

Der Gerichtshof und die europäische Gesellschaft der Verfassungsinterpreten

Christoph Krenn

I. Einführung	1169
II. Normbefund: Art. 19 EUV	1175
1. Das Gerichtssystem der Union, Abs. 1	1175
2. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“, Abs. 1	1177
3. Gesellschaftliche Einbettung, Abs. 2	1183
4. Grenzen des Auftrags, Abs. 3	1185
III. Verfassungstheorie: Zwei Funktionen der pluralen Struktur des Gerichtssystems	1186
1. Die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs	1187
2. Der Gerichtsverbund	1189
IV. Dogmatische Strukturen	1192
1. Der Gerichtshof in der europäischen Gesellschaft	1192
2. Gerichtsverbund I: Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen	1208
3. Gerichtsverbund II: Rechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten	1218
V. Ausblick	1227

I. Einführung

Art. 19 Abs. 1 EUV formuliert einen anspruchsvollen Auftrag: Der Gerichtshof „sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.“ Um diesen Auftrag zu erfüllen, ist es notwendig, Rechtsbehelfe und Verfahren bereitzustellen, die eine effektive Kontrolle ermöglichen. Weder die Mitgliedstaaten noch die Unionsorgane sind, so das Urteil *Les Verts*, „der Kontrolle darüber entzogen [...], ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft [heute: der Union], dem Vertrag, stehen.“¹ Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ verlangt darüber hinaus, dass der Gerichtshof eine Auslegung der Verträge und des Sekundärrechts entwickelt, die in 27 Mitgliedstaaten einheitlich Anwendung finden kann.²

Der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV begleitet den Gerichtshof seit der ersten Stunde. Er war bereits im Vertrag über die Europäische Gemein-

1 EuGH, Urteil v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – *Les Verts/Parlament*.

2 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 174 – *Beitritt der EU zur EMRK II*.

schaft für Kohle und Stahl enthalten.³ Historisch betrachtet waren die institutionellen Rahmenbedingungen zu seiner Umsetzung jedoch nicht günstig. Die Nichtigkeitsklage des EWG-Vertrags war zwar am französischen Verwaltungsprozessrecht angelehnt, erlaubte aber nur eine eingeschränkte Kontrolle des Handelns der Organe.⁴ Zur Kontrolle der Mitgliedstaaten war das wenig effektive Vertragsverletzungsverfahren vorgesehen.⁵ Und in organisatorischer Hinsicht stand der Gerichtshof in der Tradition eines internationalen Gerichts, in dem die Richterinnen und Richter die Mitgliedstaaten mit diplomatischem Geschick repräsentieren und ihre Interessen vertreten. Auf die Entwicklung des Rechts einer politischen Gemeinschaft war er nicht ausgelegt.⁶

Es lag in vielerlei Hinsicht am Gerichtshof selbst, die Kompetenzen, Verfahren und eine interne Organisationsstruktur zu entwickeln, um dem Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV nachzukommen. Natürlich gab es wichtige Änderungen, die durch Vertragsänderung erfolgten, z.B. die Schaffung des Gerichts, das dem Gerichtshof im Jahr 1988 zur Seite gestellt wurde, oder die Möglichkeit, im Vertragsverletzungsverfahren Sanktionen zu verhängen (Art. 260 Abs. 2 und 3 AEUV). Gleichwohl: Aus methodischer Sicht ist das Gerichtssystem der Union ein herausragendes Beispiel eines „*constitutional mainstreaming*“.⁷ Im Verlauf der vergangenen sechzig Jahre hat der Gerichtshof die im AEUV enthaltenen Klagearten so ausgelegt, dass sie ein „umfassendes Rechtsschutzsystem“⁸ bilden und sein Organisations- und Verfahrensrecht das darauf ausgerichtet, Akzeptanz für sein Fallrecht zu generieren. Auch wenn die Befolgung seiner Urteile nicht immer gelingt; die sozialwissenschaftliche Forschung stellt dem Gerichtshof grundsätzlich ein gutes Zeugnis bei der Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV aus.⁹

3 Art. 31 EGKS-Vertrag; zum Wandel des Verständnisses dieser Bestimmung näher unten, II.2.

4 Zum Vergleich mit dem *Conseil d'État Jean L'Huillier*, Une conquête du droit administratif français, D. Chron. 13 (1953), 63–66.

5 Karen Alter, Establishing the Supremacy of European Law, Oxford: Oxford University Press 2001, 15 f.

6 Christoph Krenn, The Procedural and Organisational Law of the European Court of Justice, Cambridge: Cambridge University Press 2022, 26–39.

7 von Bogdandy/Bast, in diesem Band, III.

8 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

9 Übersicht über die Literatur bei Alec Stone Sweet, The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance, Living Reviews in European Governance 5 (2010).

Was ist das Geheimnis dieses Erfolgs? Der Schlüssel, darüber besteht weitgehend Einigkeit, liegt in der Entwicklung eines europäischen Gerichtssystems, in das eine Vielzahl von Akteuren eingebunden ist.¹⁰ Art. 19 EUV formuliert nicht nur den Auftrag des Gerichtshofs „zur Sicherung der Wahrung des Rechts“, sondern fasst auch die Struktur dieses Gerichtssystems. Zum einen sind die mitgliedstaatlichen Gerichte heute ein integraler Bestandteil, das betont Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV. Die nationalen Gerichte beteiligen sich an der Kontrolle des Unionshandelns. Aber vor allem fördern sie die volle Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten und schließen Rechtsschutzlücken der Nichtigkeitsklage und des Vertragsverletzungsverfahrens.¹¹

Darüber hinaus bindet der Gerichtshof all jene in seine Arbeit ein, die für die Akzeptanz und Durchsetzung seiner Urteile von besonderer Bedeutung sind. Insbesondere die Kommission und die mitgliedstaatlichen Regierungen sind „*compliance partner*“ (Karen Alter) des Gerichtshofs.¹² Auch dieses enge Verhältnis findet Niederschlag in Art. 19 EUV. So versteht Art. 19 Abs. 2 EUV die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs als einen Prozess, der von den Regierungen der Mitgliedstaaten geprägt wird.¹³ Auch in die Verfahren vor dem Gerichtshof sind die Mitgliedstaaten besonders intensiv eingebunden.¹⁴ In wichtigen Verfahren der Großen Kammer nehmen heute regelmäßig zahlreiche Mitgliedstaaten teil, indem sie Stellungnahmen übermitteln und in der mündlichen Verhandlung ihre Rechtsansicht vortragen.¹⁵ Das erlaubt es, ein Fallrecht zu entwickeln, das auf Widerspruch reagiert und in den Mitgliedstaaten verstanden und angewandt wird. Andere überstaatliche Gerichte, etwa der EGMR, blicken neidisch auf diese Beteiligungsstruktur, die sie als zentral für die Wirksamkeit des Unionsrechts ausgemacht haben.¹⁶

10 Grundlegend *Joseph H.H. Weiler*, A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors, *Comp. Polit. Stud.* 26 (1994), 510–534.

