

Schriften zum Europäischen Recht

Band 142

Rechtsfortbildung durch den EuGH

Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von
der deutschen und französischen Methodenlehre

Von

Konrad Walter



Duncker & Humblot · Berlin

KONRAD WALTER

Rechtsfortbildung durch den EuGH

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten
Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 142

Rechtsfortbildung durch den EuGH

Eine rechtsmethodische Untersuchung
ausgehend von der deutschen und
französischen Methodenlehre

Von

Konrad Walter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Göttingen
hat diese Arbeit im Jahre 2007 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2009 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-12817-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Rechtsprechungstätigkeit – insbesondere seine Rechtsfortbildungen – sind in letzter Zeit erneut in die politische und wissenschaftliche Diskussion geraten. Meine Arbeit, welche sich diesem Thema widmet, ist in der Zeit von Sommer 2004 bis Sommer 2006 an der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen am Lehrstuhl meines Doktorvaters Prof. Dr. Christian Starck entstanden. Ihm habe ich für die hervorragende Betreuung dieser Dissertation ebenso zu danken wie für die stete Förderung an seinem Lehrstuhl, an dem ich meine ersten Einblicke in das wissenschaftliche Arbeiten gewinnen durfte.

Dank gebührt aber auch Frau Prof. Dr. Christine Langenfeld für ihre Bereitschaft, das Zweitgutachten für dieses Werk zu übernehmen und die zügige Erstellung desselben.

Besonders verbunden bin ich meinem ehemaligen Lehrstuhlkollegen und Freund Herrn Privatdozent Dr. Thorsten Ingo Schmidt, mit dem ich zahlreiche sehr fruchtbare Diskussionen führen durfte und der die Mühe auf sich genommen hat, mein Manuskript vor der Abgabe kritisch durchzusehen.

Den Herausgebern der Schriften zum Europäischen Recht danke ich für die Aufnahme meiner Dissertation in ihre Reihe.

Abschließend möchte ich allen meinen Freunden – vor allem Ramona und Simon – und insbesondere auch meinen Eltern für ihre stete Unterstützung und den Glauben an dieses Werk danken.

Lüneburg, im September 2008

Konrad F. Walter

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung und Problemstellung	17
§ 2 Hauptteil: Rechtsfortbildung durch den EuGH	20
A. Begriffsbestimmung	20
I. Deutschland/Germanischer Rechtskreis	20
1. Auslegung	21
2. Rechtsfortbildung	24
a) Begriff	24
b) Lückenproblem	24
aa) Begriff der Lücke	24
bb) Rechtstheoretische Möglichkeit einer Gesetzeslücke.....	27
(1) H. Kelsen und die Reine Rechtslehre.....	27
(2) Möglichkeit der Lückenhaftigkeit	29
cc) Lückenarten	32
(1) Entstehungszeitpunkt	32
(2) Wille des Normgebers	34
(3) Verhältnis zum Wortlaut.....	34
(4) Maß der Unvollständigkeit	36
(5) Maßstab der Lückenfeststellung.....	39
dd) Zwischenergebnis zum Lückenproblem	40
c) Formen der Rechtsfortbildung	40
aa) Herrschende Einteilung	41
(1) Rechtsfortbildung praeter legem	41
(2) Rechtsfortbildung contra legem	41
(3) Drei-Bereiche-Modell	43
bb) Kritik an der herrschenden Meinung	43
cc) Eigene Stellungnahme	44
3. Zusammenfassung der Begriffsdefinitionen	45
II. Frankreich	47
1. Begrifflichkeiten der richterlichen Rechtsfortbildung in Frank- reich	47
a) Interprétation	47
b) Das Phänomen der richterlichen Rechtsfortbildung in der französischen Lehre	49
aa) Nichtexistenz eines Richterrechts.....	49
bb) Droit jurisprudentiel/jurisprudence.....	50

