

Effet utile als Auslegungsgrundsatz

Von Michael Potacs, Klagenfurt*

I. Einleitung

Der Auslegungsstil des EuGH sorgt wieder einmal für Unruhe. Dies zeigt nicht nur die harsche Kritik eines prominenten Staatsrechtslehrers in einer großen deutschen Tageszeitung.¹ Auch das Bundesverfassungsgericht wurde wieder einmal (infolge des EuGH-Urteils Mangold)² damit befasst. Die Irritation durch die Auslegungspraxis des EuGH hat freilich eine lange Tradition. Die Wissenschaft hat sich daher schon länger mit der Interpretationsweise des EuGH befasst. Allein die Zahl der dazu in jüngerer Zeit verfassten deutschsprachigen Monographien und Sammelbände ist durchaus bemerkenswert.³ Als Leitgedanke dieses Auslegungsstils wird dabei die Interpretation nach dem effet utile des Gemeinschaftsrechtes angesehen.⁴ Gerade sie wird für EuGH-Urteile mit rechtsfortbildendem Charakter verantwortlich gemacht. Unbestritten hat die effet utile-Rechtsprechung freilich dem Gemeinschaftsrecht auch seine besondere Prägung gegeben. Die methodologische Beurteilung der Auslegung nach dem effet utile im Gemeinschaftsrecht ist bisher durchaus unterschiedlich ausgefallen. Während auf der einen Seite darin eine Auslegungsmethode gesehen wird, die den Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts in angemessener Weise Rechnung trägt,⁵ wird sie von einem anderen Teil

* Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Klagenfurt.

1 R. Herzog/L. Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ 8.9.2008, S. 8.

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

3 Siehe etwa M. Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht. Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichtshöfe öffentlichen Rechts, 1994; J. Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH. Dargestellt am Beispiel der Erweiterung des Rechtsschutzes des Marktbürgers im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes und der Staatshaftung, 1995; J. Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997; C. Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998; M. Dederichs, Die Methodik des EuGH. Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 2003; F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik, Band II, Europarecht, 2003; I. Schübel-Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht, 2004; T. Groh, Die Auslegungsbefugnis des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, 2005; W. Buerstedde, Juristische Methodik des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Ein Leitfa-den, 2006; K. Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2006; G. Roth/P. Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechts-schöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, 2008. Zur Auslegung nach dem effet utile im besonderen siehe vor allem M. Mosiek, Effet utile und Rechtsgemeinschaft – Zugleich ein Beitrag zur Kompetenzordnung der Europäischen Gemeinschaft, 2003; S. Seyr, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, 2008.

4 Z.B. T. Von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 144; R. Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 10 EGV, Rn. 16.

5 So bereits H. Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters, in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Begegnung von Justiz und Hochschule, 1976, S. 1-17; so nunmehr auch z.B. W. Schroeder, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, S. 186; C. Calliess, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929; S. Seyr (Fn. 3), S. 345.

der Lehre⁶ und der Rechtsprechung des BVerfG⁷ doch recht deutlich in ihre Schranken gewiesen. Gegenstand der folgenden Ausführungen ist eine nähere Überprüfung dieser unterschiedlichen Positionen. Dazu wird zunächst eine Begriffsbestimmung vorgenommen, daran anschließend erfolgt die methodologische Bewertung, in deren Lichte dann die Ausprägung des *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH anhand ausgewählter Beispiele dargestellt und analysiert wird.

II. Begriffsbestimmung

1. Allgemein

Die Wurzeln des *effet utile* lassen sich bis in das römische Recht zurückverfolgen. So wird dieser Grundsatz in Anlehnung an eine Textstelle des Juristen Julian auch als Prinzip des „*ut res magis valeat quam pereat*“ verstanden,⁸ wonach Worte in einem juristischen Text so zu verstehen sind, dass ihr Sinn erhalten und nicht zerstört wird. Diese Auslegungsregel wurde in manchen Rechtsordnungen (wie der italienischen oder französischen) ausdrücklich verankert,⁹ in anderen wiederum ist sie zum festen Bestandteil der Rechtsprechung innerstaatlicher Gerichte geworden. So ist es etwa für den österreichischen Verwaltungsgerichtshof ein „selbstverständlicher Auslegungsgrundsatz“, dass Rechtsvorschriften bzw. einzelne Formulierungen in diesen nicht so ausgelegt werden dürfen, dass sie „überflüssig und daher inhaltslos“¹⁰ erscheinen oder „Sinn und Zweck der gesetzlichen Anordnung ... ad absurdum führen“.¹¹ Eine etwas spezifischere Bedeutung wird dem *effet utile* als Auslegungsgrundsatz im Völkerrecht beigemessen. Demnach darf die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages nicht dazu führen, dass dieser ganz oder teilweise seine „volle Wirksamkeit“ verliert.¹² Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nach diesem Grundsatz so auszulegen, dass sein Gestaltungsziel und sein Regelungszweck „bestmöglich erreicht werden“.¹³ Ganz allgemein weist der Begriff des *effet utile* somit eine gewisse Bandbreite auf, deren Spektrum vom Zusinnen einer „minimalen“ (vor allem im staatlichen Recht) bis hin zum Beimessen einer „maximalen“ (insbesondere im Völkerrecht) Wirkung einer Vorschrift reicht. Man kann daher typologisch von einem „*effet utile* im engeren Sinn“ (d.h. mini-

6 Dazu R. Streinz, Der „*effet utile*“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: FS-Everling, 1995, S. 1507, m.w.N.

7 BVerfGE 89, S. 155 (209 f.).

8 Seyr (Fn. 3), S. 94. Siehe zur Entwicklung des *effet utile* auch H. Honsell, Der „*effet utile*“ und der EuGH, in: FS-Krejci, 2001, S. 1930 ff.

9 Seyr (Fn. 3), S. 95.

10 VwSlg 6035(A)/1963. Siehe weitere Beispiele aus der Rechtsprechung des VwGH und des VfGH bei Potacs (Fn. 3), S. 118, 127. A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law*, 1978, S. 77, spricht in diesem Zusammenhang auch von der „golden rule of interpretation of English courts“.

11 VwGH 10.11.1992, 92/05/0129.

12 Z.B. A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl., 1984, S. 494.

13 K. Ipsen, *Völkerrecht*, 4. Aufl., 1999, S. 120, Rn. 16.

male Wirkung einer Vorschrift) und einem „effet utile im weiteren Sinn“ (d.h. maximale Wirkung einer Bestimmung) sprechen.

2. EuGH

In diesem Sinne lässt sich auch der effet utile als Auslegungsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH festmachen. In älteren Urteilen findet sich in der deutschen Fassung von EuGH-Urteilen der Begriff des effet utile als Klammerausdruck zusätzlich zu Worten wie „nützliche Wirkung“¹⁴ oder „praktische Wirksamkeit“.¹⁵ In ständiger Rechtsprechung stellt der EuGH in der deutschen Fassung der Urteile nunmehr ohne einen solchen Zusatz auf die „volle Wirksamkeit“ oder die „praktische Wirksamkeit“ von Gemeinschaftsvorschriften als Auslegungsaspekt ab, wobei jedoch nur die letztgenannte Wortwahl („praktische Wirksamkeit“) in den französischen Fassungen der Urteile mit „effet utile“ wiedergegeben wird.¹⁶ In der Lehre werden aber dennoch beide Formulierungen als Ausdruck einer Argumentation nach dem effet utile betrachtet,¹⁷ was letztlich auch überzeugend ist. Geht es doch dem EuGH in allen diesen Fällen darum, die Wirkung der betreffenden Gemeinschaftsvorschriften sicherzustellen. Auch hat jüngst eine Untersuchung gezeigt, dass sich in der Rechtsprechung des EuGH zwischen den Bedeutungen von „praktische Wirksamkeit“ und „volle Wirksamkeit“ keine klare Abgrenzung ausmachen lässt.¹⁸ Dies wird nicht zuletzt dadurch deutlich, dass der EuGH beide Formulierungen gelegentlich auch im Zuge einer einheitlichen Argumentationsführung gemeinsam verwendet.¹⁹ Mit guten Gründen kann man daher die Worte „volle Wirksamkeit“ und „praktische Wirksamkeit“ als verschiedene Ausdrucksweisen desselben Prinzips ansehen, bei dem es eben entscheidend auf die Wirkung einer Regelung ankommt.

Davon ausgehend zeigt sich allerdings, dass der effet utile auch in der Rechtsprechung des EuGH eine gewisse Elastizität aufweist.²⁰ So geht es dem EuGH nach einer Reihe von Urteilen darum, die „volle Wirksamkeit“²¹ bzw. „volle Wir-

14 EuGH, Rs. 9/70 (Grad), Slg. 1970, 825, Rn. 5; EuGH, Rs. 41/74 (Van Duyn), Slg. 1974, 1337, Rn. 12.

15 EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, 497, Rn. 69/73.

16 Für „volle“ Wirksamkeit bzw. Wirkung werden hingegen die Formulierungen „pleine efficacité“ bzw. „plein effet“ verwendet; so zutreffend *Seyr* (Fn. 3), S. 281.

17 Z.B. *Streinz*, in: FS-Everling (Fn. 6), S. 1495 f.; *Seyr* (Fn. 3), S. 281 ff.

18 *Seyr* (Fn. 3) S. 290 f. Siehe demgegenüber noch *Ukrow* (Fn. 3), S. 245.

19 *Seyr* (Fn. 3), S. 286 f.

20 *Seyr* (Fn. 3), S. 273.

