

EUROPARECHT

In Verbindung mit der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht

herausgegeben von

*Claus-Dieter Ehlermann, Ulrich Everling, Hans-J. Glaesner, Meinhard Hilf,
Hans Peter Ipsen †, Joseph H. Kaiser †, Peter-Christian Müller-Graff,
Gert Nicolaysen, Hans-Jürgen Rabe, Jürgen Schwarze*

Schriftleiter:

Armin Hatje, Ingo Brinker

41. Jahrgang 2006

Heft 5, September – Oktober

Die Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen

Finanzielle Auswirkungen europäischer Rechtsprechung als Kriterium einer Entscheidungsfolgenabschätzung

*Von Christian Waldhoff, Bonn**

I. Einleitung

Der österreichische Bundeskanzler *Wolfgang Schüssel* hat zu Beginn des Jahres in einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung als eines der gemeinschaftsrechtspolitischen Ziele der österreichischen Ratspräsidentschaft angekündigt, dem integrationspolitischen Aktivismus des Europäischen Gerichtshofs Grenzen setzen zu wollen: „Wenn der Europäische Gerichtshof prinzipiell rückwirkende Entscheidungen trifft, dann muss das überdacht werden.“¹ Auch aus der Europarechtswissenschaft selbst werden inzwischen deutlich vernehmbar entsprechende Forderungen laut. Ein so integrationsfreundlicher Autor wie *Jürgen Schwarze* spricht sich für eine Lockerung der Möglichkeiten der Einschränkung der Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen in Fällen aus, die große finanzielle Auswirkungen für die Mitgliedstaaten haben: „Es mag ketzerisch klingen, aber in der heutigen EU muss sich der Richter mehr als früher der finanziellen Folgen seiner Entscheidun-

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn; der Aufsatz beruht auf einem Vortrag am 9. Januar 2006 vor dem Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn.

1 Interview in der Süddeutschen Zeitung Nr. 302 vom 31.12.2005/1.1.2006, S. 14.

gen ... bewusst sein.“² Zwei jüngere Schlussanträge von Generalanwälten hatten bereits zuvor die Aufmerksamkeit³ auf ein gemeinschaftsrechtliches Problem gelenkt, dessen praktische Bedeutung in umgekehrtem Verhältnis zu seiner dogmatischen Durchdringung steht.⁴ Die Entscheidungsfolgenwirkungen von EuGH-Entscheidungen, insbesondere die Frage ihrer Rückwirkung.⁵ In der Rechtssache *Banca Popolare di Cremona* nimmt Generalanwalt *Jacobs* Bezug auf die bereits seit einigen Jahrzehnten geübte Praxis, „in Anbetracht des Erfordernisses der Rechtssicherheit ausnahmsweise die Möglichkeit für die Beteiligten einzuschränken, sich auf die in einem solchen Urteil vorgenommene Auslegung mit dem Ziel zu berufen, Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen, die in der Vergangenheit in gutem Glauben begründet wurden“.⁶ Zwei Voraussetzungen seien nach ständiger Rechtsprechung dafür erforderlich: Die Gutgläubigkeit der Betroffenen (d.h. letztlich das Vorliegen von Vertrauensschutz) sowie „Schwierigkeiten von großer Tragweite“. Letzteres können auch unabsehbare Auswirkungen auf die Staatsfinanzen eines Mitgliedstaats sein. Die „Schwierigkeiten von großer Tragweite“ lägen darin, dass nach italienischem Recht die Steuer von den Gewerbetreibenden für 48 Monate zurückgefordert werden könnte und sich wegen der errechneten Summe von 120 Mrd. Euro dadurch „katastrophale Auswirkungen auf die Regionalfinanzierung“ ergäben. Soweit bewegt sich der Antrag des Generalanwalts noch in bekannten Bahnen. Die Besonderheit ist nun allerdings, dass abweichend von der bisherigen Judikatur (zumindest in steuerlichen Fällen) vorgeschlagen wird, die Rückwirkung auch für diejenigen Steuerpflichtigen auszuschließen, die bereits Rechtsbehelfe gegen die entsprechenden Steuerforderungen ergriffen haben: Durch Ankündigungseffekte hätten zahlreiche Betroffene Rechtsbehelfe eingelegt um auf den fahrenden Zug der Rückerstattung aufzuspringen. Der Generalanwalt stellt dann fest, dass dies für den Gerichtshof „eine beträchtliche Neuerung“ darstellte und schlägt daher eine – inzwischen erfolgte – Neueröffnung der mündlichen Verhandlung vor.⁷

In der Rechtssache *Meilicke* beschäftigte sich Generalanwalt *Tizzano* am 10. November letzten Jahres mit der Beschränkung von Körperschaftsteuererstattungen⁸ auf von inländischen Gesellschaften gezahlte Dividenden nach dem alten deutschen Körperschaftsteuerrecht. Dieses wird als mit der Kapitalverkehrsfreiheit

2 NJW 2005, S. 3459 (3465); vgl. auch *Kokott/Henze*, NJW 2006, S. 177.

3 Vgl. zur Rechtssache *Meilicke* *Forsthoff*, DStR 2005, S. 1840; andererseits *Thömmes*, in: IWB Nr. 22 vom 23.11.2005 (=Fach 11a, S. 927); *Sedemund*, IStR 2005, S. 814; *Meilicke*, DB 2005, S. 2658.

4 Vgl. auch *Ehrlicke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 6; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, S. 6.

5 Vgl. zur Rückwirkung von Rechtssätzen nach Gemeinschaftsrechts EuGH, Rs. C-376/02 (Stichting „Goed Wonen“), EuZW 2005, 532; *Heukels*, Die Rückwirkungsjudikatur des EuGH: Grundlagen und Tendenzen, 1992.

6 Tz. 75.

7 Tz. 87 f.

8 Vgl. zur alten Regelung nur *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2005, § 11, Rn. 7 ff.

unvereinbar eingestuft.⁹ Auf einen entsprechenden (Hilfs-)Antrag der Bundesregierung reagierend schlägt der Generalanwalt eine deutliche Einschränkung der Rückwirkung eines entsprechenden Urteils vor.¹⁰ Auch hier werden die zwei Voraussetzungen präzisiert, die nach inzwischen ständiger Rechtsprechung vorliegen müssen, um ausnahmsweise eine Rückwirkung der Vorabentscheidung auszuschließen. Die schwerwiegenden wirtschaftlichen Auswirkungen werden mit – in der Summe allerdings umstrittenen¹¹ – Steuerrückforderungen von 5–13 Mrd. Euro begründet. Etwas schwieriger war die Beurteilung des Vorliegens von Vertrauensschutz: Zwar habe die Kommission 1995 die Bundesrepublik Deutschland in einem Schreiben auf entsprechende mögliche Gemeinschaftsrechtsverstöße hingewiesen; die „objektive und bedeutende Unsicherheit“, also das zweite, vertrauensschutzbezogene Kriterium läge jedoch gleichwohl noch vor, da danach seitens der Kommission nichts mehr geschehen sei, die Kommission also ihren Warnungen keine Taten mehr habe folgen lassen. Erst durch das Urteil in der Rechtssache *Verkooijen* aus dem Jahre 2000¹² sei die Tragweite der Kapitalverkehrsfreiheit bei der grenzüberschreitenden Dividendenbesteuerung geklärt worden. *Tizzano* sieht dann als das Ziel der Rechtsprechung an, die Wahrung des Rechts sicherzustellen und soweit wie möglich wiederherzustellen: „Wenn diese Ziele durchgesetzt werden können, gibt es keinen Grund, strengere Auslegungskriterien ins Spiel zu bringen, die dann nur Ausdruck repressiver Absichten wären, nämlich der Absicht, den ‚Täter‘ dafür zu ‚bestrafen‘, dass er es gewagt hat, gegen das Gemeinschaftsrecht zu verstoßen (etwas Derartiges findet sich im neuen Artikel 228 EG, aber zu ganz anderen Zwecken und unter ganz anderen Voraussetzungen). Solche Ziele sind aber ... völlig systemfremd, während es systemkohärent ... ist, negative Auswirkungen für die Mitgliedstaaten zu vermeiden, wo sie nicht unbedingt erforderlich sind.“ Nicht geringe Probleme stellt dann die Bestimmung des Zeitpunkts, *bis* zu dem eine Rückwirkung hingenommen werden soll. Hier gelte es zu berücksichtigen, dass die entsprechenden Steuerbescheide regelmäßig nur vorläufig ergangen seien und daher noch die Möglichkeit von Mitnahmeeffekten bestehe, indem im Hinblick auf das hier anhängige Verfahren mangels Verjährung noch Rückerstattungsanträge gestellt würden. Um nun die Gefahr „schwerer wirtschaftlicher Auswirkungen“, d.h. finanzielle Auswirkungen für die Bundesrepublik zu begrenzen, müsse auch ein Endzeitpunkt für die Anwendung der Urteilsgrundsätze auf Drittfälle bestimmt werden. Daher könne als Endpunkt für berücksichtigungsfähige Anträge nicht der Zeitpunkt des Urteils in

9 Überblick über die steuer- und europarechtliche Diskussion bei *Hey*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum EStG und KStG, Einführung zum KStG, Rn. 173 ff. m.w.N.; spätestens seit der Entscheidung Manninen vom 7. September 2004, Rs. C-319/02, Slg. 2004, I-2000 = DB 2004, 2023, konnte kaum noch ein ernsthafter Zweifel an der Europarechtswidrigkeit bestehen.

10 Vorlagebeschluss des FG Köln, DB 2004, 1864.

11 Kritisch zur Berechnung und zum Nachweis möglicher Rückerstattungslasten für die Bundesrepublik etwa *Thömmes* (Fn. 3), S. 1091 f.

