

# Roman Herzog: Stoppt den Europäischen Gerichtshof!

7.09.2008

## Stoppt den Europäischen Gerichtshof

Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten werden ausgehöhlt. Die immer fragwürdigeren Urteile aus Luxemburg verlangen nach einer gerichtlichen Kontrollinstanz. Von Professor Dr. Roman Herzog und Dr. habil. Lüder Gerken:

Es kracht gewaltig im Gebälk der europäischen Rechtsprechung. Ursache ist der Europäische Gerichtshof (EuGH), der mit immer erstaunlicheren Begründungen den Mitgliedstaaten ureigene Kompetenzen entzieht und massiv in ihre Rechtsordnungen eingreift. Inzwischen hat er so einen Großteil des Vertrauens verspielt, das ihm einst entgegengebracht wurde.

Es ist nur folgerichtig, dass sich jüngst das Bundesverfassungsgericht eingeschaltet hat. Es wird bald ein Urteil zu sprechen haben, das für die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung von grundlegender Bedeutung sein dürfte; denn es geht um die Frage, ob die exzessive Rechtsprechung des EuGH künftig wieder einer strengeren Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterworfen wird oder ob das Bundesverfassungsgericht seine Wächterfunktion endgültig aufgeben will.

Dem zu entscheidenden Fall liegt ein Rechtsstreit zugrunde, den zwei Rechtsanwälte inszeniert haben. Ende 2002 war im Zuge der Reformen des Arbeitsmarkts die Altersgrenze, von der an Arbeitnehmer uneingeschränkt befristete Arbeitsverhältnisse eingehen dürfen, vorübergehend von 58 auf 52 Jahre gesenkt worden. Die rot-grüne Koalition wollte auf diesem Weg die Chancen älterer Arbeitsloser auf eine Anstellung erhöhen. Denn der hohe Kündigungsschutz in Deutschland bewirkte zusammen mit der Befürchtung vieler Arbeitgeber, dass die Leistungsfähigkeit älterer Menschen nachlassen könne, dass ältere Arbeitslose oft keine Chance hatten, wieder Arbeit zu finden.

Die Europäische Union (EU) wiederum hatte im Jahr 2000 eine Antidiskriminierungsrichtlinie verabschiedet, die Ungleichbehandlung wegen des Alters "in Beschäftigung und Beruf" untersagt. Freilich enthält diese EU-Richtlinie auch die Bestimmung, dass die Mitgliedstaaten altersbedingte Ungleichbehandlungen vornehmen dürfen, wenn sie damit die Beschäftigung fördern wollen. Wie sie diese Bestimmung ausfüllen, ist weitgehend ihre Sache.

Zwei Rechtsanwälte in München waren nun der Meinung, dass die

Herabsetzung der Altersgrenze gegen besagte EU-Richtlinie verstoße, und wollten das im Jahr 2003 gerichtlich feststellen lassen. Die Frage kam vor den EuGH, und der urteilte: Die deutsche Arbeitsmarktreform sei in der Tat mit dem Diskriminierungsverbot der EU unvereinbar. Denn es sei nicht "nachgewiesen", dass die deutsche Reformvorschrift für die Förderung älterer Arbeitsloser "objektiv erforderlich ist".

Dieses sogenannte Mangold-Urteil ist aus mehreren Gründen fragwürdig. Erstens: Die Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik gehört nach wie vor zu den Kernkompetenzen der Mitgliedstaaten. Der Fall zeigt aber, wie weit Regulierung und Rechtsprechung der EU trotzdem schon in diese Kompetenzen eingreifen. Auch wenn der EG-Vertrag eine europäische Diskriminierungsregulierung zulässt, stellt sich doch in aller Schärfe die Frage, warum die EU altersbezogene Ungleichbehandlungen auf dem Arbeitsmarkt überhaupt reguliert.

Die EU darf nach dem Subsidiaritätsprinzip nur dann tätig werden, wenn sie ein Problem wirklich besser lösen kann als die Mitgliedstaaten.

Voraussetzung hierfür ist nach geltendem Recht, dass es sich um ein Problem mit grenzüberschreitenden Auswirkungen handelt.