21 Z.B. EuGH, Rs. C-360/96 (BFI-Holding), Slg. 1998, I-6821, Rn. 62. In diesem Sinne interpretiert der EuGH etwa Art. 51 EGV im Sinne „der Herstellung größtmöglicher Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft“; z.B. EuGH, Rs. C-331/06 (Chuck), Rn. 28. *Von Danwitz* (Fn. 4), S. 145, spricht in diesem Zusammenhang von einem „effet maximal“, der vom EuGH in manchen Urteilen gefordert wird.

kung²² gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften zu sichern. Mit diesen Worten bringt der EuGH zum Ausdruck, dass im konkreten Fall die Auslegung nach dem *effet utile* im weiteren Sinn ein großes Gewicht besitzt. Dementsprechend lehnt er etwa im Urteil *Factortame* eine Auslegung ab, der zufolge die „volle Wirksamkeit“ des Gemeinschaftsrechts auch nur „abgeschwächt“²³ wäre. Etwas beweglicher wird vom EuGH allerdings die Wortwahl der „praktischen Wirksamkeit“ verwendet. Sie bezieht sich auf ganz verschiedene Abstufungen der Wirkkraft von Interpretationsvarianten. So wird von ihm manchmal im Sinne einer Auslegung nach dem *effet utile* im engeren Sinn eine Variante verworfen, weil dadurch einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts „jede praktische Wirksamkeit genommen würde“²⁴ bzw. bestimmte Rechte der Gemeinschaft dadurch „sinnentleert“²⁵ wären. Andererseits genügt dem EuGH mitunter für die Ablehnung einer Interpretation bereits, dass damit die praktische Wirksamkeit einer Bestimmung „ernsthaft gefährdet“²⁶ wäre oder ihr zumindest „ein nicht unerheblicher Teil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen“²⁷ würde. Ganz im Sinne einer Interpretation nach dem *effet utile* im weiteren Sinn verwirft er aber im Urteil *Simmenthal* eine Interpretationsvariante mit der Begründung, dass die „praktische Wirksamkeit“ einer Gemeinschaftsvorschrift (konkret Art. 177 EWGV, nunmehr Art. 234 EGV) auch nur „geschmälert“²⁸ würde. In der Rechtsprechung des EuGH weist die Argumentationsfigur des *effet utile* somit ebenfalls verschiedene Grade auf, die sowohl das Erfordernis einer zumindest minimalen (*argumentum „sinnentleert“*) als auch eine weitestgehende Wirkung (*argumentum „volle Wirksamkeit“*) rechtlicher Bestimmungen umfassen. Auch in der Rechtsprechung des EuGH kann man somit typologisch von einem „*effet utile* im engeren Sinne“ und einem „*effet utile* im weiteren Sinne“ sprechen.

- 22 Z.B. EuGH, Rs. 106/77 (*Simmenthal*), Slg. 1978, 629, Rn. 14/16; EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 (*Morgan*), Slg. 2007, I-9161, Rn. 26; Rs. C-499/06 (*Nerkowska*), Rn. 31. Der EuGH spricht immer wieder davon, dass die „volle Wirkung“ einheitlich (in allen Mitgliedstaaten) gewährleistet sein muss. So sind nach Meinung des EuGH alle Maßnahmen der Mitgliedstaaten unzulässig, mit denen „die einheitliche Wirkung des Gemeinschaftsrechts und seine volle Wirksamkeit beeinträchtigt werden könnten“; EuGH, Rs. C-441/93 (*Pafitis*), Slg. 1996, I-1347, Rn. 70.
- 23 EuGH, Rs. C-213/89 (*Factortame*), Slg. 1990, Rn. 21.
- 24 Z.B. EuGH, Rs. C-102/97, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1999, I-5051, Rn. 43; EuGH, Rs. C-15/03, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-837, Rn. 38.
- 25 EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*), Slg. 2007, I-10779, Rn. 69. In EuGH, Rs. 390/95 P (*Antillean Rice Mills*), Slg. 1999, I-769, Rn. 67, vertritt der EuGH eine Auslegung mit der Begründung, dass andernfalls die betreffende Gemeinschaftsvorschrift „inhaltsleer“ wäre.
- 26 EuGH, Rs. C-450/06 (*Varec*), Rn. 39.
- 27 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95 (*SCPA*), Slg. 1998, I-1375, Rn. 171. Siehe weiters etwa EuGH, Rs. C-50/06 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 2007, I-4383, Rn. 35, wonach eine Bestimmung „im wesentlichen“ ihre praktische Wirksamkeit verlieren würde.
- 28 EuGH, Rs. 106/77 (*Simmenthal*), Slg. 1978, Rn. 19/20. Gerade in bezug auf die Auslegung von Art. 177 EWGV zeigt sich die Ambivalenz des Arguments der praktischen Wirksamkeit deutlich. So verlange nach Meinung des EuGH die „praktische Wirksamkeit“ des durch Art. 177 EWGV geschaffenen Systems, „dass die innerstaatlichen Gerichte im weitestmöglichen Umfang zur Anrufung des Gerichtshofes befugt sind“; EuGH, Rs. C-348/89 (*Mecanarte*), Slg. 1991, I-3277, Rn. 44.

3. Fazit

Alles in allem kann man somit sagen: Der *effet utile* ist ein Auslegungsgrundsatz, der in unterschiedlicher Intensität auf die Wirkkraft einer Vorschrift abstellt. Dem *effet utile* liegt somit der Gedanke zugrunde, dass Rechtsvorschriften (in unterschiedlichem Ausmaß) eine Wirkung in der gesellschaftlichen Realität bezwecken. Insbesondere der *effet utile* im weiteren Sinne bestimmt somit zwar nicht unbedingt den Sinn und Zweck einer Regelung. Die Auslegung nach dem *effet utile* fragt jedoch danach, wie eine bereits festgestellte *ratio* verwirklicht werden kann.²⁹ Aus diesem Grund kann der Grundsatz des *effet utile* auch als Spielart der teleologischen Interpretation angesehen werden.³⁰

III. Methodologische Beurteilung

1. Grundlagen

a) Allgemein

Wie ist der Grundsatz des *effet utile* im dargelegten Sinn nun methodologisch zu beurteilen? Inwieweit erscheint er insbesondere im Gemeinschaftsrecht begründet und lässt die zahlreichen Urteile des EuGH, in denen er sich auf ihn beruft, gerechtfertigt erscheinen? Eine Beantwortung dieser Fragen kann freilich nur auf Grund einer bestimmten methodologischen Position erfolgen. Denn nur auf Basis einer solchen Position erscheint eine Bewertung der *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH im vorliegenden Zusammenhang überhaupt erst möglich. Daher ist es zunächst erforderlich, die hier vertretene methodologische Position in ihren Grundzügen zu skizzieren.³¹

Diese ist zum einen dadurch bestimmt, dass insbesondere in rechtsstaatlichen Ordnungen der veröffentlichte Text einer Rechtsvorschrift die Basis für deren Auslegung bildet. Das ist auch für die EU von Bedeutung, die gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit beruht. Zum anderen setzt die hier vertretene Position an dem Umstand an, dass sich die Organe der Rechtsetzung (auch jene der EU-Organen) grundsätzlich der Regeln der allgemeinen Kommunikationspraxis – kurz des allgemeinen Sprachgebrauchs – zur Vermittlung ih-

²⁹ Buerstedde (Fn 3), S. 77.

³⁰ Siehe dazu bereits Potacs (Fn. 3), S. 134 ff. Zum Grundsatz des *effet utile* als teleologisches Argument weiters etwa Bredimas (Fn. 10), S. 77; Anweiler (Fn. 3), S. 219 f.; Dederichs (Fn. 3), S. 27; P. Dobler, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 519. Wegen dem besonderen Charakter des *Effet utile* ist es freilich auch nicht verfehlt, diesen Grundsatz als eigenständige Interpretationsmethode anzusehen; so Seyr (Fn. 3), S. 272 ff.

³¹ Dazu insbesondere H. P. Rill, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, S. 461 ff., 57 ff.; derselbe, Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes, in: Vetter/Potacs (Hrsg.), Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 1990, S. 53 ff.; Potacs (Fn. 3), S. 29 ff.; derselbe, Zur Auslegung belastender Verwaltungsvorschriften, in: Rill-FS., 1995, S. 570 ff., derselbe, Zur „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ im öffentlichen Recht, in: Schäffer-FS., 2006, S. 674 ff.

rer Anordnungen bedienen. Sie sind daher auch nach Maßgabe der allgemeinen Auslegungsregeln des Sprachgebrauchs zu interpretieren. Dabei ist jedoch zu betonen, dass sich diese Regeln in semantische und pragmatische einteilen lassen.³² Unter *Semantik* wird dabei prinzipiell der im Sprachgebrauch übliche Sinn von Worten (Stichwort: Wortsinninterpretation) verstanden. Zur *Pragmatik* gehören alle sonstigen im Sprachgebrauch vorfindbaren Konventionen der Verständigung wie die Bedachtnahme auf den Textzusammenhang oder den Zweck der Regelung. Die herkömmlichen „juristischen Auslegungsregeln“ typisieren diese Konventionen des Sprachgebrauchs, doch erschöpfen sie sich nicht darin.

Zur Auslegung von Rechtsvorschriften sind somit prinzipiell *alle* (aus Semantik und Pragmatik zusammengesetzten) Regeln des Sprachgebrauchs heranzuziehen. Ziel dieser Auslegung ist die Ermittlung des Willens des jeweiligen Rechtsetzers, wobei es sich nach begründeter Auffassung um keinen psychologischen Willen handelt.³³ Vielmehr gilt es herauszufinden, was dem Rechtsetzer nach den Regeln des Sprachgebrauchs als von ihm gewollt zu gesonnen werden kann.³⁴ Dabei ist zu betonen, dass Pragmatik und Semantik im Sprachgebrauch verschiedene Ausprägungen und Kombinationen aufweisen. So wird zur näheren Bestimmung einer zunächst semantisch (Wortsinninterpretation) ermittelten Bedeutung stets auf pragmatische Kriterien (wie etwa den Zweck oder historischen Kontext der Vorschrift) Bedacht genommen (*pragmatische Aspekte einer semantischen Auslegung*). Daneben gibt es aber auch eine (methodisch zulässige) *rein pragmatische* Sinnermittlung, die vom semantischen Sinngehalt der Äußerung nicht mehr getragen ist (wie etwa den Analogieschluss oder die teleologische Reduktion). Vor allem aber ist zu bedenken, dass Semantik und Pragmatik im Einzelfall mit unterschiedlichem Gewicht Rückschlüsse auf die Bedeutung einer Äußerung zulassen. Daher können die einzelnen (pragmatischen oder semantischen) Auslegungskriterien auch den Willen eines Rechtsetzers mit unterschiedlicher Überzeugungskraft dokumentieren. Letztlich erscheint daher auch nur ein „*bewegliches System der Auslegungskriterien*“ zur Interpretation von Rechtsvorschriften als angemessen, wobei im Rahmen der dabei vorzunehmenden Abwägung in rechtsstaatlichen Ordnungen der semantischen (Wortsinn) Interpretation ein besonderes Gewicht zukommt.³⁵ Dieses ist andererseits aber auch nicht unschlagbar, weshalb nach der hier vertretenen Position der übliche Wortsinn einer Vorschrift auch nicht die Grenzen (methodisch zulässiger) Auslegung bildet.