12 EuGH, Rs. C-35/98, Slg. 2000, I-4071.

der Rechtssache *Meilicke* selbst angesetzt werden, sondern der Tag der Veröffentlichung des das Luxemburger Verfahren auslösenden Vorlagebeschlusses des FG Köln (veröffentlicht im Amtsblatt der Union am 11. September 2004). Als Ergebnis eines „Gleichgewichts der widerstreitenden Interessen“ (der Rechtsschutzinteressen von Klägern einerseits; dem Interesse des Mitgliedstaats Bundesrepublik Deutschland an der Dauerhaftigkeit der Einnahmen zur Staatsfinanzierung andererseits) dient dem Generalanwalt dabei als Abgrenzungskriterium „die Sorgfalt, die die Betroffenen nach dem Urteil *Verkooijen* haben walten lassen“¹³: „Nach diesem Kriterium sollte meiner Meinung nach [d.h. des Generalanwalts *Tizzano*] denjenigen Steuerpflichtigen das zu erlassende Urteil nicht zugute kommen, die lange Jahre nichts unternommen haben, um die Steuergutschrift zu beanspruchen oder einen entsprechenden Ablehnungsbescheid anzufechten, und die sich nun, geleitet von der Aussicht auf das Urteil in der vorliegenden Rechtssache [*Meilicke*], plötzlich der lange unbeachteten Ansprüche wieder neu besinnen.“¹⁴ Beiden Verfahren ist die Verfahrensart gemeinsam: Es handelt sich um Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV. Beide haben mitgliedstaatliche steuerrechtliche Regelungen zum Gegenstand; dies ist der Hintergrund für die Problematisierung der Rückwirkung der vorgeschlagenen Urteilsinhalte. Auf die Besonderheiten der Verfahrensart wie des Verfahrensgegenstandes wird zurückzukommen sein.

Die aufgeworfenen Fragen sollen in folgenden Schritten bewältigt werden: Zunächst ist zu klären, was Rückwirkung von Gerichtsentscheidungen überhaupt bedeutet. Da die im Raum stehenden Fragen auch Grundprobleme von Gerechtigkeit berühren und da in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten offensichtlich unterschiedliche Traditionen in Bezug auf Urteilswirkungen bestehen, sind einige kurze rechtstheoretische Erwägungen anzuschließen (unter II.). Dann sind die entsprechenden Fragen in der deutschen Rechtsordnung, v.a. im Verfassungsprozessrecht darzustellen (unter III.). Die bisherige Judikatur des EuGH zu dieser Frage ist zu systematisieren (unter IV.). Dies führt dann zu den Ausgangsfällen zurück (unter V.).

II. Rückwirkung von Gerichtsentscheidungen?

1. Rechtsprechung als Vergangenheitsbewältigung

Eine Deutung des Gewaltenteilungsschemas bringt dieses hintergründige verfassungsrechtliche Grundprinzip mit der Zeitachse in Verbindung, geht von der Zeitabhängigkeit jedes menschlichen Verhaltens und jedes Geschehens aus: Die Gesetzgebung betreibt danach Zukunftsgestaltung, die Verwaltung beschäftigt sich

13 Tz. 60.

14 Tz. 61.

mit der Gegenwart während die Rechtsprechung vergangenheitsorientiert ist.¹⁵ Die Besonderheit der Rückwirkung von Urteilen oder Beschlüssen liegt nicht in der Erfassung des den Rechtsstreit auslösenden Einzelfalls; dieser hat immer einen Vergangenheitsbezug. Die Besonderheit und Problematik liegt darin, wie sich die rückwirkende Beseitigung oder Änderung von Rechtsakten auf nicht unmittelbar an dem betreffenden Verfahren Beteiligte in parallelen Fällen auswirkt (wobei dann noch einmal differenziert werden müsste, zwischen solchen an diesem Verfahren Nichtbeteiligte, die jedoch ihrerseits parallel Rechtsbehelfe eingelegt haben und solchen, die keine entsprechenden Aktivitäten entfaltet haben). Insofern geht es im Kern bei dem Problem der Rückwirkung von Gerichtsentscheidungen um die für die Rechtsprechung im Grundsatz ungewöhnliche Verallgemeinerung der Entscheidungen über die Verfahrensbeteiligten hinaus. Mit anderen Worten: Rückwirkung von Rechtsprechung stellt sich in aller Schärfe nur als Problem bei (strikt rechtlicher oder präjudiziell-faktischer) *erga omnes*-Wirkung, nicht bei *inter partes*-Wirkung. Daher wäre es terminologisch glücklicher, von „rückwirkenden Effekten von Gerichtsentscheidungen auf andere Fälle“ zu sprechen.

2. Sonderfall Normenkontrolle

Das so skizzierte Rückwirkungsproblem tritt in Reinform bei Normenkontrollentscheidungen hervor.¹⁶ Hier wird die für solche Verfahren unbefriedigende rechtskraftfähige *inter partes*-Wirkung (die durch § 31 Abs. 1 BVerfGG allerdings bereits eine Erweiterung auf die Bindung aller Verfassungsorgane sowie aller Gerichte und Behörden erfährt¹⁷) ausdrücklich durch § 31 Abs. 2 BVerfGG zur *erga omnes*-Wirkung erweitert.¹⁸ Nicht von ungefähr ist ihr Charakter als Akt der Rechtsprechung auch immer wieder – wenn auch verfehlt – angezweifelt worden.¹⁹ Daher ist in Deutschland die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts die maßgebliche Referenzgröße. Bei der prinzipialen oder inzidenten Normenkontrolle hat das Bundesverfassungsgericht eine Vielfalt von Entscheidungsfolgenreisprächen entwickelt, auf die noch einzugehen sein wird.²⁰ Normenkontrollentscheidungen gibt es nur ganz vereinzelt außerhalb der Verfassungsgerichtsbarkeit (§ 47 VwGO). Sofern Fachgerichte vorkonstitutionelle Gesetze oder Normen

15 P. Kirchhof, Verwalten und Zeit, in: ders., Stetige Verfassung und politische Erneuerung, 1995, S. 73 (75) im Anschluss an Husserl, Recht und Zeit, 1955; differenziert jetzt Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 90 ff.; zur gewaltenteiligen Abstufung von Vertrauensschutz Waldhoff, Vertrauensschutz im Steuerrechtsverhältnis, in: Pezzer (Hrsg.), Vertrauensschutz im Steuerrecht, 2004, S. 129 (132).

16 Grundsätzlich zur Normenkontrolle statt anderer Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 111 ff.

17 Vgl. zur Abgrenzung zwischen Rechtskraft und Gesetzeskraftwirkung in diesem Zusammenhang Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 552

18 Battis, Der Verfassungsverstöß und seine Rechtsfolgen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 7, 1992, § 165, Rn. 59 ff.

19 Zum Meinungsstand m.w.N. Schlaich/Korioth (Fn. 16), Rn. 118 f.

20 Siehe unten unter III 2 a.

unterhalb der hierarchischen Ebene des formellen Gesetzes verwerfen dürfen, hat dies nur Wirkung für den Einzelfall.²¹ Das ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss aus § 31 Abs. 2 BVerfGG, der die Gesetzeskraft bestimmter Verfassungsgerichtsentscheidungen anordnet.

3. Rückwirkung von Judikaten zwischen *inter partes*- und *erga omnes*-Wirkung

Die *praktische* Relevanz der Rückwirkung von Gerichtsentscheidungen hängt davon ab, wie viele Personen davon betroffen sind. In Rechtsgebieten mit Massenverfahren und Musterprozessen – wie etwa dem Steuerrecht oder im Arbeitsrecht – wird die Problematik daher bereits seit längerem im nationalen Kontext verhandelt.²² *Theoretisch* kann es zu einer Rückwirkung im strengen Rechtssinn nur bei Entscheidungen kommen, die über den Anlassfall hinaus auch – wie auch immer konturierte – normative Wirkungen besitzen.²³ Wendet sich ein Urteil nur an die Parteien des konkreten Rechtsstreits, gibt es kein wirkliches Rückwirkungsproblem, wenn man Änderungen der Rechtsprechung als prinzipiell zulässig erachtet – und daran kann letztlich kein Zweifel bestehen.²⁴ Hier wird der Unterschied zur Rückwirkung von Gesetzen – bei allen praktischen Annäherungen angesichts der Rechtsinstitute Gewohnheits- und Richterrecht²⁵ – deutlich: Nur die generell-abstrakte Sollensanordnung ist in einem engeren Sinn rückwirkungsfeindlich; die im Einzelfall kontrollierende Gerichtsentscheidung ist in dieser Einzelfallwirkung rückwirkungsneutral, da sie insofern stets Vergangenheitsbezug aufweist. Erst im bindend-rechtlichen oder leitbildhaft-faktischen Übergreifen auf eine Vielzahl von Adressaten und der damit verbundenen Funktionsanreicherung von Rechtsprechung von der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit hin zur Gewährleistung von Rechtseinheit, Rechtsfortbildung und Orientierung, also zu letztlich in einem weiteren Sinne „normativen“ Funktionen wird auch hier die Rückwirkungsproblematik virulent.²⁶ Diese Ausgangsüberlegung wird bei der

21 Schlaich/Korioth (Fn. 16), Rn. 122 a.E.

22 Beobachtung bei Grunsky (Fn. 4), S. 6; aus dem einschlägigen Schrifttum für das Steuerrecht Arndt, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974, S. 53 ff.; Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung im Steuerrecht, Diss. iur. München 1974; Bischoff, Das Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtstheoretische Untersuchung für den Bereich der Finanzgerichtsbarkeit, Diss. iur. Münster 1980; Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 598 ff.; Leisner-Egensperger, Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung, in: Pezzer (Hrsg.), Vertrauensschutz im Steuerrecht, 2004, S. 191 ff.; für das Arbeitsrecht Louven, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996.

23 Ossenbühl, DÖV 1972, S. 25 (33).

24 BVerfGE 18, 224, 240 f.; vgl. auch J. Ipsen, Richterrecht, 1975, S. 227; Louven (Fn. 22), S. 8 ff.; kritischer demgegenüber Rüberg, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1977, S. 38 ff., 66 ff.

25 Eingehend zu den Abgrenzungen Ipsen (Fn. 24).

26 Vgl. Grunsky (Fn. 4), S. 13 f.; folgerichtig untersucht Grunsky dann auch die Funktion der Rechtsprechung in der Rechtsordnung und fokussiert das Problem auf die Ebene der Revisions- und der Vorlageentscheidungen; vgl. im Ausgangspunkt ähnlich auch Rüberg (Fn. 24), S. 6 ff., der insofern vom „Wirkungsumfang“ von Judikaten spricht. Allgemein dazu Rütters, Rechtstheorie, 1999, Rn. 242 ff., 254 ff.

Bewertung der Beschränkung der Rückwirkung in der EuGH-Rechtsprechung zu beachten sein.

