträge GA Léger vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 85 (Köbler). Auch der EuGH meint in EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 48 (Köbler), eher lakonisch: »Die Geltung des Grundsatzes der Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen ist nämlich ... in der einen oder anderen Form den meisten Mitgliedstaaten bekannt, wenn auch unter engen und verschiedenartigen Voraussetzungen.«

29 EuGH, Urteil vom 5. 3. 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029 Rdnr. 28 ff. (*Brasserie du pêcheur/Factortame III*).

30 Die Annäherung hat inzwischen auch in der Rechtsprechung zur Haftung der Gemeinschaft – also der genuine Haftung nach Art. 288 Abs. 2 EG – Berücksichtigung gefunden, vgl. EuGH, Urteil vom 4. 3. 2000, Rs. C-352/98 P, Slg. 2000, I-5291 Rdnr. 39 ff. (Bergaderm und Goupil/Kommission).

Legitimität und Durchsetzungskraft. Es fragt sich aber, ob dieser Rückgriff im vorliegenden Sonderfall der Haftung für judikatives Unrecht nicht eher zu einer Schwächung des Arguments führt. Behält man nämlich die Parallele zwischen der Haftung der Gemeinschaft nach Art. 288 Abs. 2 EG und der Haftung der Mitgliedstaaten nach der *Francovich/Brasserie*-Rechtsprechung bei, ergibt sich ein peinliches Ergebnis. Wenn auf mitgliedstaatlicher Ebene höchstgerichtliche Urteile Staatshaftung und Schadensersatz auslösen können, müsste dies auf Gemeinschaftsebene auch für Urteile des EuGH gelten. Hierüber könnte aber wiederum nur der EuGH selbst Recht sprechen: Er müsste als Richter in eigener Sache auftreten. Dies schreckt freilich weder den GA noch den EuGH ab. GA *Légers* Antwort auf dieses Dilemma war so eindeutig wie wenig überzeugend. Das EuG habe ja bereits als Richter in eigener Sache Recht gesprochen, nämlich in einer Sache, in der ein Verstoß gegen den Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer geltend gemacht wurde<sup>31</sup>. Im Übrigen, so der GA, stimmten die Haftungsregelungen für die Mitgliedstaaten und derjenigen für die Gemeinschaft trotz der gemeinsamen dogmatischen Grundlage des Art. 288 Abs. 2 EG nicht völlig miteinander überein; eine Haftung der Gemeinschaft könne »beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts« nicht durch eine Entscheidung des EuGH ausgelöst werden, da dieser das höchste Gericht der Gemeinschaftsrechtsordnung darstelle<sup>32</sup>. Auch diese Riposte vermag aber nicht die Zweifel aus der Welt zu schaffen; die logische Struktur dieser Aussage gleicht eher dem »Es kann nicht sein, was nicht sein darf«.

### 3. Grenzen der Haftung

*Drittens* ist in dogmatischer Hinsicht die Reichweite der Haftung von Interesse<sup>33</sup>. Im Einklang mit der *Francovich*-Rechtsprechung kommt es auf einen »hinreichend qualifizierten Verstoß« an<sup>34</sup>. Ein solcher liege im Fall judikativen Unrechts

31 Schlussanträge GA *Léger* vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 93 (Köbler). Gemeint sind EuGH, Urteil vom 17. 12. 1998, Rs. C-185/95 P, Slg. 1998, I-8417 (Baustahlgebebe/Kommission), und EuGH, Urteil vom 15. 10. 2002, Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-254/99 P, Slg. 2002, I-8375 (Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission).

32 Schlussanträge GA *Léger* vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 94 (Köbler).

33 Tatsächlich hat dieser Punkt bisher die größte Aufmerksamkeit in der kommentierenden Literatur auf sich gezogen. Vgl. z. B. *Wegener/Held*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte, Jura 2004, 479 (481 ff.); *Wegener*, (Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedsstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, EuR 2004, 84 (90 f.); v. *Danwitz*, Urteilsanmerkung, JZ 2004, 301 (302 f.); *Sensburg*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, NVwZ 2004, 179 (179 f.); *Kremer*, Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte, NJW 2004, 480 (481 f.); *Hakenberg*, Zur Staatshaftung von Gerichten bei Verletzung von europäischem Gemeinschaftsrecht, DRiZ 2004, 113 (115 ff.); *Gundel*, Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht, EWS 2004, 8 (13 ff.); *Kluth*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen, DVBl. 2004, 393 (400 ff.); *Storr*, Abschied vom Spruchrichterprivileg?, DÖV 2004, 545 (548 ff.).

34 EuGH, Urteil vom 5. 3. 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029 Rdnr. 45, 47, 51, 55 (Brasserie du pêcheur/Factortame III).

aber nur dann vor, wenn die Gerichtsentscheidung »offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat«; dies sei nur im »Ausnahmefall« anzunehmen<sup>35</sup>. Heranzuziehen seien, so der EuGH in *Köbler*, die Gesichtspunkte des Einzelfalles, etwa das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Irrtums, ggf. die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG<sup>36</sup>. Auch können nach der Entscheidung *Kommission/Italien* isolierte gerichtliche Entscheidungen oder solche, die in einem durch eine andere Ausrichtung gekennzeichneten Rechtsprechungskontext deutlich in der Minderheit sind, nicht berücksichtigt werden<sup>37</sup>. Viele Kommentatoren schließen aus diesen Formulierungen, dass der bei einer judikativen Rechtsverletzung anzulegende Maßstab strenger als der übliche *Francovich*-Maßstab ist, der nicht auf Ausnahmefälle beschränkt sei. Daran, dass der EuGH die einschränkenden Kriterien zusätzlich restriktiv auslege, erkenne man, dass Offenkundigkeit nur dann anzunehmen sei, wenn die Entscheidung in einem offen erkennbaren Widerspruch zu einer ausdrücklichen Regelung des Gemeinschaftsrechts oder zu einer etablierten Rechtsprechung des EuGH steht und ein zusätzliches Element hinzutritt, wie etwa die Verletzung der Vorlagepflicht<sup>38</sup>.

Dennoch drängt sich der Verdacht auf, dass die Grenzen der Haftung nicht randscharf sind. In *Kommission/Italien* entscheidet der EuGH zugleich, dass im Vertragsverletzungsverfahren unterschiedliche gerichtliche Auslegungen einer nationalen Regelung berücksichtigt werden können, von denen die einen zu einer mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbaren Anwendung dieser Regelung, die anderen zu einer damit unvereinbaren Auslegung führen. Die nationale Rechtsnorm sei dann nicht hinreichend klar, das Vertragsverletzungsverfahren also erfolgreich<sup>39</sup>. In *Köbler* entscheidet der EuGH, dass ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht jedenfalls dann hinreichend qualifiziert sei, wenn die fragliche nationale Gerichtsentscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt<sup>40</sup>. Bereits diese Formulierungen des EuGH sprechen dafür, dass die begrenzenden Kriterien in Zukunft flexibel gehandhabt und möglicherweise großzügiger als heute interpretiert werden können. Hierfür spricht nicht nur die Erfahrung mit EuGH-Rechtsprechung zu begrenzenden Kriterien<sup>41</sup>. In der Tat deutet der gesamte Begründungsmodus des EuGH eine solche mögliche Ausweitung an. Das Wortlautargument knüpft an die ganz fehlende Beschränkung der *Francovich*-Formulierung im Hinblick auf das den Verstoß verantwortende Organ an. Der systematische Kontext, an den der EuGH anschließt, ist das Völ-

35 EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 53 (*Köbler*).

36 EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 54 (*Köbler*).

37 EuGH, Urteil vom 9. 12. 2003, Rs. C-129/00, noch nicht in aml. Slg. Rdnr. 32 (*Kommission/Italienische Republik*).

38 Etwa *Wegener/Held* (Fußn. 33), S. 483.

39 EuGH, Urteil vom 9. 12. 2003, Rs. C-129/00, noch nicht in aml. Slg. Rdnr. 33 (*Kommission/Italienische Republik*).

40 EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 56 (*Köbler*), im Anschluss an EuGH, Urteil vom 5. 3. 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029 Rdnr. 57 (*Brasserie du pêcheur/Factortame III*).

41 Als frühes Beispiel sei nur der Übergang von EuGH, Urteil vom 5. 2. 1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (*van Gend & Loos*), zu EuGH, Urteil vom 16. 6. 1966, Rs. 57/65, Slg. 1966, 239 (*Lütticke*), genannt, im Rahmen dessen der EuGH die Voraussetzung, dass es sich um eine Verpflichtung »zu einem Unterlassen« (EuGH, Urteil vom 5. 2. 1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 Rdnr. 12 [*van Gend & Loos*]) handeln müsse, stillschweigend fallen ließ (EuGH, Urteil vom 16. 6. 1966, Rs. 57/65, Slg. 1966, 239 Rdnr. 5 [*Lütticke*]).

kerrecht und die dort zu beobachtende Behandlung des Staates als Einheit, sodass sich auch hieraus keinerlei in der Sache angelegten Beschränkungen ergeben. Das stärkste teleologische Argument ist, wie häufig, die Effektivität des Gemeinschaftsrechts und der Schutz des Einzelnen einerseits, die Bedeutung der mitgliedstaatlichen Gerichte für die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts andererseits. Auch diese beiden Rationes verweigern sich von vornherein beschränkender Interpretation.

Es ist also zweifelhaft, ob der EuGH in Zukunft tatsächlich an der Ausnahmesituation einer solchen Haftung für judikatives Unrecht festhalten wird. Wahrscheinlicher ist, dass er sich die Intensität der Haftungsvoraussetzungen zum jetzigen Zeitpunkt noch offen halten und sich seiner Flexibilität nicht von vornherein begeben will. Überraschend ist dies nicht, da der EuGH in unzähligen Gebieten seinen Spielraum nicht einzuschränken gewillt ist, sondern sich je nach Umständen des Einzelfalles und nach Kontextsituation – zu der auch die Rezeptionsfähigkeit der nationalen Gerichte gehört – die Wege offen hält. Viel wichtiger ist ihm seit jeher, sich selbst ins Zentrum der Entscheidungsbefugnis zu versetzen und diesen Anspruch unmissverständlich klarzumachen<sup>42</sup>.

Die Frage, warum er im vorliegenden Fall die »Ausnahmesituation« betont und einen beschränkten Anwendungsradius der Haftung für judikatives Unrecht annimmt, lässt sich mit Hinweis auf eben jenen Anspruch beantworten. *Köbler* und *Kommission/Italien* sind die ersten Fälle, in denen der EuGH seine Kompetenz zur Judikatur über Staatshaftung für gemeinschaftsrechtswidrige Urteile mitgliedstaatlicher Gerichte vorbringt. Dieser Anspruch steht im Zentrum, nicht das Ergebnis. Es ist der Anspruch, der vom Auditorium – den nationalen Gerichten, den nationalen politischen Instanzen und der Kommentarliteratur – akzeptiert werden muss. Die Aussichten hierfür sind besser, wenn der Anspruch in seiner Umsetzung als nicht zu weitgehend erscheint, sondern vom Radius her begrenzt ist. Sobald die Akzeptanz gesichert ist, wird der EuGH daran gehen, den wahren Radius zu judizieren. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung belegen den Erfolg dieser Strategie.

Diese wenigen und nicht erschöpfenden dogmatischen Bemerkungen dürfen nicht überbewertet und insbesondere nicht dahin gehend verstanden werden, dass es sich um »schlechte« Urteile handele. Deutlich soll sein, dass die Dogmatik keineswegs zwingend ist und das erreichte Ergebnis mandatierte. Umgekehrt sind die dogmatischen Erwägungen der Generalanwälte und des EuGH auch nicht unvertretbar. Wie häufig geht es um eigentlich anderes. Der EuGH judiziert in einem Umfeld, das in besonderem Maße durch nichtjuristische Einflüsse gekennzeichnet ist<sup>43</sup>. Diesen Einflüssen gegenüber ist der Gerichtshof äußerst sensibel und richtet seine Rechtsprechung daran aus. Solange hierunter die Rechtssicherheit nicht leidet, ist dies uneingeschränkt zu rühmen und kann nur von einer Wissenschaft, die sich auf rein dogmatische Überlegungen beschränkt, als negativ beurteilt werden. Der Gerichtshof, der in Zeiten der Lähmung politischer Entschei-

42 Statt vieler EuGH, Urteil vom 13. 12. 1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 Rdnr. 14 (Hauer), mit Androhung apokalyptischer Konsequenzen, und ebda., Rdnr. 23 ff.

43 Näher dazu und zu den Konsequenzen für die Wissenschaft vom Europarecht *Snyder*, *New Directions in European Community Law*, 1990.

dungsgewalt auf europäischer Ebene zum Motor und Garanten erfolgreicher Integration wurde<sup>44</sup>, ist ein politischer Akteur. Dass dies auf dem prekären transnationalen Feld sichtbar ist als im nationalen Umfeld, in dem die Rule of Law gegenüber der Vorstellung der Judikative als politischem Akteur längst die imaginative Hoheit errungen hat, sollte Anlass sein, rechtswissenschaftliche Überlegungen auf dieses Feld auszuweiten. *Köbler* und *Kommission/Italien* verdeutlichen, dass mit dogmatischer Analyse allein noch nicht viel gewonnen ist. Warum judiziert der EuGH so, wie er judiziert? Um hier mehr Klarheit zu schaffen, bedarf es einer Berücksichtigung des Kontextes.