Als *Rechtsfortbildung* wird nach der hier vertretenen Auffassung schließlich ein Interpretationsergebnis erachtet, das dem Rechtsetzer auf Grund keiner (semantischen oder pragmatischen) Regel überzeugend zu gesonnen werden kann. Einzu-

32 Dazu eingehend S. Griller/M. Potacs, Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik, in: Vetter/Potacs (Hrsg.), Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 1990, S. 66 ff.

33 C. Jabloner, Kein Imperativ ohne Imperator – Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, 1988, S. 75 ff.

34 Grundlegend Rill, ZfV 1985 (Fn. 31), S. 466 ff.; derselbe, Hermeneutik (Fn. 31), S. 56 ff.

35 Dazu Potacs (Fn. 3), S. 36.

räumen ist freilich, dass die Abgrenzung zwischen (methodisch zulässiger) Auslegung und (methodisch unzulässiger) Rechtsfortbildung fließend ist und vielfach einer Wertung im Einzelfall bedarf, weil insbesondere die rein pragmatische Interpretation eine „offene Flanke“ zur Rechtsfortbildung aufweist.³⁶

b) *EuGH*

Mit diesem grob umrissenen methodologischen System lässt sich auch die Grundposition des Gerichtshofes prinzipiell in Einklang bringen. So stellt der EuGH immer wieder auf den „Willen“ der Urheber der von ihm zu interpretierenden Rechtsvorschriften ab, wobei es sich dabei vor allem um Vorschriften des Sekundärrechts („Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers“)³⁷ und vereinzelt auch um solche des Primärrechts³⁸ oder um völkerrechtliche Verträge³⁹ handelt.⁴⁰ Es überrascht daher auch nicht, wenn nach Auffassung des EuGH die Bedeutung von Gemeinschaftsrecht „unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze“⁴¹ zu ermitteln ist, weil diese schon von ihrem Ansatz her der Eruiierung des rechtsetzerischen Willens dienen. Dementsprechend sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH „bei der Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden“.⁴²

³⁶ Potacs (Fn. 3), S. 239, 277.

³⁷ Z.B. EuGH, Rs. C-248/04 (Koninklijke Coöperatie Cosun), Slg. 2006, I-10211, Rn. 45; EuGH, Urteil v. 18.10.2008, Rs. C-298/07 (Verbraucherzentrale Bundesverband), Rn. 20.

³⁸ Z.B. EuGH, Rs. C-370/89 (SGEEM), Slg. 1992, I-6211, Rn. 15.

³⁹ Z.B. EuGH, Rs. C-467/98 (Kommission/Dänemark), Slg. 2002, I- 9519, Rn. 108.

⁴⁰ Dieser prinzipiellen Orientierung am Willen des Rechtsetzers kann auch nicht überzeugend das EuGH-Urteil in den verb. Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözutok), Slg. 2003, I-1345, Rn. 46, entgegenghalten werden. Darin meint der EuGH zu einer Bestimmung des Schengener-Durchführungsübereinkommens: „Was drittens den Willen der Vertragsparteien angeht, wie er sich aus bestimmten nationalen parlamentarischen Arbeiten zur Ratifizierung des Durchführungsübereinkommens ... ergeben soll, so genügt die Feststellung, dass diese Arbeiten zeitlich vor der Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union durch den Vertrag von Amsterdam liegen.“ Damit dürfte gemeint sein, dass die Bestimmungen des Durchführungsübereinkommens durch die Einbeziehung in das Rechtssystem der EU eine neue Rechtsgrundlage erhalten haben und damit der subjektive Wille der ursprünglichen Rechtsetzer unmaßgeblich sei. Man mag diese Position kritisieren, sie spricht jedoch nicht unbedingt gegen eine Orientierung am Willen des Rechtsetzers, weil dieser nach Meinung des EuGH auf Grund der Neuordnung eben nicht mehr maßgeblich ist.

⁴¹ EuGH, Rs. 53/81 (Levin), Slg. 1982, 1035, Rn. 9.

⁴² Z.B. EuGH, Rs. C-223/98 (Adidas), Slg. 1999, I-7081, Rn. 23, EuGH, Rs. C-191/99 (Kvaerner), Slg. 2001, I-4447, Rn. 30, EuGH, Rs. C-76/06 P (Britannia Alloys & Chemicals), Slg. 2007, I-4405, Rn. 21, EuGH, Rs. C-97/06 (Navicon), Slg. 2007, I-8755, Rn. 24, in Bezug auf Sekundärrecht und EuGH, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rn. 50, im Hinblick auf Primärrecht. Mitunter verwendet der EuGH auch die Formulierung, wonach „bei der Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift sowohl ihr Wortlaut als auch ihr Kontext und ihre Ziele zu berücksichtigen“ sind; z.B. EuGH, Rs. C-84/95 (Bosphorus), Slg. 1996, I-3953, Rn. 11. Eine Untersuchung der EuGH-Rechtsprechung des Jahres 1999 hat ergeben, dass der EuGH am häufigsten auf die Wortsinninterpretation zurückgreift; *Dederichs* (Fn. 3), S. 65 f. Das überrascht auch nicht, weil auch im allgemeinen Sprachgebrauch primär an den übliche Wortsinn angeknüpft wird. Der österreichische Verwaltungsgerichtshofes spricht daher zutreffend vom üblichen Wortsinn „als dem primären Mittel hermeneutischer Erfahrung“; *VwSlg 5085(F)/1977*. Beurteilt man die Auslegungspraxis hingegen qualitativ nach ihrer rechtspolitischen (und das System des Gemeinschaftsrechts prägenden) Bedeutung, so ergibt sich freilich ein anderes Bild, weil hier die teleologische Interpretation in der Form einer Bedachtnahme auf den *effet utile* deutlich im Vordergrund steht. Anzumerken ist schließlich auch noch, dass der

Auffallend ist, dass in dieser Umschreibung die historische Interpretation nicht erwähnt wird, die ohne Zweifel ebenfalls zu den allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätzen zählt. Zur Auslegung von Sekundärrecht greift der EuGH dennoch immer wieder auf diese Methode zurück, indem er den Sinngehalt von Vorschriften unter Bedachtnahme auf Begründungserwägungen, Beratungsprotokolle oder die Entstehungsgeschichte ergründet.⁴³ Dagegen spielt für den EuGH die historische Interpretation bei der Auslegung des Primärrechtes kaum eine Rolle, was auf verschiedene Weise erklärt wird: So seien die Vorarbeiten zu den Verträgen amtlich nicht veröffentlicht⁴⁴ und die Gemeinschaftsarchive überdies nur beschränkt zugänglich.⁴⁵ Auch werden Zweifel daran geäußert, dass sich aus diesen Vorarbeiten überzeugende Rückschlüsse auf einen übereinstimmenden Willen der Vertragspartner ergeben (weil etwa über wesentliche Fragen des Primärrechtes in Arbeitsgruppen und mündlich entschieden wurde).⁴⁶ All diese Argumente vermögen einen kategorischen Ausschluss der historischen Interpretation in Bezug auf Primärrecht freilich nicht zu rechtfertigen.⁴⁷ Gewiss muss in rechtsstaatlichen Ordnungen historisches Material ein gewisses Maß an Zugänglichkeit aufweisen, um für die Auslegung relevant zu sein.⁴⁸ Diesen Anforderungen entsprechen aber Unterlagen (wie etwa Vorentwürfe zu Vertragsrevisionen), von denen ohne größere Schwierigkeiten Kenntnis erlangt werden kann. Die Bedachtnahme auf solches Material in der Lehre zeigt überdies, dass sich daraus mitunter durchaus plausible Schlüsse auf den von den Vertragsparteien gewollten Sinngehalt des Primärrechtes ziehen lassen.⁴⁹

Trotz dieses Mankos kann man insgesamt der Einschätzung beipflichten, dass die Auslegungspraxis des EuGH zumindest im Ansatz die gesamte Bandbreite der in den Mitgliedstaaten gängigen und anerkannten Auslegungsmethoden dokumentiert.⁵⁰ Im Rahmen seiner Auslegungstätigkeit greift der EuGH nicht auf eine einzige Methode zurück, sondern kombiniert die verschiedenen Kriterien miteinander, um zu einem Ergebnis zu gelangen.⁵¹ In diesem Sinne kann auch keine stren-

Wortsinninterpretation bei voneinander abweichenden Sprachfassungen gegenüber der teleologischen Auslegung nur eine eingeschränkte Bedeutung zukommt. Zur diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH siehe insbesondere *Schübel-Pfister* (Fn. 3), 168 ff. Doch dürfte es sich dabei insgesamt um nicht so häufige Fälle handeln; *Dederichs* (Fn. 3), S. 72.

43 Eingehend dazu etwa *Potacs* (Fn. 3), S. 136 ff.; *Dederichs* (Fn. 3), S. 111 ff.

44 Z.B. R. *Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH. Eine kritische Betrachtung, ZEuS 2004, S. 402.

45 *Streinz*, Auslegung (Fn. 44), S. 402, Fn. 92. Der Zugang und die Transparenz wurden durch jüngere Rechtsakte der Gemeinschaft allerdings erleichtert, was sich auf die historische Interpretation von Gemeinschaftsrecht auswirken könnte, I. *Pernice/F.C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 220, Rn. 53.

46 Dazu *Anweiler* (Fn. 3), S. 248; *Dederichs* (Fn. 3), S. 112 f. Auffallend ist jedenfalls, dass auch in der Lehre bei der Interpretation von Primärrecht kaum auf Vorarbeiten zurückgegriffen wird.

47 In diesem Sinne auch *W. G. Leisner*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, S. 695 ff.

48 Unterlagen, die sich nur mit besonderem „archivarischen Fleiss“ ermitteln lassen, stehen mit dieser Anforderung nicht im Einklang.

49 Z.B. C. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 5, Rn. 44.

50 *Von Danwitz* (Fn. 4), S. 143.