11 *Koen Lenaerts*, The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union, *CML Rev.* 44 (2007), 1625–1659.

12 *Karen Alter*, *The New Terrain of International Law*, Princeton: Princeton University Press 2014, 53.

13 Näher unten, II.3. und IV.1.a.

14 Das hat *Eric Stein* schon früh beschrieben in *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *AJIL* 75 (1981), 1–27.

15 Näher unten, IV.1.b.

16 Copenhagen Declaration on the Reform of the European Convention on Human Rights System, 2018, Rn. 34: „Encouraging the States Parties, as well as other stakeholders, to participate in relevant proceedings before the Court, stating their views

Dieser Beitrag wird zeigen, wie der Gerichtshof seine Kompetenzen und Verfahren auf die Erfüllung des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV ausgerichtet hat. Die zunehmende Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte und der „*compliance partner*“ des Gerichtshofs ist ein Erfolgsgeheimnis für die Umsetzung des Auftrags „zur Sicherung der Wahrung des Rechts“. In der Konzeption dieses Bandes veranschaulicht der Beitrag damit die strukturbildende Funktion des Art. 19 EUV.

Der Beitrag zielt jedoch auch darauf, dem Gerichtssystem der Union einen unionsverfassungsrechtlichen Maßstab voranzustellen und es daran kritisch zu prüfen. Seine plurale Struktur ist ein Schlüssel zur Wirksamkeit des Unionsrechts und damit zur Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips des Art. 2 EUV.¹⁷ Man kann sie aber zugleich auch als demokratische Legitimationsressource betrachten. Diese Perspektive ist bislang weniger entwickelt.¹⁸ Sie ist beim heutigen Stand des Unionsrechts jedoch besonders wichtig. Wie bei nationalen Verfassungs- und Höchstgerichten ist die demokratische Legitimation auch für den Gerichtshof ein zentrales Thema, das ihn spätestens seit den 1980er Jahren begleitet.¹⁹ Eine funktionale Rechtfertigung seiner Arbeit, mit dem Verweis auf die Rolle als „Motor der Integration“, genügt beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts nicht mehr. Wie der Gerichtshof das Recht im Lichte der Werte des Art. 2 EUV auslegt und fortentwickelt, ist eine offene Gemeinwohlfrage, deren Antwort demokratischer Legitimation bedarf.²⁰

Eine demokratische Perspektive auf den Gerichtshof kann bei seinen Auslegungsmethoden ansetzen und danach fragen, ob der Gerichtshof seine Urteile transparent, dialogisch und bürgernah begründet.²¹ Dieser Beitrag wählt einen anderen Zugang und konzentriert sich auf verfahrens- und

and positions, can provide a means for strengthening the authority and effectiveness of the Convention system.“

17 Grundlegend aus rechtssoziologischer Perspektive Antoine Vauchez, *Brokering Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

18 Frühe Ansätze bei Carol Harlow, *Towards a Theory of Access for the European Court of Justice*, YBEL 12 (1992), 213–248; ausführlich Krenn (Fn. 6), 20–24, 102–154.

19 Prägend für die Diskussion war Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht: Nijhoff 1986.

20 Zur veränderten Legitimationsstruktur der Union Bast/von Bogdandy, in diesem Band, IV.

21 Mit diesem Ansatz Mitchell de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial Deliberations*, Oxford: Oxford University Press 2009; allgemein zur Methodenkritik am EuGH Mark Dawson, *How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, ELJ 20 (2014), 423–435.

organisationsrechtliche Fragen. Hier zielt eine demokratische Perspektive darauf, zu fragen, wie es gelingt, all jene in das unionale Gerichtssystem einzubinden, die von den Entscheidungen des Gerichtshofs betroffen sind. Natürlich kann eine demokratische Einbindung oft nur stark vermittelt geschehen. Als Höchstgericht der Union, das die europäische Grundordnung auslegt, erstreckt sich die Betroffenheit auf die europäische Gesellschaft insgesamt. Aus Sicht einer Unionsbürgerin gestaltet sich eine vermittelte demokratische Einbindung etwa über eine Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs, an der Parlamentarierinnen und Parlamentarier teilnehmen und die transparent verläuft, oder über die Teilnahme einer NGO am Verfahren, die ihre Interessen und politischen Präferenzen vertritt, oder auch über ein nationales Verfassungsgericht, das im Rahmen einer Vorlage zur Vorabentscheidung eine Rechtsansicht einbringt, welche die Überzeugungen einer Unionsbürgerin reflektiert.

Entsprechend misst dieser Beitrag Regelungen, die den Gerichtshof zur europäischen Gesellschaft öffnen, etwa die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs oder die Beteiligungsrechte, neben ihrem Beitrag zur Wirksamkeit des Unionsrechts auch an den demokratischen Prinzipien des EUV. Gleiches gilt für die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte. Neben der vollen Anwendung des Unionsrechts und dem lückenlosen Rechtsschutz dient sie auch der demokratischen Legitimation des Gerichtssystems der Union. Auch wenn der Gerichtshof das Auslegungs- und Verwerfungsmonopol innehat,²² bringen die mitgliedstaatlichen Gerichte, insbesondere die Höchst- und Verfassungsgerichte, das jeweilige nationale Prozessrecht mit seinen Traditionsbeständen und ihre Rechtsansicht, imprägniert mit den Wertungen der jeweiligen Rechtsordnung, in die Arbeit des Gerichtshofs ein. Auch das kann als ein Element der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs verstanden werden.²³

Die These dieses Beitrags lautet, dass der pluralen Struktur des Gerichtssystems der Union heute eine doppelte Funktion zukommt: Sie dient der Erfüllung des Verfassungsauftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV und der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs. Das verändert, *mit wem* der Gerichtshof spricht und *wie* er mit seinen Gesprächspartnerinnen und -partnern interagiert. Der überschaubare Kreis der „*compliance partner*“ (ordentliche mitgliedstaatliche Gerichte, Kommission, Regierungen der

22 EuGH, Urteil v. 22.10.1987, Rs. 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Rn. 15 – *Foto-Frost*.

23 Zur Repräsentationsfunktion von Verfassungsgerichten vgl. *Pierre Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, Hamburg: Hamburger Edition 2016.