cc) Der pouvoir créateur der Rechtsprechung	50
2. Rechtsfortbildung in Frankreich im Spannungsfeld zwischen Art. 4 und Art. 5 Code civil	51
3. Zwischenergebnis zur Begrifflichkeit in Frankreich	53
4. Ergebnis des Vergleichs zwischen Deutschland und Frankreich. ...	53
III. Europäische Union/Gemeinschaften	54
1. Die Terminologie des EuGH	55
2. Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung in der Lehre	58
a) Übertragung der deutschen Begrifflichkeit	58
b) Das Problem der Mehrsprachigkeit und die Wortlautgrenze ...	59
aa) Problemstellung	59
bb) Anwendbarkeit der WVRK auf das Europarecht	60
cc) Art. 31 ff. WVRK als Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts	61
dd) Bestimmung der Wortsinn- und Wortlautgrenze im Gemeinschaftsrecht anhand des Völkergewohnheitsrechts	64
(1) Vorrangige Sprache bei Auslegungszweifeln, Art. 33 Abs. 1 WVRK?	64
(2) Vermutung derselben Bedeutung, Art. 33 Abs. 3 WVRK	66
(3) Teleologie oder „Supplementary means“?	66
(a) Der Urtext als entscheidendes Moment	67
(b) Klarheitsregel	70
(c) Vorrang des engeren Textes	71
(d) Weitesten Wortbedeutung und eigene Stellungnahme	72
(e) Zwischenergebnis	75
3. Das Erfordernis einer Lücke im Europarecht	76
a) Der allgemeine negative Satz im Gemeinschaftsrecht	76
b) Die Lücke im Gemeinschaftsrecht in Lehre und Praxis	78
c) Arten von Lücken im Gemeinschaftsrecht	80
aa) Dumon	80
bb) Versuch zur Einteilung von Lücken im Gemeinschaftsrecht	83
(1) Bereichslücken (Gebietslücken)	83
(2) Vertragslücken (Gesetzeslücken)	85
(3) Normlücke	86
(4) Teleologische Lücken bzw. Ausnahmelücken	86
(5) Anfängliche (primäre) und nachträgliche (sekundäre) Lücken	87
(6) Schlussbetrachtung zu den Lückenarten	89
d) Zwischenergebnis	89

4. Exkurs: Beispiele für richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH	90
a) Vorrang des Gemeinschaftsrechts	91
b) Grundrechte	92
aa) Entwicklung des Grundrechtsschutzes durch den EuGH ..	93
bb) Entwicklung bestimmter Grundrechte durch den EuGH... 96	
(1) Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des EuGH	97
(2) Recht auf Achtung des Privatlebens	99
(3) Eigentum	100
c) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	102
d) Staatshaftung der Mitgliedstaaten	107
B. Rechtsgrundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung	111
I. Deutschland	111
1. Das Rechtsverweigerungsverbot	112
a) Begriff und Inhalt	112
b) Geltungsgrund des Rechtsverweigerungsverbots	112
aa) Herleitung aus dem Wesen der Rechtsprechung	113
bb) Geschlossenheit des Rechts	114
cc) Rechtssicherheit	115
dd) Gerechtigkeit als Postulat der Rechtsidee	116
ee) Eigene Stellungnahme	116
2. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte richterlicher Rechtsfortbildungskompetenz	119
a) Art. 20 Abs. 3 GG	120
b) Art. 3 Abs. 1 GG	122
c) Art. 19 Abs. 4 GG	123
d) Art. 92 GG	124
aa) Formale Interpretation	124
bb) Materielle Interpretation	125
e) Eigene Stellungnahme	126
3. Einfachgesetzliche Grundlagen	128
4. Abschließende Stellungnahme	130
II. Frankreich	133
III. Europäische Gemeinschaften	134
1. Art. 10 EGV?	135
2. Art. 220 Abs. 1 EGV	135
a) Der Gerichtshof	136
b) Das Bundesverfassungsgericht	138
c) Die Auffassung der Lehre und eigene Stellungnahme	138
d) Zwischenergebnis	140
3. Das Rechtsverweigerungsverbot	141