51 *Seyr* (Fn. 3), S. 90.

ge Rangfolge der einzelnen vom EuGH herangezogenen Interpretationskriterien ausgemacht werden. Vielmehr lässt sich auch die Rechtsprechung des EuGH jedenfalls grundsätzlich i.S. eines „beweglichen Systems der Auslegungskriterien“ deuten, das im Einzelfall auf die Überzeugungskraft semantischer oder pragmatischer Kriterien zur Ermittlung des Willens des Rechtsetzers abstellt.⁵²

2. Gewicht des *effet utile*

a) *Allgemein*

Wie lässt sich nun der Auslegungsgrundsatz des *effet utile* in einem solchen System methodologisch begründen? Und vor allem: Welches Gewicht kann ihm beigemessen werden? Dazu ist zunächst einmal festzustellen: Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist eine Anordnung prinzipiell so zu verstehen, dass sie eine gewisse Wirkung bezweckt. Kann doch dem Autor einer solchen Äußerung prinzipiell nicht unterstellt werden, dass sein Wille insoweit nicht auf praktische Verwirklichung hin gerichtet ist. Nichts anderes kann aber dann auch für die Auslegung von Rechtsvorschriften gelten, die auf Basis dieses Sprachgebrauchs den Willen eines Rechtsetzers zum Ausdruck bringen. Die Auslegung nach dem *effet utile* ist daher grundsätzlich auch als Teil der allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze anzusehen. Es liegt also auf der Hand, dass man diese Auslegungsmethode grundsätzlich in allen möglichen Rechtsordnungen antrifft.

Allerdings ist zu bedenken, dass die Überzeugungskraft dieses Auslegungskriteriums im Rahmen der allgemein anerkannten Auslegungsregeln unterschiedliche Grade aufweist.⁵³ So wird zwar einem Rechtsetzer kaum unterstellt werden können, dass er eine Vorschrift erlassen wollte, die überhaupt keine Wirkung entfaltet und daher bedeutungslos ist. Eine Auslegung, die ein solches sinnloses Ergebnis vermeidet, wiegt daher (kraft *argumentum ad absurdum* bzw. einer Auslegung nach dem *effet utile* im engeren Sinn) von vorneherein verhältnismäßig schwer. Anders stellt sich die Situation jedoch in Bezug auf eine Auslegung nach einer möglichst weit gehenden Wirkkraft einer Rechtsvorschrift (also dem *effet utile* im weiteren Sinn) dar. Denn es ist durchaus vorstellbar, dass der Rechtsetzer die Wirkungen einer Vorschrift in gewissem Umfang einschränken wollte, um bestimmten anderen Aspekten Rechnung zu tragen. Ganz im Gegenteil ist eine solche vom Rechtsetzer gewollte Einschränkung gerade in komplexen Gesellschaften eher wahrscheinlich, weil bei der Normsetzung in der Regel auf ganz unterschiedliche Aspekte Bedacht genommen werden muss. Die Interpretation nach dem *effet utile* im weiteren Sinn wiegt daher im Rahmen allgemein anerkannter Auslegungsregeln nicht von vorneherein verhältnismäßig schwer. Ihr Gewicht bemisst sich vielmehr danach, inwieweit dem Rechtsetzer im jeweiligen Kontext die Bedachtnah-

⁵² Potacs (Fn. 3), S. 298.

⁵³ So bereits Potacs (Fn. 3), S. 135.

me auf andere die Wirkkraft abschwächende Aspekte als von ihm gewollt zusinnbar ist. Die Auslegung nach dem *effet utile* im weiteren Sinn hängt daher selbst wieder von einer Interpretation ab, mit der die Reichweite der vom Gesetzgeber intendierten Wirkkraft bestimmt wird.

b) Gemeinschaftsrecht

aa) Grundsatz

Dieser Position entspricht es auch, wenn der EuGH die praktische Wirksamkeit einer Vorschrift vielfach im Anschluss an eine Wortsinninterpretation sowie eine teleologische Auslegung prüft⁵⁴ und von mehreren Auslegungsvarianten einer Vorschrift derjenigen den Vorzug gibt, die „allein ... ihre praktische Wirksamkeit zu sichern“ vermag.⁵⁵ Wegen des Gewichtes der Auslegung nach dem *effet utile* im engeren Sinne wird dies dann von durchschlagender Bedeutung sein, wenn nur nach einer der Auslegungsvarianten die fragliche Vorschrift ernsthaft Wirkung entfaltet. Anders stellt sich die Situation allerdings dar, wenn mehrere Auslegungsvarianten eine unterschiedliche Wirkkraft der auszulegenden Vorschrift nach sich ziehen. In solchen Fällen stellt sich auch im Gemeinschaftsrecht die Frage, wie schwer eine Auslegung nach dem *effet utile* im weiteren Sinne wiegt. Der Regelungskontext des Gemeinschaftsrechts ist in dieser Hinsicht jedoch durchaus aufschlussreich.

So lässt sich schon der Präambel des EGV ein Anhaltspunkt zum Gewicht des *effet utile* im Gemeinschaftsrecht entnehmen. Diese enthält eine Formulierung, wonach der Vertrag „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker“ schaffen soll.⁵⁶ Die Präambel wurde unverändert aus dem EWGV übernommen und bringt insbesondere mit dieser Formulierung den Gedanken einer fortschreitenden Integration („Integrationsgedanken“) der Gemeinschaft zum Ausdruck.⁵⁷ Das ist auch für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht unbedeutend, weil sich in der Präambel der Wille der Vertragsparteien manifestiert. Mit gutem Grund hat sich daher auch der EuGH schon früh in seiner Rechtsprechung auf die Präambel berufen.⁵⁸ Gewiss erscheint es andererseits nicht unzulässig (wie das deutsche Bundesverfassungsgericht),⁵⁹ in der Präambel eine bloße politische (also rechtlich unverbindliche) Absichtserklärung zu sehen. Es ist aber keineswegs unvertretbar, in der Präambel und insbesondere in der dargelegten Formulierung eine auch den Charakter des Gemeinschaftsrechtes prägende Wil-

⁵⁴ Siehe auch *Seyr* (Fn. 3), S. 254.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-223/98 (*Adidas*), Slg. 1999, I-7081, Rn. 24, mwN.

⁵⁶ Siehe bereits *Kutscher* (Fn. 5), S. I-41 f.; Aus jüngerer Zeit z.B. *Anweiler* (Fn. 3), S. 199; *Buck* (Fn. 3), S. 63; *Seyr* (Fn. 3), S. 359. Zwar kommt der Präambel für sich genommen keine Verbindlichkeit zu, doch ist sie dennoch für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts von Bedeutung; dazu *T. Olechowski*, Über den Wert und Unwert von Verfassungspräambeln, in: Ehs, Hans Kelsen und die Europäische Union, 2008, S. 88.

⁵⁷ Z.B. *R. Streinz* (Fn. 4), EGV Präambel, Rn. 1 f. Siehe bereits *Kutscher* (Fn. 5), S. I-41 f.

⁵⁸ Siehe die Nachweise bei *Anweiler* (Fn. 3), S. 212; *Seyr* (Fn. 3), S. 61.

⁵⁹ BVerfGE 89, S. 155 (209 f.).

lensäußerung zu sehen: Nach dem Willen der Vertragsparteien ist dem zufolge das Gemeinschaftsrecht auf Dynamik in Richtung weitergehender Integration angelegt,⁶⁰ die auch in einem Wandel seines Charakters (wohl begleitet von einer Weiterentwicklung des Sekundärrechts und Primärrechts) seinen Niederschlag gefunden hat.

In diesem Sinne lässt sich auch der Wandel in der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtsnatur der Gemeinschaft vom Völkerrecht hin zu einer „Rechtsordnung sui generis“ erklären.⁶¹ Nach Meinung des EuGH wurde der EWGV zwar als völkerrechtlicher Vertrag geschlossen, doch hat sich das Gemeinschaftsrecht (entsprechend dem in der Präambel zum Ausdruck kommenden Willen der Vertragsparteien) in der Folgezeit davon gelöst und eine neue Rechtsnatur entfaltet.⁶² Diesem Wandel im Rechtscharakter hat freilich auch eine entsprechende „dynamische Auslegung“⁶³ des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen. Demnach kommt der Auslegung nach dem *effet utile* im weiteren Sinne insbesondere bei jenen Vorschriften besonderes Gewicht zu, die (wie etwa die Vertragsbestimmungen über die Grundfreiheiten) für die weitergehende Integration von zentraler Bedeutung sind.⁶⁴ Die Ableitung dieser besonderen Gewichtung des *effet utile* aus der Präambel ist wie gesagt nicht zwingend, wohl aber vertretbar. Sie wird allerdings durch Bestimmungen des EGV unterstützt, die ebenfalls auf eine höhere Wirkkraft gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften schließen lassen. Dazu gehören einmal die in Art 2 und 3 EGV enthaltenen Zielsetzungen der Gemeinschaft, auf die der EuGH im Rahmen einer systematischen Auslegung schon wiederholt Bezug genommen hat.⁶⁵ So sah bereits Art. 2 EWG-Vertrag ein „Integrationsprogramm“⁶⁶ vor, zu dem vor allem die Errichtung des Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten gehörte. Da es sich bereits damals um ein sehr ambitioniertes Programm handelte, war das Gemeinschaftsrecht nach dem erkennbaren Willen der Vertragspartner von vorneherein dazu bestimmt, eine relativ große Wirkung zu erzielen. Dieser Eindruck wurde durch den

60 So etwa *Streinz* (Fn. 44), S. 402.

61 In der Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1, Rn. 10, war die Gemeinschaft für den EuGH noch eine „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“, während er in der Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1141, Rn. 8, nur mehr davon spricht, dass der EWG-Vertrag „eine eigene Rechtsordnung geschaffen“ hat. Im GA 1/91 (EWR), Rn. 21, meint der EuGH folgerichtig: „Dagegen stellt der EWG-Vertrag, obwohl er in der Form einer völkerrechtlichen Übereinkunft geschlossen wurde, nichtsdestoweniger die grundlegende Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft dar. Nach ständiger Rechtsprechung haben die Gemeinschaftsverträge eine neue Rechtsordnung geschaffen, zu deren Gunsten die Staaten in immer weiteren Bereichen ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben und deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch deren Bürger sind“.

62 *J. Schwarze*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 1 EGV, Rn. 6.

63 *Buck* (Fn. 3), S. 213 ff.; *Buerstedde* (Fn. 3), S. 130 f., jeweils m.w.N.

64 Die vom EuGH vertretene Auffassung, wonach jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts nach Maßgabe seines „Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift“ auszulegen sei (so EuGH, Rs. 283/81, CILFIT, Slg. 1982, Rn. 20), kann somit zweierlei bedeuten: Zum einen kann sie besagen, dass ein früherer Sinngehalt von Rechtsvorschriften durch spätere Rechtssetzungsakte verändert werden kann. Zum anderen kann damit ein Wandel auf Grund der dargelegten Dynamik des Gemeinschaftsrechts gemeint sein, der in einer erhöhten Wirkkraft zum Ausdruck kommt; dazu bereits *Potacs* (Fn. 3), S. 27 f.