## *VI. Kontext 1: Juristische Dialoge*

Besonders fruchtbar ist hier ein akteurzentrierter Kontext. Aus dogmatischer Perspektive sind die Organe der Gemeinschaft, die mitgliedstaatlichen Regierungen und Gerichte sowie die grenzüberschreitend organisierten Interessen Objekte der Rechtsprechung des EuGH. Aus akteurzentrierter Perspektive sind sie hingegen handelnde Subjekte, mit denen der Gerichtshof in einem ständigen Gespräch steht. Die Urteile des EuGH sind dann nicht primär als Ergebnis einer dogmatisch angeleiteten rechtlichen Überlegung verstehbar, sondern als Konsequenz empirischer Beobachtung und sozialer und politischer Erklärung. Dies verlangt vom Beobachter die Überschreitung des selbstreferentiellen rechtlichen Universums, ohne dieses freilich ausblenden zu dürfen. Die Frage des dogmatischen Gehalts der Rechtsprechung wird so zu einer von vielen Referenzpunkten; andere Elemente der Analyse sind etwa die Überzeugungskraft und die Legitimationsfähigkeit, die die dogmatische Konstruktion nach sich zu ziehen vermag<sup>45</sup>.

### *1. Umformulierung der Genealogie*

Auffällig ist zunächst, dass die Generalanwälte die Rechtsprechungsgeschichte als historische Flugbahn erzählen. Die Richtung dieser Flugbahn ist die zunehmende Verwirklichung der Effektivität des Gemeinschaftsrechts und der Rechte Einzelner. GA *Léger* leitet seine Analyse mit dem bekannten und wichtigen Argument ein, dass der gemeinschaftsrechtliche Haftungsgrundsatz der *Francovich*-Rechtsprechung »aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung« folge und auf dem »System des Vertrages« und dem »speziellen Charakter der Gemeinschaftsrechtsordnung« beruhe (Rdnr. 28). Die »volle Wirksamkeit« des Gemeinschaftsrechts wäre beeinträchtigt und »der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne nicht die Möglichkeit hätte«, bei einem Verstoß des Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht Entschädigung zu verlangen (Rdnr. 31). Im Zentrum stehe »die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts mittels eines wirksamen gerichtlichen Schutzes«; der Grundsatz der

<sup>44</sup> Zum Verhältnis von Entscheidungssupranationalismus und normativem Supranationalismus *Weiler*, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, YEL 1 (1981), 267.

<sup>45</sup> Zu diesem Ansatz *Weiler* (Fußn. 7), S. 418 ff.

Staatshaftung stelle »die notwendige Weiterführung des allgemeinen Grundsatzes eines wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes oder des Rechts auf Gerichtszugang dar, ... dessen Tragweite [in der Rechtsprechung des EuGH] immer weiter ausgedehnt wurde.« (Rdnr. 35). Dies sei ohne Einschränkungen auf Verletzungen übertragbar, die auf Verstößen seitens nationaler Höchstgerichte beruhten (Rdnr. 36). Je mehr gemeinschaftsrechtlich garantierte Staatshaftung, so der GA, desto besser der Schutz des Einzelnen. Haftung für judikatives Unrecht ist vom Gewicht her gleichwertig mit dem Zugang des Einzelnen zu Gerichten. So selbstverständlich Letzterer im modernen Rechtsstaat ist, so selbstverständlich muss die *Köbler*-Rechtsprechung werden. Jede andere Entscheidung wäre ein zivilisatorischer Rückschritt. Die Geschichte, die GA *Léger* erzählt, ist eine Fortschrittsnarration.

Freilich kann diese Geschichte auch anders erzählt werden, nämlich als zunehmendes Anziehen der gemeinschaftsrechtlichen Kontrollschraube gegenüber den rechtlichen Entscheidungen der Mitgliedstaaten<sup>46</sup>. Dies lässt sich gerade am Beispiel der vom GA in Bezug genommenen *Topoi* nachvollziehen. Ursprünglich war der Haftungsmaßstab für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht nach dem Prinzip der nationalen Verfahrensautonomie den Mitgliedstaaten überlassen<sup>47</sup>. Dies führte aber zu großen Rechtssicherheitsdefiziten. Was sollte geschehen, wenn die nationale Rechtsordnung bei einem Verstoß beispielsweise nur das negative Interesse – in einer Fallkonstellation wie *von Colson & Kamann*<sup>48</sup> lediglich die Fahrtkosten für eine erfolglose Bewerbung, deren Erfolglosigkeit auf einen Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot von Frauen und Männern zurückzuführen ist – schützte? Um Effektivität zu gewährleisten, schwenkte der EuGH in eine interventionistische Phase um, im Rahmen derer er die nationale Verfahrensautonomie nominell zwar aufrecht erhielt, inhaltlich aber immer weniger beachtete<sup>49</sup>. Er zwang die nationalen Gerichte zunehmend zu kreativer Rechtsprechung: Sie mussten nationale Fristen oder Erstattungshöchstbeträge unbeachtet lassen bzw. richterrechtlich ergänzen. Die Konsequenz war einerseits größere Wirksamkeit, andererseits aber auch größere Rechtsunsicherheit. Die *Francovich*-Rechtsprechung beendete dieses Trauerspiel, indem sie sowohl Effektivität als auch Rechtssicherheit garantierte, freilich um den Preis, das nationale Recht noch

46 Instruktiv etwa die Darstellung von *Smith*, Remedies for Breaches of EU Law in National Courts, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, S. 287 (»Tightening of the Screw«).

47 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 16. 12. 1976, Rs. 33/76, Slg. 1976, 1989 (Rewe-Zentralfinanz); Urteil vom 7. 7. 1981, Rs. 158/80, Slg. 1981, 1805 (Rewe-Handelsgesellschaft); Urteil vom 5. 3. 1980, Rs. 265/78, Slg. 1980, 617 (Ferwerda).

48 EuGH, Urteil vom 10. 4. 1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 (von Colson und Kamann).

49 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 19. 6. 1990, Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433 (Factortame I), in dem der EuGH die wenig restriktive Voraussetzung, dass Rechtsschutz nicht unmöglich sein darf, durch die strengere Voraussetzung ersetzte, dass *effektiver* Schutz gewährt werden müsse; EuGH, Urteil vom 13. 3. 1991, Rs. C-377/89, Slg. 1991, I-1155 (Cotter & McDermott); Urteil vom 25. 7. 1991, Rs. C-208/90, Slg. 1991, I-4269 (Emmott); Urteil vom 2. 8. 1993, Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367 (Marshall II).



stärker in die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zu nehmen und das Prinzip nationaler Verfahrensautonomie weiter zu schwächen.

Gleiches gilt für das Verhältnis zwischen EuGH und nationalen Gerichten, das ursprünglich als horizontales und bilaterales Partnerschaftsverhältnis angelegt war. Doch beginnend mit *da Costa*<sup>50</sup> nahm der EuGH hieran tief greifende Veränderungen vor. Besonders mit *CILFIT*<sup>51</sup> entwickelte er ein Präzedenz-System, das aus der horizontalen Natur des Verhältnisses ein vertikales machte, innerhalb dessen die Urteile des EuGH aufgrund ihrer Präzedenz autoritativ wurden und den EuGH als übergeordnet erkennbar werden ließen<sup>52</sup>. Unterstrichen wird dieser Aspekt natürlich auch durch die *Foto Frost*-Rechtsprechung<sup>53</sup>. Zugleich entfalteten die Urteile des Gerichtshofes nun erga omnes-Wirkungen, da sich alle mitgliedstaatlichen Gerichte, nicht nur das vorliegende Gericht, auf sie berufen konnten<sup>54</sup>. Kehrt man also den Blickwinkel um, mag man formulieren, dass das Kooperationsverhältnis zwischen EuGH und den nationalen Gerichten mit *Köbler* und *Kommission/Italien* endgültig in einen Kontrollmechanismus übergegangen ist.

## 2. Warum der EuGH den Druck erhöht

In der Tat geraten insbesondere die Höchstgerichte nach diesen beiden Entscheidungen unter großen Druck. *Erstens* wird im Vertragsverletzungsverfahren (*Kommission/Italien*) dieser Druck insbesondere durch die Kommission, die das Verfahren initiiert und bei seiner Einleitung ein großes Maß politischen Ermessens genießt, sowie durch den EuGH selbst ausgeübt. Zusätzlicher Druck kommt von den politischen Organen der Mitgliedstaaten. Verklagt und verurteilt wird nach *Kommission/Italien* der Staat als solcher, sodass die Regierung Anlass hat, auf die Gerichte einzuwirken und gemeinschaftsrechtskonforme Interpretationen anzumahnen. Gleiches gilt für die mitgliedstaatlichen Parlamente, denen aufgrund des Versäumnisses, trotz gemeinschaftswidriger gerichtlicher Normeninterpretation die betreffende Vorschrift nicht geändert zu haben, formell der Verstoß angelastet wird. Auch die Tatsache, dass im Vertragsverletzungsverfahren widersprechende untergerichtliche Urteile eine Norm hinreichend unklar werden lassen und die Klage dadurch zu einer begründeten wird, dies jedoch nicht für obergerichtlich korrigierte Urteile gilt<sup>55</sup>, verstärkt den Druck auf die Obergerichte. *Zweitens* droht durch das neue Haftungssystem für judikatives Unrecht (*Köbler*) eine inhaltliche Aushöhlung höchstgerichtlicher Urteile und ein damit einhergehender Ansehens- und Autoritätsverlust. Höchstgerichte müssen sich nunmehr von einfachen Fachgerichten gemeinschaftsrechtswidrige Urteile vorhalten lassen; dies bereits ist ein Affront. Hinzu kommt, dass die einfachen Fachgerichte da-

50 EuGH, Urteil vom 27. 3. 1963, verb. Rs. 28-30/62, Slg. 1963, 63 (da Costa).

51 EuGH, Urteil vom 6. 10. 1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 (CILFIT).

52 Vgl. dazu auch *Craig/de Búrca*, EU Law, 3. Aufl. 2003, S. 433; *de la Mare*, Article 177 in Social and Political Context, in: *Craig/de Búrca* (Fußn. 46), S. 215 (227 ff.).

53 EuGH, Urteil vom 22. 10. 1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199 (Foto Frost).

54 Dies gilt nicht nur für das Vorlageverfahren bei Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten, sondern auch durch Gemeinschaftsorgane: vgl. EuGH, Urteil vom 13. 5. 1981, Rs. 66/80, Slg. 1981, 1191, vor allem Rdnr. 13 (ICC).

55 EuGH, Urteil vom 9. 12. 2003, Rs. C-129/00, noch nicht in amt. Slg. (Kommission/Italienische Republik): Rdnr. 33 (hinreichende Unklarheit) und 32 (nicht bei obergerichtlicher Aufhebung).

rüber hinaus Schadensersatz aufgrund des Verstoßes des Höchstgerichts zusprechen können. Beide Aspekte gemeinsam verstärken den Druck auf die mitgliedstaatlichen Höchstgerichte maßgeblich.

Einwenden könnte man, dass Höchstgerichte auch bisher in Bezug auf ihre Vertragskonformität kontrolliert wurden. In Deutschland etwa hebt das BVerfG Urteile, die unter Verstoß gegen die Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG ergangen sind, wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (Entzug des gesetzlichen Richters) auf<sup>56</sup>. Jedoch bewirkt der EuGH durch seine Urteile einen Wechsel sowohl des Forums als auch des Prüfungsumfangs. Im Hinblick auf das über den Verstoß entscheidende Forum wandert die Kontrollmacht vom BVerfG weg hin zur Kommission und zum EuGH (im Vertragsverletzungsverfahren) bzw. hin zu unteren Fachgerichten und zum EuGH, der auf Vorlagen der Untergerichte nach Art. 234 EG hoffen kann (in Haftungssachen). Nutznießer dieses Wechsels ist in jedem Fall der EuGH. Im Hinblick auf den Prüfungsumfang erweitert sich der Radius der nachprüfaren Verstöße. Während sich das BVerfG auf Verstöße gegen die Vorlagepflicht beschränkte, konstituieren diese nach der neuen Rechtsprechung des EuGH lediglich einen Anwendungsfall der »hinreichend qualifizierten Verstöße«. Der EuGH überprüft weit mehr als diese, nämlich alle offenkundigen Rechtsverstöße. Hierzu zählen auch Verstöße gegen etablierte EuGH-Rechtsprechung. Ich habe im Rahmen meiner dogmatischen Bemerkungen bereits darauf hingewiesen, dass die Offenkundigkeit nicht randscharf ist und Gegenstand weiterer, wahrscheinlich ausdehnender Rechtsprechung aus Luxemburg sein wird<sup>57</sup>.