4. Art. 288 Abs. 2 EGV	142
5. Art. 6 Abs. 2 EUV.....	143
6. Ergebnis zur Ermächtigungsgrundlage des EuGH für die Rechtsfortbildung	145
C. Mittel richterlicher Rechtsfortbildung	146
I. Die nationalen Methodenlehren Deutschlands und Frankreichs.....	146
1. Die Analogie (argumentum a simili).....	146
a) Voraussetzungen für einen Analogieschluss.....	146
b) Logische Struktur des Analogieschlusses.....	149
c) Zusammenfassung zur Analogie	150
d) Der Erst-recht-Schluss im Verhältnis zur Analogie	151
2. Der Umkehrschluss?	152
3. Die teleologische Reduktion	153
4. Die teleologische Extension.....	154
5. Der Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien	156
6. Die Natur der Sache?	158
7. Ergebnis	160
II. Mittel der Rechtsfortbildung des EuGH	161
1. Die Analogie (argumentum a simili).....	161
a) Beispielfälle für eine Analogie in der Judikatur des EuGH... ..	162
b) Zusammenfassung	166
2. Allgemeine Rechtsgrundsätze	166
a) Begriffsbestimmung.....	166
b) Lückenhaftigkeit?	168
c) Herleitung.....	168
aa) Wertende Rechtsvergleichung	168
(1) Begriff	169
(2) Normative Verankerung	170
(3) Beispielfälle für die Rechtsfortbildung durch wertende Rechtsvergleichung	171
(a) Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze.....	172
(b) Staatshaftung	174
(c) Grundsätze des Verwaltungsrechts	175
(d) Abschließende Betrachtung zu den Rechtsprechungsbeispielen und Zwischenergebnis.....	177
(4) Ableitung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus einer einzelnen Vertragsbestimmung.....	177
d) Verhältnis von Analogie und allgemeinen Rechtsgrundsätzen	180
3. Teleologische Reduktion	181
a) Die „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung.....	182
aa) Rechtfertigungsgründe.....	183
bb) Immanente Schranken.....	184
cc) Eigene Stellungnahme.....	185

b) Die Keck-Rechtsprechung?	187
c) Zwischenergebnis	189
4. Integration und effet utile als Mittel der Rechtsfortbildung?	189
a) Beispielfälle für effet utile und Integration	189
aa) Effet utile und Integration	189
(1) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	190
(2) Entscheidungen und Empfehlungen	191
(3) Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitglied-	
staaten	192
(4) Effet utile und EG-Außenkompetenzen	193
b) Analyse der Argumente „effet utile“ und „Integration“ i. R. d.	
Rechtsfortbildung	196
c) Teleologische Extension?	196
aa) Anwendungsbereich vom üblichen bis zum möglichen	
Wortsinn	197
bb) Herrschendes Verständnis	198
(1) Untersuchung der Rechtsprechung zur unmittelbaren	
Wirkung	199
(2) Bewertung der Rechtsprechung zur Verbindlichkeit	
von Empfehlungen	200
(3) Untersuchung der rechtsfortbildenden Begründung	
der EG-Außenkompetenzen	201
(4) Zwischenergebnis	202
cc) Effet utile als Argument bei freier Rechtsschöpfung	203
5. Der Erst-recht-Schluss (argumentum a fortiori)	203
6. Umkehrschluss (argumentum e contrario)	205
7. Verdeckte Rechtsfortbildung durch Bezeichnung als Interpreta-	
tion	206
8. Rechtsfortbildung in einem obiter dictum	207
9. Zusammenfassung zu den Methoden der Rechtsfortbildung des	
EuGH	208
D. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	210
I. Versuch der abstrakten Kategorisierung von Grenzen	210
1. Begriff der Grenze	211
2. Beschränkung richterlicher Rechtsfortbildung	211
3. Kompetenz als beschränkter Gegenstand und Folgerungen für	
das Gemeinschaftsrecht	212
II. Grenzen der Rechtsfortbildung in der deutschen Rechtsordnung	213
1. Verfassungsrechtliche Grenzen	213
a) Art. 103 Abs. 2 GG als Analogieverbot	214
b) Art. 104 Abs. 1 GG	215
c) Weitere verfassungsrechtliche Analogieverbote	216
d) Rechtsstaatsprinzip/Kernbereichslehre	217