Mitgliedstaaten) wird zunehmend erweitert (etwa auf Verfassungs- und Höchstgerichte, Parlamente und zivilgesellschaftliche Organisationen). Dabei geht es nicht mehr nur darum, die „*compliance partner*“ des Gerichtshofs von seiner Auslegung des Unionsrechts zu überzeugen, damit diese umgesetzt wird, sondern auch darum, die Pluralität der Rechtsauffassungen in Europa in das Gerichtssystem der Union einzuspeisen.

In Anlehnung an *Peter Häberle* kann man entsprechend von einer im Entstehen begriffenen „europäischen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ sprechen.²⁴ *Häberle* hat mit Blick auf das Prozessrecht des Bundesverfassungsgerichts eine Vielfalt von Akteuren beobachtet, die unterschiedliche Interpretationen der Verfassung in die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts einbringen. Er hat diese Beobachtung normativ gewendet und als Demokratisierung der Verfassungsauslegung gedeutet. *Häberles* Konzeption wurde prominent rezipiert,²⁵ sie hat jedoch gerade aus der deutschen Staatsrechtslehre viel Widerspruch erfahren.²⁶ Eine demokratische Öffnung eines Gerichts, so die Kritik, geht immer auch zu Lasten seiner Funktion der „Sicherung der Wahrung des Rechts“. Darauf wird am Ende dieses Beitrags (V.) zurückzukommen sein.

Der Aufbau des Beitrags folgt der in diesem Band vorgesehenen Gliederung. Abschnitt II. stellt Art. 19 EUV als *die* grundlegende Norm über die unionale Gerichtsbarkeit vor. Sie konstituiert das aus dem Unionsorgan „Gerichtshof“ und den mitgliedstaatlichen Gerichten bestehende Gerichtssystem der Union und stattet es mit einem rechtsstaatlichen Auftrag aus. Zugleich lassen sich Art. 19 Abs. 2 und 3 EUV so verstehen, dass der Gerichtshof bei der Erfüllung dieses Auftrags eingebettet in die europäische Gesellschaft agiert. Abschnitt III. vertieft die plurale Struktur des Gerichtssystems der Union verfassungstheoretisch und verankert sie primärrechtlich. Dabei wird gezeigt, dass die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs und die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte sowohl der Verwirklichung des rechtsstaatlichen Auftrags nach Art. 19 Abs. 1 EUV als auch der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs dienen soll. Vor diesem Hintergrund präsentiert Abschnitt IV. dogmatische Kerngebiete anhand der

24 *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 30 (1975), 297–305.

25 Aufgenommen etwa von *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998, 276; zur Rezeptionsgeschichte *Michaela Hailbrunner*, We the Experts, Der Staat 53 (2014), 425–444 (431 f.).

26 Vgl. etwa *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, 2089–2099 (2093 f.).

Frage, wie es gelingt, die „Sicherung der Wahrung des Rechts“ und die demokratische Legitimation des Gerichtshofs gleichermaßen sicherzustellen. Zunächst geht es um Fragen der Gerichtsorganisation, namentlich der Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs, der Beteiligungs- und Interventionsrechte und der Urteilsfindung. Anschließend um den Rechtsschutz im Verbund gegenüber der Union und gegenüber den Mitgliedstaaten.

II. Normbefund: Art. 19 EUV

Im Zuge der Ausarbeitung des Vertrags von Lissabon wurde Art. 19 EUV in Dokumenten des Europäischen Rats als Teil eines „Überblicks über das institutionelle System“²⁷ beschrieben. Ein flüchtiger Blick auf Art. 19 EUV mag diesen Eindruck bestärken. Es geht um den institutionellen Aufbau (Abs. 1), um zentrale Bestimmungen zur Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs (Abs. 2) und um die wichtigsten Verfahrensarten (Abs. 3). Betrachtet man Art. 19 EUV jedoch als Element des Grundlagenteils der Verträge²⁸ und berücksichtigt die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 19 EUV, ergibt sich ein anderes Bild. Art. 19 EUV muss dann als *die* grundlegende Norm über die europäische Gerichtsbarkeit verstanden werden, die eine anleitende Rolle für die Auslegung der Bestimmungen des AEUV zum Gerichtshof (Art. 251–281 AEUV), der Satzung und der Verfahrensordnungen von EuGH und EuG spielt. Art. 19 EUV konstituiert das Gerichtssystem der Union bestehend aus dem Gerichtshof und den mitgliedstaatlichen Gerichten (1.) und stattet es mit einem Auftrag aus (2.). Er gibt Hinweise darauf, wie die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs zu verstehen ist (3.) und gibt Auskunft über die Grenzen seines Auftrags (4.).

1. Das Gerichtssystem der Union, Abs. 1

Art. 19 Abs. 1 EUV regelt zunächst, welche Institutionen zur Unionsgerichtsbarkeit zu zählen sind. Abs. 1 UAbs. 1 nennt den Gerichtshof der Union. Der Begriff „Gerichtshof“ ist doppelt belegt: er meint zum einen das Organ im Sinne des Art. 13 Abs. 1 EUV und zum anderen den obersten Spruchkörper dieses Organs.

27 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 21./22.6.2007, 11177/1/07, S. 18.

28 Zum Grundlagenteil der Verträge *von Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.2.

Das Organ „Gerichtshof“ umfasst gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 EUV den Gerichtshof (EuGH), das Gericht (EuG) und Fachgerichte, die für Entscheidungen im ersten Rechtszug in besonderen Sachgebieten eingerichtet werden können. Nach Auflösung des bislang einzigen Fachgerichts, des Gerichts für den öffentlichen Dienst, dessen Funktionen im September 2016 auf das EuG übergegangen sind, gibt es zurzeit kein Fachgericht. Die zuletzt erfolgte Aufstockung des EuG auf 54 Richterinnen und Richter hat die Arbeitskapazität insgesamt erhöht. Die Einrichtung von Fachgerichten ist damit auf absehbare Zeit unwahrscheinlich.

Die jüngst erfolgte Verlagerung der Zuständigkeit für Vorlagen zur Vorabentscheidung in ausgewählten Bereichen auf das EuG markiert einen neuen Abschnitt in der Ausdifferenzierung des Organs „Gerichtshof“.²⁹ Die Arbeitsteilung zwischen EuGH und EuG wird mit dieser Reform auch abseits der Nichtigkeitsklage entlang einer verfassungsrechtlichen Logik akzentuiert: Der EuGH ist nun im Bereich des Vorabentscheidungsverfahrens vermehrt nur mehr für die konstitutionellen Grundsatzfragen zuständig, das EuG regelt das tägliche Geschäft des Unionsrechts.³⁰

Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, der durch den Vertrag von Lissabon ins Primärrecht eingefügt wurde, spricht die Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte in der Unionsrechtsordnung an. Er hält fest, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist. Die mitgliedstaatlichen Gerichte zählen demnach, nun auch vertraglich ausdrücklich ausgewiesen, zur Unionsgerichtsbarkeit.³¹ Der EuGH bezeichnet die mitgliedstaatlichen Gerichte schon lange als „ordentliche Unionsgerichte“ bzw. als „Richter über das gemeinsame Recht in der Unionsrechtsordnung“.³² Den Zusammenschluss von Unions- und mitgliedstaatlichen Gerichten begreift er als „Gerichtssystem der Union“.³³ Mitgliedstaatliche Gerichte

29 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABl. L 2024/2019.