4. Relativität des Dogmas der *ipso iure ex tunc*-Nichtigkeit rechtswidriger Normen

Nach deutscher Tradition ist eine Norm, die gegen höherrangiges Recht verstößt *ipso iure* und *ex tunc* nichtig.²⁷ Dieses Dogma ist nicht zwingend: „Die Nichtigkeitsfolge ist nicht selbstverständlich, ist kein Gebot der Logik.“²⁸ Sie stellt sich letztlich als – historisch erklärbare – politische Entscheidung dar. Vor allem *Hans Kelsen* hat demgegenüber die Lehre von der Nichtigkeitsklärung vertreten: Innerhalb einer Rechtsordnung könne es keine Nichtigkeit geben, Normen könnten allenfalls vernichtbar sein.²⁹ Dem folgend hat die Verfassungswidrigkeitsklärung in Österreich konstitutive Bedeutung: Das verfassungswidrige Gesetz wird durch den verfassungsgerichtlichen Spruch mit *ex nunc*-Wirkung vernichtet bzw. der Verfassungsgerichtshof kann eine Fortgeltung bis zu einem Jahr anordnen.³⁰ Auch nach Art. 136 Abs. 1 der italienischen Verfassung verlieren für verfassungswidrig erklärte Normen am Tag nach der Veröffentlichung der Normenkontrollentscheidung ihre Wirksamkeit.³¹ Umgekehrt hat etwa *Ulrich Everling* darauf aufmerksam gemacht, dass vor allem in Frankreich die Versuche des EuGH von strikter Rückwirkung wegzukommen unter dem Schlagwort „*effet dans le temps*“ besonders skeptisch aufgenommen und mit dort verbreiteten Gerechtigkeitsvorstellungen als nicht vereinbar angesehen wurden.³² Für unsere Fragestellung bleibt festzuhalten, dass die Wirkung von Normenkontrollentscheidungen in den Mitgliedstaaten der EU unterschiedlich beurteilt wird.

III. Lösungsansätze in der deutschen Judikatur

1. Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung und Vertrauensschutz

Hinsichtlich der Änderung einer ständigen (höchstrichterlichen) Rechtsprechung hat es das Bundesverfassungsgericht bisher stets abgelehnt, die Grundsätze über

27 RGZ 130, 319, 324 f.; BVerfGE 1, 14, 37; 7, 377, 387; *Hillgruber/Goos* (Fn. 17), Rn. 531, 548.

28 *Bettermann*, Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle, in: FS Eichenberger, 1982, S. 593 (597); *C. Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966; *Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977; *Battis* (Fn. 18), Rn. 26.

29 Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 278.

30 Art. 140, 89 Bundesverfassungsgesetz; vgl. *Ipsen* (Fn. 24), S. 52 ff.; *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 379 a.E.; *Battis* (Fn. 18), Rn. 26.

31 *Stuth/Siclari*, EuGRZ 1989, S. 389 (391).

32 Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986, S. 69 f. mit Fn. 131; *ders.*, Der Ausschluss der Rückwirkung bei der Feststellung der Ungültigkeit von Verordnungen durch den Gerichtshof der EG, in: FS Börner, 1992, S. 57 (59) m.w.N.; vgl. aus dem französischen Schrifttum etwa *Simon*, L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la cour de justice des Communautés européennes: enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges? in: *Liber amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 651 ff.

die Verfassungswidrigkeit der Rückwirkung von Gesetzen anzuwenden: „Höchst-richterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen keine damit vergleichbare Rechtsbindung ... Von ihnen abzuweichen, verstößt grundsätzlich nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Ihr Geltungsanspruch über den Einzelfall hinaus beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts.“³³

2. Bewältigung der Rückwirkungsproblematik bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Die verallgemeinerungsfähige, d.h. selbst mit Gesetzespublizität ausgestattete Feststellung der Nichtigkeit eines Gesetzes ist zur Wahrung der Normativität der Rechtsordnung bei den Verfassungsgerichten monopolisiert.³⁴ Nicht die rechtstheoretische Prämisse, sondern die Gefahr, „dass jedes einzelne Gericht sich über den Willen des Bundes- oder Landesgesetzgebers hinwegsetzt, indem es die von ihnen beschlossenen Gesetze nicht anwendet“³⁵, die Gefahr der Missachtung parlamentarischer Rechtssätze durch den gesetzgebundenen Richter stellt den Grund für das Verwerfungsmonopol³⁶ dar. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Gesetzes sind in § 79 BVerfGG geregelt, der einen Ausgleich im Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit sucht.³⁷ Die Grundregel des Ausschlusses der Rückabwicklung abgeschlossener Normanwendung ist zwar weder verfassungsrechtlich zwingend geboten noch logisch unabweisbar, wird vom Bundesverfassungsgericht gleichwohl als allgemeiner Rechtsgedanke im Sinne einer „Zäsur zwischen Vergangenheit und Zukunft“ gesehen und gebiligt.³⁸ Ungeklärt erscheint nach wie vor die Frage, ob dieser allgemeine Rechts-

33 BVerfGE 84, 212, 227 unter Rückgriff auf BVerfGE 38, 386, 396; vgl. zuvor bereits BVerfGE 18, 224, 240 f.; ferner auch BVerfG (Nichtannahmebeschluss), NZA 1993, S. 213, 214; im Ergebnis zustimmend bereits *Ossenbühl* (Fn. 23), S. 33 f.; *Götz*, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: FG 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 1976, S. 421 (448 ff.). Ausführlich zur Gesamtproblematik *Robbers*, JZ 1988, S. 481 ff.

34 *Battis* (Fn. 18), Rn. 29.

35 BVerfGE 1, 184, 197; 22, 373, 378; 90, 262, 275; *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 136 ff. m.w.N.

36 BVerfGE 2, 124, 131: „Feststellungsmonopol“; E 22, 373, 378: „Verwerfungsmonopol“. *Hillgruber/Goos* (Fn. 17), Rn. 567 f.; *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 117; *Löwer*, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 70, Rn. 59, 79.

37 *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 393; vgl. zur Weimarer Rechtslage bereits RGZ 130, 319, 324 f. Parallelnormen finden sich im Landesverfassungsprozessrecht und in § 183 VwGO. Zur historischen Entwicklung *Kneser*, AöR 89 (1964), S. 129 (131 ff.).

38 BVerfGE 37, 217, 262 f.; 53, 115, 130; 97, 35, 48; *Steiner*, Wirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen (§ 79 BVerfGG), in: FG 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 1976, S. 628 (652); *Hillgruber/Goos* (Fn. 17), Rn. 549: „allgemeiner Rechtsgrundsatz“; Zitat im Text nach *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, § 79, Marginalie bei Rn. 9.

grundsatz auch Auswirkungen auf privatrechtliche Rechtsgeschäfte hat, die auf einer später für nichtig erachteten gesetzlichen Grundlage beruhen.³⁹

a) *Modifikationen des Entscheidungsfolgenausspruchs bei Normenkontrollentscheidungen*

aa) *Unvereinbarerklärung*

Eine „Erfindung“ ohne direkte gesetzliche Grundlage war zunächst die Beschränkung auf die Unvereinbarerklärung einer verfassungswidrigen Norm ohne Nichtigerklärung. Trotz der beachtlichen Zahl von Unvereinbarerklärungen ist diese im BVerfGG nicht ausdrücklich geregelt, wenn auch an einigen Stellen indirekt anerkannt (§§ 31 Abs. 2; 79 Abs. 1 BVerfGG). Die Nichtigerklärung ist so durch die (bloße) Verfassungswidrigerklärung, eine kassatorische Gestaltungsentscheidung durch eine Feststellungsentscheidung ersetzt.⁴⁰ Entwickelt wurde diese Sonderform des Entscheidungsfolgenausspruchs anhand von Fällen, bei denen ein Gleichheitssatzverstoß der zu überprüfenden Norm zugrunde lag: Der „gleichheitswidrige Begünstigungsausschluss“ kann – sofern kein zwingender Verfassungsauftrag oder eine andere Sondersituation gegeben ist, die den gesetzgeberischen Handlungsspielraum auf Null reduziert⁴¹ – auf verschiedene Art und Weise abgestellt werden, sei es durch die Einbeziehung der bisher ausgeschlossenen Gruppe, sei es durch den Ausschluss der bisher Begünstigten oder schließlich durch eine gänzlich andere Regelung; insofern dürfe der „Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“ nicht judiziell vorgegriffen werden.⁴² Aufgrund der Struktur des Gleichheitssatzes als offenes Methodeninstrument, bei dem ein Verstoß sich als „verfassungswidrige Normrelation“ und damit stets als relativ darstellt,⁴³ kann der Satz von der *ex tunc ipso iure*-Nichtigkeit anders als bei absoluten Verfassungsverstößen (etwa gegen Freiheitsgrundrechte) nicht greifen.⁴⁴ Somit stellt sich die Unvereinbarerklärung nicht als Ausdruck richterlicher Selbstbeschränkung, sondern als funktionellrechtliche gebotene Konsequenz des Gewaltenteilungsprinzips dar. Das ist mit dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts auf die „Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers“ gemeint.⁴⁵ Weitere Fallgruppen sind die Vermeidung eines noch verfassungsferneren Zustandes, die Notwendigkeit einer Über-

39 Vgl. dazu BVerfGE 32, 387, 389 f.; etwas abgeschwächt BVerfGE 97, 35, 48; ferner BVerfGE 98, 365, 402; 99, 341, 359; BGH NJW 2002, 2940 = JR 2003, 78 mit krit. Anm. *Probst*; *M. Graßhof*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar*, 2. Aufl. 2005, § 79, Rn. 42; *Heß*, *Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 317; *Bethge* (Fn. 38), Rn. 80 (Zitat); *Zuck*, in: *Zuck/Lechner*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 4. Aufl. 1996, § 79, Rn. 9; *Benda/Klein*, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl. 2001, Rn. 1260; *Löwer* (Fn. 36), Rn. 119.

40 *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 403.

41 Vgl. für einen Sonderfall BVerfGE 92, 91, 121 – *Feuerwehrabgabe*.

42 Vgl. etwa BVerfGE 93, 121, 148 – *Vermögensteuer*.

43 *Ipsen* (Fn. 24), S. 109; *Hillgruber/Goos* (Fn. 17), Rn. 543.

44 *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 401 f.