65 *A. Hatje*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 2 EGV, Rn. 9, m.w.N.

66 *R. Streinz* (Fn. 4), Art. 2 EGV, Rn. 2.

Sinngehalt des Art. 3 EWGV nur verstärkt, der die Ziele des Art. 2 EWGV konkretisierte und etwa Verpflichtungen zur Harmonisierung und Beseitigung von Hindernissen für den freien Markt normierte. Mittlerweile wurde der „integrative“ Charakter dieser Zielbestimmungen in Art. 2 und 3 EGV noch verschärft, indem an Stelle des Gemeinsamen Marktes der mit einer höheren Integrationsintensität⁶⁷ ausgestattete Begriff des Binnenmarktes trat und überdies eine Entwicklung hin zu einer Wirtschafts- und Währungsunion festgeschrieben wurde. Die Anforderung an die Wirkkraft von Gemeinschaftsrecht wurde dadurch nach dem Willen der Vertragsparteien noch erkennbar gesteigert. Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten wird dieses Bild auch durch Art. 10 Abs. 2 EGV (ehemals Art. 5 Abs. 2 EWGV) abgerundet, wonach diese alle Maßnahmen zu unterlassen haben, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten. Nur ergänzend ist schließlich noch zu erwähnen, dass seit dem Maastrichter Vertrag auch in der Präambel des EUV von einem „Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas“ die Rede ist,⁶⁸ weshalb sich die Frage nach der besonderen Wirkkraft auch im Unionsrecht zumindest ansatzweise stellt.⁶⁹

In Bezug auf das Gemeinschaftsrecht sprechen jedenfalls zusammenfassend gute Gründen dafür, dass dem *effet utile* im weiteren Sinne bei der Auslegung seiner Vorschriften größeres Gewicht beizumessen ist. Das gilt insbesondere für jene Vorschriften, die nach dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien für die Durchsetzung des Integrationsprogrammes von zentraler Bedeutung sind.

bb) Relativierung

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Vertragsparteien insbesondere im Maastrichter Vertrag gleichzeitig mit der Ausweitung und Intensivierung des Integrationsprogrammes den Befugnissen der Gemeinschaft auch ausdrückliche Grenzen gesetzt haben, die für die Auslegung von Bedeutung sind.⁷⁰ Das ist durch die in Art. 5 EGV geregelten Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit erfolgt.

(1) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist in Art. 5 Abs. 1 EGV festgeschrieben und besagt, dass die Gemeinschaft „innerhalb der Grenzen der in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele“ tätig wird. Damit wird einmal klargestellt, dass die Gemeinschaft keine Allzuständigkeit („Kompe-

67 *H.-H. Herrfeld*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 95 EGV, Rn. 5.

68 Siehe auch Art. 1 Abs 2 EUV, demzufolge dieser Vertrag „eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ darstellt; vgl. dazu auch *Seyr* (Fn. 3), S. 359.

69 Vgl. dazu etwa EuGH, Rs. C-105/03 (Pupino), Slg. 2005, I-5285, und dazu etwa *B. R. Killmann*, Die rahmenbeschlusskonforme Auslegung im Strafrecht vor dem EuGH, JBl 2005, S. 566 ff.; *J. Masing*, Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, S. 264 ff.

70 *Z.B. Streinz* (Fn. 4), Präambel, Rn. 2.

tenz-Kompetenz“) besitzt.⁷¹ Ihre Befugnisse bleiben vielmehr auf den aus dem Vertragstext hervorgehenden Aufgabenbereich beschränkt. Andererseits wird durch die Verwendung des Wortes „Ziele“ in Art. 5 Abs. 1 EGV auch nicht ausgeschlossen, dass bei der Ermittlung einer Kompetenzgrundlage auf die Zielsetzungen des Vertrages Bedacht genommen wird. Wegen der schon mit dem Wort „Grenzen“ zum Ausdruck gebrachten Begrenzungsfunktion⁷² von Art. 5 Abs. 1 EGV wird das in den Art. 2 und 3 EGV enthaltene Integrationsprogramm allein als Grundlage für eine Gemeinschaftszuständigkeit jedoch nicht ausreichen. Vielmehr ist aus dem Wort „Befugnis“ in Art. 5 Abs. 1 EGV zu schließen, dass die Gemeinschaft nur mehr auf Basis konkreter Kompetenzgrundlagen handeln darf, deren Sinngehalt auf Grund allgemein anerkannter Auslegungsregeln zu ermitteln ist. Damit wird freilich nicht ausgeschlossen, dass dabei zumindest auch auf den *effet utile* im engeren Sinne Bedacht genommen wird, zumal Art. 5 Abs. 1 EGV ausdrücklich auf die Ziele des Vertrages verweist, aus denen sich die Bedeutung dieser Auslegungsmethode im Gemeinschaftsrecht ableiten lässt.

(2) Subsidiaritätsprinzip

Das in Art. 5 Abs. 2 EGV geregelte Subsidiaritätsprinzip begrenzt die Kompetenzausübung der Gemeinschaft in Angelegenheiten, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen.⁷³ In diesem Bereich wird die Gemeinschaft gemäß Art. 5 Abs. 2 EGV „nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“. Diese Bestimmung konkretisiert das Gebot des Art. 6 Abs. 3 EUV, wonach die Union die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten „achtet“. Gewiss geht es dem Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EGV in erster Linie um die Abgrenzung der Befugnisse des Gemeinschaftsgesetzgebers. Darüber hinaus ist dieser Bestimmung aber eine Wertung zu entnehmen, die für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts von allgemeinerer Bedeutung ist: Die Gemeinschaft sollte prinzipiell nur jene Angelegenheiten ihrem Regelungsregime unterwerfen, die von einer deutlich spürbaren Relevanz für das Integrationsprogramm der Gemeinschaft und den mit ihm verfolgten Zielen sind. Um diese Akzentuie-

⁷¹ *Calliess* (Fn. 49), Art. 5 EGV, Rn 12.

⁷² Schon in Art. 4 EWGV (nunmehr Art. 6) EGV war vorgesehen, dass jedes Gemeinschaftsorgan nur „nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse“ handelt. Auch Art. 189 EWGV (nunmehr Art. 249 EGV) ordnete bereits an, dass die Organe der Gemeinschaft „nach Maßgabe“ dieses Vertrages zu handeln haben. Durch die zusätzliche Verankerung dieses Grundsatzes in Art. 3 b Abs. 1 EGV (nunmehr Art. 5 Abs. 1 EGV) und der Verwendung des Wortes „Grenzen“ in dieser Bestimmung ist zu schließen, dass dieses Prinzip etwas verschärft werden sollte. Siehe dazu auch EuGH, GA 2/94 (EMRK), Slg. 1996, I-1763, Rn. 23, wonach die Gemeinschaft „nur über begrenzte Ermächtigungen“ verfügt. Siehe nunmehr weiters EuGH, Urteil v. 3.9.2008 (Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation), Rn. 158 ff.

⁷³ Unter die von Art. 5 Abs. 2 EGV erfassten „konkurrierenden“ Kompetenzen fallen so wichtige Angelegenheiten wie die Binnenmarktkompetenz gemäß Art. 95 EGV; EuGH, Rs. C-491/01 (British American Tobacco), Slg. 2002, I-11453, Rn. 179.

rung ist dann aber auch die Auslegung von Gemeinschaftsrecht nach dem *effet utile* zu relativieren: Es ist im Einzelfall ein wertender Vergleich zwischen dem mit einer Auslegung nach dem *effet utile* verbundenen Integrationsgewinn und dem mitgliedstaatlichen Kompetenzverlust vorzunehmen.⁷⁴

(3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Mit dem in Art. 5 Abs. 3 EGV enthaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird schließlich eine Kompetenzbegrenzungsschranke für die Gemeinschaft normiert. Demnach dürfen die Maßnahmen der Gemeinschaft „nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß hinaus“. Auch diese Bestimmung richtet sich in erster Linie an den Gemeinschaftsgesetzgeber, dem sie nach Meinung des EuGH mitunter „ein weites Ermessen“⁷⁵ einräumt. Dennoch ist auch ihr eine für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts im allgemeinen bedeutsame Wertung zu entnehmen: Gemeinschaftsrecht soll einen möglichst schonenden Ausgleich zwischen den Bedürfnissen der Wirtschafts- und Politikintegration einerseits und den Erfordernissen der Wahrung nationaler Identität gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV sowie den Interessen der Unionsbürger erzielen.⁷⁶ Auch um diese Nuance ist daher das Gewicht der Interpretation von Gemeinschaftsrecht nach dem *effet utile* abzuschwächen.

cc) Fazit

Als vorläufiges Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Auslegung nach dem *effet utile* im weiteren Sinne im Gemeinschaftsrecht zwar grundsätzlich relativ schwer wiegt. Dieses besondere Gewicht wird aber seit der Verankerung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wieder abgeschwächt. Bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist daher letztlich eine Abwägung zwischen dem Aspekt einer möglichst weit gehenden Wirkung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften auf der einen und der vertraglich gewährleisteten Autonomie der Mitgliedstaaten sowie den Interessen der Unionsbürger auf der anderen Seite vorzunehmen.

Auf Basis dieser Überlegung soll nun anhand einiger ausgewählter Urteile die Ausprägung des *effet utile* in der EuGH-Rechtsprechung – freilich in der im vorliegenden Rahmen gebotenen Kürze – dargestellt und analysiert werden. Diese Rechtsprechung kann man auf Grund des dargelegten methodologischen Befundes in drei Kategorien einteilen: in überzeugende Rechtsprechung, bedenkliche Rechtsprechung und Rechtsfortbildung. Im Sinne dieser Einteilung werden insbesondere auch Urteile in den Blick genommen, die in jüngerer Zeit für besondere Diskus-

⁷⁴ Ebenso zum Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsschranke für den Gemeinschaftsgesetzgeber *Calliess* (Fn. 49), Art. 5 EGV, Rn. 49. Siehe dazu auch *T. Von Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuR 2008, S. 783 ff.

⁷⁵ So der EuGH, Rs. C-491/01 (*British American Tobacco*), Slg. 2002, I-11453, Rn. 123.