Damit gelingt eine Annäherung an die urteilsleitende Ratio des EuGH. Der zusätzliche starke Druck auf die mitgliedstaatlichen Höchstgerichte erklärt, warum der EuGH in der geschehenen Weise entschieden hat. Die bisherige Strategie des EuGH bestand darin, die Höchstgerichte durch juristischen Dialog in das System des Art. 234 EG zu locken. Auch die Kommission setzte auf diese Strategie; sie verfolgte die Politik, nationale Höchstgerichte letztlich nie im Vertragsverletzungsverfahren zu verfolgen<sup>58</sup>. Zwang gegenüber Gerichten der Mitgliedstaaten

56 BVerfG, Beschluss vom 22. 10. 1986, BVerfGE 73, 339 (366 ff.); 82, 159 (194 ff.); Beschluss vom 21. 8. 1996, NVwZ 1997, 481; Beschluss vom 5. 8. 1998, NJW 1999, 46; Beschluss vom 9. 1. 2001, NJW 2001, 1267.

57 Vgl. oben V.3.

58 Anscheinend wurde über die Einleitung eines Verfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland nach *Solange I* (BVerfG, Beschluss vom 29. 5. 1974, BVerfGE 37, 271) nachgedacht, dies aber nicht weiter verfolgt: Europe, 27. 12 1974, No. 1657, S. 9. Gleiches scheint auf die Situation nach der Leitentscheidung des französischen Conseil d'Etat im Fall *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, CE 1. 3. 1968, Rec. S. 149 (engl. Übers. CMLRep. 1970, 395) zuzutreffen, vgl. die Antworten der Kommission auf die Befragung im Parlament 28/68, ABl. 1968, C71/1, und 349/69, ABl. 1970, C20/4. Ebenfalls in Antwort auf eine parlamentarische Anfrage äußerte die Kommission 1983, das Vertragsverletzungsverfahren stelle keine geeignete Grundlage für die Kooperation zwischen EuGH und nationalen Gerichten dar, sei nicht als Verfahren zur Überprüfung nationaler Gerichtsentscheidungen konzipiert und komme daher nur bei systematischer und vorsätzlicher Nichtbeachtung von Art. 234 durch Gerichte in Betracht (ABl. 1983, C 268/25). Stattdessen beschränkte sich die Kommission darauf, unter Anerkennung der richterlichen Unabhängigkeit auf die Verbreitung ihrer Rechtsauffassung gegenüber den jeweiligen Gerichten hinzuwirken und für den Wiederholungsfall legislative Maßnahmen anzumahnen (Nachw. hierzu bei Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 85 Anm. 94). Einen ersten prozeduralen Schritt zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens wegen judikativen Unrechts unternahm die Kommission im Fall *Cohn-Bendit*, indem sie eine Stellungnahme der französischen Regierung verlangte (vgl. *Bieber*, Anmerkung zur Entscheidung des Conseil d'Etat vom 22. 12. 1978 [*Cohn-Bendit*], EuR 1979, 299). Auch im Fall *Kloppenburg* teilte die Kommis-

schien nicht nur praktisch unmöglich, sondern war angesichts des Kooperationsparadigmas zwischen EuGH und nationalen Gerichten ein Tabu. Diese Strategie aber ist nicht erfolgreich gewesen. Ein Blick auf die Statistiken belegt, dass die Vorlagezahlen der Höchstgerichte nach wie vor vergleichsweise gering sind<sup>59</sup>. Wichtige Gerichte wie das BVerfG, die italienische Corte costituzionale oder das spanische Tribunal constitucional haben noch keine einzige Vorlage an den EuGH gerichtet. Viele nationale Höchstgerichte sehen sich nach wie vor als Hüter ihrer nationalen Verfassungsnormen und -werte, die sie gegen das aufdringliche Gemeinschaftsrecht zu verteidigen suchen. Sie begreifen sich nicht als Teilnehmer an einem transnationalen judikativen Gespräch, dessen Thema die Formung europäischer und die Transformation nationaler Verfassungswerte ist, sondern sehen Autoritätsverluste, Rivalität und eine Verunsicherung und Destabilisierung der eigenen nationalen Rechtsordnung<sup>60</sup>. Aus den Veröffentlichungen der Luxemburger Richter spricht demgegenüber eine zunehmende Ungeduld gegenüber dem mangelhaften Vorlageverhalten der Höchstgerichte<sup>61</sup>. Dies lässt den Schluss zu, dass der EuGH nun seine Strategie ändert und das Paradigma der Partnerschaft durch das der Kontrolle ersetzt. Die Durchsetzung der Effektivitäts-Ratio und der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wird nicht mehr der freiwilligen Kooperation nationaler Höchstgerichte anvertraut.

Hinzu kommt, dass die Höchstgerichte nicht nur in unbefriedigender Zahl vorlegen, sondern in einer ganzen Serie von außergewöhnlich offen trotzig und herausfordernden Urteilen dem EuGH den Fehdehandschuh hingeworfen haben. Das Maastricht-Urteil des BVerfG und seine Theorie der ausbrechenden Rechtsakte<sup>62</sup> sind zu bekannt, um an dieser Stelle rekapituliert zu werden. Aber auch die Höchstgerichte anderer Mitgliedstaaten haben nicht dahinter zurückgestanden. Die italienische Corte costituzionale hat entschieden, sich in den meisten Fällen nicht als »Gericht« im Sinne des Art. 234 EG zu begreifen, und sich somit selbst der Vorlagepflicht des Art. 234 Abs. 3 EG enthoben<sup>63</sup>. Ähnliche Entscheidungen

sion auf schriftliche Anfrage mit, die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland beschlossen zu haben und administrative Schritte zu prüfen (vgl. Schriftliche Anfrage von Herrn Wogau an die Kommission, ABl. 1986 C 137, 7). Hier befand man sich jedoch im Stadium des informellen Vorverfahrens, also vor Aussendung eines »letter before action«. Keines der Verfahren wurde indes tatsächlich durchgeführt.

59 Im Zeitraum von 1952–2003 ersuchten die unteren Gerichte den EuGH 3604 mal um Vorabentscheidung, die höchsten Gerichte 1440 mal. Statistiken können freilich täuschen, wenn man nicht genau genug hinschaut. Zwischen 1960 und 1994 beispielsweise legten deutsche Gerichte 901 mal vor, davon deutsche letztinstanzliche Gerichte 257 mal; das sind knapp 29 %. Von den 257 höchstrichterlichen Vorlagen aber stammten 140 allein vom Bundesfinanzhof (16 %), in der überwiegenden Mehrzahl ging es um minisküle Klassifizierungsfragen. Lediglich 27 Vorlagen (3 %) stammten vom BGH, 37 (4 %) vom BVerwG. Daten bei *Alter* (Fußn. 12), S. 69.

60 *Alter* (Fußn. 12), S. 48 ff.; *Maber*, National Courts as European Community Courts, *Legal Studies* 14 (1998), 226.

61 Zuletzt etwa *Timmermans* (Fußn. 9), S. 399.

62 BVerfG, Urteil vom 12. 10. 1993, BVerfGE 89, 155.

63 Corte costituzionale, Urteil vom 15. 12. 1995, no. 536, *Rac. o ff. corte cost.* V.118, 1995 S. 729.

kommen etwa aus Dänemark, Belgien und wohl auch Spanien<sup>64</sup>. Die Umstellung von (nicht erfolgreicher) Kooperation auf Zwang und Kontrolle ist die Antwort des EuGH auf diese Herausforderungen. Dass gerade Italien im Vertragsverletzungsverfahren verfolgt wird, ist nach den Entscheidungen der Corte costituzionale in *Frontini* und *Fragd*<sup>65</sup> kein Zufall, sondern sendet ein deutliches Signal an Mitgliedstaaten mit starker und widerspenstiger Verfassungsgerichtsbarkeit.

### 3. Warum der EuGH den Umweg über das italienische Parlament wählt

Aus diesen Überlegungen ergibt sich auch, warum der EuGH im Vertragsverletzungsverfahren nicht unmittelbar eine Vertragsverletzung durch gemeinschaftsrechtswidrige Rechtsprechung judiziert, sondern den Umweg über das Unterlassen des italienischen Parlaments nimmt, die durch die Gerichte fehlerhaft interpretierten Norm im Wege der Gesetzgebung zu ändern.

Dieser Umweg erscheint zunächst bestenfalls seltsam, schlechtestenfalls befremdlich. Hinter dem Vorwurf des GA und des EuGH steht ein Vorverständnis, das kaum zu halten ist. 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 seine Legislative nicht dafür Sorge getragen hat, dass nur eine einzige (gemeinschaftsrechtskonforme) Auslegung dieser Norm möglich war. 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 Richter und Beamte erscheinen als einfache Vollzugsorgane. Hier zeigt sich eine Genauigkeitserwartung von gesetzlichen Programmen, die allgemeine Normierungen nicht bieten können<sup>66</sup>. Kein Parlament der Welt kann Gesetze erlassen, die den Gerichten ihren Auslegungs-

64 Højesteret (dänischer oberster Gerichtshof), Entscheidung vom 6. 4. 1998, Carlsen u. a./Rasmussen, I 361/1997, UfR 1998, 800; dt. Übers. in EuGRZ 1999, 49 (Besprechung bei Mayer [Fußn. 58], S. 213 ff.); 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 EuGRZ 1993, 285 (Besprechung bei Mayer [Fußn. 58], S. 228 ff.). Weiter zu nennen sind Irlands Supreme Court (SC SPUIC Ireland Ltd. v. Grogan, [1989] IR 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, 157 [dt. Übers. EuR 1979, 292]). Tendenzen in diese Richtung zeigen auch Schweden (Stellungnahme der obersten Gerichte zu beitriffsbedingten Verfassungsänderungen, EG och grundlagarna – sammanställning av remissyttranden över betänkander SOU 1993: 14 och departementspromemorior 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). Weitere Nachw. bei Mayer, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 229 (248 ff.).

65 Entscheidung Nr. 183/73, Foro italiano, 1974, I, 314 (Frontini); Nr. 232/89, Foro italiano, I, 1990, 1855 (Fragd).

66 Aus der überwältigenden Fülle der Literatur: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990; Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parla-

und Konkretisierungsspielraum nehmen. Dennoch verurteilt der EuGH Italien just aus diesem Grund<sup>67</sup>.

Erklärbar wird dies aus einer akteurzentrierten Perspektive. Der EuGH ist nicht nur im Gespräch mit den nationalen Höchstgerichten, sondern auch mit den untergeordneten Fachgerichten. Letztere sind für die Wahrung der Rule of Law in Europa von kaum zu überschätzender Bedeutung. Es trifft keineswegs zu, dass das Vorabentscheidungsssystem funktioniert, wenn die Höchstgerichte zur Vorlage bereit sind. Viele Fälle erreichen die Höchstgerichte nicht, sei es, weil der innerstaatliche Instanzenzug etwa durch restriktive Berufungs- oder Revisionsregeln beschränkt ist, sei es, weil zu wenig auf dem Spiel steht, um die Parteien zum zeitraubenden und kostspieligen Gang in die nächste Instanz zu veranlassen. Diese »kleinen«, »alltäglichen« Fälle sind aber die eigentliche Bewährungsprobe für das Funktionieren der europäischen Integration und damit auch des Vorabentscheidungsverfahrens. Viele der Entscheidungen des EuGH, ohne die die Gemeinschaft in der jetzigen Form nicht vorstellbar ist und die sie zu einer verfassungsförmig organisierten supranationalen Union haben werden lassen, sind aus solchen Fällen hervorgegangen, die den Richtertisch der nationalen Höchstgerichte nie gesehen hätten<sup>68</sup>.

Die unteren Fachgerichte unterfallen freilich nicht dem *Köbler*-Urteil, da die Staatshaftung nur bei gemeinschaftsrechtswidrigen Urteilen der Höchstgerichte ausgelöst wird; ebenso wenig unterfallen sie der Vorlagepflicht des Art. 234 Abs. 3 EG. Das rechtliche Instrumentarium, mit Hilfe dessen der EuGH die Un-

mentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 135 ff.; *Schuppert*, Staatswissenschaft, 2003, S. 499 ff.; zur Diskussion im Verwaltungsrecht nur *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991. Kritisch *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999. Ich verzichte in diesem Rahmen auf Nachweise zur Sprachtheorie und -philosophie.

67 Damit ist nicht gesagt, dass der EuGH tatsächlich einem solchen Gesetzesverständnis anhängt. Das Gegenteil scheint der Fall zu sein. Bereits GA Léger, Schlussanträge GA Léger vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 59 (Köbler), spricht ausdrücklich an, dass Gerichte gerade keine Subsumtions- und Vollzugsautomaten sind: »Somit ist [das nationale Gericht] nicht mehr unbedingt, wie Montesquieu es einst ausgedrückt hat, das Sprachrohr des Gesetzes.« Vermutlich ist der positivistische, physikalisch-kausale Gesetzesbegriff ein notwendiges Übel in der Argumentationskette des EuGH, der es diesem ermöglicht, nicht die Gerichte unmittelbar, sondern nur mittelbar auf dem Umweg über das italienische Parlament zu verfolgen. Warum dies gewollt ist, bedarf der Klärung (vgl. meine Bemerkung V.1. a. E.), dazu sogleich. Zu der Bemerkung des GA noch ausführlicher unter VI.4.a).