45 *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 403.

gangsregelung oder die Rüge eines verfassungswidrigen Unterlassens des Gesetzgebers.⁴⁶ Eine Variante dieser Tenorierung stellt es dar, wenn das Gericht die Unvereinbarerklärung mit der Rechtsfolge vorläufiger Weiteranwendung der Norm für eine Übergangszeit anordnet. Begründet wird dies damit, dass andernfalls ein Zustand einträte, der noch weiter von der Verfassung entfernt bzw. dass ein Rechtsvakuum oder Chaos zu befürchten sei. Materiell kann sich eine solche Anordnung auf das Postulat der Rechtssicherheit als Teilelement des Rechtsstaatsprinzips stützen, formal auf die Vollstreckungskompetenz des § 35 BVerfGG.⁴⁷ Entscheidungsfolge ist im Normalfall auch eine Anwendungssperre für die verfassungswidrige Norm; für den Ausgangsfall und für rechtshängige fachgerichtliche Parallelfälle werden die Verfahren bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber ausgesetzt, um etwaige Rechtskraft zu vermeiden. Diese Variante wird stets beim Gleichheitsverstoß gewählt.⁴⁸ Nach einigen Schwankungen der Rechtsprechung bedarf es inzwischen einer ausdrücklichen Anordnung, wenn die für verfassungswidrig erklärte Norm bis zu einer Neuregelung noch angewendet werden soll. Man kann hier auch von einer Unvereinbarerklärung mit *pro futuro*-Wirkung sprechen.⁴⁹ Ausführlich begründet wurde diese Variante anhand steuerrechtlicher Fälle. In einer Entscheidung zum steuerlichen Existenzminimum aus dem Jahr 1992 wurde die Periodizität der Steuererhebung mit der haushaltsverfassungsrechtlichen Periodizität rückgekoppelt: Die Verlässlichkeit der Staatsfinanzierung in abgeschlossenen Perioden schließt der Sache nach eine Rückabwicklung zahlreicher Steuerfälle aus.⁵⁰

bb) Appellentscheidung

Neben der Unvereinbarerklärung ist noch die sog. *Appellentscheidung* zu erwähnen: Hier wird das an der Verfassung zu messende Gesetz für (noch) verfassungsgemäß erklärt, dem Gesetzgeber jedoch gleichzeitig aufgegeben, binnen einer Frist einen voll verfassungsmäßigen Zustand herbeizuführen.⁵¹ In den praktischen Folgen liegt dieser Entscheidungsfolgenausspruch sehr nahe bei der Verfassungswidrigerklärung mit *pro futuro*-Wirkung. Zu beachten ist jedoch, dass der Appell sich prozessrechtlich letztlich als *obiter dictum* erweist.⁵²

46 *Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 93, Rn. 48.

47 *Benda/Klein* (Fn. 39), Rn. 1277.

48 *Hillgruber/Goos* (Fn. 17), Rn. 542.

49 *Vogel/Waldhoff*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorb. zu Art. 104a-115, Rn. 590 (= *dies.*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, 1999, Rn. 590); *Herter*, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Steuergesetze, 1995.

50 BVerfGE 87, 153, 178 f.; *P. Kirchhof*, in: ders./Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), Einkommensteuergesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, § 2, Rn. A 135 ff.: Abschnittsbesteuerung als Grundsatz zeitgerechter Lastenverteilung; dieses Konzept ist allerdings sehr umstritten, vgl. für die Gegenposition nur *Tipke/Lang* (Fn. 8), § 9, Rn. 44 ff.: Periodizitätsprinzip als technisches Prinzip, das den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einschränkt.

51 Vgl. allgemein zu dieser Variante *Hillgruber/Goos* (Fn. 17), Rn. 544; *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 431 ff.

52 Eingehendere Kritik bei *Benda/Klein* (Fn. 39), Rn. 1280 ff.; *Hillgruber/Goos* (Fn. 17), Rn. 546 f.

b) Kritik und Rechtfertigung

Freiheit und Bindung des Bundesverfassungsgerichts bei der Rechtsfolgenanordnung werden demgegenüber wegen der fehlenden ausdrücklichen Ermächtigung im Grundgesetz selbst oder im Verfassungsprozessrecht kritisiert.⁵³ Rechtsfolgenanordnungen müssten gesetzlich fixiert sein; dies gelte erst recht bei so variablen Rechtsordnungen wie dem Verfassungsrecht. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass gerade das Verfassungsprozessrecht kodifikatorisch besonders wenig und gesetzgebungstechnisch alles andere als meisterhaft durchgebildet ist und sich hier auch Steuerungsgrenzen einschlägiger Normen zeigen.⁵⁴ Zudem sind die dargestellten, letztlich pragmatischen Entscheidungsfolgenmodifikationen – zumindest ihrer Intention nach – Abmilderungen der u.U. harten Regelfolgen.⁵⁵ Der Gesetzgeber und das Staatswesen insgesamt werden in der Tendenz geschont, nicht zusätzlich belastet. Schonende Übergangsregelungen sind notwendiger Bestandteil des materiellen Verfassungsrechts, die insofern verfassungsprozessual flankiert werden.

IV. Rechtsprechung des EuGH zur Einschränkung der Rückwirkung seiner Entscheidungen

1. Vertragsverletzungsverfahren

Bei Vertragsverletzungsverfahren kann sich wegen des rein feststellenden Charakters des Urteils⁵⁶ das Problem der Rückwirkung letztlich nicht stellen. Allerdings ist der zeitliche Bezugspunkt für die Feststellung der Vertragsverletzung derjenige, an dem die von der Kommission in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzte Frist abgelaufen ist: „Später eingetretene Veränderungen können vom Gerichtshof nicht berücksichtigt werden ...“⁵⁷ In einem Verfahren, in dem Belgien wegen diskriminierender Hürden für den Hochschulzugang von Unionsbürgern verklagt wurde, hatte die belgische Regierung nach Ablauf der Mahnfrist der Kommission aber vor der Entscheidung des Gerichtshofs den gemeinschaftsrechtswidrigen Missstand abgestellt. Es wurde gleichwohl verurteilt. Der reine Feststellungsausspruch kann weder eine verbindliche Frist setzen⁵⁸ noch (nach h.M.) die Pflicht auferlegen, die Folgen des Verstoßes *ex tunc* zu be-

53 Zum folgenden *Schlaich/Korioth* (Fn. 16), Rn. 452 ff.

54 *Voßkuhle* (Fn. 46), Rn. 46: „unzureichende Programmierung durch den Gesetzgeber“.

55 Vgl. etwa *Simon*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 34, Rn. 52.

56 Vgl. nur *Ortlepp*, Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument zur Sicherung der Legalität im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1987, S. 113 ff.; *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 228, Rn. 4; *Koenig/Pechstein/Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 295.

57 EuGH, Rs. C-65/03, (Kommission/Belgien) Slg. 2004, I-6427, Rn. 20.

58 *W. Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 228, Rn. 5.

seitigen.⁵⁹ Der EuGH hat sich – soweit ersichtlich – dazu bisher nicht ausdrücklich geäußert. Immerhin spricht sowohl die Rechtsprechung zur Rückabwicklung von rechtswidrig geleisteten Zahlungen, als auch die *Frankovich*-Rechtsprechung,⁶⁰ die gerade nicht an das Vertragsverletzungsverfahren, insbesondere nicht an Art. 228 EGV anknüpft,⁶¹ dagegen.⁶² Bei *Frankovich* und den Folgeurteilen ging es mithin nicht um die Folgen der Rückwirkung von Urteilen in Vertragsverletzungsverfahren, sondern um ein neuartiges Instrument zur Durchsetzung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, nicht um einen prozessualen Annex, sondern um einen neuartigen, richterrechtlichen materiellen Anspruch. Art. 228 EGV enthält mithin keinen eigenständigen Folgenbeseitigungsanspruch. Andernfalls würden systemwidrig subjektiv-rechtliche Elemente in das Vertragsverletzungsverfahren transponiert, die objektive Beseitigungspflicht subjektiviert.

2. Nichtigkeitsklage, insbesondere Art. 231 Abs. 2 EGV

Nach Art. 231 Abs. 1 EGV erklärt der Gerichtshof bei begründeter Nichtigkeitsklage die angefochtene Handlung für nichtig. Es handelt sich um einen *erga omnes* wirkenden Gestaltungsausspruch;⁶³ nach dem Urteil ist der Akt als „ungeesehen anzusehen“.⁶⁴ Weitergehende Urteilsanordnungen sind grundsätzlich nicht vorgesehen, etwaige Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche richten sich nach Art. 233 EGV und müssten ggf. mit einer weiteren Klage geltend gemacht werden.⁶⁵ Auch wenn die Nichtigkeitsklärung von Gemeinschaftsrechtsakten grundsätzlich *ex tunc* wirkt,⁶⁶ müssten Durchführungsmaßnahmen der Gemeinschaften

59 Cremer (Fn. 58), Rn. 6; *Gaitanides* (Fn. 56), Rn. 9; *Koenig/Pechstein/Sander* (Fn. 56), Rn. 297.

60 EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rn. 31 ff.

61 Vgl. zur Abstützung des Anspruchs nur *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 288, Rn. 28.

62 *Ehrlicke*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 228, Rn. 7.

63 *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1977, S. 869; *Daig*, Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1985, Tz. 267; *Koenig/Pechstein/Sander* (Fn. 56), Rn. 541 f.; *Hackspiel*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann* (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 27, Rn. 24; *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 610; *Röttinger*, Bedeutung der Rechtsgrundlage einer EG-Richtlinie und Folgen einer Nichtigkeit, *EuZW* 1993, S. 117 (119); die *erga omnes*-Wirkung hängt allerdings an der Normativität des aufgehobenen Rechtsakts, vgl. *Constantinesco*, a.a.O., S. 870; *Ehrlicke*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 231, Rn. 3; wird eine Entscheidung aufgehoben, so werden nicht gleichlautende parallel ergangene, jedoch nicht angegriffene Entscheidungen ebenfalls nichtig, siehe EuGH, Rs. 161/87 (*Muysers/Rechnungshof*), Slg. 1988, 3037, Rn. 10; für die Bündelung von Einzelfallentscheidungen entsprechend EuG, Rs. T-227/95 (*AssiDomän Kraft Products*), Slg. 1997, II-1185, Rn. 58 ff. Bei Entscheidungen, die grundsätzlich nur einen Adressaten haben, beschränkt sich die *erga omnes*-Wirkung somit auf die Gestaltungskraft der Entscheidung, *Ehrlicke*, a.a.O.