30 Zu den Details der Reform und ihrer grundlegenden Bedeutung für die verfassungsgerichtliche Rolle des EuGH vgl. *Daniel Sarmiento*, On the Road to a Constitutional Court of the European Union: The Court of Justice After the Transfer of the Preliminary Reference Jurisdiction to the General Court, CYELP 19 (2023), VII–XVII.

31 Zum Innovationspotential des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV bereits *Sacha Prechal*, National Courts in EU Judicial Structures, YBEL 25 (2006), 429–450 (430).

32 EuGH, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, ECLI:EU:C:2011:123, Rn. 80 – *Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems*.

33 EuGH, Urteil v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 43 – *Achmea*.

spiegeln diese Begrifflichkeit. Das Bundesverfassungsgericht etwa nützt den Begriff „Rechtsprechungsverbund“.³⁴

2. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“, Abs. 1

Art. 19 EUV Abs. 1 EUV stellt diesem Gerichtssystem der Union, bestehend aus dem Organ „Gerichtshof“ und den mitgliedstaatlichen Gerichten, einen Auftrag voran: Es sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ ist Teil der ältesten Schicht des Unionsrechts.³⁵ Er war bereits im EGKS-Vertrag enthalten und stand dort einleitend als erste Bestimmung im Kapitel über den Gerichtshof. Er wurde seitdem in den Verträgen mit minimaler Variation fortgeschrieben,³⁶ und zuletzt in Art. 19 EUV integriert. Nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 EUV gilt dieser Auftrag nur für den Gerichtshof. Der EuGH hat jedoch festgehalten, dass es sich um einen Auftrag handelt, den der Gerichtshof mit den mitgliedstaatlichen Gerichten teilt.³⁷

Das Verständnis dieses Auftrags hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Die historische Forschung zur EGKS legt nahe, dass er ursprünglich unterschiedliche Vorstellungen über die Rolle der überstaatlichen Gerichtsbarkeit auf einen Begriff bringen sollte.³⁸ Besonders wichtig waren deutsche Erwartungen zum Rechtsschutz für Unternehmen und Privatpersonen, die an Art. 19 Abs. 4 GG angelehnt waren, und belgische und holländische Wünsche nach einem besonders starken Rechtsschutz für die Mitgliedstaaten. Zugleich gab es Stimmen, gerade von französischer Seite, die eine zurückhaltenden Rechtskontrolle einmahnten, um die Arbeit der neuen überstaatlichen Institutionen, insbesondere der Hohen Behörde, der Vor-

34 BVerfGE 140, 317 (Rn. 44) – *Europäischer Haftbefehl II*; 154, 17 (Rn. 111) – *PSPP*.

35 Zur Entwicklung *Timo Tohidipur*, Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU, Baden-Baden: Nomos 2007, 71–88.

36 Art. 31 EGKS-Vertrag: „Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages und der Durchführungsvorschriften.“; Art. 164 EWG-Vertrag: „Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages.“ Art. 220 Abs. 1 EG-Vertrag (in der Fassung von Nizza): „Der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz sichern im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags.“

37 EuGH, Gutachten 1/09 (Fn. 32), Rn. 66.

38 *Anne Boerger-De Smedt*, Negotiating the Foundations of European Law, 1950–57, *Contemp. Eur. Hist.* 21 (2012), 339–356.

läuferin der Kommission, nicht zu beschneiden. Der Auftrag der frühen Unionsgerichtsbarkeit wurde entsprechend in erster Linie als Schutz der Mitgliedstaaten vor der neuen überstaatlichen Hoheitsgewalt verstanden, ohne ihr Wirken zu stark einzuschränken.³⁹

Zunehmend hat der Gerichtshof sein Verständnis vom Auftrag „zur Sicherung der Wahrung des Rechts“ erweitert. In den 1960er Jahren, als das europäische Projekt ins Stocken geriet, ging es vermehrt darum, nicht nur die Unionsorgane, sondern auch die Mitgliedstaaten an die Ziele und Vorgaben der Verträge zu binden.⁴⁰ Mit der zunehmenden Reichweite und Eingriffsintensität des Unionsrechts und unter dem Druck mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte bekam der Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen ab den 1970er Jahren verstärkte Bedeutung.⁴¹ Der Gerichtshof begreift den Auftrag aus Art. 19 Abs. 1 EUV heute als einen umfassenden Auftrag zur Rechtskontrolle, der die Union und die Mitgliedstaaten gleichermaßen umfasst. Das Urteil *Les Verts* aus dem Jahr 1986 steht nach wie vor für diese Grundausrichtung: „[W]eder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane [sind] der Kontrolle darüber entzogen [...], ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen.“⁴²

Dieses umfassende Verständnis vom Auftrag des Gerichtssystems der Union teilen heute auch die Vertragsgeberinnen und Vertragsgeber. Der Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ wurde im Verfassungskonvent intensiv diskutiert. Dabei gab es Vorstöße, die Formel zu ändern. So hatte der Entwurf des Konvents vorgesehen, „Sicherung der Wahrung des Rechts“ zu „Gewährleistung der Achtung des Rechts“ abzuändern.⁴³ Der schlussendlich vom Europäischen Rat zur Ratifikation vorgelegte Verfassungsvertrag stellte die alte Formel wieder her.⁴⁴ Es ist als Bestätigung

39 Eva Drewes, *Entstehen und Entwicklung des Rechtsschutzes vor den Gerichten der Europäischen Gemeinschaften am Beispiel der Nichtigkeitsklage*, Berlin: Duncker & Humblot 2000, 61.

40 Hans-Jürgen Schlochauer, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor*, in: Ernst von Caemmerer/Hans-Jürgen Schlochauer/Ernst Stein-dorff (Hrsg.), *Probleme des europäischen Rechts: Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, Frankfurt a.M.: Klostermann 1966, 431–452.

41 Allan Rosas, *Five Years of Charter Case Law*, in: Sybe de Vries/Ulf Bernitz/Stephen Weatherill (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Oxford: Hart 2015, 11–20 (13).