68 Ein Beispiel ist EuGH, Urteil vom 1. 7. 1969, Rs. 24/68, Slg. 1969, 193 (Statistikgebühren), in der Italien das Argument vorbrachte, die angegriffene Abgabe (10 Lire pro Zentner, Tonne, Tier oder Fahrzeug) sei so gering, dass sie per se keinen störenden Einfluss auf Handelsströme haben könne. Auch bei EuGH, Urteil vom 5. 2. 1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos), ging es um eine lediglich 5%ige Erhöhung des Wertzolls auf preisgünstiges Harnstoff-Formaldehyd. Es gibt auch Fälle, in denen unabhängig vom Streitwert ein Gang in die höheren Instanzen unwahrscheinlich ist, weil sich nationale Verfassungs- oder Höchstgerichte einschalten und die Vorlage zum EuGH zugunsten ihrer eigenen Verwerfungskompetenz zu verhindern suchen; Nachw. bei *Alter* (Fußn. 12), S. 48 Anm. 19; interessant zuletzt die Konstellation in EuGH, Urteil vom 11. 1. 2000, Rs. 285/98, Slg. 2000, I-69 (Kreil), in der das BVerwG keine Vorlage machte (BVerwG, Beschluss vom 20. 5. 1999, NVwZ 1999, 1343), das VG Hannover aber vorlegte und dem EuGH die Möglichkeit gab, die Rechtslage auch nach der Entscheidung des BVerwG klarzustellen; dazu auch *Tridimas* (Fußn. 15), S. 14 f.

tergerichte zur Kooperation zwingen könnte, ist damit weit weniger entwickelt als in Bezug auf die Höchstgerichte. Daher muss der EuGH hier nach wie vor auf die hergebrachte Strategie setzen, sie durch Überzeugungskraft und juristischen Dialog in das Vorabentscheidungsverfahren einzubeziehen und um ihre freiwillige Mitarbeit werben. Eines seiner vorrangigen Ziele wird daher nach wie vor sein, die Untergerichte nicht zu befremden. Die Befremdungsfahr ist aber in den beiden zur Rede stehenden Fällen unterschiedlich stark angelegt.

Im Vorlageverfahren mit drohender Staatshaftung – *Köbler* – besteht die Gefahr der Befremdung der Fachgerichte so gut wie nicht. *Erstens* erlangen die Fachgerichte durch die *Köbler*-Rechtsprechung einen großen Machtzuwachs. Sie können höchstgerichtliche Rechtsprechung in Frage stellen und durch die Zuerkennung von Schadensersatz aushöhlen. Freilich teilen sich die Untergerichte diese Macht mit dem EuGH, dem sie – wie in *Köbler* ja auch geschehen – die materielle Rechtsfrage vorlegen werden. Dennoch bleibt die Macht real, da einerseits der EuGH die Vorlage nicht erzwingen kann und andererseits die Höchstgerichte auch nach Vorabentscheidung durch den EuGH letztlich durch den Richteranspruch des Fachgerichts düpiert werden<sup>69</sup>. *Zweitens* ist das Vorabentscheidungsverfahren ein Dialog zwischen Gerichten. Die Fachgerichte und der EuGH sprechen dieselbe Sprache; sie operieren unter derselben Logik des Rechts. Fachgerichte sind es gewohnt, von anderen Gerichten korrigiert zu werden. Die Untergerichte werden durch die *Köbler*-Konstellation nicht befremdet sein; hier kann der EuGH daher ohne große Rücksichtnahme operieren.

Ganz anders stellt sich die Situation im Vertragsverletzungsverfahren – *Kommission/Italien* – dar. *Erstens* klagt nach Art. 226 ff. EG die Kommission Rechtsverstöße von Gerichten an. Ein juristischer Spruchkörper sieht sich also gegenüber einem mit Beamten besetzten, politischen Organ unter Rechtsfertigungsdruck. Dies widerstreitet jeder sich aus dem Gedanken der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit speisenden Intuition. Gerichte sind naturgemäß gegenüber Einmischungen politischer Instanzen äußerst sensibel. Selbst wenn sich das Vertragsverletzungsverfahren nicht auf Rechtsprechung der unteren Fachgerichte, sondern ausschließlich oder – wie in der Entscheidung *Kommission/Italien*, in der der EuGH vor allem auf die Urteile der Corte suprema di cassazio-

69 Dies verkennt die Regierung des Vereinigten Königreichs in ihrer Erklärung im Fall *Köbler*. Dort trägt sie vor, die nationalen Gerichte müssten über die Haftung für Verstöße eben dieser nationalen Gerichte entscheiden, was ein Dilemma der Unparteilichkeit erzeuge. Der einzige Ausweg sei die Vorlage an den EuGH; dies aber laufe auf eine dem Vertrag zuwiderlaufende Vorlagepflicht auch für die unteren Fachgerichte hinaus (vgl. Schlussanträge GA Léger vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 21 [Köbler]). Ganz unverhohlen droht Großbritannien dem EuGH mit dem Zusammenbruch des Vorabentscheidungsverfahrens aufgrund der Verweigerung mitgliedstaatlicher Gerichte: »Das hätte für die außerordentlich bedeutungsvollen Beziehungen zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten offenkundig negative Folgen.« (Erklärung der Regierung des Vereinigten Königreichs, referiert in EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 27 a. E. (Köbler)). Dem Rechtsargument begegnet GA Léger dadurch, dass er die Vorlage lediglich vorschlägt, nicht aber erzwingen will. Im Hinblick auf die Machtkonstellation ändert eine solche faktische Vorlagepflicht nichts daran, dass die Untergerichte sich dennoch nicht vertragswidrig gegängelt fühlen werden, sondern den enormen Zuwachs an Macht annehmen werden.

ne abstellte – schwerpunktmäßig auf Rechtsprechung der Höchstgerichte bezieht, kann man wohl mit der Loyalität der Untergerichte gegenüber ihren Höchstgerichten rechnen. Kein Fachgericht wird seine höheren Instanzen gern unter politischem Druck sehen. *Zweitens* ist keineswegs sicher, dass sich Kommission und EuGH auf die Höchstgerichte beschränken werden. Möglich ist, dass Vertragsverletzungsverfahren habituell Untergerichte miteinbeziehen<sup>70</sup>. Dann gehören die Fachgerichte zum Kreis der Gekränkten. Dementsprechend vorsichtig agiert der EuGH, der die nationalen Untergerichte gerade nicht befremden darf, in der *Kommission/Italien*-Konstellation.

Diese Überlegung wird durch die Rhetorik des EuGH und seiner Generalanwälte bestätigt. Insbesondere GA Léger ist in seinen Schlussanträgen um das Wohlwollen der nationalen Gerichte bemüht. Er beginnt seinen Abschnitt über die »entscheidende Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchführung des Gemeinschaftsrecht« damit, die mitgliedstaatliche Judikative an ihre Macht und Verantwortung zu erinnern, und formuliert dies zugleich als gemeinsames Projekt von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten:

»Die mit der Anwendung des Rechts einschließlich des Gemeinschaftsrechts betrauten nationalen Gerichte stellen einen unabdingbaren Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung dar.« (Rdnr. 53).

Die »entscheidende Rolle« hebt er sogleich auf eine authentische und zugleich moralische Ebene:

»Man kann darin im Übrigen die schrittweise Entstehung einer echten gerichtlichen Ethik der Gemeinschaften sehen.« (ebd.).

In diesem Sinne fährt er fort, den nationalen Gerichten eine – ihnen so nicht zukommende<sup>71</sup> – konfliktentscheidende Rolle sowie eine Schutzposition zuzusprechen:

»[D]as nationale Gericht [hat] nämlich sowohl eine Schiedsrichterrolle im Rahmen eines Konflikts – innerstaatlicher und gemeinschaftlicher – Rechtsnormen als auch die Rolle des natürlichen Bewahrs der Rechte zu spielen, die dem Einzelnen nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen.« (ebd.).

<sup>70</sup> Diese Ausweitung ist vorbereitet in Schlussanträge GA Geelhoed vom 3. 6. 2003, Rs. C-129/00, Rdnr. 57 ff. (Kommission/Italienische Republik). Zwar stellt der GA die besondere Rolle der höchsten nationalen Gerichte heraus (Rdnr. 58), fährt dann aber fort: »Dies ändert nichts daran, dass auch die unteren nationalen Gerichte Verantwortung für die vollständige Durchführung und ordnungsgemäße Anwendung des Gemeinschaftsrechts tragen, auch wenn ihre Entscheidungen im nationalen Rechtssystem korrigiert werden können« (Rdnr. 59). Der EuGH geht in seiner Entscheidung selbst davon aus, dass es sich keineswegs um nationale Höchstgerichte handeln muss, sondern stellt seine Kriterien gerade für untere Fachgerichte auf, vgl. insbes. Rdnr. 32 f.: Nur solche Entscheidungen kommen für ein Vertragsverletzungsverfahren nicht in Betracht, die deutlich in der Minderheit sind oder deren Auslegung vom obersten nationalen Gericht verworfen worden ist (Rdnr. 32). Bereits wenn sich verschiedene Untergerichte widersprechen, ist das Vertragsverletzungsverfahren begründet, da dann die zugrundeliegende Regelung nicht hinreichend klar ist (Rdnr. 33).

<sup>71</sup> Das nationale Gericht hat nur die Kompetenz, nationales Recht für nicht anwendbar zu erklären; hat es dagegen Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsrecht, muss es dem EuGH vorlegen, der allein in der Position ist, Gemeinschaftsrecht für nichtig zu erklären: st. Rspr. seit EuGH, Urteil vom 22. 10. 1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199 (Foto Frost).

Der entscheidende Absatz schließt an die Darlegung der von den nationalen Gerichten zu beachtenden Grundsätze der richtlinienkonformen Auslegung und des Vorrangs an und thematisiert ausdrücklich zum einen die große Macht nationaler Gerichte und zum anderen das Paradigma der gerichtlichen Kooperation zwischen EuGH und nationaler Judikative:

»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, komplizierteres rechtliches Umfeld anpassen muss. Zu betonen ist jedoch, dass das nationale Gericht nicht völlig sich selbst überlassen ist, sondern bei dieser Aufgabe dank des Instruments der gerichtlichen Zusammenarbeit, um das es sich beim Vorabentscheidungsverfahren handelt, die Hilfe des Gerichtshofes in Anspruch nehmen kann.« (Rdnr. 60).

Dieser Absatz ist bemerkenswert in seiner Klarheit, mit der der GA das dialogische Tandemsystem *vor Köbler* und *Kommission/Italien* zusammenfasst. Er erinnert nicht nur an den Machtzuwachs nationaler Untergerichte, sondern erklärt ausdrücklich, dass dies zu Lasten von verfassungsgerichtlichen Kompetenzen – vor allem in Systemen mit zentralisierter Verfassungsgerichtsbarkeit wie in Deutschland aufgrund Art. 100 Abs. 1 GG – gegangen ist. Er zielt auf die Eitelkeit der nationalen Gerichte, wenn er die aufgrund des Gemeinschaftsrechts komplizierter und schwieriger gewordene Rechtslage erwähnt. Er stellt schließlich den EuGH nicht als über den nationalen Gerichten angesiedeltes Verfassungsgericht dar, sondern erstens als Partner in »gerichtlicher Zusammenarbeit«, zweitens als Helfer in der Not, der die nationalen Untergerichte in der stürmischen See des Gemeinschaftsrechts nicht sich selbst überlässt.

Diese strategische Emphase wird selbst hart gesottene Europarechtler schmunzeln lassen. Selbst für die *Köbler* und *Kommission/Italien* vorausgehende Ära ist diese Darstellung nur in Teilen richtig, denn wie erwähnt hat sich die bilaterale und horizontale Zusammenarbeit der Gerichte zu einem multilateralen und vertikalen Verhältnis entwickelt<sup>72</sup>. Nach *Köbler* und *Kommission/Italien* aber dürfte diese Beschreibung zumindest in Bezug auf die Höchstgerichte nur von historischem Wert sein. Die Pointe gerade der Entscheidung, für die GA *Léger* seine Schlussanträge formuliert, liegt darin, das Paradigma der freiwilligen Kooperation durch das der erzwungenen Kooperation zu ersetzen. Erklären lässt sich dieser Abschnitt, der vom EuGH in gewohnt dünnen Worten in Rdnr. 33 der *Köbler*-Entscheidung aufgenommen wird, wohl nur durch das Wissen darum, dass der EuGH nach wie vor um die nationalen Untergerichte werben muss<sup>73</sup>. Dies wird

72 Vgl. oben im Text bei Fußn. 50–54. Freilich ist auch in diesem Verhältnis der Machtzuwachs der nationalen Gerichte gleichwohl real geblieben.