Ungleichbehandlungen wegen des Alters haben jedoch, im Unterschied zu Ungleichbehandlungen etwa wegen der Staatsangehörigkeit, keinen grenzüberschreitenden Bezug und könnten daher bei Bedarf von den Mitgliedstaaten geregelt werden. Darüber setzte sich der EuGH souverän hinweg.

Immerhin erklärt die EU-Richtlinie Ungleichbehandlung zum Zweck der Beschäftigungsförderung in den Mitgliedstaaten ausdrücklich für zulässig. Aber selbst das focht den EuGH nicht an. Er brachte die deutsche Beschäftigungsförderungsmaßnahme dennoch zu Fall.

Zweitens: EU-Richtlinien gelten in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar, sondern müssen zunächst vom nationalen Gesetzgeber umgesetzt werden, der über Form und Mittel der betreffenden Maßnahme eigenständig entscheiden kann. Deutschland musste seine Gesetze und Vorschriften an die besagte Antidiskriminierungsrichtlinie bis zum 2. Dezember 2006 anpassen. Es bestand im Jahr 2002 also noch gar keine Pflicht, die Richtlinie umzusetzen. Zudem sollte die Senkung der Altersgrenze zum 31. Dezember 2006 ohnehin auslaufen, also wenige Tage nach Ablauf der Umsetzungsfrist. Auch das focht den EuGH nicht an.

Drittens: Um sein Urteil zu rechtfertigen, griff der EuGH zu einer abenteuerlichen Konstruktion. In "den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten" und in "verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen" glaubte der EuGH ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zu

erkennen. Es sei also gar nicht die (noch nicht umzusetzende) Antidiskriminierungsrichtlinie, derentwegen die deutsche Vorschrift gegen EU-Recht verstoße, sondern ein "allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts".

Nur war dieser "allgemeine Grundsatz des Gemeinschaftsrechts" frei erfunden. Lediglich in zwei der (damals 25) Mitgliedstaaten – Finnland und Portugal – ist ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in der Verfassung erwähnt; und von einem Verbot in auch nur einem völkerrechtlichen Vertrag ist, entgegen der lapidaren Behauptung des EuGH, schon gar nichts bekannt. Es ist also leicht zu erklären, warum der EuGH auf jegliche Präzisierung seiner Behauptung und auf jeglichen Beleg verzichtete. Mit dieser aus dem Hut gezauberten Konstruktion handelte der EuGH, grob gesprochen, nicht als Teil der rechtsprechenden Gewalt; er gebärdete sich vielmehr als gesetzgebende Gewalt, als Legislative.

Viertens: Der EuGH ordnete in seinem Urteil an, dass die deutsche Reformvorschrift ab sofort "unangewendet" zu bleiben habe. Faktisch hat er sie damit für nichtig erklärt. Auch das ist ein überaus fragwürdiger Paradigmenwechsel. Der EG-Vertrag schreibt – wie gesagt – vor, dass EU-Richtlinien in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar gelten. Nicht die EU-Richtlinien, sondern erst die nationalen Umsetzungsgesetze sollen also für die Bürger Rechte und Pflichten erzeugen.

Der EuGH hat diese Kompetenzordnung früher stets respektiert: Wenn ein mitgliedstaatliches Gesetz mit einer EU-Richtlinie unvereinbar war, beschränkte er sich darauf, diese Unvereinbarkeit festzustellen. Der Mitgliedstaat musste zwar sein Gesetz ändern, aber bis das geschah, galt die alte (EU-rechtswidrige) Fassung weiter. Die Bürger konnten sich also auf die Verbindlichkeit ihres nationalen Rechts verlassen. Das ist jetzt anders: Die Entscheidung des EuGH hatte zur Folge, dass alle auf Basis der deutschen Arbeitsmarktreform geschlossenen befristeten Arbeitsverhältnisse über Nacht in unbefristete ungewandelt waren – mit den entsprechenden materiellen Folgeschäden für die betroffenen Unternehmen.

Aufgrund dieser vier fundamentalen Fragwürdigkeiten stieß das Mangold-Urteil in der rechtswissenschaftlichen Fachwelt auf nahezu einhellige, massive Kritik.