⁷⁶ Vgl. *Calliess* (Fn. 49), Art. 5 EGV, Rn. 57.

sion gesorgt haben. Der Auswahl liegt freilich eine gewisse Wertung zugrunde, doch sollte sie dennoch für den Charakter der *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH repräsentativ sein. Vorauszuschicken ist diesen Ausführungen allerdings, dass eine exakte Grenzziehung zwischen den hier vorgenommenen Einteilungskriterien auf Grund der dargelegten methodologischen Position nicht möglich ist. Die folgenden Ausführungen beruhen daher selbstverständlich auch in Bezug auf die methodologische Beurteilung der Rechtsprechung in gewissem Umfang auf einer Eigenwertung.

IV. Ausprägung in der Rechtsprechung des EuGH

1. Überzeugende Rechtsprechung

a) Außenkompetenzen

Dazu ist zunächst einmal auf die Auslegung der Kompetenzen der Gemeinschaft einzugehen, die der EuGH wohl auch unter Bedachtnahme auf den *effet utile* als „implied powers“⁷⁷ angenommen hat. So hat der EuGH schon im AETR-Urteil festgestellt, dass sich die Befugnis der Gemeinschaft zum Abschluss internationaler Abkommen nicht nur aus einer ausdrücklichen vertraglichen Ermächtigung ergibt. Vielmehr könne eine solche Befugnis auch darin begründet sein, dass die Gemeinschaft auf einem bestimmten Gebiet einen Sekundärrechtsakt erlassen hat.⁷⁸ Nach Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht wurde diese Rechtsprechung im WTO-Gutachten des EuGH dahingehend präzisiert, dass eine Außenkompetenz nur in dem Maße eintrete, wie Sekundärrechtsakte erlassen wurden, „die durch diese Verpflichtungen beeinträchtigt werden könnten“.⁷⁹

Diese Auffassung erscheint auch unter Bedachtnahme auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gerechtfertigt. Gebietet dieses Prinzip nach Art. 5 Abs. 1 EGV doch nur, dass die „zugewiesenen Befugnisse“ im Rahmen allgemein anerkannter Auslegungsregeln unter Berücksichtigung der Ziele des Vertrages zu ermitteln sind. Das Argument der möglichen Beeinträchtigung von Sekundärrechtsakten durch von Mitgliedstaaten abgeschlossene Abkommen kommt sogar einer Auslegung nach dem *effet utile* im engeren Sinne nahe und wiegt daher schon nach den allgemein anerkannten Interpretationsregeln von vorneherein relativ schwer. Dieses Argument darf daher auch bei der Auslegung der „zugewiesenen Befugnisse“ gemäß Art. 5 Abs. 1 EGV nicht gering geschätzt werden. Mit der dar-

⁷⁷ In der Terminologie des EuGH handelt es sich dabei um Befugnisse, die sich nicht nur „aus ausdrücklichen Vertragsbestimmungen ergeben, sondern auch implizit aus diesen Bestimmungen folgen“; EuGH, GA 2/94 (EMRK), Slg. 1996, I-1763, Rn. 26.

⁷⁸ EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263, Rn. 30/31.

⁷⁹ EuGH, GA 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 77. Siehe dazu insbesondere etwa EuGH, Rs. C-475/98 (Kommission/Österreich), Slg. 2002, I-9797, Rn. 67 ff. Siehe auch *M. Klamert/N. Maydell*, Rechtsfragen der impliziten Außenkompetenz illustriert am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie und der Minimum Platform on Investment, EuR 2008, S. 589 ff.

gelegten Präzisierung im WTO-Gutachten wurde überdies klargestellt, dass nicht jede sekundärrechtliche Regelung bereits eine Außenkompetenz begründet. Damit wurde auch der durch Art. 5 EGV gebotenen Zurückhaltung bei der Auslegung nach dem *effet utile* hinreichend Rechnung getragen. Alles in allem erscheint diese Rechtsprechung daher im Lichte der vom EGV gebotenen Abwägung nachvollziehbar.⁸⁰

b) Rechtsgrundsätze

Letztlich vermag auch die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze unter Beachtung auf eine Auslegung nach dem *effet utile* zumindest grundsätzlich zu überzeugen. Das betrifft in erster Linie die tragenden Prinzipien des indirekten Vollzuges von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten.⁸¹ Das ist einerseits das Effektivitätsgebot („Vereitelungsverbot“), demzufolge die staatlichen Regelungen „die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“⁸² dürfen. Andererseits gehört dazu auch der Äquivalenzgrundsatz („Grundsatz der Gleichwertigkeit“), wonach die Mitgliedstaaten beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht denselben Rechtsschutz zu gewähren haben wie in ähnlichen rein innerstaatlichen Angelegenheiten.⁸³ Diese Prinzipien sind zwar im EGV nicht explizit verankert.⁸⁴ Doch gewährleisten sie eine wirkungsvolle und nicht diskriminierende Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, wie sie insbesondere von Art. 10 EGV gefordert wird. Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip sind überdies nach der Rechtsprechung des EuGH in einer Weise anzuwenden, die auch den jeweiligen Besonderheiten der Mitgliedstaaten Rechnung trägt.⁸⁵ Das zeigt etwa die differenzierte Rechtsprechung des EuGH zum vorläufigen Rechtsschutz⁸⁶ und zur

80 Nur ergänzend ist daher hinzuzufügen, dass diese Rechtsprechung auch mit der durch den Maastrichter Vertrag in Art. B (nunmehr Art. 2) EUV verankerten Zielsetzung im Einklang steht, „die volle Wahrung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes und seine Weiterentwicklung“ sicherzustellen; so *Callies* (Fn. 49), Art. 5 EGV, Rn. 17. Zu diesem Besitzstand gehört zwar wohl auch die Rechtsprechung des EuGH; z.B. *M. Pechstein*, in: *Strein*, EUV/EGV, 2003, Art. 2 EUV, Rn. 14. Nach dem Maastrichter Vertrag hat diese „Weiterentwicklung“ jedoch unter Beachtung auf die in Art. 5 EGV geregelten Grundsätze zu erfolgen, denen die Rechtsprechung des EuGH jedoch insoweit entspricht.

81 Aber auch andere vom EuGH vertretene allgemeine Rechtsgrundsätze wie die Grundrechte, die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sowie der Grundsatz des gerichtlichen Rechtsschutzes lassen sich mit dem *effet utile* nachvollziehbar begründen. Sie fördern die Akzeptanz des Gemeinschaftsrechts und in den Mitgliedstaaten tragen damit zu dessen wirkungsvollem Vollzug bei. Seit dem Maastrichter Vertrag findet sich überdies ein ausdrückliches Bekenntnis zu den Grundrechten und zur Rechtsstaatlichkeit im EUV (nunmehr in Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV).

82 Z.B. EuGH, Urteil v. 15.4.2008, Rs. C-268/06 (*Impact*), Rn. 45.

83 Z.B. EuGH, Rs. C-34/02 (*Pasquini*), Slg. 2003, I-6515, Rn. 59.

84 Allerdings gehören sie wohl zum „gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand“, der gemäß Art. 2 EUV „voll“ zu wahren ist.

85 Siehe dazu bereits *M. Potacs*, Entwicklungstendenzen beim indirekten Vollzug von Gemeinschaftsrecht, in: *Hummer*, Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende, 2004, S. 272 ff.

86 Dazu zusammenfassend EuGH, Rs. C-432/05 (*Unibet*), Slg. 2007, I-2271, Rn. 78 ff.

Rechts- bzw Bestandskraft EG-rechtswidriger behördlicher Entscheidungen.⁸⁷ Der vom Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geforderten Relativierung der Auslegung nach dem *effet utile* wird dadurch auch hier im Ergebnis wohl in ausreichendem Maße entsprochen.

2. Bedenkliche Rechtsprechung

a) Grundfreiheiten

Damit wende ich mich Beispielen aus der EuGH-Rechtsprechung zu, die nicht so unproblematisch erscheinen. Das betrifft zunächst die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten. Seit Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages ist die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit durch das so genannte Keck-Urteil geprägt. In ständiger Rechtsprechung prüft der EuGH seit damals prinzipiell nur mehr „produktbezogene“ Beschränkungen des Warenverkehrs an der Grundfreiheit.⁸⁸ Bloße „Verkaufsmodalitäten“ werden hingegen nur ausnahmsweise einer Prüfung unterzogen, weil ihre den Warenverkehr beschränkende Widmung in der Regel gering ist. Diese Auslegung trägt sowohl dem *effet utile* als auch dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung. Dem *effet utile* wird entsprochen, weil diese Rechtsprechung staatliche Regelungen mit maßgeblich beeinträchtigender Wirkung auf die Grundfreiheit erfasst. Das Subsidiaritätsprinzip findet Berücksichtigung, indem staatliche Vorschriften von nicht so erheblicher Bedeutung prinzipiell außer Betracht bleiben.

Problematisch ist allerdings bereits der Umstand, dass der EuGH in weiterer Folge eine ähnliche Differenzierung bei anderen Grundfreiheiten nicht mit der erforderlichen Klarheit vorgenommen hat.⁸⁹ Ganz im Gegenteil hat der Gerichtshof auch staatliche Regelungen für unvereinbar mit einer Grundfreiheit erklärt, obwohl die Erheblichkeit der Beeinträchtigung doch sehr fraglich war. Das betrifft etwa seine Rechtsprechung zu „golden shares“, mit denen Staaten an privatisierten Kapitalgesellschaften besondere Rechte eingeräumt werden.⁹⁰ Besonders problematisch ist es aber, wenn der EuGH mit seiner Rechtsprechung eine bloß juristisch-formale Inanspruchnahme der Grundfreiheiten schützt, die aber faktisch nicht ausgeübt wird. In diesem Sinne kann man das EuGH-Urteil Centros verste-

87 Siehe EuGH, Rs. C-453/00 (Kühne), Slg. 2004, I-837, Rn. 28; EuGH, Rs. C-234/04 (Kapferer), Slg. 2006, I-2582, Rn. 20 ff.; EuGH, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04 (Arcor), Slg. 2006, I-8559, Rn. 53 ff.; EuGH, Rs. C-119/05 (Lucchini), Slg. 2007, I-6199, Rn. 46 ff.; EuGH, Rs. C-2/06 (Kempter), Rn. 37 ff. Siehe dazu etwa M. Potacs, *Gemeinschaftsrecht und Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte*, in: *Ress-FS*, 2005, S. 729 ff.; C. Cremer, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft*, *EuR* 2007, S. 470 ff.; A. Hatje, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen – zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-1119/05 (Lucchini) vom 18. Juli 2007*, *EuR* 2007, S. 654 ff.