73 Hiergegen lässt sich auch nicht einwenden, dass sich die zitierten Passagen in EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 (*Köbler*), nicht in EuGH, Urteil vom 9. 12. 2003, Rs. C-129/00, noch nicht in aml. Slg. (Kommission/Italienische Republik) finden. Selbstverständlich ist auch das *Köbler*-Urteil, das gegenüber den Höchstgerichten neuartigen und starken Druck erzeugt, an die unteren Fachgerichte gerichtet. Erstens soll es an diese die Botschaft transportieren, vor Haftungsprozessen nicht zurückzuschrecken. Zweitens ist es



bestätigt durch die Ausführungen von GA Léger in den Rdnr. 111 f., in denen er den unteren Fachgerichten nahe legt, bei Haftungsfällen à la *Köbler* ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten. Der GA ist aber peinlich darum bemüht, alle Anklänge von Hierarchie und Zwang zu vermeiden:

»Um jeden berechtigten Zweifel an der Unparteilichkeit des nationalen Gerichts zu zerstreuen, wäre denkbar, dass es sich dazu entschließt, eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen ... Es wäre jedoch übertrieben, daraus zu schließen, dass dies dazu führen würde, einen Superrechtsbehelf zu schaffen, d. h. 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.« (Rdnr. 112)

Der GA macht sich an dieser Stelle die Überlegung des zwischengerichtlichen Dialogs im Vorlagesystem zu Eigen und betont neben dem Partnergedanken und der guten, freiwilligen Zusammenarbeit das gegenseitige »Vertrauen«, auf dem dieses System beruht. Wiederum wird die Werbung des GA – wohl auch in Reaktion auf die Drohungen der Regierung des Vereinigten Königreiches<sup>74</sup> – um die unteren Fachgerichte deutlich<sup>75</sup>. Im Ergebnis ist damit in der neuen Rechtsprechung des EuGH eine klare Trennung zwischen Höchst- und Untergerichten festzustellen. Die Untergerichte muss der EuGH nach wie vor mit Überzeugungskraft, Sensibilität und dem Paradigma eines gemeinsamen, zu gleichen Teilen und gleichen Kräften zu bewältigenden Projekts an Bord holen; die Höchstgerichte hingegen setzt der EuGH nun massiv unter Druck.

#### 4. Bewertung und Ausblick

Während so die Rechtslage und die Verschiebungen im europäischen Rechtssystem beschrieben sind, stellt sich die Anschlussfrage nach den zukünftigen Entwicklungen. Wird sich das Kalkül des EuGH durchsetzen? Anders formuliert, werden die nationalen Gerichte, insbesondere die Höchstgerichte, verstärkt vorlegen mit dem Ergebnis, dass der EuGH noch stärker ins Zentrum rückt? Eine wirkliche Antwort wird erst die Zukunft geben können. Doch können wir uns ihr bereits wissenschaftlich, auch rechtswissenschaftlich, anzunähern versuchen und sind nicht zum erwartungslosen Warten verdammt. Zu unter-

zeitlich vor der Entscheidung *Kommission/Italien* ergangen und war damit Objekt intensiver Neugier aller gerichtlichen Instanzen. Drittens vermeiden es GA und EuGH in *Kommission/Italien*, die Problematik des judikativen Unrechts erneut vollumfänglich auszubreiten, sondern schützen rhetorisch vor, einen »normalen« Vertragsverletzungsfall zu judizieren. Die Friedensbotschaft an die unteren Fachgerichte ist damit strategisch in *Köbler* viel besser aufgehoben als in *Kommission/Italien*.

<sup>74</sup> Vgl. bereits die Bemerkungen in Fußn. 69.

<sup>75</sup> Diese Mischung aus neuer Erzwingungsmacht und diskursiver Betonung von Partnerschaft ist dem Gemeinschaftsrecht nicht neu. Mit der Stärkung von Art. 228 EG etwa ging die Versicherung der Kommission einher, dabei die kooperative Struktur von Verhandlungen mit den Mitgliedstaaten im Vertragsverletzungsverfahren nicht zu vernachlässigen: *Kommission*, Eleventh Annual Monitoring Report 1993, COM (94) 500 final, S. 8. Aber auch dies war nicht die ganze Wahrheit, vgl. dazu *Rawlings*, Engaged Elites: Citizen Actions and Institutional Attitudes in Commission Enforcement, Eur. LJ 6 (2000), 4 (24).

scheiden ist wiederum zwischen Höchstgerichten einerseits und unteren Fachgerichten andererseits.

a) *Höchstgerichte*

Für die Höchstgerichte lassen sich zwei Szenarien entwerfen. Im *ersten Szenario* geht das Kalkül des EuGH auf, die Höchstgerichte lassen sich auf die Linie des Art. 234 Abs. 3 EG bringen und legen verstärkt vor. Hierfür spricht insbesondere der große Druck, der nun von Luxemburg ausgeht. Legen die Höchstgerichte nicht vor oder judizieren entgegen der Rechtsprechung des EuGH, können die unteren Fachgerichte – in der Regel nach Vorlage an den EuGH – einen Haftungsfall annehmen und Schadensersatz zusprechen<sup>76</sup>. Zudem kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren anstrengen und mit Hilfe des EuGH das Höchstgericht als Rechtsbrecher bloßstellen.

Im *zweiten Szenario* könnten sich die Höchstgerichte mit Erfolg verweigern und dem Druck trotzen. Sowohl Anlass als auch Argumentationslinie für diese Verweigerung liefert paradoxerweise der EuGH selbst.

Der Anlass könnte die Degradierung der Höchstgerichte zu politischen Akteuren sein. Der EuGH muss in seinen ergangenen Urteilen alles daransetzen, die Höchstgerichte nicht als Gerichte im eigentlichen Sinne, sondern als *political actors* erscheinen zu lassen. Gegen Handlungen von Gerichten sind die Rechtsmittel der Berufung und Revision gegeben. Schadensersatz und Vertragsverletzungsverfahren hingegen beziehen sich nach unserer Erfahrung und Anschauung auf Handlungen von Nicht-Gerichten. Also müssen die Höchstgerichte als politische Organe erscheinen, um das Unbehagen, das mit Schadensersatz und Vertragsverletzungsverfahren gegen gerichtliche Urteile einhergeht, zu besänftigen. Sie müssen so aussehen wie die Verwaltung, die Regierung oder der Gesetzgeber. Der EuGH muss sich daher bemühen, unsere hergebrachte Imagination umzukehren, indem er den Unterschied von Recht und Politik einebnet. Recht und Politik sind Bedeutungsfelder, die sich in ihren alternativen und konkurrierenden Sinnstrukturen gegenseitig zu unterdrücken versuchen<sup>77</sup>. Beide verfügen wie eine Sprache über eine bestimmte Grammatik, wobei sich die Grammatik des Rechts von derjenigen des Politischen unterscheidet. Verbleibt es in den vorliegenden Fällen allein bei der Sprache des Rechts – der Rule of Law –, sind Höchstgerichte Höchst-

<sup>76</sup> Aus rechtsvergleichender Sicht ist die Lage in Österreich hier interessant. Gestützt auf Art. 137 Bundesverfassungsgesetz lehnte der österreichische Verfassungsgerichtshof eine Zuständigkeit der Amtshaftungsgerichte zur Entscheidung über Entschädigungsansprüche infolge höchstrichterlicher Rechtsprechung ab (ö.VfGH, Urteil vom 10. 10. 2003, A 36/00, Punkt II.3). Der Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofes folgend ergibt sich somit die Zuständigkeit eines nationalen Höchstgerichts in Bezug auf Staatshaftung für höchstrichterliches Unrecht. Dem steht jedoch die herrschende Lehre in Österreich gegenüber (vgl. *Solar*, Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung, 2004, S. 151 m. w. N.), wonach die Zuständigkeit nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes unterinstanzlichen Gerichten zufällt.

<sup>77</sup> Ausf. hierzu etwa *Haltern*, Recht als kulturelle Existenz, in: Jayme (Hrsg.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, 2003, S. 15; *ders.*, *Internationales Verfassungsrecht?*, AöR 128 (2003), 511 (526 ff.).

gerichte und nicht politische Akteure; gegen ihre Fehler gibt es lediglich die Möglichkeit der Anrufung einer weiteren, übergeordneten Instanz (etwa des EGMR). Ist dies nicht möglich, ist der Rechtsschutz ausgeschöpft. Dies ist aber gerade ein Ergebnis, das der EuGH zu vermeiden sucht. Er will in *Köbler* die Möglichkeit von Schadensersatz und in *Kommission/Italien* die Möglichkeit des Vertragsverletzungsverfahrens eröffnen. Er muss sich daher bemühen, Gerichte und politische Akteure eine Sprache sprechen zu lassen und die Unterschiede der Grammatiken zu invisibilisieren.

Liest man die Urteile und Schlussanträge in diesem Licht, stößt man auf genau diese Strategie. Zum einen nivellieren die Generalanwälte und der EuGH den Unterschied zwischen Gerichten und genuin politischen Akteuren – und damit zwischen Recht und Politik – dadurch, dass sie eine Parallele zum Völkerrecht ziehen und den Staat als Einheit beschreiben. So stark sich Luxemburg sonst vom Völkerrecht abgrenzt und das Gemeinschaftsrecht als »neue Rechtsordnung« beschreibt<sup>78</sup>, so sehr rücken Generalanwälte und EuGH hier den völkerrechtlichen Grundsatz der Einheit des Staates in den Vordergrund<sup>79</sup>. Im Völkerrecht werde nicht danach unterschieden, ob der schadensverursachende Verstoß der Legislative, der Judikative oder der Exekutive zuzurechnen sei; dasselbe müsse »erst recht in der Gemeinschaftsrechtsordnung gelten«<sup>80</sup>. Der Staat als Einheit ist eine *Blackbox*, in der alle Unterschiede unsichtbar werden; nachts, möchte man formulieren, sind alle Katzen grau. Ob ein Gericht, ein Parlament oder ein städtischer Beamter gehandelt hat, wird irrelevant. Die Parallelisierung von Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht ist m. a. W. eine argumentative Strategie, Höchstgerichte von politischen Akteuren ununterscheidbar werden zu lassen.

Zum anderen kann man den Gedanken, Gerichte wie *political actors* aussehen zu lassen, ausdrücklich in den Schlussanträgen von GA Léger in *Köbler* nachlesen:

»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 unbedingt, wie Montesquieu es einst ausgedrückt hat, das Sprachrohr des Gesetzes.« (Rdnr. 59, meine Hervorh.).

Die Wahl des Adjektivs »strategisch« ist kein Zufall, sondern eine bewusste Assoziierung der politikwissenschaftlichen Theorie der *strategic action* und *rational choice*, die sich gerade mit den außerrechtlichen Handlungsmotiven von Akteuren befassen; zudem handelt es sich beim Strategie-Topos gerade um die Kernfrage des *legal realism*, der Recht als Mechanismus zur Aufteilung politischer Macht zwischen gesellschaftlichen Akteuren begreift und den Schleier der Prätension des Rechts – Objektivität, Neutralität, Wissenschaftlichkeit usw. – durchstoßen will, um die hinter dem Recht stehenden Interessen politischer, ökonomischer oder psychologischer Art freizulegen. Die Frage der Rechtsrealisten lautete daher: »Durch welche Strategie kann man am effektivsten bestimmte allgemein akzeptierte gesellschaftliche Ziele erreichen?«<sup>81</sup> Die Wahl der Ziele ist Sache der Politik,

78 Seit 1963, EuGH, Urteil vom 5. 2. 1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (24 f.) (van Gend & Loos).

79 Schlussanträge GA Léger vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 43 ff. (Köbler); EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 32 (Köbler); Schlussanträge GA Geelhoed vom 3. 6. 2003, Rs. C-129/00, noch nicht in aml. Slg. Rdnr. 50 ff. (Kommission/Italien).

80 EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. 224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 32 (Köbler).

81 *McDougal*, Fuller v. The American Legal Realists, Yale LJ 50 (1941), 827 (836).

die Ausrichtung des Rechts zu ihrer Erreichung Sache der Sozialwissenschaften; Recht als autonomes System ist nicht Teil dieser Gleichung. Die ausdrückliche Absage GA *Légers* an Deduzierbarkeit im Sinne Montesquieus unterstreicht diese Absicht.

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<sup>82</sup>. Die Evozierung von *rational choice* und die Leugnung der rechtlichen Grammatik in der Form, wie sie seit Montesquieu bekannt ist, lässt keinen Zweifel daran, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte vorliegend nicht im Gewand des Rechts, sondern der Politik daherkommen sollen.