42 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

43 Art. 28 Abs. 1 des Konventsentwurfs, 18.7.2003, CONV 850/03.

44 Art. I-29 des Verfassungsvertrags.

des weit gefassten Auftrags des EuGH zu sehen, dass die Mitgliedstaaten auf Kontinuität setzen und das verbindlichere Sichern (statt Gewährleisten) und das aktivere Wahren (statt Achten) beibehielten.⁴⁵

Art. 19 EUV hat eine besondere Nähe zum unionalen Verfassungskern.⁴⁶ Der EuGH hat die Bestimmung zuletzt im Kontext der Rechtsstaatlichkeitskrise ausdrücklich als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips des Art. 2 EUV ausgewiesen.⁴⁷ Er konnte dabei auf eine eingespielte Begrifflichkeit zurückgreifen. Im europarechtlichen Schrifttum, gerade im deutschsprachigen, hat die rechtsstaatliche Deutung des unionalen Gerichtssystems schon lange ihren festen Platz.⁴⁸ Sie reicht bis in die EGKS zurück.⁴⁹ In der Rechtsprechung spielte das Rechtsstaatsprinzip gleichwohl lange eine untergeordnete Rolle.⁵⁰ Obwohl der Vertrag von Amsterdam 1997 das Prinzip an prominenter Stelle im Primärrecht verankert hatte,⁵¹ stellte der EuGH erst 2007 eine ausdrückliche Verbindung zwischen Rechtsstaatsprinzip und dem Gerichtssystem der Union her.⁵² Mittlerweile gehört das Prinzip zum Begriffsschatz wichtiger Urteile. Seit 2018 hat es der Gerichtshof in 31 Urteilen genannt.⁵³

45 Die Änderung durch den Konvent wurde nicht in allen Sprachversionen sichtbar. In der französischen („assure le respect du droit“) und der spanischen („garantizará el respeto del Derecho“) Version beispielsweise gab es keine Änderungen zwischen Konventsentwurf und Verfassungsvertrag.

46 Zu diesem Konzept von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.1.

47 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 32 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

48 Etwa *Manfred Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 47 (1994), 545–549 (546).

49 Diskursprägend *Carl-Friedrich Ophüls*, Juristische Grundgedanken des Schumanplans, NJW 4 (1951), 289–292; zur Bedeutung von Ophüls Text: *Franz C. Mayer*, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft – ein überholtes Narrativ?, in: *Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer* (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas, Baden-Baden: Nomos 2019, 111–130 (113–115).

50 Ausführlich zur Rechtsprechung vor dem Vertrag von Lissabon *Claus Dieter Classen*, Rechtsstaatlichkeit als Primärrechtsgebot in der Europäischen Union, EuR 43 (2008), 7–21 (11–21).

51 Zur Entwicklung *Laurent Pech*, The Rule of Law, in: *Paul Craig/Gráinne de Búrca* (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2021, 307–338 (309–318).

52 EuGH, Urteil v. 27.2.2007, Rs. C-354/04 P, ECLI:EU:C:2007:115, Rn. 51 – *Gestoras Pro Amnistía u.a./Rat*; Urteil v. 27.2.2007, Rs. C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116, Rn. 51 – *Segi u.a./Rat*.

53 Stand: 1. August 2023.

Der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV steht nicht nur in engem Zusammenhang mit Art. 2 EUV, sondern auch mit der Verwirklichung einer „immer engeren Union der Völker Europas“ (Art. 1 Abs. 2 EUV). Der Integrationsgedanke ist Teil des unverbrüchlichen Selbstverständnisses des Gerichtshofs, das seit Generationen von Richterinnen und Generalanwälten weitergegeben wird.⁵⁴ Beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts ist er jedoch nicht mehr im Sinne einer Ausweitung von Unionskompetenzen zu verstehen. Ebenso wenig steht die „immer engere Union“ für ein Projekt, das auf die Schaffung eines europäischen Bundesstaates zielt.⁵⁵ Es geht um die Verwirklichung von Verfassungsprinzipien, allen voran das Rechtsstaatsprinzip.

Der Verfassungsauftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV steht an der Spitze einer Vielzahl weiterer Regelungen zum Gerichtshof: Art. 251 bis 281 AEUV, die Satzung des Gerichtshofs und die Verfahrensordnungen von EuGH und EuG. Sie sind im Lichte dieses Auftrags auszulegen. Dogmatisch vermittelt wird dies durch zwei Prinzipien, die, textlich etwas versteckt, ebenfalls in Art. 19 Abs. 1 EUV zu finden sind. Sie gehören zu den wichtigsten Prinzipien des Unionsrechts, die zahlreiche Rechtsfortbildungen getragen haben: Das Prinzip der Rechtsunion hat der Gerichtshof aus dem Auftrag zur Sicherung der Wahrung des Rechts (Abs. 1 UAbs. 1) abgeleitet,⁵⁶ das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unparteiischen Gericht sieht er in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV enthalten.⁵⁷

Das Prinzip der Rechtsunion trägt die weite Auslegung der Zuständigkeiten des Gerichtshofs.⁵⁸ Aus ihm leitet der Gerichtshof den Gedanken ab, dass ihm eine Zuständigkeit für die Kontrolle des Unionshandelns nur dann fehlt, wenn in den Verträgen ausdrückliche Ausnahmen niedergelegt sind. Diese Ausnahmen wiederum sind eng auszulegen.⁵⁹ Das Prinzip der Rechtsunion hat in vielen grundlegenden Entscheidungen eine weite Auslegung der Zuständigkeiten des Gerichtshofs getragen: vom Urteil *Les*

54 Zu den Mechanismen *Antoine Vauchez*, Keeping the Dream Alive, EPSR 4 (2012), 51–71.

55 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.3.

56 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

57 EuGH, *ASJP* (Fn. 47), Rn. 35.

58 *Jürgen Bast*, § 41 Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht, in: Stefan Leible/Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 3: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2021, 1625–1645 (1632).

59 Pointiert GA *Bobek*, Schlussanträge v. 3.12.2020, Rs. C-650/18, ECLI:EU:C:2020:985, Rn. 33–37 – *Ungarn/Europäisches Parlament*.