Szenenwechsel: Ebenfalls im Jahr 2003 hatte ein Unternehmen in der Nähe von Hamburg mit einem 53 Jahre alten Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag auf der Basis der deutschen Arbeitsmarktreform geschlossen. Kurz vor Ablauf des Vertrags erhob der Arbeitnehmer Klage. Er machte geltend, dass diese Reform nicht mit EU-Recht vereinbar sei. Das zuständige

Arbeitsgericht wies die Klage ab, ebenso das Berufungsgericht.

Der Kläger zog daraufhin vor das Bundesarbeitsgericht. In der Zwischenzeit hatte der EuGH sein Mangold-Urteil gesprochen. Das Bundesarbeitsgericht machte sich die dortigen Ausführungen zu eigen und lehnte allen Fragwürdigkeiten zum Trotz sowohl eine neuerliche Vorlage an den EuGH zur Klarstellung jener Entscheidung als auch eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ab. Die Urteile der Vorinstanzen wurden aufgehoben.

Das Unternehmen legte gegen diese Entscheidung Verfassungsbeschwerde ein. Es macht diverse Verstöße gegen das Grundgesetz geltend. Das Bundesverfassungsgericht befasst sich seit geraumer Zeit mit dieser Verfassungsbeschwerde. Der EuGH sollte bereits das als Warnung verstehen. Denn das Gericht hatte 1986 die Prüfung, ob europäische Rechtsakte mit Grundrechten vereinbar seien, faktisch an den EuGH delegiert ("Solange II"-Entscheidung). Es war davon ausgegangen, dass die Einhaltung der Grundrechte auf europäischer Ebene durch den EuGH ähnlich gewährleistet sei wie in Deutschland. Selbst wollte es nur noch einschreiten, wenn der in Deutschland geltende Grundrechtsschutz prinzipiell und nicht nur im Einzelfall unterschritten werde.

Wie wichtig dieser ausdrückliche Vorbehalt ist, wird sich bei Beurteilung des Mangold-Urteils durch das Bundesverfassungsgericht erweisen. Jedenfalls hat dieses Urteil – und zwar gleich in mehrfacher Hinsicht – eine grundsätzlich veränderte Rechtssituation geschaffen.

Unabhängig davon ist das Mangold-Urteil auch im Licht der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1993 zu sehen. Danach ist es von zentraler Bedeutung, dass die EU-Organen – zu denen auch der EuGH gehört – die Grenzen der Befugnisse einhalten, die ihnen der EU-Vertrag zugesteht – und zwar der EU-Vertrag in derjenigen Gestalt, der der Deutsche Bundestag zugestimmt hat. Eine Handlung, insbesondere eine Rechtsfortbildung, mit der diese Grenzen überschritten werden, ist nicht vom Zustimmungsgesetz des Bundestages gedeckt und muss damit in Deutschland ungültig sein.

Im vorliegenden Fall gebärdete sich der EuGH als Gesetzgeber. Unter Hinweis auf angebliche völkerrechtliche Abkommen und angebliche Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten erfand er EU-Recht. Während der noch laufenden Umsetzungsfrist einer EU-Richtlinie ordnete er an, dass eine nationale Vorschrift nicht länger angewendet werden dürfe. Es liegt nahe, in alledem eine unzulässige Vertragsausweitung zu sehen, sozusagen ein "ausbrechendes Gerichtsurteil".

Das Mangold-Urteil des EuGH ist nur eines von mehreren, die erheblich in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten eingreifen und die irritierte Fachwelt zu massiver Kritik veranlasst haben. Nur drei weitere Beispiele aus jüngster Zeit:

Erstes Beispiel: Im Jahr 2006 billigte der EuGH ein gesetzliches Tabakwerbeverbot der EU, das insbesondere auch für Lokalzeitungen gilt. Letztlich aus gesundheitspolitischen Gründen hatte die EU Tabakwerbung in Zeitungen verboten. Da sie aber in der Gesundheitspolitik nicht die erforderliche Gesetzgebungskompetenz besitzt, wurde ein Umweg konstruiert: Der Binnenmarkt werde behindert, wenn es nicht ein EU-weites, einheitliches Verbot gebe. Denn ein nationales Tabakwerbeverbot in einem Mitgliedstaat führe dazu, dass ausländische Zeitungen, die Tabakwerbung enthalten, in diesem Staat nicht verkauft werden dürften.