64 EuGH, Rs. 22/70 (*AETR*), Slg. 1971, 263, Rn. 59 f.

65 EuGH, Rs. 238/78 (*Ireks-Arkady/Rat und Kommission*), Slg. 1979, 2955, Rn. 7; EuGH, Rs. 92/78 (*Simmenthal*), Slg. 1979, 777, Rn. 106 ff.; *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 231 EGV, Rn. 1 f.; *Gaitanides*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 231 EGV, Rn. 1, 3.

66 Vgl. EuGH, Verb. Rs. 97, 193, 99 und 215/86 (*Asteris u.a./Kommission*), Slg. 1988, 2181, Rn. 30; *Daig* (Fn. 63), Tz. 268; *Röttinger* (Fn. 63), S. 119; *Koenig/Pechstein/Sander* (Fn. 56), Rn. 541.

oder der Mitgliedstaaten ebenfalls separat angefochten werden.⁶⁷ Für die Nichtig-erklärung einer Verordnung räumt Art. 231 Abs. 2 EGV dem EuGH und dem EuG einen auch durch Praktikabilitätsabwägungen geprägten weiten Entscheidungsspielraum ein,⁶⁸ die Wirkung der Nichtigenerklärung in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen.⁶⁹ Die Lösung des Konflikts zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit ist der Verantwortung des entscheidenden Gerichts überantwortet, es liegt der gleiche Rechtsgedanke wie bei § 79 Abs. 2 BVerfGG zugrunde.⁷⁰ Obgleich keine automatische Unwirksamkeit von (mitgliedstaatlichen oder gemeinschaftsrechtlichen) Anwendungsakten einer *ex tunc* für nichtig erklärten Verordnung eintritt, kann die Beschränkung auf die *ex nunc*-Wirkung angezeigt sein, da Rückabwicklungsinstrumentarien eingreifen können. Art. 231 Abs. 2 EGV räumt hier dem Gerichtshof einen größeren Gestaltungsspielraum ein, als § 79 Abs. 2 BVerfGG an Varianten positiv normiert: Auch das erscheint plausibel, dürften doch die Umsetzungsakte nichtiger EG-Normen vielfältiger sein, als die von § 79 BVerfGG erfassten Akte. Schon in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts lobte *Alfred Gleiss* die Möglichkeit, dass der Gerichtshof hier „Maßarbeit“ bezogen auf den konkreten Fall leisten könne.⁷¹ Der Gerichtshof zieht regelmäßig den Gedanken der Rechtssicherheit heran. Vertrauensschutz ist ein Unterfall von Rechtssicherheit.⁷² Auch überragende Gemeinwohlinteressen kommen zur Rechtfertigung in Betracht.⁷³ In der Literatur wird ferner die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten genannt.⁷⁴ Im Rahmen der Entscheidung über Nichtigkeitsklagen wurde erstmals wohl 1973 angeordnet, dass bis zu einer gemeinschaftsrechtskonformen Neuregelung die alte Regelung weiter angewendet werden könne.⁷⁵ Die zu niedrig bemessene Besoldung wird bis zur Anhebung zumindest weitergezahlt;⁷⁶ ein zu niedrig angesetzter Anti-Dumping-Zoll wird bis zur Neuregelung weiter erhoben.⁷⁷ Gängig ist dieser Entscheidungsfolgenschluss auch, sofern die Verordnung ausschließlich an einem behebbaren formalen Mangel leidet: Hier soll durch die Anordnung vorübergehender Weitergeltung ein

67 A.A. wohl *Burgi*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 7, Rn. 107.

68 EuGH, Rs. 112/83 (*Société des produits des maïs*), Slg. 1985, 719, Rn. 18; Rs. 33/84 (*Fragd*), Slg. 1985, 1605, Rn. 18; zuvor bereits *Gleiss/Kleinmann*, Gestaltungsrecht des Europäischen Gerichtshofes bei Nichtig-erklärung einer Verordnung, NJW 1966, S. 1591 (1593).

69 Zutreffend weisen *Gleiss/Kleinmann* (Fn. 68), S. 1591 f., darauf hin, dass die Anordnung der Fortwirkung sich nicht auf die gemeinschaftsrechtskonformen Teile der Verordnung beschränken, ja dass der Sinn der Vorschrift gerade darin liegt, die an sich nichtigen Teile derselben beschränkt fortgelten zu lassen.

70 *Everling*, FS Börner (Fn. 32), S. 58.

71 (Fn. 68), S. 1592.

72 Vgl. statt anderer m.w.N. *Waldhoff* (Fn. 15), S. 129 ff.

73 *Ehricke* (Fn. 63), Rn. 6.

74 *Streinz* (Fn. 63), Rn. 612.

75 *Cremer* (Fn. 65), Rn. 5.

76 EuGH, Rs. 81/72 (*Kommission/Rat*), Slg. 1973, 587; diesen Fall antizipierend *Gleiss/Kleinmann* (Fn. 68), S. 1592; ferner EuGH, Rs. 34/86 (*Rat/Parlament*), Slg. 1986, 2155: Rechtswirksamkeit der aufgrund nichtigen Haushalts geleisteten Zahlungen und eingegangenen Verpflichtungen.

77 EuGH, Rs. 64/82 (*Timex/Rat und Kommission*), Slg. 1985, 849, Rn. 31.

„Zustand der Unsicherheit“ oder „Rechtlosigkeit“ vermieden werden.⁷⁸ In anderen Fällen wurde die Anordnung nach Art. 231 Abs. 2 EGV getroffen, um die Rückabwicklung zahlreicher auf der Grundlage der nichtigen Norm erbrachter Leistungen zu begrenzen.⁷⁹ Diese zunächst zurückhaltende, im Gefolge der Nichtigklärung zahlreicher Verordnungen dann ausgeweitete Rechtsprechung im Rahmen des Nichtigkeitsverfahrens⁸⁰ war allgemein akzeptiert und anerkannt.⁸¹ Auch ihre über den Wortlaut hinausreichende Ausweitung auf die Nichtigklärung von Richtlinien,⁸² Entscheidungen und Beschlüssen⁸³ sowie den Haushaltsplan⁸⁴ begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf Nichtigkeitsklagen gegen Richtlinien hatte die niederländische Regierung noch vorgebracht,⁸⁵ wegen deren grundsätzlich fehlender Direktwirkung und weil andernfalls noch eine Umsetzungspflicht bestehen bleiben könnte, sei eine solche Ausdehnung *contra legem*. Demgegenüber wertet der Gerichtshof den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit höher und sieht – zu Recht – die Vergleichbarkeit der Interessenlage. Kein Argument in diesem Zusammenhang wäre es, auf Rechtsunsicherheit hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetze hinzuweisen, da der Bestand eines entsprechenden Bundes- oder Landesgesetzes vom nachträglichen Wegfall der zugrunde liegenden Richtlinie grundsätzlich unabhängig ist.⁸⁶

3. Vorabentscheidungsverfahren

Art. 231 Abs. 2 EGV ist im Vorabentscheidungsverfahren unmittelbar nicht anwendbar, die Formulierung in Art. 234 EGV, dass der Gerichtshof über die Auslegung oder Gültigkeit entscheidet, spricht zunächst für eine unbeschränkte zeitliche Wirkung: Die Entscheidung würde dann an die zeitliche Geltungsdauer der zugrunde liegenden Norm des Gemeinschaftsrechts gekoppelt und hätte stets *ex*

78 EuGH, Rs. C-93/00, Slg. 2001, I-10119, Rdnr. 48; *Cremer* (Fn. 65), Rn. 5.

79 EuGH, Rs. 51/87 (Kommission/Rat), Slg. 1988, 5459, Rn. 22; EuGH, Rs. C-106/96 (Vereinigtes Königreich/Kommission), Slg. 1998, I-2729, Rn. 39 ff.

80 *Burgi* (Fn. 67), Rn. 109.

81 Vgl. etwa *Gleiss/Kleinmann* (Fn. 68), S. 1592: „sachgerechte Übergangslösung“; *Everling*, FS Börner (Fn. 32), S. 58.

82 EuGH, Rs. C-295/90 (Parlament/Rat), Slg. 1992, I-4193, Rn. 26 f.; EuGH, Rs. C-21/94 (Parlament/Rat), Slg. 1995, I-1827, Rn. 29 ff.

83 EuGH, Rs. C-106/96 (Vereinigtes Königreich/Kommission), Slg. 1998, I-2729, Rn. 39 ff.; EuGH, Rs. C-22/96 (Parlament/Rat), Slg. 1998, I-3231, Rn. 39 ff.; Rs. C-360/93 (Parlament/Rat), Slg. 1996, I-1195, Rn. 36 (Beschluss über den Abschluss eines internationalen Abkommens).

84 EuGH, Rs. 34/86 (Rat/Parlament), Slg. 1986, 2155, Rn. 48; EuGH, Rs. C-41/95 (Rat/Parlament), Slg. 1995, I-4411, Rn. 41.