aa)	Judikative im Verhältnis zur Legislative.....	217
(1)	Rechtsprechung praeter legem	217
(2)	Rechtsprechung contra legem.....	218
(3)	Die Radbruchsche Formel.....	219
bb)	Judikative im Verhältnis zur Exekutive.....	220
cc)	Zwischenergebnis.....	220
e)	Demokratieprinzip	221
f)	Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts	221
2.	Methodische Grenzen	222
3.	Ergebnis zu den Rechtsfortbildungsgrenzen im deutschen Recht	223
III.	Grenzen der Rechtsfortbildung in der französischen Rechtsordnung	224
1.	Art. 5 Code civil als Grenze richterlicher Rechtsfortbildungskompetenz	224
2.	Sonstige, sich aus dem französischen Verfassungsrecht ergebende Grenzen.....	225
a)	Art. 7 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	225
b)	Art. 8 S. 2 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ..	226
c)	Weitere aus der Verfassung fließende Grenzen.....	226
3.	Ergebnis zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in Frankreich	227
4.	Vergleich der Grenzen in Deutschland und Frankreich.....	227
IV.	Grenzen der Rechtsfortbildung im Europarecht.....	227
1.	Rechtsfortbildungsgrenzen erster Stufe.....	228
a)	Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 EGV.....	228
aa)	Bedeutung	228
bb)	Kernbereiche nationaler Verfassungen.....	230
(1)	Art. 23 Abs. 1 S. 1 und S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 2 und 3 GG.....	231
(a)	Die Struktursicherungsklausel, Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG	232
(aa)	Staatsstrukturprinzipien für die Europäische Union	232
(bb)	Die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips	235
(cc)	Im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsstandard	236
(b)	Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG.....	237
(2)	Überblick über vergleichbare Bestimmungen in anderen EU-Mitgliedstaaten	240
(a)	Kapitel 10 § 5 Schwedische Verfassung.....	240
(b)	Verfassungsbestimmungen weiterer Mitgliedstaaten	242
(c)	Zusammenfassung	244
(3)	Art. 48 EUV als Grenze für die Vertragsfortbildung ..	246

(a)	Die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge	247
(aa)	Formen der „Vertragsänderung“ durch richterliche Rechtsfortbildung	249
(α)	Vertragsänderung durch Kompetenzerweiterung	249
(β)	Vertragsänderung durch Kompetenzbeschränkung	249
(γ)	Vertragsergänzung	250
(δ)	Abgrenzung Vertragsänderung durch Kompetenzerweiterung/Vertragsergänzung	251
(bb)	Beispiel vertragsändernder Rechtsfortbildung	252
(α)	Argumente gegen diese Rechtsfortbildung	252
(β)	„Verfassungsrechtliche Dimension“ dieser Rechtsfortbildung	254
(b)	Zusammenfassung	257
(c)	Exkurs: Der EuGH als „Motor der Integration“ und die Grenzen der Integration	258
b)	Das Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 2 EGV als Grenze richterlicher Rechtsfortbildungsbefugnis	259
aa)	Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf den EuGH	259
bb)	Subsidiaritätsprinzip als mittelbare Rechtsfortbildungsgrenze	261
(1)	Inhalt und Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips	262
(a)	Konkurrierende Zuständigkeit	262
(b)	Maßnahme	263
(c)	Vorgaben für die Kompetenzausübung	263
(aa)	Das Negativkriterium	264
(bb)	Das Positivkriterium	265
(α)	Verständnis der Lehre	265
(β)	Verständnis der Kommission	266
(γ)	Abwägung	266
(2)	Ergebnis zur Rechtsfortbildungsgrenze aus Art. 5 Abs. 2 EGV	267
c)	Zusammenfassung zu den Rechtsfortbildungsgrenzen erster Stufe	267
2.	Rechtsfortbildungsgrenzen zweiter Stufe	268
a)	Intraorgangrenzen für die Rechtsfortbildung des EuGH	269
aa)	Art. 46 EUV als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung?	269
(1)	Art. 46 lit. a) EUV	270
(2)	Art. 46 lit. b) EUV	271
(3)	Art. 46 lit. c) EUV	272
(4)	Art. 46 lit. d) EUV	273