Die Bundesrepublik Deutschland sah dieses Argument als konstruiert an, machte einen Kompetenzverstoß der EU geltend und klagte. Der EuGH wies die Klage jedoch mit der Begründung ab, dass unterschiedliche Regelungen der Tabakwerbung tatsächlich den Binnenmarkt behinderten. Auf den Umstand, dass Lokalzeitungen so gut wie gar nicht im Ausland verkauft werden und damit eine Behinderung bereits tatsächlich ausscheidet, ging der EuGH nicht näher ein.

Das wesentliche Gegenargument Deutschlands, dass sämtliche zuvor vorhandenen nationalen Tabakwerbeverbote ausdrücklich ausländische Zeitungen ausnähmen und daher den freien Verkauf ausländischer Zeitungen mit Tabakwerbung gar nicht behindern könnten, hat der EuGH kurzerhand "umgedreht": Der Umstand, dass es diese Ausnahmeregelungen in den nationalen Werbeverboten gebe, zeige, dass auch die nationalen Gesetzgeber das Problem als real ansähen.

Zweites Beispiel: In den Jahren 2005 und 2007 schuf der EuGH mit zwei Urteilen eine Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft im Strafrecht. Zuvor hatten nahezu sämtliche Mitgliedstaaten unter Verweis auf die eigentlich unmissverständlichen Ausführungen im EU-Vertrag dezidiert dargelegt, dass diese Kompetenz nicht existiert. Der EuGH behauptete das Gegenteil.

Seine Argumentationsweise muss man sich auf der Zunge zergehen lassen: "Grundsätzlich fällt das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht auch nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft. Dies kann den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind", um EU-Recht, hier im Umweltbereich, durchzusetzen. Er könne daher die Mitgliedstaaten "zur Einführung

derartiger Sanktionen verpflichtet". So weit der EuGH zum Verhältnis zwischen der EU und den noch immer so genannten "Herren der Verträge".

Drittes Beispiel: Im Jahr 2006 erkannte der EuGH einem ausgewiesenen Tunesier ein Aufenthaltsrecht zu, obwohl das Europa-Mittelmeer-Abkommen zwischen Tunesien und den EU-Mitgliedstaaten diesen Fall ausdrücklich ausschließt.

In diesem Abkommen ist unter anderem geregelt, dass Tunesier in der EU und EU-Bürger in Tunesien hinsichtlich der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer nicht ungleich behandelt werden dürfen. Durch ein früheres Urteil des EuGH gewarnt, schrieben die EU-Mitgliedstaaten in das Abkommen unmissverständlich hinein, dass für das Aufenthaltsrecht von Ausländern allein die Mitgliedstaaten zuständig seien und dass insbesondere das Diskriminierungsverbot bei den Arbeitsbedingungen nicht herangezogen werden dürfe, um eine Verlängerung von Aufenthaltsgenehmigungen zu erwirken. Dadurch sollten Diskriminierungsklagen ausgeschlossen werden, mit denen Arbeitsgenehmigung und Befristung des Aufenthaltsrechts gegeneinander ausgespielt werden.

Der EuGH setzte sich über den eindeutigen Wortlaut des Abkommens hinweg und behauptete das Gegenteil: Das Diskriminierungsverbot des Abkommens gelte auch für Fragen des Aufenthaltsrechts. Die Arroganz, die er dabei an den Tag legte, gipfelte in der "Begründung" des Urteils: "Es kann nicht angenommen werden, dass die Mitgliedstaaten über das Diskriminierungsverbot verfügen, indem sie dessen praktische Wirksamkeit durch Bestimmungen des nationalen Rechts beschränken." Eine solche Möglichkeit würde "die einheitliche Anwendung dieses Verbots in Frage stellen". Was wäre in Deutschland los, wenn etwa das Bundesarbeitsgericht dem Gesetzgeber derartige Vorgaben machte? Auf europäischer Ebene wird eine solche Entmündigung der "Herren der Verträge" offenbar widerstandslos hingenommen.