Dies ist keine Kritik der Luxemburger Strategie. Vielmehr handelt es sich wohl um einen notwendigen Argumentationsbaustein auf dem Weg zu einer Staatshaftung für judikatives Unrecht und der Möglichkeit, um Akzeptanz für die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren zu werben, deren Hintergrund gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsurteile sind. Aber diese Strategie kann nach hinten losgehen. Die Höchstgerichte, um deren zukünftiges Verhalten es geht, können die Argumentationslinie des EuGH für sich nutzbar machen, um sich dem Druck aus Luxemburg zu verweigern. Sie können den gleichen Gedanken gegen den EuGH wenden und diesen nicht als genuines Gericht anerkennen, sondern als *political actor* enttarnen. Dies nämlich würde ihnen die Möglichkeit eröffnen, auf eine Argumentation zuzugreifen, die auf politische Akteure zugeschnitten ist, nämlich den *ultra vires*-Vorwurf. Dieser ist aus dem *Maastricht*-Urteil des BVerfG hinreichend bekannt. Dort war er jedoch primär auf Rechtsakte der politischen Akteure der Gemeinschaft zugeschnitten. Zwar formulierte das BVerfG insoweit neutral, als es von »europäischen Einrichtungen oder Organen« bzw. allgemein »Rechtsakten« sprach<sup>83</sup>, doch ergibt sich aus dem Kontext, dass hier zumindest nicht in erster Linie an den EuGH, sondern vielmehr an Legislativakte seitens der Kommission und des Rates gedacht war. Beziehen die mitgliedstaatlichen Höchstgerichte den *ultra vires*-Vorwurf auf den EuGH, hören dessen Urteile auf, gut oder schlecht begründete, kluge oder weniger kluge Urteile zu sein. Sie werden stattdessen zu möglicherweise ausbrechenden Rechtsakten, die im innerstaatlichen Hoheitsbereich nicht verbindlich sind und unangewendet bleiben müssen. Aus der gerichtlichen Rechtsfortbildung würde dann eine politische Grenzüberschreitung. Die Kraft der Strategie des EuGH, Gerichte als politische Akteure zu definieren, könnte sich so gegen ihn selbst wenden. Es bedarf keiner Begründung, dass dies eine europäische Verfassungskrise bisher unbekanntem Ausmaßes provozieren würde.

Dabei könnten die Höchstgerichte möglicherweise mit der Unterstützung des BVerfG rechnen. Dieses sieht nicht nur, wie GA *Léger* zu Recht andeutet<sup>84</sup>, seine Kompetenzen schwinden,

82 Hierzu ausf. *Kahn*, *The Reign of Law*, 1997.

83 BVerfG, Urteil vom 12. 10. 1993, BVerfGE 89, 155 (188).

84 Schlussanträge GA *Léger* vom 8. 4. 2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rdnr. 60 (Köbler).

sondern ist auch mit der Drohung konfrontiert, dass der EuGH seine neue Rechtsprechung auf Vorlageverweigerungen aus Karlsruhe ausdehnt. Die Auseinandersetzung um die Rolle des Letztentscheiders in der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, die bereits durch viele Runden in der Rechtsprechung beider Gerichte sowie in der Literatur gegangen ist, könnte dadurch eine neue Dimension annehmen, dass sich das BVerfG entweder von einem durch die Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren überzogen oder mit einer Schadensersatzdrohung durch die Fachgerichte konfrontiert sieht; beides würde in letzter Konsequenz vom EuGH judiziert<sup>85</sup>.

### b) Untere Fachgerichte

Ob die Untergerichte weiter bereitwillig vorlegen werden, hängt davon ab, ob sie einen Machtzuwachs genießen und sich von der Rechtsprechung des EuGH überzeugen lassen<sup>86</sup>. Ein gewichtiger Machtzuwachs ist gewiss zu verzeichnen. Dies gilt trotz der Tatsache, dass die Untergerichte in Haftungsfällen entgegen Art. 234 EG gleichsam zur Vorlage an den EuGH gezwungen sind: Um Zweifel an ihrer Unparteilichkeit auszuräumen, werden sie nicht umhin kommen, den EuGH einzubeziehen. GA Léger bezeichnet dies in seinen Schlussanträgen behutsam als »denkbar« und unterstreicht seine eigene Vorsicht gegenüber den Fachgerichten dadurch, dass er weiter ausführt:

»Es geht nämlich nicht darum, ein automatisches Vorabentscheidungsersuchen einzuführen, sondern darum, an die Existenz der Möglichkeit eines Ersuchens zu erinnern.« (Rdnr. 112).

Obwohl die Funktion des EuGH in solchen Fällen mit derjenigen des EGMR in Individualbeschwerden vergleichbar sei, handele es sich dennoch keineswegs darum, »einen Superrechtsbehelf zu schaffen, d. h. den Gerichtshof zur Superrevisionsinstanz zu erheben.« (Rdnr. 112). Die »Existenz der Möglichkeit eines Ersuchens« gem. Art. 234 EG, an die GA Léger »erinnert«, sei vielmehr »Ausdruck eines Instruments der gerichtlichen Zusammenarbeit, das auf dem Gedanken des Dialogs und des gegenseitigen Vertrauens zweier Gerichte beruht« (ebd.). Hier bestätigt sich das o. g. Argument, dass Luxemburg zwar auf die Höchstgerichte starken Druck ausübt, um die unteren Fachgerichte aber werbend buhlt. Der Machtzuwachs bleibt real. Dies spricht dafür, dass sich die Fachgerichte in ihrer Vorlagetätigkeit zumindest nicht negativ beeinflussen lassen werden.

Andererseits ist aber durchaus zweifelhaft, ob sich die unteren Fachgerichte auch von der Rechtsprechung des EuGH überzeugt zeigen werden. Diesbezüglich sind zwei Ebenen zu unterscheiden.

Zum einen unterliegt – wie gezeigt – die juristische Überzeugungskraft der dogmatischen Konstruktion des EuGH Bedenken. Dies kann negative Auswirkungen auf die Vorlagebereitschaft der nationalen Gerichte zeitigen. *Franovich* und *Brasserie du pêcheur* führten zu schneidender dogmatischer Kritik aus Wissenschaft und Praxis; kaum überraschend sah sich der EuGH in *Brasserie du pêcheur* dann mit einem widerstrebenden BGH konfrontiert, der ein Schlupfloch zur Um-

85 Hierzu explizit etwa *Storr* (Fußn. 33), S. 552 f. m. w. N. Aufgrund der hohen Hürden, die der EuGH mit seinem »Ausnahmefall« aufstellt, sehen viele Beobachter eine solche Gefahr nicht (ausdrücklich etwa *Gundel* [Fußn. 33], S. 16 Fußn. 97); ich stimme dem wegen meiner Vermutung, dass es sich bei den hohen Hürden nur um einen Momentzustand handelt, nicht zu.

86 Vgl. bereits oben im Text bei Fußn. 9–12.

gehung des EuGH-Urteils fand und keinen Schadensersatz zusprach<sup>87</sup>. Juristisch nicht überzeugende Urteile führen immer wieder zu Einbrüchen in den Vorlagezahlen. Die Prinzipien und dogmatischen Konstruktionen des EuGH sind nur so viel wert wie ihre Akzeptanz in der Spruchpraxis mitgliedstaatlicher Gerichte. Gerade das Recht der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung ist nach wie vor ein Minenfeld. Das wird sich nach den zweifelhaften rechtsvergleichen den Ausführungen in *Köbler* nicht ändern.

Zum anderen wird es darauf ankommen, ob die unteren Fachgerichte die Aufkündigung der Partnerschaft zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Höchstgerichten seitens des EuGH akzeptieren. Der EuGH zieht in vielerlei Hinsicht die Macht der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte an sich und positioniert sich gegenüber den Höchstgerichten als hierarchisch übergeordneter Spruchkörper. Während die Höchstgerichte dies insbesondere vor der Folie des ohnehin gespannten Verhältnisses nicht gern sehen werden, ist die noch wichtigere Frage, ob die unteren Fachgerichte bereit sind, dem EuGH diese Position zuzugestehen. Ist die europäische Rechtsordnung bereits so weit fortgeschritten, dass das Rechtssystem sich überzeugend als hierarchisch neugestaltetes, fast staatliches System zu präsentieren vermag? In anderen Bereichen nimmt die Union dezidiert und ostentativ Abschied vom supranationalen Charakter des Gemeinwesens und setzt verstärkt auf Attribute des Nationalstaates. Insbesondere auf symbolischer Ebene bedient sie sich aus dem Arsenal nationaler Artefakte, wie sich am Beispiel der Flagge, der Hymne oder des Europatags ablesen lässt. Mögen sich diese noch als Missgriffe abtun lassen, sind andere Bereiche in ihrer potentiellen Reichweite ernster zu nehmen. Auch die Einführung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht, die Verabschiedung der Grundrechtecharta in Nizza und der Verfassungsvertragsentwurf sind so lesbar<sup>88</sup>. Der EuGH, der zunächst zögerlich war, zeigt in neueren Urteilen die Tendenz, den Weg der Kommission und des Rates mitzugehen; ein deutliches Signal ist die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft<sup>89</sup>. Ob die Entscheidung, das Feld nationalstaatlicher Imagination politischer und rechtlicher Einheitsbildung zu betreten, erfolgreich sein wird, ist davon abhängig, ob die Bürger die Bereitschaft besitzen, an die Erfindung einer genuin politischen Gemeinschaft Europa zu glauben. Im Bereich des europäischen Rechtsschutzes findet ein ähnlich gelagerter Vorgang statt. Hier ist die Frage, ob die nationalen Gerichte die Bereitschaft aufbringen werden, dem EuGH ein hierarchisch strukturiertes, stärker zentralisiertes Rechtssystem zu glauben<sup>90</sup>. Erzwingen kann man auch diesen Glauben nicht.

### VII. Kontext 2: Internationale Entwicklung (EMRK)

Der EuGH ist nicht das einzige überstaatliche Gericht, das judikatives Unrecht judiziert, sondern kann sich auf eine unvermutete Allianz stützen. Der EGMR

87 BGH, Urteil vom 24. 10. 1996, BGHZ 134, 30; dazu statt vieler *Weatherill/Beaumont*, EU Law, 3. Aufl. 1999, S. 430 f.

88 Ausf. Haltern, *The Dawn of the Political*, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 14 (2004), 585; *ders.*, *Gestalt und Finalität*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2002, S. 803.

89 EuGH, Urteil vom 12. 5. 1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 (Martínez Sala); Urteil vom 20. 9. 2001, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 (Grzelczyk); Urteil vom 11. 7. 2002, Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191 (d'Hoop). Dazu Haltern, *Das Janusgesicht der Unionsbürgerschaft*, Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft 11 (2005), 87. Noch stärker in den letzten Urteilen: EuGH, Urteil vom 23. 3. 2004, Rs. C-138/02 (Collins), noch nicht in aml. Slg.; Urteil vom 7. 9. 2004, Rs. C-465/02 (Trojani), noch nicht in aml. Slg.; Urteil vom 19. 10. 2004, Rs. 200/02, noch nicht in aml. Slg. (Zhu und Chen).

90 Ich wähle den Begriff des »Glaubens« mit Bedacht, da sich Recht zu einem guten Teil aus Glauben speist und daher als »Glaubenssystem« bezeichnet werden kann. Insofern teilt Recht viele strukturelle Gemeinsamkeiten mit Religion. Ausf. dazu *Kahn* (Fußn. 82); *ders.*, *A Cultural Study of Law*, 1999; Haltern (Fußn. 16); *ders.*, *Recht als Tabu?*, in: Depenheuer (Hrsg.), *Recht und Tabu*, 2003, S. 141.

hat am 16. 4. 2002 den Fall *S.A. Jacques Dangeville*<sup>91</sup> entschieden<sup>92</sup>. In dem Urteil stellte er fest, dass Frankreich dadurch gegen das Eigentumsrecht aus Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK verstoßen hat, dass der Conseil d'Etat zunächst entgegen der Rechtsprechung des EuGH der 6. Umsatzsteuerrichtlinie die unmittelbare Wirkung abgesprochen<sup>93</sup> und sodann auch ohne Vorlage zum EuGH eine Haftung des französischen Staates wegen unterlassener Umsetzung der Richtlinie abgelehnt hat<sup>94</sup>. In Anwendung von Art. 41 EMRK sprach der EGMR der *S.A. Jacques Dangeville* als Ersatz des materiellen Schadens die zu Unrecht gezahlte Vermögenssteuer sowie die entstandenen Verfahrenskosten zu. *Dangeville* betrifft zwar auch das Unterlassen des französischen Gesetzgebers, in Umsetzung der Richtlinie eine mitgliedstaatliche Ausnahmevorschrift zu schaffen. Zentral ist jedoch das judikative Unrecht seitens des Conseil d'Etat. Der EGMR nimmt dieses umstandslos an, obwohl es zum Zeitpunkt der Entscheidung weder gesicherte Rechtsprechung des EuGH noch eine gesicherte Meinung in der Literatur zu diesem Thema gab. Er wächst somit in die Rolle eines mutigen Vorreiters in Sachen Haftung für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte.