(5) Art. 46 lit. e) EUV	274
(6) Art. 46 lit. f) EUV	274
(7) Zusammenfassung zu Art. 46 EUV und Beispielsfälle	275
bb) Art. 220 ff. EGV als Grenzen der Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH	278
b) Das institutionelle Gleichgewicht als Interorgangrenze für die richterliche Rechtsfortbildungskompetenz	280
aa) Inhalt des Prinzips des institutionellen Gleichgewichts ...	281
bb) Einzelne Kernbereiche, die der richterlichen Rechtsfortbildungskompetenz Grenzen ziehen.....	283
(1) Haushaltsrecht – die Rs. 34/86 (Rat/Parlament)	284
(2) Einschätzungsprärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers beim Normerlass.....	286
(3) Der Nulla-poena-Grundsatz.....	289
(a) Normative Grundlage	290
(b) Anwendungsbereiche im Gemeinschaftsrecht	291
(aa) Strafrecht.....	291
(bb) Verhängung von Bußgeldern durch die EG-Kommission	294
(cc) Disziplinarrecht der Gemeinschaften	296
(4) Allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Gesetzesvorbehalt	297
(a) Grundlegung des Gesetzesvorbehalts im europäischen Gemeinschaftsrecht.....	298
(b) Inhalt und Bedeutung des Gesetzesvorbehalts.....	299
(aa) Der Gesetzesvorbehalt in Deutschland.....	299
(bb) Der Gesetzesvorbehalt in Frankreich	300
(cc) Der Gesetzesvorbehalt im Europäischen Gemeinschaftsrecht	301
(dd) Zwischenergebnis	303
(5) Judicial self-restraint als Grenze richterlicher Rechtsfortbildungskompetenz?	304
(a) Inhalt und Bedeutung des judicial self-restraint ...	304
(b) Die political question doctrine	306
(c) Vergleichbarkeit von US Supreme Court und EuGH.....	308
(d) Political question doctrine – eine Rechtsfortbildungsgrenze für den EuGH?	308
(e) Zwischenergebnis zum judicial self-restraint.....	309
(6) Ergebnis zu den Rechtsfortbildungsgrenzen zweiter Stufe	310
3. Gesamtergebnis zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Gemeinschaftsrecht	310

E. Rechtsfolgen grenzüberschreitender Rechtsfortbildung	311
I. Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Rechtsfortbildung	311
1. Rechtsquellenqualität von Richterrecht?	312
a) Richterrecht ist Rechtsquelle	312
b) Richterrecht ist keine Rechtsquelle	314
c) Eigene Stellungnahme	315
2. Rechtswirkungen einer grenzüberschreitenden Rechtsfortbildung durch den EuGH	316
a) Kompetenz zu Fehlrteilen	317
b) Keine Kompetenz zu Fehlrteilen	318
c) Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	318
d) Eigene Stellungnahme	319
aa) Ultra-vires-Akt	320
bb) Folgen der Differenzierung	320
(1) Urteile des EuGH als Ultra-vires-Akte i. e. S.	320
(2) Ultra-vires-Akte i. w. S.	321
e) Zwischenergebnis	322
3. Das „Problem“ des letztentscheidenden Gerichts	322
II. Rechtsschutz gegen unzulässige Rechtsfortbildung durch den EuGH	323
1. Letztentscheidendes Gericht bei der Verletzung von Rechtsfortbildungsgrenzen erster Stufe durch den EuGH	323
a) Die Auffassung des EuGH	324
b) Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts und anderer Verfassungsgerichte	325
c) Eigene Stellungnahme	326
2. Letztentscheidendes Gericht bei den Rechtsfortbildungsgrenzen zweiter Stufe	328
3. Zwischenergebnis	330
4. Einzelne Rechtsschutzmöglichkeiten gegen grenzüberschreitende Rechtsfortbildung durch den EuGH	330
a) Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht bei Überschreitungen der Rechtsfortbildungsgrenzen erster Stufe	330
aa) Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG	331
(1) Absinken des geforderten Grundrechtsstandards	331
(2) Kontrolle von ausbrechenden Rechtsakten	333
bb) Konkrete Normenkontrolle, Art. 100 Abs. 1 GG	333
cc) Abstrakte Normenkontrolle, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG	335
dd) Art. 100 Abs. 2 GG analog?	336
ee) Zwischenergebnis	337
ff) Verbandskompetenzprüfungsverfahren	338
b) Verfahren vor dem EuGH bei Überschreitung der Grenzen zweiter Stufe	339
aa) Das Auslegungsverfahren	340