*Verts*⁶⁰ bis zu jüngsten Entscheidungen zur Zuständigkeit im Bereich der GASP.⁶¹ Die andauernde Relevanz des Prinzips zeigt sich in Zahlen. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist die Zahl der Bezugnahmen auf das Prinzip der Rechtsunion gestiegen. Waren es bis dahin neun Urteile, so wird seit dem Jahr 2009 in 19 Urteilen unmittelbar darauf Bezug genommen.⁶² Alle bis auf eines dieser Urteile wurden von der Großen Kammer erlassen.⁶³

Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unparteiischen Gericht ist gleich mehrfach im Primärrecht verankert. Es hat vor allem gegenüber den mitgliedstaatlichen Prozessordnungen eine strukturbildende Funktion.⁶⁴ Als allgemeiner Rechtsgrundsatz hat es der Gerichtshof bereits 1986 aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK abgeleitet.⁶⁵ Der Vertrag von Lissabon hat mit Art. 47 Abs. 1 GRC und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV diesen Grundsatz gleich an zwei Stellen prominent festgeschrieben.⁶⁶ Der Gerichtshof sieht im allgemeinen Rechtsgrundsatz und den beiden Vertragsbestimmungen das inhaltlich selbe Grundrecht verkörpert.⁶⁷ Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf verlangt einen wirksamen Rechtsbehelf nicht nur bei einer behaupteten Verletzung der „Rechte oder Freiheiten“ der Charta, sondern in Bezug auf jede subjektive unionale Rechtsposition, auch solche, die im Sekundärrecht nur implizit enthalten sind.⁶⁸ Das ist ein wesentlich weiteres Verständnis als in Art. 13 EMRK, der nur bei einer gerügten Verletzung der in der EMRK anerkannten Rechte greift. In jüngster Zeit nützt der Gerichtshof den im Vergleich zu Art. 47 GRC weiter gefassten Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV („Bereiche des Unionsrechts“), um unabhängig von einem konkreten unionsrechtlichen Anwendungsfall institutionell-or-

60 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

61 Dazu *Ley*, in diesem Band, IV.3.b.

62 Stand: 1. August 2023.

63 EuGH, Urteil der 3. Kammer v. 14.6.2012, Rs. C-533/10, ECLI:EU:C:2012:347, Rn. 30 – *CIVAD*.

64 *Marek Saffjan/Dominik Düsterhaus*, A Union of Effective Judicial Protection, YBEL 33 (2014), 3–40.

65 EuGH, Urteil v. 15.5.1986, Rs. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, Rn. 18 – *Johnston*.

66 *Matteo Bonelli*, Effective Judicial Protection in EU Law: An Evolving Principle of a Constitutional Nature, REALaw 12 (2019), 35–62.

67 EuGH, *ASJP* (Fn. 47), Rn. 35.

68 Diese Rechte können sich auch erst aus Kontext und Ziel eines Sekundärrechtsakts ergeben, zuletzt EuGH, Urteil v. 2.6.2022, Rs. C-353/20, ECLI:EU:C:2022:423, Rn. 38 – *Skeyes*.

organisatorische Vorgaben für die mitgliedstaatliche Justizorganisation zu machen, gerade in Hinblick auf die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte.⁶⁹

Das Prinzip der Rechtsunion und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht sind im normativen Aufbau der Verträge besonders wichtig, weil sie es erlauben, über den Weg der Vertragsauslegung das unionale und mitgliedstaatliche Prozessrecht fortzuentwickeln und Rechtsschutzlücken zu schließen. Der Abschnitt des AEUV, der den Gerichtshof betrifft, umfasst 31 Artikel. Hinzu kommt die in Primärrechtsrang stehende Satzung des Gerichtshofs, Protokoll Nr. 3 zum Vertrag von Lissabon. Im Vergleich zu den anderen Organen ist der primärrechtliche Regelungsumfang außergewöhnlich. Dazu genügt ein Blick auf den AEUV: Parlament (zwölf Artikel), Kommission und Rat (jeweils sieben Artikel), Rechnungshof und EZB (jeweils drei Artikel) und Europäischer Rat (zwei Artikel) sind im AEUV weit gröber umrissen. Die Dichte primärrechtlicher Vorgaben zum Gerichtshof führt dazu, dass Klagearten und Zulässigkeitsvoraussetzungen im Detail im AEUV geregelt sind. Die „grundlagenteilkonforme Auslegung“⁷⁰ des Primärrechts ist somit eine methodische Schlüsselfigur zur Sicherung eines kohärenten und leistungsfähigen EU-Prozessrechts.

Die normative Dichte primärrechtlicher Regelungen wird dadurch relativiert, dass die Satzung des Gerichtshofs seit dem Vertrag von Lissabon in weiten Teilen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren abgeändert werden kann (Art. 281 Abs. 2 AEUV). Ausgenommen sind Titel 1 der Satzung, der den Status der EuGH-Mitglieder (Aufnahme der Tätigkeit, Beendigung, grundlegende Dienstpflichten) regelt, und die Bestimmungen zur Sprachenfrage (Art. 64 der Satzung). Die Initiative zu einer Änderung liegt beim Gerichtshof oder der Kommission. Das schützt die richterliche Unabhängigkeit. Die Einbindung des Parlaments bei Änderungen der Satzung stärkt die demokratische Legitimität europäischer Justizreformen und führt zu öffentlich sichtbaren Grundsatzdebatten über die europäische Gerichtsbarkeit.⁷¹ Satzungsänderungen betreffen jedoch vor allem organisations- und verfahrensrechtliche Fragen. Für grundlegende Änderungen der Kompetenzen des Gerichtshofs bedarf es einer Änderung des AEUV.

69 EuGH, *ASJP* (Fn. 47), Rn. 40; dazu unten, IV.3.b.

70 Dazu von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.2.

71 Mit Beispielen aus jüngster Zeit *Kieran Bradley*, *The European Parliament and the European Court*, in: Emmanuel Guinchard/Marie-Pierre Granger (Hrsg.), *The New EU Judiciary*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2018, 240–254 (253).

3. Gesellschaftliche Einbettung, Abs. 2

Auch wenn Gerichte unabhängige Institutionen sind, entscheiden sie niemals isoliert, sondern sind eingebettet in gesellschaftliche Zusammenhänge. Eine Reihe von Bestimmungen in den Verträgen regeln die Einbettung des Gerichtshofs in die europäische Gesellschaft, etwa Bestimmungen zur Beteiligung am Verfahren (Art. 23 und 40 der Satzung) oder zur Transparenz (Art. 15 AEUV). Auch Art. 19 Abs. 2 EUV zählt zu diesen Regeln. Er enthält grundlegende Aussagen zur Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs und komplementiert und akzentuiert Art. 253-255 AEUV, die das Auswahlverfahren im Detail regeln.

Aufgrund des Charakters als Teil einer Grundlagenbestimmung des Vertrags lassen sich aus Art. 19 Abs. 2 EUV weiterführende Gedanken zur gesellschaftlichen Einbettung des Gerichtshofs entnehmen. Erstens lässt sich an Art. 19 Abs. 2 EUV der Anspruch auf eine starke gesellschaftliche Einbettung festmachen. Das zeigt sich insbesondere durch die Möglichkeit der unbeschränkten Wiederwahl der EuGH-Mitglieder nach sechsjähriger Amtszeit, die in Art. 19 Abs. 2 EUV angesprochen wird. Diese Regelung erlaubt den Mitgliedstaaten, welche die Mitglieder des Gerichtshofs „im gegenseitigen Einvernehmen“ ernennen, in relativ kurzen Abständen Mitglieder des Gerichtshofs auszutauschen oder im Amt zu bestätigen.