85 In dem Verfahren EuGH, Rs. C-295/90 (Parlament/Rat), Slg. 1992, I-4193.

86 *Röttinger* (Fn. 63), S. 120; *Burgi* (Fn. 67), Rn. 111, jeweils gegen ein entsprechendes Argument von Generalanwalt *Jacobs*.

tunc-Wirkung.⁸⁷ Das ist auch der Grundsatz.⁸⁸ Die Rechtsprechung hat davon jedoch Ausnahmen gemacht.

a) *Chronologie*⁸⁹

Der Gerichtshof übertrug erstmals 1976 in der Rechtssache *Defrenne*, in welcher der Lohngleichheit von Mann und Frau (Art. 141 EGV) unmittelbare Wirkung zuerkannt wurde, die entsprechende Argumentation in das Vorabentscheidungsverfahren: Die Betroffenen seien dazu veranlasst worden, lange Zeit Praktiken beizubehalten die der Vorschrift zuwiderliefen. Daher sei es „angesichts der Unbekanntheit des Gesamtbetrags der in Betracht kommenden Entgelte“ aus „zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit, die sich aus der Gesamtheit der beteiligten öffentlichen und privaten Interessen ergeben“ grundsätzlich ausgeschlossen, „die Entgelte für in der Vergangenheit liegende Zeiträume noch in Frage stellen zu lassen ...“⁹⁰ Der Ausschluss der Rückwirkung sollte nur gelten „soweit nicht Arbeitnehmer bereits Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt haben“. *Jean-Victor Louis* feierte für diese Rechtsfortbildung den EuGH mit den Worten: „Der Gerichtshof zeigt sich darin als ein wahres Verfassungsgericht, das die Tragweite seines Urteils einschränkt und zwar unabhängig von den Fragen des vorliegenden Gerichts.“⁹¹ In der Rechtssache *Ruckdeschel* aus dem Jahr 1977 wurde die Fallgruppe des Bundesverfassungsgerichts implizit aufgenommen, bei der es um Gleichheitssatzverstöße geht: Wegen der verschiedenen Möglichkeiten den Gleichheitsverstoß abzustellen, sei die Unvereinbarerklärung der Ungültigerklärung vorzuziehen.⁹² In der Folge wurde der Ausnahmecharakter dieser Modifikation des Entscheidungsfolgenausspruchs, die nur in dem EuGH-Urteil selbst erfolgen könne, betont.⁹³ U.a. in den Urteilen *Roquette* aus dem Jahr 1980⁹⁴ und *Société des produits des maïs* aus 1985⁹⁵ wurde die *Defrenne*-Rechtsprechung durch analoge Anwendung von Art. 231 Abs. 2 EGV (damals: Art. 174 Abs. 2 EWGV) auf Vorabentscheidungsverfahren übertragen, in denen

87 *Kokott/Henze* (Fn. 2), S. 178; *Weiß*, EuR 1995, S. 377 (378); *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 1997, S. 83; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 234 EGV, Rn. 35; *Dausies*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, P II, Rn. 127.

88 EuGH, verb. Rs. 66, 127, 128/79 (*Salumi*), Slg. 1980, 1237, Rn. 9 ff.; EuGH, Rs. C-228/92 (*Roquette*), Slg. 1994, I-1445, Rn. 25 ff.; *Koenig/Pechstein/Sander* (Fn. 56), Rn. 827; *Middeke*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 10, Rn. 91; *Hobe*, Europarecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 198; a.A. *Constantinesco* (Fn. 63), S. 836 f.

89 Vgl. *Everling*, FS Börner (Fn. 32), S. 58 ff.

90 EuGH, Rs. 43/75 (*Defrenne*), Slg. 1976, 455, Rn. 71 ff.; vgl. auch *Schima* (Fn. 87), S. 84.

91 Lohngleichheit vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Anmerkungen zum *Defrenne*-Urteil des EuGH, EuGRZ 1976, S. 178 (179); einschränkend positiv auch *Schwarze*, Anmerkung, EuR 1977, S. 43 (47 ff.).

92 EuGH, Rs. 117/76 und 16/77, Slg. 1977, 1753, Rn. 11 ff.; ferner EuGH, Rs. 124/76 und 29/77 (*Moulinis et Huileries Pont-à-Mousson*), Slg. 1977, 1975, Rn. 15 f.; Anmerkung von *Nicolaysen*, EuR 1978, S. 50.

93 EuGH, Rs. 61/79 (*Denkavit*), Slg. 1980, 1205, Rn. 17 f.; EuGH, Rs. 66, 127 und 128/79 (*Meridionale Industria Salumi Srl., Fratelli Vasanelli und Fratelli Ultrocchi*), Slg. 1980, 1237, Rn. 10 ff.; EuGH, Rs. 811/79 (*Ariete*), Slg. 1980, 2545; EuGH, Rs. 826/79, Slg. 1980, 2559.

94 EuGH, Rs. C-228/92, Slg. 1994, I-1445, Rn. 25 ff..

95 EuGH, Rs. 112/83, Slg. 1985, 719, Rn. 17 f.

die Ungültigkeit einer Verordnung festgestellt wurde. Statt auf den Vertrauensschutz als materiellen Begründungsansatz wie in *Defrenne* zurückzugreifen, argumentiert der EuGH hier mit dem auch gemeinschaftsrechtlich geltenden Grundsatz der Rechtssicherheit.

Das Urteil *Roquette* unterschied sich von den vorangegangenen Judikaten ferner dadurch, dass der Ausschluss der Rückwirkung auch für diejenigen greifen sollte, die Rechtsmittel gegen die auf die Verordnung gestützten Einzelakte eingelegt hatten.⁹⁶ Nicht zuletzt diese Einschränkung führte zu dem Widerstand gegen diese Rechtsprechung etwa in Frankreich.⁹⁷ In den Entscheidungen *Produits des maïs* und *FRAGD*⁹⁸ stellte – wohl in Reaktion auf diese Diskussion – der Gerichtshof fest, dass allein er zu entscheiden befugt sei, ob die Rechtsbehelfsführer vom Ausschluss der Rückwirkung mitbetroffen seien oder nicht.⁹⁹ In der Erkenntnis, dass es unbillig und der individuellen Rechtsschutzgewährung abträglich wäre, den Kläger und andere Rechtsmittelführer von der Einschränkung der Rückwirkung der Entscheidung nicht auszunehmen und um den Erfolg ihres Rechtsschutzbegehrens zu bringen,¹⁰⁰ wurde in der Folgezeit diese Schwachstelle beseitigt.¹⁰¹ Die Rechtsprechung kann seitdem als gefestigt angesehen werden und lässt sich – im Anschluss an *Ulrich Everling* – in folgenden Punkten zusammenfassen: Grundsätzlich wirkt die Feststellung der Ungültigkeit einer Verordnung im Vorabentscheidungsverfahren ex tunc; ausnahmsweise kann – ggf. in analoger Anwendung von Art. 231 Abs. 2 EGV – die Rückwirkung ausgeschlossen werden; materiell wird dies durch Gründe der Rechtssicherheit bzw. des Vertrauensschutzes getragen; die Beschränkung der Rückwirkung kann nur durch den Gerichtshof selbst, in dem die Ungültigkeit feststellenden Urteil vorgenommen werden; der Rechtsmittelführer im Ausgangsverfahren sowie andere, die ebenfalls Rechtsmittel eingelegt haben, werden vom Ausschluss der Rückwirkung ausgenommen.¹⁰²

b) Systematisierung

Diese Judikatur lässt sich in zwei Fallgruppen systematisieren:¹⁰³ Die Einschränkung der Rückwirkung ist zu beziehen auf die beiden Spielarten des Vorabentscheidungsverfahrens, des Gültigkeits- und des Auslegungsverfahrens.¹⁰⁴

⁹⁶ EuGH, Rs. 145/79, Slg. 1980, 2917, Rn. 52 f.

⁹⁷ *Everling*, FS Börner (Fn. 32), S. 61 ff.; *ders.*, Vorabentscheidungsverfahren (Fn. 32), S. 70; *Hess*, ZJP 108 (1995), S. 59 (71).

⁹⁸ EuGH, Rs. 33/84, Slg. 1985, 1605, Rn. 18.

⁹⁹ EuGH, Rs. 112/83 (*Produits des maïs*), Slg. 1985, 719, Rn. 18.

¹⁰⁰ *Everling*, FS Börner (Fn. 32), S. 65 f.; vgl. zur Rechtsschutzfunktion des Vorabentscheidungsverfahrens allgemein *dens.*, Vorabentscheidungsverfahren (Fn. 32), S. 18 ff.

¹⁰¹ EuGH, Rs. 41/84 (*Pinna*), Slg. 1986, 1, Rn. 27 ff. (allerdings unter Aufrechterhaltung der Möglichkeit, dies auch anders entscheiden zu können); vgl. ferner EuGH, Rs. 24/86 (*Blaizot*), Slg. 1988, 379, Rn. 34 f.; EuGH, Rs. C-262/88 (*Barber*), Slg. 1990, I-1889, Rn. 44.

¹⁰² FS Börner (Fn. 32), S. 68 f.

¹⁰³ *Weiß* (Fn. 87), S. 377; in der Sache ebenso *Schima* (Fn. 87), S. 93 ff.

Im *Gültigkeitsverfahren* handelt es sich um einen „rein gemeinschaftsrechtlichen Fall“: Der Gerichtshof entscheidet über die Geltung von (sekundärem) Gemeinschaftsrecht. Die Parallele zur Nichtigkeitsklage liegt trotz des formalen Unterschieds zwischen Gestaltungs- und Feststellungswirkung auf der Hand,¹⁰⁵ es wird von einem funktionellen Äquivalent zur Nichtigkeitsklage gesprochen.¹⁰⁶ Die Gültigkeitsentscheidung auf der Grundlage von Art. 234 EGV hat der Sache nach die gleiche *erga omnes*-Wirkung wie die Nichtigkeitsklage. Einer direkten Analogie zu Art. 231 Abs. 2 EGV steht nichts im Wege.¹⁰⁷ Dem entspricht im Wesentlichen die Judikatur des EuGH, auch wenn ergänzend Gründe der Rechtssicherheit herangezogen werden.¹⁰⁸

Das die Praxis beherrschende *Auslegungsverfahren* ist demgegenüber der Nichtigkeitsklage nicht ohne weiteres vergleichbar, denn dort geht es um den Ausgleich zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht. Der Gerichtshof kann niemals einen nationalen Rechtsakt wegen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit aufheben oder sein Fortgelten für eine Übergangszeit anordnen, mag auch die Funktionsgrenze zwischen Rechtsauslegung und Rechtsanwendung in der Praxis fließend erscheinen.¹⁰⁹ Hier gibt es nur eine eingeschränkte *erga omnes*-Wirkung des Urteils.¹¹⁰ Daher scheidet eine direkte Analogie zu Art. 231 Abs. 2 EGV aus. In diesem grundsätzlich dreipoligen Verhältnis muss im Einzelfall ein Ausgleich zwischen Gesetzmäßigkeit und Rechtssicherheit herbeigeführt werden: „In Situationen, in denen nationales und Gemeinschaftsrecht kollidiert, kann nicht die Anwendung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm, sondern nur ein in allen Rechtsordnungen anerkannter Grundsatz eine überzeugende Begründung für die Lösung der Kollision und damit die Befugnis zur Einschränkung der zeitlichen Wirkung der Vorabentscheidung bieten“.¹¹¹

Der den Hauptkritikpunkt darstellende zwischenzeitliche Weg, auch den Kläger des Ausgangsverfahrens in die Einschränkung der Rückwirkung einzubeziehen,¹¹² um die Früchte seines Rechtsschutzes zu bringen und damit die individualschüt-

104 Vgl. zu dieser Unterscheidung grundlegend *Tomuschat*, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften, 1964, S. 92 ff.; ferner *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 917; *Streinz* (Fn. 63), Rn. 632, 641; *Gündisch/Winhues*, Rechtsschutz in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, S. 141.