bb) Das Verfahren der Urteilsberichtigung	343
cc) Wiederaufnahme des Verfahrens.....	343
dd) Zwischenergebnis	344
III. Heilung grenzüberschreitender Rechtsfortbildung?.....	344
1. Heilung kompetenzwidriger Rechtsfortbildung durch Erstarken zu Gewohnheitsrecht	345
a) Existenz und Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht im europäischen Gemeinschaftsrecht	345
b) Bedenken gegen die Heilung grenzüberschreitender Rechtsfortbildung durch Erstarken zu Gewohnheitsrecht	349
aa) Deutschland	349
bb) Frankreich	350
cc) Völkerrecht	351
dd) Europäische Gemeinschaften.....	353
(1) Völkerrechtliche Position.....	353
(2) Gemeinschaftsrechtliche Position	354
(3) Differenzierende Ansicht.....	355
(4) Eigene Stellungnahme und Ergebnis	356
2. Heilung durch Akzeptanz der Mitgliedstaaten	358
3. Zwischenergebnis zur Heilung grenzüberschreitender Rechtsfortbildung	359
IV. Gesamtergebnis zu den Folgen grenzüberschreitender Rechtsfortbildung	360
F. Kennzeichen gelungener Rechtsfortbildung durch den EuGH.....	361
I. Akzeptanz	362
1. Übernahme in die Verträge oder den VVE	363
2. Zugehörigkeit der Rechtsfortbildung zum <i>acquis communautaire</i>	363
3. Sonstige Anpassungen an Rechtsfortbildungen des EuGH	365
II. Ergebnis.....	366
§ 3 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform	367
§ 4 Epilog	374
§ 5 Résumé du thèse	376
Anhang	380
Literaturverzeichnis	381
Sachverzeichnis	412

* * *

Für die verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf: *Kirchner, Hildebert/Butz, Cornelia* (Bearb.): *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 5. Aufl., Berlin/New York, 2003.

§ 1 Einleitung und Problemstellung

Rechtsfortbildung durch die Gerichte ist ein uraltes Phänomen. Schon seit langer Zeit beschäftigen sich Juristen immer wieder mit der Frage, ob es sich bei den Richtern um „Richterkönige“ oder um bloße „Subsumtionsautomaten“ handelt.¹ Ist der Richter, der das in seinen Augen unvollständige Gesetz ergänzt und erweitert oder gar die Wortlautgrenzen des Normtextes überschreitet, trotz allem bloß „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“², wie noch Charles de Montesquieu die Aufgabe der Dritten Gewalt umschrieb, oder werden die Gerichte hier in gewisser Weise ergänzend zum Gesetzgeber normsetzend tätig, und inwieweit ist ihnen dieses gestattet?