Im Rechtsvergleich ist die Wiederbestellung von Höchststrichterinnen und Höchstrichtern die Ausnahme. Die Schweiz, wo die demokratische Legitimation der Gerichte ein besonderes Gewicht hat, kennt eine vergleichbare Regelung der Amtszeit der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts.⁷² Im Zuge von Vertragsänderungen, zuletzt im Verfassungskonvent, wurde die Möglichkeit der Wiederernennung der Mitglieder des Gerichtshofs intensiv diskutiert. Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten, aber auch der Gerichtshof selbst, waren der Meinung, dass das bestehende System gut funktioniere.⁷³

Aus Sicht der richterlichen Unabhängigkeit ist die Regel nicht unproblematisch. Sie steht in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV. Die Unabhängigkeit des Gerichtshofs ist eine Grundvo-

72 Vgl. Giovanni Biaggini, § 105 Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber (Hrsg.), IPE Bd. VI, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg: C.F. Müller 2016, 573–638 (603).

73 European Convention, Final Report of the Discussion Circle on the Court of Justice, CONV 636/03, 25.3.2003, 3.

raussetzung für die Erfüllung seines rechtsstaatlichen Auftrags. Es kommt somit auf die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeit zur Wiederwahl an. Gefahren für die Unabhängigkeit des Gerichtshofs werden zurzeit dadurch entschärft, dass die Veröffentlichung abweichender Meinungen nicht zugelassen ist.⁷⁴ Das erschwert die Zurechnung konkreter Rechtsauffassungen zu einzelnen Mitgliedern des Gerichtshofs. Hinzu kommt das Einstimmigkeitserfordernis unter den Regierungen der Mitgliedstaaten bei der Bestellung und die effektive Kontrolltätigkeit des Expertenausschusses zur Richterauswahl, der in Art. 255 AEUV vorgesehen ist.⁷⁵

Zweitens deutet Art. 19 Abs. 2 EUV auf die besondere Bedeutung der Mitgliedstaaten bei der gesellschaftlichen Einbettung des Gerichtshofs hin. Gemäß Art. 19 Abs. 2 EUV stellt jeder Mitgliedstaat eine Richterin oder einen Richter am EuGH und zumindest eine Richterin oder einen Richter am EuG. Dieses Prinzip ist ausschließlich in der Grundlagenbestimmung des Art. 19 EUV und nicht in den Bestimmungen des AEUV zur Richterauswahl enthalten. Zudem erfolgt die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs nicht durch den Rat oder den Europäischen Rat, sondern durch die „Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten“. Das betont die besondere Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Bestellung der Mitglieder des Gerichtshofs. Entscheidungen der „Regierungen der Mitgliedstaaten“ sind grundsätzlich vor den Unionsgerichten nicht nachprüfbar, ein Prinzip, das der Gerichtshof zuletzt in Bezug auf die vorzeitige Beendigung des Mandats der britischen Generalanwältin *Sharpston* durch die Mitgliedstaaten im Zuge des EU-Austritts des Vereinigten Königreichs bestätigt hat.⁷⁶ Die Regelung zum Gerichtshof steht damit in Kontrast zu Bestellverfahren anderer unabhängiger Unionsorgane, etwa des Direktoriums der EZB (Art. 283 Abs. 2 AEUV) oder des Rechnungshofs (Art. 286 Abs. 2 AEUV), bei denen der Europäische Rat bzw. der Rat entscheiden. Ihre Entscheidungen sind gemäß Art. 263 Abs. 1 AEUV gerichtlich nachprüfbar.

Eine Legitimationstheorie des Gerichtshofs lässt sich aus Art. 19 Abs. 2 EUV alleine nicht begründen. Auch wenn die Mitgliedstaaten für die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs eine besonders wichtige Rolle spielen, kann diese Bestimmung nicht so gelesen werden, dass der Gerichtshof sich institutionell in erster Linie über die Mitgliedstaaten legitimiert. Art. 19

74 Unten, IV.1.c.

75 Unten, IV.1.a.

76 EuGH, Beschluss v. 16.6.2021, Rs. C-684/20 P, ECLI:EU:C:2021:486 – *Sharpston/Rat und Conférence des Représentants des Gouvernements des États membres*.

Abs. 2 EUV ist vor dem Hintergrund des unionalen Verfassungskerns auszulegen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass gemäß Art. 1 Abs. 2 EUV Entscheidungen aller Unionsorgane, einschließlich des Gerichtshofs, „möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden.“ Das spricht für eine weitgehende Transparenz, gerade was das Handeln der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Organisation des Gerichtshofs betrifft. Zum anderen soll die gesellschaftliche Einbettung des EuGH in den Strukturen des unionalen Demokratieprinzips erfolgen. Nach den demokratischen Prinzipien der Verträge beruht unionale Hoheitsgewalt auf dem dualen Legitimationskonzept des Art. 10 EUV. Demnach sind nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch das Europäische Parlament als Repräsentationsorgan der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie die Zivilgesellschaft (Art. 11 Abs. 2 EUV) einzubinden. Das besondere Gewicht der Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 2 EUV wird somit durch die demokratischen Prinzipien des EUV zwar nicht ausgehebelt, aber doch relativiert.

4. Grenzen des Auftrags, Abs. 3

Gemäß Art. 19 Abs. 3 EUV entscheidet der Gerichtshof nach Maßgabe der Verträge und in den in den Verträgen vorgesehen Verfahren. Exemplarisch nennt Art. 19 Abs. 3 EUV die in der Praxis bedeutendsten Verfahren, nämlich die Nichtigkeitsklage und das Vorabentscheidungsverfahren. Art. 19 Abs. 3 EUV gibt somit einen Überblick über die wichtigsten Verfahrensarten. Gleichzeitig unterstreicht er die Grenzen des Auftrags des Gerichtshofs: Der Gerichtshof wird nur im Rahmen der Verbandskompetenzen der EU und seiner Organkompetenzen tätig (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 EUV).

Art. 19 Abs. 3 EUV betont die Antragsabhängigkeit richterlicher Tätigkeit. Der Gerichtshof wird tätig, wenn er angerufen wird, insbesondere durch Mitgliedstaaten, Unionsorgane oder natürliche und juristische Personen (Art. 263 AEUV), auf Initiative oder nach Einschaltung der Kommission (Art. 258 und 259 AEUV), oder durch ein mitgliedstaatliches Gericht (Art. 267 AEUV).