105 *Kokott/Henze* (Fn. 2), S. 178.

106 *Dauses*, Aufgabenteilung und judizieller Dialog zwischen den einzelstaatlichen Gerichten und dem EuGH als Funktionselemente des Vorabentscheidungsverfahrens, FS Everling, Bd. 1, 1995, S. 223 (225).

107 Vgl. auch *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 234, Rn. 94.

108 Darlegung im Einzelnen bei *Weiß* (Fn. 87), S. 379 ff., 383 ff.; *Schima* (Fn. 87), S. 88.

109 *Dauses* (Fn. 106), S. 231; *Kokott/Henze* (Fn. 2), S. 178.

110 *Dauses* (Fn. 106), Rn. 137; *Ehrlicke*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 234, Rn. 63 f.

111 Näher bei *Weiß* (Fn. 87), S. 381 ff., 384 ff.

112 EuGH, Rs. 4/79 (Providence agricole de la Champagne), Slg. 1980, 2823, Rn. 45 f.; EuGH, Rs. 112/83 (Société des produits de maïs), Slg. 1985, 719, Rn. 18; EuGH, Rs. 145/79 (Roquette), Slg. 1980, 2917, Rn. 51 ff. Auf die Parallele zu dem US-amerikanischen prozessualen Rechtsinstitut des prospective overruling weist *Heß*, Vorabentscheidungsverfahren (Fn. 97), S. 71, hin.

zende Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens¹¹³ zu verfehlen, scheint weitgehend aufgegeben zu sein.¹¹⁴ Demgegenüber dürfte es von sekundärer Bedeutung sein, ob die Beschränkung der Rückwirkung bereits auf eine entsprechende Vorlage des Prozessgerichts zurückgeht.¹¹⁵

4. Die Judikatur zur Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen als Ausdruck prozeduraler Gemeinschaftstreue

Die dargestellte Judikatur stellt eine prätorische Rechtsschöpfung dar, muss unter dem Schlagwort gemeinschaftsprozessuales Richterrecht des EuGH eingeordnet werden. Die Fälle, in denen eine direkte Analogie zu Art. 231 Abs. 2 EGV möglich ist, wurden herausgearbeitet. Materielle Bestimmungsgründe waren in jedem Fall Rechtssicherheit und Vertrauensschutz. Vor allem im Vorabentscheidungsverfahren ist zur Untermauerung der inzwischen wohl konsolidierten Rechtsprechungslinie Funktion und Struktur dieser wichtigsten Verfahrensart vor dem Gerichtshof mitheranzuziehen. Das Vorabentscheidungsverfahren stellt die prozesuale Schnittstelle¹¹⁶ in der dualistischen Grundstruktur der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit zwischen dem Rechtsschutz durch nationale Gerichte in Anwendung unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts und dem EuGH selbst dar. In dem wichtigen Auslegungsverfahren erweitert sich diese Bipolarität des Verfahrens, wenn auch nicht streng prozessrechtlich, sondern in der Sache zu einem Dreiecksverhältnis: Gemeinschaft – Mitgliedstaat – rechtsschutzsuchender Bürger im Ausgangsverfahren. Dies wird in der vielfach beschriebenen Doppelfunktion des Vorabentscheidungsverfahrens zwischen Wahrung der Rechtseinheit des Gemeinschaftsrechts und Gewährung von Individualrechtsschutz deutlich. Das zweite Kriterium in der Rechtsprechung – neben den unabsehbaren wirtschaftlichen und administrativen Folgen –, das Vorliegen von Vertrauensschutz, wirkt primär zugunsten des betroffenen Mitgliedstaats, federt das Ineinandergreifen von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht prozedural ab. Das Dilemma besteht dann allerdings darin, dass die Gewährung von Vertrauensschutz dem Mitgliedstaat gegenüber zwangsläufig zu einer Einschränkung des Individualrechtsschutzes im Verhältnis Unionsbürger – Gemeinschaft führt. Der Sache nach handelt es sich um einen der Klugheit geschuldeten Fall vertikaler Gemeinschaftstreue zugunsten des Mitgliedstaats.¹¹⁷ Diese ist der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts eher förderlich als ein platter Durchsetzungsrigorismus ex tunc.¹¹⁸ Das eingangs aufgeführte Kriterium des Vertrauensschutzes erweist sich so – da auf das Verhältnis

113 Vgl. statt aller *Everling*, Vorabentscheidungsverfahren (Fn. 32); *Dausies* (Fn. 106), S. 224.

114 Vgl. auch *Weiß* (Fn. 87), S. 392 f.

115 Vgl. aber *Dausies* (Fn. 106), S. 239.

116 Vgl. *Dausies* (Fn. 106), S. 223 f.

117 Allgemein zur vertikal-reziproken Wirkrichtung von Art. 10 EGV *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 10, Rn. 13, 50, m.w.N.

118 Vgl. *Weiß* (Fn. 87), S. 390 f.

zwischen Mitgliedstaat und Gemeinschaft bezogen – als vertikale Gemeinschaftstreue bzw. die Verwirklichung einer vertikalen Rücksichtnahmepflicht der Gemeinschaft dem betroffenen Mitgliedstaat gegenüber. *Schwarze* hat bereits die erste hier in Rede stehende Entscheidung in puncto Rückwirkung damit verteidigt, Richterrecht dürfe EG-vertraglichen Rigorismus prozedural vermeiden helfen, damit nicht der Satz Wirksamkeit entfalte: „Das Schlechte darf dem Besseren nicht weichen, weil das Beste ... nicht erreichbar ist.“¹¹⁹ In den Worten *Weiß*: „Die Einschränkung [der Rückwirkung] trägt zum Zusammenhalt der Gemeinschaft bei. Der EuGH wird hier seiner Rolle als Verfassungsgericht der Gemeinschaft gerecht.“¹²⁰

V. Ausblick – finanzielle Auswirkungen als Kriterium einer Entscheidungsfolgenabschätzung?

Vor allem der Schlussantrag von Generalanwalt *Tizzano* in der Rechtssache *Meilicke* hat zum Teil heftige Kritik im deutschen Schrifttum hervorgerufen: Die Haushaltsbelastung sei letztlich nicht nachgewiesen worden und unterfalle zudem dem Amtsermittlungsgrundsatz vor dem EuGH.¹²¹ Auch seien die Würdigungen zum Vertrauenstatbestand verfehlt. Dabei handelt es sich letztlich wohl um unterschiedliche Wahrnehmungen von Vorträgen in der mündlichen Verhandlung, teilweise auch um hier nicht zu verhandelnde Tatfragen. Von größerem Gewicht könnte der Einwand sein, in dem Parallelverfahren *Manninen*¹²² habe der Gerichtshof bei der Unvereinbarerklärung einer der deutschen Regelung sehr ähnlichen Ausgestaltung des finnischen Körperschaftsteuersystems keine Beschränkung der Rückwirkung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit angeordnet. Sofern dabei darauf abgestellt wird, dass nach ständiger Rechtsprechung die Beschränkung nur vom EuGH selbst angeordnet werden könne, greifen entgegen der Kritik entsprechende Einwände ins Leere.¹²³ Die hier relevante Entscheidung steht noch aus, in den Entscheidungen *Verkooijen* und *Manninen* konnte für die zeitliche Dimension der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des deutschen Körperschaftsteueranrechnungsverfahrens nichts ausgesagt werden, da es sich prozessual um ein anderes Verfahren handelt. Die Verfahren besitzen – bei aller Ähnlichkeit zwischen dem ehemaligen finnischen und dem ehemaligen deutschen Körperschaft-

119 (Fn. 2), S. 49 unter Rückgriff auf einen Satz aus BVerfGE 4, 157, 170.

120 (Fn. 87), S. 391; ganz ähnlich jetzt *Schwarze* (Fn. 2), S. 3465.

121 *Thömmes* (Fn. 3), S. 1091 f.; *Meilicke* (Fn. 3), S. 2658 f.; *Sedemund* (Fn. 3), S. 815.

122 EuGH, Rs. C-319/02, Slg. 2004, I-2000 = DB 2004, 2023 ff.; dazu etwa *Schnittger*, FR 2004, S. 1357 ff.

123 Vgl. – insoweit verfehlt – *Thömmes* (Fn. 3), S. 1090.

steueranrechnungsverfahren – unterschiedliche „Streitgegenstände“.¹²⁴ Von Gewicht ist jedoch der Einwand der materiellrechtlichen Ungleichbehandlung unterschiedlicher Mitgliedstaaten (hier: Finnlands und Deutschlands), denn EuGH-Entscheidungen dürfen beim Abstellen von Diskriminierungen grundsätzlich nicht neue Diskriminierungen hervorrufen.¹²⁵ Zu bedenken ist allerdings, dass die Rückabwicklung ohnehin nach nationalem Steuerverfahrensrecht erfolgt und damit bei ähnlichem materiellen mitgliedstaatlichen Recht, auf das sich die unterschiedene Frage der Auslegung von Gemeinschaftsrecht bezieht, in Grenzen durchaus unterschiedliche Rückwirkungsbeschränkungen möglich sind.