In meiner Arbeit möchte ich, ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre, die Grundlagen, Methoden und Grenzen des Phänomens „Richterliche Rechtsfortbildung“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften näher beleuchten und dabei auch einige von ihm geschaffene Rechtsfiguren kritisch hinterfragen. Hierbei soll bewusst keine Beschränkung auf ein Teilgebiet des europäischen Gemeinschaftsrechts vorgenommen werden, sondern Beispiele für richterliche Rechtsfortbildung aus den verschiedensten Bereichen des Gemeinschaftsrechts angeführt werden. Primäres Ziel dieser Arbeit ist es nämlich nicht, eine bestimmte Rechtsfortbildung des Gerichtshofs darzustellen, sondern vielmehr der Versuch, eine methodische Grundlegung für jegliche Rechtsfortbildung durch den EuGH – wenn auch im Wesentlichen auf das Primärrecht beschränkt – zu entwickeln.

Was erscheint reizvoll daran, sich gerade auf den EuGH und seine Judikatur zu konzentrieren? Nun, ich will zur Verdeutlichung auf ein Zitat zurückgreifen, welches auch das angesprochene Alter des Phänomens richterliche Rechtsfortbildung nachweist. Es stammt vom römischen Juristen Ulpian (170–228 n. Chr.) und ist den *Digesten* entnommen: „quoties lege aliquid vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt

¹ Vgl. dazu etwa die historische Betrachtung zum 19. Jh. von R. Ogorek, *passim*. Eine ähnliche Fragestellung wirft auch B. Rütters, FAZ, v. Dienstag, 2.2.2005, Nr. 27, S. 7 auf.

² Charles de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XI. Buch, VI. Kapitel; in deutscher Übersetzung vgl. *Montesquieu*, Buch XI, Kapitel 6, S. 225. Dieses lehnt C. Tomuschat, FS Ress, S. 857 ff., für den EuGH mit Nachdruck ab.

ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri.“ (Dig. 1, 3, 13).³

Ulpian scheint mir hier an einzelne Normen zu denken, die neu eingeführt werden und dann gute Gelegenheit bieten, durch Rechtsprechung ähnliche Normen zu ergänzen. Wenn aber schon einzelne Normen dem Richter diese Option eröffnen, um wie viel mehr muss die Möglichkeit der Ergänzung dann gegeben sein, wenn, wie bei den Europäischen Gemeinschaften geschehen, eine ganze Rechtsordnung neu eingeführt wird, über die ein eigenes Gericht, nämlich der EuGH – und seit dem Vertrag von Nizza natürlich auch das Gericht Erster Instanz, das zuvor dem EuGH lediglich beigeordnet war –⁴ gesetzt wird, um über sie zu wachen.

Richterrecht und richterliche Rechtsfortbildung bilden eines der zentralen Probleme der Rechtstheorie, wobei mit Richterrecht im Rahmen meiner Untersuchung das Ergebnis des Prozesses richterlicher Rechtsfortbildung bezeichnet werden soll. Um so erstaunlicher erscheint es, dass im Hinblick auf die „immer enger werdende Union der Völker Europas“ (Art. 1 EUV) und der damit einhergehenden, stetig anwachsenden Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, umfassende, rechtsmethodisch fundierte Untersuchungen zur Rechtsfortbildung auf dieser Ebene kaum bestehen.⁵

Des Weiteren erscheint die Aufgabe, diese Lücke in der monographischen Literatur zu schließen, deswegen von besonderem Interesse, weil sie wegen der Internationalität in der Besetzung des Gerichtshofs (vgl. Art. 221 Abs. 1 EGV) und damit der Vielfalt der durch seine Richter repräsentierten europäischen Rechtskulturen, einen Blick über den Tellerrand der nationalen Methodenlehre auf die Problemlösungen in anderen Rechtskreisen unerlässlich macht.

Beispielhaft geht meine Untersuchung vom deutschen und französischen System aus, womit zugleich die beiden maßgeblichen Rechtsordnungen –

³ In deutscher Übersetzung lautet diese Stelle: „Sobald durch Gesetz irgendetwas so oder so eingeführt ist, besteht gute Gelegenheit, übrige Normen, die dem gleichen Zweck zuneigen, durch Auslegung oder natürlich Rechtsprechung zu ergänzen.“

⁴ Zum europäischen Gerichtssystem nach dem Vertrag von Nizza siehe etwa *J. Sack*, *EuZW* 2001, 77 ff.