Das *Dangeville*-Urteil führt uns zurück zu der Frage, warum der EuGH in *Köbler* und *Kommission/Italien* in der geschehenen Weise judiziert hat. Zwischen *Dangeville* und den Schlussanträgen GA Légers liegt fast genau ein Jahr. Der GA hatte damit ausreichend Zeit, sich über die Konsequenzen von *Dangeville* klar zu werden. Erzwang der EGMR mit *Dangeville* die Entscheidung des EuGH in *Köbler* und *Kommission/Italien*? Dies würde ein neues Licht auf die obigen Überlegungen werfen, die von einer autonomen Entscheidung des EuGH ausgingen und das Verhältnis zwischen EuGH und nationalen letztinstanzlichen Gerichten für die neue Rechtsprechungslinie aus Luxemburg verantwortlich machten. Müssen die eigentlichen Gründe für die Ahndung judikativen Unrechts in Straßburg statt in Luxemburg gesucht werden? Dagegen spricht, dass es sich bei *Dangeville* um eine Fehlentscheidung handeln mag, da der EGMR wohl zu Unrecht annimmt, dass Frankreich Individuen einen Eigentumsanspruch einräumt, den er, der

91 EGMR, Urteil vom 16. 4. 2002, Application no. 36677/97 (*S.A. Dangeville v. France*) veröffentlicht unter <http://hudoc.echr.coe.int>.

92 Besprechung bei *Breuer*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2003, 433 ff.

93 Unter Berufung auf Art. 13 Teil B lit. a der nicht umgesetzten 6. USt-RiL (6. RiL 77/388 des Rates vom 17. 5. 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern, ABl. Nr. L 145 vom 13. 6. 1977, 1) forderte die *S. A. Jacques Dangeville* die Rückzahlung von zu Unrecht gezahlter Umsatzsteuer; Anspruchsgrundlage war sowohl Erstattung (*restitution*) als auch Staatshaftung (*responsabilité*). Mit Urteil vom 19. 3. 1986 wurde die Klage in letzter Instanz vom Conseil d'Etat als teilweise unzulässig, teilweise unbegründet zurückgewiesen. Der Conseil d'Etat setzte damit seine trotzigen Urteile fort, in denen er die EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien provokant ablehnte und die Notwendigkeit einer Vorlage zum EuGH unter Hinweis auf die – von ihm sehr weit interpretierte – *acte claire*-Doktrin verneinte. C. E., 19. 3. 1986 – *S.A. Jacques Dangeville*, Recueil Lebon 465 = RJF 5/1986, No. 553.

94 Nach dem ersten Urteil des Conseil d'Etat richtete die *S.A. Jacques Dangeville* an das französische Finanzministerium einen Antrag auf Steuerrückzahlung aus Staatshaftung; dieser wurde abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Klage erreichte schließlich den Conseil d'Etat, der sie als insgesamt unzulässig zurückwies. Er argumentierte, der Zulässigkeit stehe die Rechtskraft des ersten Urteils (*l'autorité de la chose jugée*) sowie der Vorrang des Primärrechtsschutzes (*distinction des contentieux*) entgegen. C.E., 30. 10. 1996 – *S.A. Jacques Dangeville*, RJF 12/96, No. 1469.

EGMR, schützen könne<sup>95</sup>. Der EuGH hätte *Dangeville* durchaus auf die französische Situation eingrenzen, dann den Fehler des EGMR hervorheben und gegenteilig entscheiden können. Eine zwingende Flugbahn von *Dangeville* zu *Köbler* gibt es daher nicht. Freilich hätte der EuGH mit einer anderen als der gefällten Entscheidung zugleich zugegeben, dass der Rechtsschutz Einzelner im Rahmen der EMRK in Gestalt des ungeliebten EGMR weiter reicht als derjenige aus Luxemburg. Die Rolle, die sich der EuGH auch und gerade in Abgrenzung von Straßburg zumisst und die ihren deutlichen Niederschlag in der Methode der Grundrechtsrechtsprechung findet<sup>96</sup>, ließe sich damit schlecht vereinbaren. Dies gilt umso mehr, als der EGMR zum einen in *Dangeville* eine große Gemeinschaftsfreundlichkeit an den Tag legt und zum Zweiten in eine Reservefunktion bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht rückt, wenn nationale und gemeinschaftsrechtliche Schutzmechanismen versagen. Eine andere Rechtsprechung des EuGH als in *Köbler* und *Kommission/Italien* hätte damit auch handfeste institutionelle Konsequenzen zeitigt, nämlich eine größere Rolle des EGMR im Gefüge des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzes. Insofern ist der Einfluss des EGMR auf *Köbler* und *Kommission/Italien* nicht zu unterschätzen, aber auch nicht zu überschätzen. Der EuGH hat eigene – zwingende – Gründe gehabt, in der Frage judikativen Unrechts die Haftung des Staates anzunehmen und darüber hinaus eine Verfolgungsmöglichkeit im Vertragsverletzungsverfahren zu eröffnen. Der z. T. offene Widerstand der nationalen Obergerichte machte eine unmissverständliche Reaktion sowie eine Änderung der sich als erfolglos herausstellenden Strategie des juristischen Dialogs und Werbens unabwendbar. Der Zeitpunkt mag durch *Dangeville* und die dadurch entstehende Notwendigkeit, eine Bloßstellung zu vermeiden, vorgegeben worden sein. Doch war der Zeitpunkt zur Reaktion ohnehin gekommen; ein längeres Zuwarten hätte möglicherweise zu weiteren Ansehensverlusten und damit zu sinkender Überzeugungskraft im Gespräch mit den nationalen Gerichten geführt.

Wollten nationale Gerichte sich der Rechtsprechung von *Köbler* und *Kommission/Italien* widersetzen, würden sie sich einem internationalen, auf mehreren Ebenen zu verzeichnenden Trend entgegenstellen und einen Kampf an zwei Fronten führen müssen. In Bezug auf den EuGH mag eine solche Auseinandersetzung zumindest eine Zeit lang durchaus führbar sein, wie die Zwiste im Bereich des Vorrangs und der unmittelbaren Anwendbarkeit gezeigt haben (wobei allerdings zu ergänzen ist, dass in jedem Fall die Gemeinschaftsrechtsprechung die Oberhand gewonnen hat)<sup>97</sup>. Gerade das ultra vires-Argument könnte dazu führen, dass zwar mit harten Bandagen, aber erfolgreich gekämpft wird. In Bezug auf den EGMR aber dürfte ein erfolgreicher Widerstand viel weniger aussichtsreich sein. Straßburg zehrt zu einem guten Teil von der Legitimität, auf der Grundlage einer europäischen Bill of Rights überstaatliches Recht zu sprechen. In den EGMR mit seiner Individualbeschwerde ist der Kern liberalen Fortschrittsdenkens des 21. Jahrhunderts eingezeichnet, der wehrhafter sein dürfte als Haftungsgefahren und Androhungen von Vertragsverletzungsverfahren<sup>98</sup>.

95 Bedenken bestehen insbesondere gegen die Eröffnung des Schutzbereichs, der erstens »existierende Rechtspositionen«, zweitens »berechtigte Erwartungen« erfasst. Beide sind hier sehr problematisch, vgl. dazu *Breuer* (Fußn. 92), S. 436.

96 Die EMRK dient dem EuGH oft lediglich als Ausgangspunkt und erste, nicht schwierig zu nehmende Hürde. Statt ausf. Nachw. nur *Weiler*, *The Constitution of Europe*, 1999, S. 113.

97 Ausf. hierzu etwa *Alter* (Fußn. 14); *Slaughter/Stone/Sweet/Weiler* (Fußn. 12).

98 Dies muss nach der Entscheidung im *Caroline-Fall* (EGMR, Kammerentscheidung vom 24. 6. 2004, Application no. 59320/00 [von Hannover v. Germany], veröffentlicht unter <http://hudoc.echr.coe.int>) nicht so bleiben. Nach dem Rechtsmittelverzicht der Bundesregierung vom 1. 9. 2004 kommt es hier zu einem Querstand der Pressefreiheits- und Persönlichkeitsrechts-Rechtsprechung in Karlsruhe und Straßburg, der für den EGMR nicht von Vorteil sein wird. Vgl. deutlich BVerfG, Beschluss vom 14. 10. 2004, 2 BvR 1481/04, noch nicht in



## VIII. Kontext 3: Interpretationsgemeinschaften

Gehen wir davon aus, dass die Strategie des EuGH im Hinblick sowohl auf die nationalen letztinstanzlichen Gerichte als auch die nationalen unteren Fachgerichte erfolgreich sein wird, könnte man die Formulierung wagen, es handle sich um gute Entscheidungen. Der institutionelle Erfolg rechtfertigt die dogmatische Zweifelhaftigkeit. Wenn die Höchstgerichte durch die Kommission, den EuGH und nicht zuletzt ihre eigenen Untergerichte in die Gemeinschaftskonformität und -freundlichkeit getrieben werden, ohne dass die Fachgerichte befremdet würden, wäre das Ziel von *Köbler* und *Kommission/Italien* erreicht.

Dennoch kann man weiterfragen: Handelt es sich um ein kluges Ziel? Es gibt wenig Zweifel, dass die Herausforderungen durch die letztinstanzlichen Gerichte eine Luxemburger Antwort verdienen und die Verfassungskatastrophe, die mit einer innerstaatlichen Prüfkompetenz von Gemeinschaftsrecht einherginge, abgefangen werden muss. Hiervon einmal abgesehen aber sind weitere Aspekte zu bedenken.

Der erste ist prosaischer Natur, aber keineswegs unwichtig. Der Arbeitsanfall beim EuGH nimmt immer ernstere Züge an. Dies hat erstens negative Auswirkungen auf die Verfahrensdauer und die Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Zweitens mehren sich die Stimmen, die eine sinkende Qualität der Entscheidungen des EuGH wahrnehmen<sup>99</sup>. Die überwiegende Mehrzahl der Fälle, die zum EuGH gelangen, sind Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 234 EG<sup>100</sup>. In diesem Lichte betrachtet ist die Frage legitim, ob es klug ist, auf eine weitere Steigerung der Vorlagezahlen hinzuarbeiten. Hinzu kommt, dass das Vorabentscheidungssystem sich in einem Rechtszug erschöpft: Der EuGH ist zugleich erste und letzte Instanz. Auch dies ist eine unbefriedigende Situation. In Nizza war der Boden für eine Reform bereitet, doch der EuGH, dem die Mitgliedstaaten die Reform seiner selbst überließen, schreckte vor der Lösung zurück, das Vorabentscheidungsverfahren in die Hände des Gerichts erster Instanz zu legen und sich selbst in wichtigen Fällen zur Revisionsinstanz und

amtl. Slg., und die nicht weniger deutlichen Aussagen des Präsidenten des BVerfG, *Hans-Jürgen Papier*, »Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht«, FAZ vom 9. 12. 2004, 5. Wieder moderater wiederum BVerfG, Beschluss vom 28. 12. 2004, 1 BvR 2790/04, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>99</sup> *Weiler*, Epilogue: The Judicial Après Nice, in: de Búrca/Weiler (Hrsg.), *The European Court of Justice*, 2001, S. 215 (219 f.).

<sup>100</sup> Die am 31. Dezember des jeweiligen Jahres anhängigen Rechtssachen gliedern sich ab 1999 wie folgt: 1999 – Vorabentscheidungsersuchen (VE): 476; Direkte Klagen (DK): 309; Rechtsmittel (RM): 110; Besondere Verfahrensarten (BV): 1; Sonstige (S): 0. 2000 – VE: 432; DK: 326; RM: 111; BV: 2; S: 2. 2001 – VE: 487; DK: 334; RM: 120; BV: 1; S: 1. 2002 – VE 462; DK: 323; RM: 117; BV: 5; S: 0. 2003 – VE: 439; DK: 407; RM: 121; BV: 6; S: 1. Vgl. <http://curia.eu.int/de/institut/presentationfr/rapport/stat/st03cr.pdf>, S. 232. Daten bei *de la Mare* (Fußn. 52), S. 250 f., zeigen, dass sich die Zahl der Vorabentscheidungsurteile des EuGH bei knapp zwei Drittel aller EuGH-Urteile eingependelt hat, mit leicht steigender Tendenz. Weitere Daten bei *Stone Sweet/Brunell*, *The European Court, National Judges, and Legal Integration*, Eur. L J 6 (2000), 117.

damit zu einem genuinen Verfassungsgericht zu machen<sup>101</sup>. Stattdessen bemüht er sich – wie in *Kommission/Italien* – um verstärkte Vorlagen<sup>102</sup>. Dieses Vorgehen im Hinblick auf Vorabentscheidungen, die den Gerichtshof zu seiner jetzigen Position verholfen haben, sie nun aber auch wieder unterminieren könnten, könnte man überspitzt als »Fetisch« des EuGH bezeichnen.

Ein zweiter Gesichtspunkt betrifft einen grundsätzlicheren Aspekt, nämlich den Zuschnitt der Rechtsgemeinschaft Europa. Mit *Köbler* und *Kommission/Italien* wird es – wenn alles gut geht – dem EuGH gelingen, die nationalen Obergerichte auf Gemeinschaftskurs zu bringen. Die Konsequenz wird ein stromlinienförmiges, perfekt geordnetes und hierarchisch organisiertes Rechtssystem sein, das für Spannungen und Dissense über die Werte Europas keinen Raum mehr lässt. *Köbler* und *Kommission/Italien* sind Ausdruck eines Regelungsimpetus, der einen Idealtypus gerichtlicher Organisation in Entstehung bringen soll. Das tiefere Ziel dieses Unterfangens liegt in der einheitlichen interpretativen und autoritativen Ausformung eines durch Gemeinschafts- und nationale Gerichte begleiteten und behüteten europäischen Konstitutionalismus. Im Zentrum steht der EuGH, der das Wesen der Gemeinschaft autoritativ in adäquate Rechtsprechung übersetzt. Im Ausgangspunkt ist dieser Anspruch zweifellos institutionell motiviert: Es ist eine Herkulesaufgabe, die Spruchkörper souveräner Staaten so zu organisieren, dass eine transnationale Rule of Law entsteht und die Einheit sowie der Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleistet sind. Dass dieses Unternehmen gelungen ist, ist eine zivilisatorische Errungenschaft, die nicht hoch genug geschätzt werden kann und für die der EuGH in der Literatur durchgängig und mit Recht gerühmt wird.