88 Grundlegend EuGH, verb. Rs. C-267 und C-268/91 (Keck), Slg. 1993, Rn. 16 f. Siehe aus jüngster Zeit etwa EuGH, Urteil v. 11.9.2008 (Kommission/Deutschland), Rs. C-141/07, Rn. 27 ff.

89 Vgl. allerdings EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), Slg. 1995, Rn. 35 ff.

90 Z.B. EuGH, Rs. C-483/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-4781, Rn. 51 ff. Siehe aus jüngster Zeit EuGH Urteil v. 26.3.2009, Rs. C-326/07 (Kommission/Italien), Rn. 36.

hen, demzufolge die bloße (formale) Gründung einer Gesellschaft in einem Mitgliedstaat („Briefkastenfirma“) ihr Recht auf Niederlassung und Ausübung der Geschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat begründet.⁹¹ Aber kann gerade im Hinblick auf eine Auslegung nach dem *effet utile* der Sinn der Regelungen über die Niederlassungsfreiheit wirklich im Schutz einer faktisch nicht in nennenswertem Umfang ausgeübten Grundfreiheit liegen? Der von diesem Interpretationsgrundsatz geforderten „praktischen Wirksamkeit“ entspricht es doch weit eher, nur einen wirtschaftlich relevanten Bewegungsvorgang als vom Schutzbereich der Grundfreiheit erfasst anzusehen.⁹² Unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips verstärken sich diese Bedenken auch noch dadurch, dass die vom EuGH geschützte bloß „formale“ Inanspruchnahme der Grundfreiheit vor allem der Umgehung mitgliedstaatlicher Vorschriften und Gepflogenheiten dient.⁹³

b) Altersdiskriminierung

Bedenklich ist aber auch jene Rechtsprechung des EuGH, die wieder einmal zur Befassung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Auslegungsstil des EuGH geführt hat. Es handelt sich dabei um das schon erwähnte Urteil Mangold, in dem es um die Altersdiskriminierung geht. Diese ist ausdrücklich in einer Richtlinie geregelt,⁹⁴ die aber wegen ihrem „horizontalen“ Charakter nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH keine unmittelbare Wirkung entfalten dürfte. Der EuGH erklärte dennoch eine seines Erachtens dem Verbot der Altersdiskriminierung widersprechende Regelung für unanwendbar, weil sie dem Verbot der Altersdiskriminierung als „allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts“⁹⁵ widerspreche. Im Sinne einer Auslegung nach dem *effet utile* hat der Gerichtshof damit einem gemeinschaftsrechtlichen Verbot zu mehr Wirkung verholfen.

91 EuGH, Rs. C-212/97 (Centros) Slg. 1999, I-1459, Rn. 17 ff.

92 Ganz in diesem Sinne geht der EuGH im umgekehrten Fall in seiner bisherigen Rechtsprechung anscheinend davon aus, dass eine bloße Registrierung eines Firmensitzes im Zielstaat noch nicht unter die Niederlassungsfreiheit fällt. So wird vom EuGH im Urteil Viking im Anschluss an das Urteil Factortame (EuGH Rs. C-221/89 [Factortame] Slg. 1991, I-3905, Rn. 20) festgestellt, dass der primärrechtliche Niederlassungsbegriff, „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat“ umfasst; Slg. 2007, I-10779, Rn. 70. Dagegen liegt es wiederum nicht auf der Linie der *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH, wenn seiner Meinung nach eine staatliche Regelung mit der Niederlassungsfreiheit im Einklang steht, nach der eine nach dem Recht dieses Staates gegründete Gesellschaft mit der Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat ihre Eigenschaft als Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates verliert; so jüngst EuGH, Urteil v. 16.12.2008, Rs. C-210/06 (Cartesio), Rn. 99 ff.; dazu etwa P. Behrens, *Cartesio* bestätigt, aber korrigiert Daily Mail, EuZW 2009, V.

93 Unter dem Aspekt der Subsidiarität ist es auch bedenklich, wenn der EuGH bei der Prüfung von Zugangsbeschränkungen für Studierende zu Universitäten auf die durch den Maastrichter Vertrag eingeführte und nunmehr in Art. 150 Abs. 1 EGV verankerte Regelung überhaupt nicht Bedacht nimmt, wonach die Bildungspolitik der Gemeinschaft „unter strikter Beachtung der Verantwortung der Mitgliedstaaten“ erfolgt. Siehe EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rn. 49 ff. Kritisch dazu etwa S. Griller, Hochschulzugang in Österreich: Von Missverständnissen und Kurzschlüssen beim Diskriminierungsschutz, JBl 2006, insb. S. 283 ff.

94 RL 2000/78, ABl. L 303/16.

95 EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rn. 75 ff. Siehe nunmehr aber auch EuGH, Urteil v. 23.9.2008, Rs. C-427/06 (Barsch), Rn. 24.

Dennoch ist dieses Urteil bedenklich, weil sich die Altersdiskriminierung als unmittelbar anwendbarer allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts nicht leicht begründen lässt. Zwar mag es sein, dass dieser Grundsatz als Teil des allgemeinen Gleichheitssatzes im weitesten Sinne zu den Gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gehört. Als eigenes Diskriminierungsverbot zählt er aber zweifellos nicht zur Verfassungstradition aller Mitgliedstaaten. Hinzu kommt, dass zwar eine allgemeine Zielbestimmung zur Beseitigung von Ungleichheiten in Art. 3 Abs. 2 EGV enthalten ist. Eine ausdrückliche Verankerung des Verbotes der Altersdiskriminierung findet sich jedoch nur in Art. 13 EGV, der durch den Amsterdamer Vertrag eingefügt wurde. Diese Bestimmung ist jedoch ausschließlich als Ermächtigungsnorm für die Erlassung von Sekundärrechtsmaßnahmen durch den Rat konzipiert. Das deutet doch recht deutlich darauf hin, dass nach dem Willen der Vertragsparteien ein Verbot der Altersdiskriminierung nur nach Maßgabe von Sekundärrechtsakten als Gemeinschaftsnorm zur Anwendung kommen soll. Mit gutem Grund geht daher die herrschende Auffassung davon aus, dass Art. 13 EGV kein unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot enthält.⁹⁶ Dieser Absicht der Vertragsparteien könnte es aber zuwiderlaufen, wenn man dann über den Umweg allgemeiner Rechtsgrundsätze die in Art. 13 EGV enthaltenen Formen der Diskriminierung doch wieder primärrechtlich für unmittelbar anwendbar erklärt. Es ist sehr fraglich, ob eine die Annahme eines unmittelbar anwendbaren Rechtsgrundsatzes begünstigende Auslegung nach dem *effet utile* schwerer wiegt als der in der Konzeption von Art. 13 EGV als Ermächtigungsnorm zum Ausdruck kommende gegenteilige Wille der Vertragsparteien.

3. Rechtsfortbildung

Mögen sich die dargelegten Beispiele noch am Rande des methodisch Vertretbaren bewegen, so weist die Rechtsprechung des EuGH doch auch deutliche Spuren von Rechtsfortbildung auf. Damit sind nicht nur die bekannten (und als Rechtsfortbildung weitgehend anerkannten) Beispiele wie uneingeschränkter Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht oder Staatshaftung gemeint.⁹⁷ Im folgenden soll vielmehr anhand aktuellerer Beispiele gezeigt werden, dass der EuGH auch nicht davor zurückschreckt, dem erkennbaren Willen des Rechtsetzers entgegen gesetzte Urteile zu fällen.

a) *Assoziationsabkommen*

Ein solches Beispiel betrifft das Assoziationsabkommen der Gemeinschaft mit Tunesien. Dieses Abkommen enthält in seinem Art. 64 ein Diskriminierungsverbot,

⁹⁶ A. *Piney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., Art. 13 EGV, Rn. 1; C. *Grabenwarter*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 6. Ergänzungslieferung, 2006, Art. 13 EGV, Rn. 6, jeweils m.w.N. Siehe allerdings auch M. *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 13, Rn. 9.

⁹⁷ Näher *Potacs* (Fn. 3), S. 277 ff., m.w.N.

dem zufolge jeder Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet beschäftigten tunesischen Arbeitnehmern eine Behandlung zu gewähren hat, „die hinsichtlich der Arbeits-, Entlohnungs- und Kündigungsbedingungen keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Benachteiligung gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen bewirkt“. Auf Grund dieser Bestimmung erachtete es der Gerichtshof für unzulässig, dass einem Tunesier mit unbefristeter Arbeitsbewilligung die Aufenthaltsgenehmigung (wegen Scheidung von seiner deutschen Ehefrau) nicht verlängert wurde. Denn nach Auffassung des EuGH könne nicht angenommen werden, dass die Mitgliedstaaten auf diese Weise die „praktische Wirksamkeit“ des Diskriminierungsverbotes bezüglich der Arbeitsverhältnisse „durch Bestimmungen des nationalen Rechts“ beschränken dürfen.⁹⁸

Dies widerspricht aber dem klaren Willen der Vertragsparteien, die in einer (vom EuGH auch zitierten) gemeinsamen Erklärung klar zum Ausdruck kommt. Demnach dürfe das Diskriminierungsverbot des Art. 64 des Abkommens „nicht in Anspruch genommen werden, um die Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung zu erwirken. Für die Erteilung, die Verlängerung oder die Verweigerung einer Aufenthaltsgenehmigung sind ausschließlich die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten sowie die ... bilateralen Übereinkünfte ... maßgeblich“. Gegenüber diesem mehr als deutlich zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragspartei vermag sich eine Auslegung nach dem *effet utile* bei methodologischer korrekter Vorgangsweise wohl nicht durchzusetzen.

b) Aufenthaltsrecht

Man mag diese Rechtsprechung vielleicht als unwesentliche Facette der *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH betrachten, doch hat der Gerichtshof in jüngerer Zeit auch Rechtsfortbildung auf einem anderen Gebiet von wesentlich größerer Tragweite betrieben. Dabei handelt es sich um die EuGH-Rechtsprechung zu dem in Art. 18 EGV geregelten Aufenthaltsrecht von EU-Bürgern und zur Auslegung verschiedener Aufenthaltsrichtlinien.⁹⁹ Gemäß dem (durch den Maastrichter Vertrag geschaffenen) Art. 18 Abs. 1 EGV (Art. 8 a EGV a.F.) hat jeder EU-Bürger „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“.