⁵ Hinzuweisen ist allerdings auf die Dissertation von *J. Ukrow*, in der jedoch einige zentrale Aspekte des Richterrechts, wie etwa die Folgen grenzüberschreitender richterlicher Rechtsfortbildung, außer Acht gelassen werden. Die Doktorarbeit von *P. Mittmann*, erschöpft sich hinsichtlich ihres Teils Rechtsfortbildung auf eine kurze, unkritische, ja teilweise wörtliche Wiedergabe des Beitrages von *W. Dänzer-Vanotti*, *RIW* 1992, 773 ff. und kann nicht ernsthaft als rechtsmethodische Untersuchung zu diesem Problemkomplex angeführt werden.

um eine Unterscheidung Fikentschers⁶ aufzugreifen – des mitteleuropäisch-germanischen sowie des romanischen Rechtskreises erfasst sind. Am Rande soll aber auch das angloamerikanische System Beachtung finden. Die Beschränkung auf diese beiden Rechtskreise scheint deswegen hinnehmbar, weil damit auch sämtliche Rechtsordnungen der sechs Gründungsmitglieder der Gemeinschaften erfasst sind und es nahe liegt, dass gerade diese die Entwicklung des europäischen Richterrechts maßgeblich geprägt haben, ja diesem in den Anfangsjahren in einem solchen Ausmaße ihren Stempel aufgedrückt haben, dass spätere Beitritte die Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung des EuGH kaum mehr beeinflusst haben dürften. Freilich hat der Beitritt der common-law-Länder Vereinigtes Königreich und Irland 1973 eine völlig andere methodische Auffassung in die Gemeinschaft eingebracht, doch ist es m. E. offensichtlich, dass die EU/EG kaum als maßgeblich vom common law geprägt verstanden werden kann. Die Bedeutung der (geschriebenen) Verträge sowie des Sekundärrechts ist hier nicht wozudiskutieren. Folglich ist die Beschränkung auf Frankreich und Deutschland hinnehmbar. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Rechtsfortbildung durch den EuGH bis zu diesem Beitritt bereits 20 Jahre Zeit hatte, sich zu entwickeln.⁷ Immer wieder soll aber auch das Völkerrecht in die Erwägungen mit einfließen.

Der Gang der Untersuchung ist dabei folgendermaßen ausgestaltet: Zunächst sollen die Begrifflichkeiten geklärt werden (A.), sodann wird nach der Rechtsgrundlage für die Rechtsfortbildung gesucht (B.), bevor auf die Methoden des Richterrechts eingegangen wird (C.). Hiernach wendet sich die Untersuchung dem stets als zentral bezeichneten Problem richterlicher Rechtsfortbildung zu, nämlich dem der Grenzen derselben (D.), um schließlich zu versuchen, die Rechtsfolgen einer grenzübersteigenden Rechtsfortbildung zu klären (E.). Soweit möglich soll dabei zunächst die deutsche wie auch die französische Diskussion dargestellt werden, bevor deren Übertragbarkeit auf den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften geprüft wird und für diesen gegebenenfalls eigene Lösungen entwickelt werden. Am Ende der Arbeit (§ 3) werden die Ergebnisse der Untersuchung in Thesenform zusammengefasst (A.). Dieser Präsentation meiner Ergebnisse wird sich eine bewertende Stellungnahme des Richterrechts im europäischen Gemeinschaftsrecht anschließen (B.).

⁶ Vgl. dazu *W. Fikentscher*, Bd. II (Romanischer Rechtskreis) und Bd. III (Mitteleuropäisch-germanischer Rechtskreis).

⁷ Wenn man die Zeit als Gerichtshof der EGKS mit einbezieht. Ansonsten kommt man immer noch auf 15 Jahre. Gerade in diesen Anfangsjahren wurden aber maßgebliche Entscheidungen gefällt.