Jedoch stellt sich die Frage, ob das Ziel einer idealtypisch organisierten europäischen Verfassungsordnung im genannten Sinne nach wie vor erstrebenswert ist. Die integrationsfreundliche, sich als progressiv verstehende Europarechtswissenschaft spricht von »Verfassungsverbund«, »Komplementär-« oder »Integrationsverfassung« und sieht als Basis der europäischen Verfassungsentwicklung die in den Vertragszielen und -grundsätzen verankerten gemeinsamen Werte der Union, welche die gemeinsamen kulturellen Traditionen widerspiegeln<sup>103</sup>. Wenn dem so ist, sind die Gegenstände des Verfassungsdiskurses Gegenstände eines gemeinsa-

101 Der Bericht des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz (Die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Union – Reflexionspapier des EuGH, 28. 5. 1999, EuZW 1999, 750) war vorsichtig positiv in dieser Beziehung; der Dué-Bericht (Bericht der Reflexionsgruppe über die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften, [http://europa.eu.int/comm/dgs/legal\\_service/docs/dué\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/dgs/legal_service/docs/dué_de.pdf), Januar 2000) jedoch lehnte diesen Vorschlag ab. Zum Ganzen auch *Craig*, *The Jurisdiction of the Community Courts Reconsidered*, in: de Búrca/Weiler (Fußn. 99), S. 177 (204 ff.).

102 Kritisch hierzu auch *Wattel*, *Köbler*, *CILFIT* and *Welthgrove: We Can't Go On Meeting Like This*, *CMLRev.* 41 (2004), 177 (179 ff.).

103 *Pernice*, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, *EuR* 31 (1996), 27; *ders.*, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, *CMLRev.* 36 (1999), 703; *ders.*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 149; *ders./Mayer*, *De la constitution composée de l'Europe*, *RTDE* 36 (2000), 623. Kritisch *Asbach*, *Verfassung und Demokratie in der Europäischen Union*, *Leviathan* 30 (2002), 267; *Haltern* (Fußn. 16), Kap. 5.

men europäischen Erbes. Das verfassungsrechtliche Gespräch wird in der EU und den Mitgliedstaaten über die gleichen Themen geführt; Inhalt ist das Testen und Festlegen der rechtlichen Grenzen von Mehrheitsentscheidungen, die Artikulation der hinter der Rule of Law stehenden Werte und das Verständnis der institutionellen Struktur eines Gemeinwesens, das sich zugleich zum Recht und zur Mehrheitsherrschaft bekennt. Es handelt sich um ein Projekt und um eine Interpretationsgemeinschaft.

Merkmal einer Interpretationsgemeinschaft ist interpretatorische Vielfalt. Aus der Gemeinsamkeit des Projekts ergibt sich nicht, dass sich die Lösungen der innerhalb des Projekts zu behandelnden Probleme gleichen. Auslegungskonflikte spiegeln unterschiedliche Werterfahrungen wider. Doch bleiben konfligierende Verständnisse europäischer Verfassungsvorschriften in den Mitgliedstaaten Ausdruck unterschiedlicher Wertungen eines gemeinsamen Interpretationsprojekts. Im Konflikt nehmen wir die Bedeutung von Verfassungen wahr; den autoritativen Abschluss eines Verfassungsstreites erleben wir selten, und auch dann wird das gerichtliche Urteil schnell zu lediglich einem weiteren Text, der für Anschlussinterpretationen offen ist.

Natürlich muss eine Gemeinschaft auch im Verfassungsrecht die Möglichkeit haben, Diskurs abzuschneiden, um handeln zu können. Dies wird durch die hierarchische Organisation von Gerichtszügen gewährleistet; höhere Gerichte unterscheiden sich aber von Untergerichten nicht durch die Art und Weise der *Interpretation*, sondern nur durch die Allokation von *Autorität*. Obergerichte besitzen keinen privilegierten Zugang zur Wahrheit, sondern nur zur Entscheidungsmacht. Dies hat der US-amerikanische Supreme Court-Richter Robert Jackson in die Worte gefasst: »We are not final because we are infallible, but we are infallible because we are final.«<sup>104</sup>

Der EuGH aber geht von anderen Voraussetzungen aus. Seine bisherige Rechtsprechung hat gezeigt, dass er nicht nur institutionelle Autorität, sondern auch privilegierte Erkenntnis für sich reklamiert<sup>105</sup>. Dieser Anspruch auf bessere epistemologische Ausstattung, der eine übergeordnete Entscheidungsposition begründen soll, spiegelt ein Vorverständnis wider, das sich mit dem Gedanken einer europäischen Rechtsdiskursgemeinschaft nicht verträgt. Statt von einem einheitlichen Interpretationsprojekt vor dem Hintergrund gemeinsamer Aufgaben und Werte auszugehen, sieht er staatlichen Konstitutionalismus als etwas genuin anderes als europäischen Konstitutionalismus und greift insoweit auf die Annahme fest gefügter historischer Gemeinschaften zurück, deren verfassender Rechtstext als Spiegel eigener politischer Identität der Mitgliedstaaten gelesen werden muss. Im Kern behauptet die Hintergrundannahme des EuGH einen substantiellen Unterschied der konstitutionellen Projekte von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, statt anzuerkennen, dass Unterschiedlichkeit heute eher interpretatorischer Vielfalt von Interpretationsgemeinschaften als in Zeit und Ort festgeschriebenen

104 U.S. Supreme Court, Urteil vom 9. 2. 1953, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953) (Jackson, J., concurring in the result).

105 In der Grundrechtsrechtsprechung etwa definierte er seine Spruchkompetenz am Maßstab ausschließlich gemeinschaftsspezifischer, nicht nationaler, auch nicht kumulativ nationaler Kriterien; die Beurteilung dieser spezifisch auf die Gemeinschaft bezogenen Kriterien behielt er ausschließlich sich selbst vor. Nationale Gerichte, so implizierte er, besäßen nicht den Überblick über gemeinschaftsweite rechtliche und tatsächliche Gegebenheiten (EuGH, Urteil vom 13. 12. 1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 Rdnr. 23 [Hauer]). Der Zweck wird in der Folge (Rdnr. 24 ff.) ausschließlich anhand der VO Nr. 1162/76 und der Verträge definiert. Im Ergebnis gehen so Kompetenzen mit Fähigkeiten einher.

Differenzen entspringt<sup>106</sup>. Gerade im Hinblick auf den Gemeinsamen Markt, auf das Diskriminierungsverbot aufgrund von Staatsbürgerschaft, auf die Unionsbürgerschaft und auf das anleitende Bild des wandernden Europäers mit gemeinsamen Werten und Interessen erscheint die Grundvoraussetzung seltsam rückwärts gewandt. Problematisch jedenfalls ist der methodische Hintergrund. Je schwieriger die zu behandelnden Themen werden, umso größer wird auch die Notwendigkeit, sich dem umfangreichsten Fundus verfügbarer Quellen gegenüber offen zu zeigen. Inhaltlich wäre es überraschend, hätte jede einzelne mitgliedstaatliche Gemeinschaft im Hinblick auf jedes Verfassungsproblem eine eigene, sich von den anderen Gemeinschaften unterscheidende Lösung gefunden. Selbst wenn dies der Fall wäre, bestünde wenig Grund zu der Annahme, dass im Lichte der heutigen Transnationalisierung und des sich flexibel zeigenden, fragmentierten und in ständiger schneller Änderung begriffenen Charakters von Identität die Kohärenz zwischen den Werten des verfassenden Textes und der aktuellen Gemeinschaft nach wie vor gewährleistet sei.

Wenn aber die mitgliedstaatlichen Verfassungen und die Gemeinschaftsrechtsordnung Teile eines umfassenden europäischen Verfassungsprojekts sind, sind die Gerichte – mitgliedstaatliche und EuGH – Teile einer Interpretationsgemeinschaft, deren gemeinsames Projekt die Realisierung des Ideals eines europäischen Konstitutionalismus ist. In dieser Gemeinschaft gleichen sich die interpretatorischen Aufgaben; Interpretation ist etwas anderes als Autorität. Nur im Hinblick auf Letzteres vermag sich der EuGH in einer (funktional gut zu begründenden) privilegierten Stellung befinden. Nicht nur seine Erkenntnisansprüche gehen dann ins Leere. Auch stellt sich die Frage, ob es nicht Ausdruck einer gereiften Rechtsordnung ist, die Teilnehmer an der Interpretationsgemeinschaft reden zu lassen und in wichtigen Fällen vereinheitlichend autoritativ einzugreifen. Vielleicht gehört zur Reife auch die Fähigkeit, Spannungsverhältnisse zumindest eine Zeit lang aushalten zu können. Das Rechtsprechungsmodell des EuGH hingegen verwechselt nicht nur Autorität und Interpretation und geht von einem rückwärts gewandten Modell von Konstitutionalismus aus, sondern traut dem eigentlich gut funktionierenden rechtlichen status quo der Gemeinschaft weniger zu, als man angesichts der mittlerweile eingetretenen Maturität des Gemeinschaftsrechts erhoffen sollte<sup>107</sup>.

106 Die Parallelen zur Kontroverse um die US-amerikanische Dogmatik der »unique state sources« im US-Föderalismus sind offensichtlich. Ich lehne mich hier an an *Kahn*, *Interpretation and Authority in State Constitutionalism*, Harv.LR 106 (1993), 1147.

107 Möglicherweise handelt es sich ohnehin um ein illusionäres Projekt. Unzählige Beispiele in der Geschichte haben gezeigt, dass auch der beste Plan und die perfekteste Hierarchie Spielraum für differenziertes, lokales Wissen zulassen, durch die Organisation und Planung wieder unterlaufen werden. Differenziert hierzu *Scott*, *Seeing Like a State*, 1998, dort (S. 309 ff.) auch zum verwandten Konzept *mētis* und dessen Absage an die »wissenschaftlichen« Planungen der Hochmoderne. Aus kulturwissenschaftlicher Sicht Winter, *Die Kunst des Eigensinns*, 2001, unter Betonung der Machtkritik.

### IX. Schluss

Der EuGH betritt mit seinen neuen Urteilen im Bereich des judikativen Unrechts einerseits Neuland und führt eine große Verschiebung im europäischen Rechtsschutz, insbesondere im Verhältnis zu den nationalen Obergerichten herbei. Andererseits reihen sich die Urteile in eine nach wie vor ungeschälerte Kontrollratio des EuGH ein. Ob es sich um gute oder schlechte Urteile handelt, werden nur die Zukunft und die Reaktionen der nationalen Gerichte zeigen können. In jedem Fall ist dem EuGH zu wünschen, dass er in den Mitgliedstaaten nicht auf Juristen trifft, die sich am US-amerikanischen Präsidenten Andrew Jackson ein Vorbild nehmen. Dieser war dem damaligen Vorsitzenden Richter am US-Supreme Court John Marshall in großer persönlicher und inhaltlicher Antipathie verbunden und kommentierte eine Entscheidung des Marshall-Court mit den Worten: »John Marshall has made his decision; now let him enforce it.«<sup>108</sup> Jackson war es auch, der die Durchsetzung der für den US-amerikanischen Föderalismus bahnbrechenden Entscheidung Marshalls in *McCulloch v. Maryland*<sup>109</sup> hintertrieb. Doch selbst wenn die Mitgliedstaaten der Union auf *Köbler* und *Kommission/Italien* im Jacksonschen Sinne reagieren sollten, wird das Abendland nicht untergehen. Auch Jacksons zunächst höchst erfolgreicher Widerstand war kurzlebig und *McCulloch v. Maryland* ist heute einer der Grundpfeiler US-amerikanischer Staatsorganisation.

108 Jackson weigerte sich mit diesen Worten, die Entscheidung des U.S. Supreme Court, Urteil vom 3. 3. 1832, *Worcester v. State of Georgia* (1832) 31 U.S. 515, durchzusetzen. Dieses Urteil ist Teil der Cherokee Cases. Jacksons Widerstand führte letztlich zu der Vertreibung der Cherokee im »Trail of Tears« und zum Tod vieler Stammesangehöriger. Zum Verhältnis Jackson/Marshall etwa *Newmyer*, John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court, 2001, vor allem S. 386 ff.

109 U.S. Supreme Court, Urteil vom 6. 3. 1819, *McCulloch v. Maryland* 4 Wheat (17 U.S.) 316 (1819).