Ein wesentlicher, bisher nicht ausgeschöpfter Gesichtspunkt bei diesen im Ausgangspunkt steuerlichen Verfahren ist die Finanzbelastung der Mitgliedstaaten durch die Entscheidung, die neben den großen administrativen Schwierigkeiten durch die Rückabwicklung zahlloser Fälle eines der beiden Kriterien für eine Einschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen darstellt. Ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs ist hier, dass die finanziellen Folgen *allein* kein Grund für den Ausschluss der Rückwirkung einer Gerichtsentscheidung sein können.¹²⁶ Der Gerichtshof hat den Ausnahmecharakter der Einschränkung der Rückwirkung stets hochgehalten. Die entsprechende Passage in den Entscheidungen *Blaizot* und *Legros* lautet: „Bei der Entscheidung darüber, ob die Tragweite eines Urteils zu begrenzen ist, muss berücksichtigt werden, dass zwar bei allen gerichtlichen Entscheidungen deren praktische Auswirkungen sorgfältig zu erwägen sind, dass dies aber nicht soweit gehen darf, dass die Objektivität des Rechts gebeugt und seine zukünftige Anwendung unterbunden wird, nur weil eine Gerichtsentscheidung für die Vergangenheit gewisse Auswirkungen haben kann.“¹²⁷ Das ist im Schrifttum mit dem Argument unterstützt worden, andernfalls würde der besonders gravierende Gemeinschaftsrechtsverstoß privilegiert. Andererseits sind mit der sozialrechtlichen Instrumentalisierung der Unionsbürgerschaft und der darauf beruhenden Freizügigkeit¹²⁸ sowie mit der Überprüfung ganzer steuerrechtlicher Normenkomplexe, vorzugsweise des jeweiligen nationalen Unternehmens- und Außensteuerrechts¹²⁹ ganz neue, bisher kaum zu erwartende Entschei-

124 Vgl. im Ansatz dazu auch *Kokott/Henze* (Fn. 2), S. 181 ff. Der „Streitgegenstand“ ist im Vorabentscheidungsverfahren wenig untersucht und schwer zu bestimmen; in jedem Fall wird er im Auslegungsverfahren durch die Vorlagefrage (mit-)bestimmt: Zwar darf der EuGH nicht unmittelbar über die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Norm mit Gemeinschaftsrecht judizieren, sondern er legt lediglich Gemeinschaftsrecht aus; diese Auslegung dürfte jedoch schon logisch nicht ohne Berücksichtigung problembestimmender nationaler Vorschriften möglich sein.

125 *Thömmes* (Fn. 3), S. 1091; *Meilicke* (Fn. 3), S. 2659; *Kokott/Henze* (Fn. 2), S. 182.

126 Vgl. nur EuGH, Rs. C-307/97 (*Saint Gobain*), Slg. 1999, I-6161, Rn. 51; EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 52; EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), JZ 2005, S. 1160, Rn. 68; EuGH, Rs. C-168/01 (*Bosal Holding*), Rn. 42; *Kokott/Henze* (Fn. 2), S. 180.

127 EuGH, Rs. 24/86 (*Blaizot*), Slg. 1988, 379, Rn. 28, 30; EuGH, Rs. C-163/90 (*Legros*), Slg. 1990, I-4625, Rn. 30.

128 Vgl. bereits früh *Hailbronner*, EuZW 1991, S. 171 ff.; jetzt *Schwarze* (Fn. 2), S. 3463 f.

129 Vgl. nur *Schön*, ISIR 2004, S. 289 ff.; *Fischer*, FR 2005, S. 457 ff.; *Ahmann*, DSIZ 2005, S. 75 ff.; *Wunderlich/Albath*, DSIZ 2005, S. 547 ff.; *Wieland*, Der Europäische Gerichtshof als Steuergesetzgeber? in: FS Zuleeg, 2005, S. 492 ff.

dungsfolgen finanzieller Art für die Mitgliedstaaten verbunden. *Schwarze* hat zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die Mitgliedstaaten für die Zukunft die zum Gemeinschaftsrechtsverstoß führenden Diskriminierungen ohne weiteres werden abstellen können; so werde auch ein Wertungswiderspruch vermieden, dass die Gemeinschaftsrechtsetzung (auch eine solche zur Korrektur einer solchen Rechtsprechung) in Steuerfragen an das Einstimmigkeitsprinzip gebunden ist.¹³⁰ Eine schnelle Reaktion in Form von Harmonisierungsprojekten ist im Europa der 25 im Bereich der Steuern nicht zu erwarten und womöglich auch gar nicht sinnvoll.¹³¹ Für Steuerzahlungen in der Vergangenheit ist die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Koordination zwischen der Periodizität der Steuererhebung und der staatlichen Haushaltswirtschaft in das dreipolige Rechtsverhältnis Steuerbürger-Mitgliedstaat-EG zu transponieren. Sofern hier Grenzen für eine Rückabwicklung im mitgliedstaatlichen Kontext bestehen, muss dies erst Recht für Einwirkungen der supranationalen Ebene gelten. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Gemeinschaft über das Eigenmittelsystem an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten partizipiert.¹³² Für die mitgliedstaatliche Rechtsumstellung sollten daher Übergangsfristen gewährt werden.¹³³ Eine alternative Lösung wurde demgegenüber in Entscheidungen mit sozialrechtlichem Hintergrund gewählt: Die Einschränkung von Grundfreiheiten durch krankensicherungsrechtliche Regelungen könne dann (vorübergehend) hingenommen werden, sofern im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung eine ernsthafte Störung des finanziellen Gleichgewichts dieses Sozialversicherungssystems zu erwarten sei.¹³⁴ Hier erscheint es integrationspolitisch sinnvoller, die finanziellen Auswirkungen in engen, noch näher zu konturierenden Grenzen beim Entscheidungsfolgenausspruch zu berücksichtigen und die Integrität des materiellen Gemeinschaftsrechts insofern unangetastet zu lassen. Nicht nur aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive dürfte das der schonendere Ausgleich sein. Es stellt sich noch die Frage der Konkretisierung, letztlich der Quantifizierung der relevanten mitgliedstaatlichen Haushaltsbelastung.¹³⁵ Dass hierbei stets ein dezisionistisches Element von Rechtsprechung erhalten bleiben wird und einer abschließenden Rationalisierung Grenzen setzt, liegt auf der Hand. Eine Parallele zu einem ähnlichen Wertungsproblem im nationalen Kontext liegt jedoch nahe: Nach ständiger Rechtsprechung der meisten Landesverfassungsgerichte besteht eine Finanzrelevanz eines Volksbegehrens oder Volksentscheids mit der Folge der Unzulässigkeit dieses direkt-demokratischen Instruments dann, wenn die fi-

130 (Fn. 2), S. 3465.

131 Vgl. nur *Wunderlich/Albath* (Fn. 129), S. 552.

132 Vgl. *Wieland* (Fn. 129), S. 500 f.

133 *Schwarze* (Fn. 2), S. 3464; *Wunderlich/Albath* (Fn. 129), S. 552.

134 EuGH, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473, Rn. 74 ff., 108; EuGH, Rs. C-385/99 (Müller-Fauré), Slg. 2003, I-4509, Rn. 72 ff., 104 ff.

135 Vgl. zum Problem der Quantifizierung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen in zwei anderen Zusammenhängen *Vogel/Waldhoff* (Fn. 49), Rn. 79, 637.

nanzielle Auswirkung „auf den Gesamtbestand des Haushalts Einfluss nehmen würde, demnach das Gleichgewicht des gesamten Haushalts stören ... würde“.¹³⁶ In der Rechtsache *Bidar* wurden die mit 66 Millionen britischen Pfund geschätzten Auswirkungen einer Erstreckung der dort streitgegenständlichen verbilligten Studiendarlehen auf Unionsbürger nachvollziehbar als nicht ausreichend erachtet.¹³⁷ Die Milliardenkonsequenzen der beiden Ausgangsfälle erlauben andere Wertungen.¹³⁸ Den Mitgliedstaaten obliegt hier die Darlegungslast, bloße unsubstantiierte Behauptungen dürfen nicht ausreichen.¹³⁹

Die heikelsten Punkte der Ausgangsfälle sind die Einschränkungen des Individualrechtsschutzes, d.h. die Einschränkungen der Urteilswirkungen auch für Personen, die Rechtsmittel ergriffen haben. Das kann pauschal – wie in *Banca popolare di Cremona* vom Generalanwalt vorgeschlagen – kaum richtig sein, würde doch die individualschützende Seite des Vorabentscheidungsverfahrens beschädigt und die Indienstnahme des Unionsbürgers zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts erschwert.¹⁴⁰ Hier zeigt sich erneut die oben herausgearbeitete unterschiedliche Auswirkung von „Rückwirkung“ auf die letztlich individualzentrierte Rechtsschutzfunktion einerseits und die darüber hinausweisenden „normativen“ Funktionen von Rechtsprechung andererseits. Erwägenswert erscheinen Mechanismen, um sog. Ankündigungseffekte zu begrenzen. Auf der Ebene des materiellen Rechts hat das Bundesverfassungsgericht im sog. Schiffsabschreibungsfall im Zusammenhang mit der Billigung der Rückwirkung eines materiellen Steuergesetzes entsprechende Lösungen akzeptiert. Leitsatz 2 dieser Entscheidung von 1997 lautet: „Dem Steuerpflichtigen darf nach Ankündigung des Wegfalls einer für verfehlt erachteten [Verschonungs-]Subvention verwehrt werden, die Gestaltungskompetenz und den Gestaltungswillen des Gesetzgebers zu unterlaufen, wenn dieser die Steuervergünstigung für Verträge entfallen lassen will, die zwischen dem Bekanntwerden der beabsichtigten Gesetzesänderung und deren Beschluss durch den Gesetzgeber geschlossen worden sind, deren steuererheblicher Vollzug aber erst nach dem Gesetzesbeschluss zu erwarten ist.“¹⁴¹ Den Rechtsbehelfsführer des Ausgangsverfahrens darf eine solche Einschränkung nicht betreffen; Trittbrettfahrer könnten bei richtiger Bestimmung des Zeitpunkts so jedoch herausgefiltert werden. Diese ersten Ansätze mögen verdeutlicht haben, dass eine kontrollierte und maßvolle Folgenorientierung¹⁴² auch in der Rechtsprechungstätigkeit des EuGH sinnvoll und möglich ist.

136 Vgl. BayVerfGHE 29, 244, 267 ff.; insgesamt dazu m.w.N. Waldhoff, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland-Schweiz, 1997, S. 161; ders., Finanzwirtschaftliche Entscheidungen in der Demokratie, in: Bertschi u.a. (Hrsg.), Freiheit und Demokratie, 1999, S. 181 ff.

137 EuGH, Rs. C-209/03, JZ 2005, 1160, Rn. 64 ff.

138 Vgl. allerdings EuGH, Rs. C-200/90 (Dansk Denkavit und Poulsen Trading), Slg. 1992, I-2217, Rn. 20 ff., wo 7 Mrd. ECU in Bezug auf Dänemark (!) als nicht ausreichend angesehen wurden.

139 Kokott/Henze (Fn. 2), S. 182.

140 Näher Kokott/Henze (Fn. 2), S. 182.

141 BVerfGE 97, 67.

142 Vgl. dazu grundsätzlich und insgesamt Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995.