Dass dies nicht der einzige Fall ist, in dem der EuGH den Willen des Gesetzgebers in sein Gegenteil verkehrt, belegt ein Urteil zur EU-Studentenrichtlinie, durch das einem in Belgien studierenden Franzosen belgische Sozialhilfe zugesprochen werden musste, obwohl das gesamte EU-Recht die Nichtexistenz solcher Ansprüche zum Ausdruck bringt und dies sogar in der EU-Studentenrichtlinie selbst ausgeschlossen wird: Nach Artikel 1 dieser Richtlinie darf im Ausland nur studieren, wer so viele Existenzmittel nachweist, "dass er und seine Familie während ihres Aufenthalts nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen". Dazu sagte der EuGH: "Andererseits schließt auch keine Richtlinienbestimmung die durch die Richtlinie Begünstigten von Sozialleistungen aus." So weit der EuGH zum Wert von Gesetzestexten. Das Bundesverfassungsgericht sprach

in seinem Maastricht-Urteil von einer Auslegung des EU-Rechts "im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse". So weit, so gut. Die Rechtsprechung des EuGH verfestigt den Eindruck, dass er diese Grenze längst hinter sich gelassen hat.

Die beschriebenen Fälle zeigen, dass der EuGH zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung bewusst und systematisch ignoriert, Entscheidungen unsauber begründet, den Willen des Gesetzgebers übergeht oder gar in sein Gegenteil verkehrt und Rechtsgrundsätze erfindet, die er dann bei späteren Entscheidungen wieder zugrunde legen kann. Sie zeigen, dass der EuGH die Kompetenzen der Mitgliedstaaten selbst im Kernbereich nationaler Zuständigkeiten aushöhlt.

Fazit: Der EuGH ist als letztinstanzlicher Wächter der Subsidiarität und als Schützer der Belange der Mitgliedstaaten ungeeignet. Dies verwundert nicht. Denn erstens wird auch der EuGH in Artikel 1 und 5 des EU-Vertrages darauf verpflichtet, an der "Verwirklichung einer immer engeren Union" mitzuwirken. Zweitens führt eine EU-lastige Rechtsprechung des EuGH dazu, dass die Felder, auf denen er Recht sprechen kann und damit die mitgliedstaatlichen Gerichte verdrängt, ebenfalls wachsen, so dass sein eigener Einfluss ständig zunimmt. An diesem Befund ändern auch zurückhaltende Urteile des EuGH nichts, die bisweilen bewusst eingestreut werden, um den wachsenden Unmut in den Mitgliedstaaten vorübergehend zu dämpfen.

Vor diesem Hintergrund und angesichts des erreichten Integrationsniveaus in der EU ist die Errichtung eines vom EuGH unabhängigen Gerichtshofes für Kompetenzfragen zwingend geboten. Der EuGH ist in der Erwartung geschaffen worden, einen Schiedsrichter gerade auch zwischen den Interessen der EU und jenen der Mitgliedstaaten zu haben. Ihm wurden umfassende Entscheidungsrechte übertragen, weil man darauf vertraute, dass er diese Aufgabe unparteiisch und nach den Regeln der richterlichen Kunst wahrnimmt. Wenn er dieses Vertrauen missbraucht, darf er sich nicht wundern, dass es zerbricht.

Die vom Bundesverfassungsgericht bezüglich des Mangold-Urteils zu entscheidende Frage ist vor diesem Hintergrund zentral: Eine stattgebende Entscheidung würde den EuGH in seine Schranken weisen. Sie würde zwar auch dazu führen, dass das EuGH-Urteil in Deutschland nicht angewendet werden dürfte und damit der Vorrang des EU-Rechts vor nationalem Recht in diesem Punkt aufgehoben würde. Doch das wäre hinnehmbar – nicht nur, weil inzwischen die Antidiskriminierungsrichtlinie gilt und damit die Nichtanwendbarkeit des EuGH-Urteils keine nachhaltigen Folgen für die Rechtseinheit in der EU nach sich ziehen müsste. Vielmehr würde ein die Verfassungsbeschwerde ablehnendes Urteil es dem

Bundesverfassungsgericht zukünftig noch schwerer, wahrscheinlich sogar unmöglich machen, die exzessive Rechtsprechung des EuGH zu kontrollieren. Man wird gespannt sein dürfen, wie Karlsruhe entscheidet. (FAZ, 8.9.2008)