98 EuGH, Rs. C-97/05 (Gattoussi), Slg. 2006, I-11917, Rn. 39. Siehe bereits EuGH, Rs. C-416/96 (El-Yassini), Slg. 1999, I-1209, Rn. 64.

99 Kritisch zu dieser Rechtsprechung bereits etwa K. Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH, NJW 2004, S. 2185 ff. S. Griller, Vom Diskriminierungsverbot zur Grundrechtsgemeinschaft? Oder: Von der ungebrochenen Rechtsfortbildungskraft des EuGH, in: Schäffer-FS, 2006, S. 21 ff. Siehe dazu auch P. Hilpold, Unionsbürgerschaft und Bildungsrecht oder: der EuGH-Richter als „Künstler“, in: Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 20 ff.

Nach Auffassung des EuGH verleiht diese Bestimmung ein unmittelbar anwendbares subjektives Recht,¹⁰⁰ was letztlich auch zu überzeugen vermag.¹⁰¹ Dafür spricht schon die Formulierung dieser Bestimmung, die den Unionsbürgern ausdrücklich ein „Recht“ einräumt. Gewiss wird dieses Recht unter dem Vorbehalt vertraglicher und sekundärrechtlicher Einschränkungen gewährt. Dies kann aber die grundsätzliche Rechtsverbürgung durch Art. 18 EGV nicht ernsthaft in Frage stellen, weil die Gewährleistung in dieser Bestimmung ansonsten weitgehend überflüssig wäre. Auch eine Auslegung nach dem *effet utile* fordert daher die vom EuGH vorgenommene Interpretation des Art. 18 Abs. 1 EGV. Der Vorbehalt in dieser Vorschrift stellt allerdings klar, dass die vertraglichen und sekundärrechtlichen Ausnahmebestimmungen auch unter dem Regime des Art. 18 Abs. 1 EGV weiter fort gelten.¹⁰² Gerade in Bezug auf diese Vorschriften scheute der EuGH nicht vor einer beachtlichen Rechtsfortbildung zurück.

So sah eine Aufenthaltsrichtlinie vor,¹⁰³ dass die Mitgliedstaaten das Aufenthaltsrecht von der Bedingung abhängig machen können, dass die Betroffenen u.a. „über ausreichende Existenzmittel verfügen, durch die sichergestellt ist, dass sie während ihres Aufenthalts nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen“.¹⁰⁴ Damit wurde hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers die Mitgliedstaaten nicht zur Zahlung einer Sozialhilfe verpflichtet sein sollen. Dabei ging der Gemeinschaftsgesetzgeber ganz offenkundig davon aus, dass eine solche Verpflichtung auch nicht auf Grund des primären Gemeinschaftsrechts besteht. Denn bestünde eine solche Verpflichtung, dann verstieße die dargelegte Einschränkung wohl ge-

100 Z.B. EuGH, Rs C-50/06 (Kommission/Niederlande), Slg. 2007, I-4383, Rn. 32: „Einem Angehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitgliedstaat nicht kraft anderer Bestimmungen des EG-Vertrages oder seiner Durchführungsvorschriften ein Aufenthaltsrecht besitzt, kann dort bereits aufgrund seiner Unionsbürgerschaft in unmittelbarer Anwendbarkeit dieses Artikels ein Aufenthaltsrecht zustehen.“ So steht etwa Art. 18 EGV nach Meinung des EuGH einer Vorschrift entgegen, wonach die Gewährung einer Ausbildungsförderung für ein Studium im Ausland von einer bestimmten Studienzeit im Inland abhängig gemacht wird. Könne doch diese Gewährleistung „nicht ihre volle Wirkung entfalten, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten werden könnte, die seinem Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat infolge einer Regelung seines Herkunftsstaats entgegenstehen, die Nachteile allein daran knüpft, das er von ihr Gebrauch gemacht hat“; EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161, Rn. 51. Ebenso in Bezug auf eine staatliche Regelung, wonach die Gewährung einer Opferrente allein deshalb verweigert wird, weil die Betroffene sich während der ganzen Zeit des Leistungsbezuges nicht im betreffenden Mitgliedstaat (sondern in einem anderen Mitgliedstaat) befindet; EuGH, Urteil v. 22.5.2008, Rs. C-499/06 (Nerkowska), Rn. 31 ff. Siehe weiters EuGH, Urteil v. 23.4.2009, Rs. C-544/07 (Rüffler), Rn. 60 ff.; EuGH, Urteil v. 24.12.2008, Rs. C-221/07 (Zablocka-Weyhermüller), Rn. 34 ff. Dazu auch *R. Domröse/P. Kubicki*, Das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht und der Zugang zu sozialen Leistungen des Herkunftsstaates, EuR 2008, S. 873 ff.

101 So etwa auch *A. Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 18 EGV, Rn. 7; *S. Magiera*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 18 EGV, Rn. 11.

102 *Hatje* (Fn. 101), Art. 18, Rn. 7; *Magiera* (Fn. 101), Art. 18 EGV, Rn. 20. Aus der großzügigen Formulierung ist allerdings zu schließen, dass dem Gemeinschaftsgesetzgeber insoweit ein relativ weiter Spielraum zukommt, weshalb die unmittelbar auf Grund von Art. 18 EGV gewährten Ansprüche nicht sehr bestimmt sind; *Hatje* (Fn. 101), Rn. 5.

103 Siehe nunmehr ebenso Art. 7 Abs. 1 lit b) der RL 2004/38/EG (ABl. L 158/ S. 93).

104 Art. 1 RL 90/364/EWG (ABl. L 180/S. 26).

gen das Primärrecht, was aber auch vom EuGH bisher nicht behauptet wurde.¹⁰⁵ Trotzdem bejahte der EuGH im Urteil Trojani auf Grund von Art. 18 EGV in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 12 EGV einen Anspruch auf Sozialhilfe (Existenzminimum), so lange sich ein Unionsbürger rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat befindet. Dieser Anspruch bestünde nach der kaum nachvollziehbaren Argumentation des EuGH, obwohl die Mitgliedstaaten „den Aufenthalt eines nicht wirtschaftlich aktiven Unionsbürgers ... von der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel abhängig machen dürfen“.¹⁰⁶

Ähnlich verfehlt interpretierte der EuGH eine Richtlinie über den Aufenthalt von Studierenden. Diese Richtlinie machte das Aufenthaltsrecht von einer Glaubhaftmachung des Studierenden abhängig, dass dieser „über Existenzmittel verfügt, so dass er und seine Familie während ihres Aufenthaltes nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen“.¹⁰⁷ Auch hier kommt der Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers klar zum Ausdruck, wonach die Mitgliedstaaten nicht zur Leistung von Sozialhilfe an Studierende verpflichtet werden sollen. Dennoch anerkannte der EuGH im Urteil Grzelczyk einen solchen Anspruch von Studierenden auf Grund des Primärrechts ohne aber gleichzeitig primärrechtliche Bedenken gegen die dargelegte Richtlinienbestimmung zu hegen.¹⁰⁸

Außerdem war in dieser Richtlinie ausdrücklich vorgesehen, dass für aufenthaltsberechtigte Studenten ein Anspruch auf Stipendien durch den Aufnahmemitgliedstaat „durch diese Richtlinie nicht begründet“¹⁰⁹ werde. Auch durch diese Vorschrift trat der Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers deutlich in Erscheinung, dass die Aufnahmemitgliedstaaten nicht zur Gewährung von Stipendien verpflichtet sein sollen. Aber auch hier bejahte der EuGH im Urteil Bidar dennoch einen solchen Anspruch auf Grund von Art. 18 EGV in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 12 EGV.¹¹⁰ Die Primärrechtswidrigkeit der betreffenden Richtlinienbestimmung wurde vom Gerichtshof anscheinend dadurch abgewendet, dass diese seines Erachtens einen solchen Anspruch auch nicht ausgeschlossen hat.¹¹¹ Doch vermochte auch in diesem Fall die primärrechtskonforme Auslegung zusammen mit einer Auslegung nach dem *effet utile* den klar zum Ausdruck kommenden Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht überzeugend zu überspielen.

105 Siehe etwa auch EuGH, Rs. C-424/98 (Kommission/Italien), Slg. 2000, I-4001, Rn. 39 ff.

106 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 40.

107 Art. 1 RL 93/96/EWG (ABl. L 317/S. 59). Siehe nunmehr Art. 7 Abs. 1 lit c) RL 2004/38/EG (ABl. L 158/S. 93).

108 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 46.

109 Art. 3 RL 93/96/EWG. Siehe nunmehr Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG.

110 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 48. Siehe nunmehr auch EuGH, Urteil v. 18.11.2008, Rs. C-158/07 (Förster), Rn. 60, und dazu *P. Hilpold*, Unterhaltsstipendien für Unionsbürger – Die Rechtssache „Förster“ und die Grenzen mitgliedstaatlicher Solidarität, *EuZW* 2009, S. 40 ff.

111 Ebenda, Rn. 45 f.

V. Resümee

Zusammenfassend kann man auf Grund der vorangegangenen Darlegungen festhalten: Die Auslegung nach dem *effet utile* weist eine gewisse Bandbreite auf, die sich grob gesprochen in eine Auslegung nach dem *effet utile* im engeren und eine solche im weiteren Sinne einteilen lässt. Während die Interpretation nach dem *effet* im engeren Sinne ganz allgemein verhältnismäßig großes Gewicht besitzt, wiegt im Gemeinschaftsrecht auch die Auslegung nach dem *effet utile* im weiteren Sinne relativ schwer. Allerdings wird diese Interpretationsmethode auch hier durch die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit sowie in bestimmten Fällen durch einen deutlich erkennbaren anderen Willen des Rechtsetzers relativiert. Im Lichte dieser methodologischen Überlegungen erscheint die *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH teilweise überzeugend, zum Teil bedenklich und teilweise rechtsfortbildend. Insgesamt mag diese Rechtsprechung zwar von der Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH in Art. 220 EGV gedeckt sein.¹¹² Doch würde der EuGH durch mehr Methodenstrenge nicht nur einen Beitrag zur Verbesserung der Rechtskultur leisten, sondern auch die Akzeptanz seiner Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten entscheidend erhöhen.

112 Dazu näher etwa *U. Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 218 ff.