Die Antragsabhängigkeit unterstreicht die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs. Die inhaltliche Ausgestaltung der Ziele und Kompetenzzuweisungen der Union liegt bei Parlament und Rat, sie formulieren das „Recht“ im Sinne des Art. 19 EUV. Dem Gerichtshof obliegt die nachträgliche Kontrolle. Das „Recht“ im Sinne des Art. 19 Abs. 1 EUV ist zudem keine vorgegebene Größe, die der Gerichtshof „erkennt“. Die Bedeutung

des Unionsverfassungsrechts und des Sekundärrechts wird durch eine Vielzahl von Institutionen in den durch die Verträge vorgesehenen Verfahren erarbeitet.⁷⁷ Die besondere Rolle des Gerichtshofs im Kreis der Interpretinnen und Interpreten liegt darin, dass er das letzte Wort bei Fragen der Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts hat.

Eine weitere Grenze des Auftrags lässt sich aus der Formulierung des Art. 19 Abs. 1 EUV („bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“) entnehmen. Der Gerichtshof entscheidet über die Auslegung und Gültigkeit des Unionsrechts und nicht über die Auslegung und Gültigkeit mitgliedstaatlichen Rechts.⁷⁸ Er steht im Gerichtssystem der Union damit nicht als Obergericht über den mitgliedstaatlichen Gerichten.

III. Verfassungstheorie: Zwei Funktionen der pluralen Struktur des Gerichtssystems

Anhand von Art. 19 EUV haben wir ein Bild des Auftrags und der pluralen Struktur des Gerichtssystems der Union gewonnen: Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV bezieht die mitgliedstaatlichen Gerichte in das unionale Gerichtssystem ein. Art. 19 Abs. 2 und 3 EUV betonen die Bedeutung der gesellschaftlichen Einbettung des Gerichtshofs. Der folgende Abschnitt vertieft die zentrale These dieses Beitrags verfassungstheoretisch und verankert sie primärrechtlich. Sowohl die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs (1.) als auch die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte (2.) soll zwei Funktionen dienen. Zum einen unterstützt sie die Wirksamkeit des Unionsrechts und damit die Verwirklichung des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV. Zum anderen dient sie der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs, indem sie die Ansichten und Interessen der von seinen Entscheidungen Betroffenen in die Entscheidungsfindung des Gerichtshofs einspeist.

77 Franz C. Mayer, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 82. EL, München: C.H. Beck 2024, Art. 19 EUV, Rn. 25.

78 EuGH, Urteil v. 7.11.1991, Rs. C-313/89, ECLI:EU:C:1991:415, Rn. 10 – *Kommission/Spanien*; zu den jüngsten Entwicklungen Michael Dougan, *The Primacy of Union Law Over Incompatible National Measures*, CML Rev. 59 (2022), 1301–1332.

1. Die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs

Die gesellschaftliche Einbettung von Gerichten kann aus den Perspektiven der Wirksamkeit des Rechts oder der demokratischen Legitimation betrachtet werden. Die zwei Perspektiven bedingen unterschiedliche Verständnisse, mit wem und wie Gerichte mit ihrer Umwelt interagieren. Das soll zunächst anhand der widerstreitenden Entwürfe zweier zentraler Theorien der deutschsprachigen politischen Theorie und Rechtstheorie näher erläutert werden: der Systemtheorie *Niklas Luhmanns* und der Diskurstheorie *Jürgen Habermas*'.

Diese beiden Theorien weisen Gerichten unterschiedliche Funktionen zu. In einem systemtheoretischen Verständnis haben Gerichte die Aufgabe, durch ihre Rechtsauslegung Orientierung und Rechtssicherheit jenseits des Einzelfalls zu garantieren.⁷⁹ *Luhmann* würde vom Gerichtshof verlangen, dass er den Auftrag zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ in Art. 19 Abs. 1 EUV bestmöglich umsetzt. Ihm geht es primär darum, dass Gerichtsentscheidungen befolgt und angewandt werden. Ob sie gerecht sind, steht nicht im Mittelpunkt.⁸⁰ Auch für *Jürgen Habermas* ist die rechtsstaatliche, Rechtssicherheit generierende Rolle wichtig. Gerichte, insbesondere Höchstgerichte, müssen jedoch das Recht auch so auslegen, dass es den Interessen und Überzeugungen der Rechtsunterworfenen entspricht.⁸¹ Für *Habermas* haben Gerichte auch eine genuin demokratische Funktion.⁸² Entsprechend verschieden ist der Blick der beiden Theorien auf die gesellschaftliche Einbettung von Gerichten.

Für *Luhmann* geht es um zweierlei. Erstens gilt es, jene Akteure in die Organisation eines Gerichts und seine Verfahren einzubinden, die für die Akzeptanz und Durchsetzung von Gerichtsentscheidungen besonders relevant sind. Die aktive Mitwirkung am Verfahren erhöht die Wahrscheinlichkeit der Befolgung und erschwert es, ein Urteil als falsch darzustellen.⁸³ Das ist eine zentrale Erkenntnis *Luhmanns*, die auch durch jüngere sozialwis-

79 *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 145.

80 *Ders.*, *Legitimation durch Verfahren*, 10. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2017 [1969], 123.

81 *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1998, 263 f.

82 Ausführlich *Christopher Zurn*, *Discourse Theory of Law*, in: Barbara Fultner (Hrsg.), *Discourse Theory of Law: Key Concepts*, London: Routledge 2011, 156–173 (166–171).

83 *Luhmann* (Fn. 80), 115.

senschaftliche Forschung belegt wird.⁸⁴ Wendet man diesen Gedanken auf den Gerichtshof an, so zeigt sich, dass er seine „*compliance partner*“⁸⁵ gut wählt. Die mitgliedstaatlichen Regierungen und die nationalen Gerichte sorgen für die Umsetzung der Entscheidungen bzw. können diese unterlaufen. Zweitens ist nach *Luhmann* die Politisierung eines Gerichts zu vermeiden, es hat schnell und konsistent zu entscheiden. Auch wenn umstrittene Entscheidungen getroffen werden, gilt es, die Kontingenz richterlichen Entscheidens möglichst wenig sichtbar zu machen.⁸⁶

Für *Jürgen Habermas* hat die gesellschaftliche Einbettung eines Gerichts auch eine demokratische Funktion.⁸⁷ Die Bindung an das Recht vermittelt nur eine begrenzte demokratische Legitimation. Zu vage und offen sind oft rechtliche Normen, als dass sie die richterliche Arbeit determinieren können. Mit der Erkenntnis der begrenzten Steuerungswirkung des Rechts treten andere, unmittelbarere Formen demokratischer Einwirkung in den Vordergrund. In einer demokratischen Gesellschaft, so *Habermas*, sollen Gerichte das Recht so auslegen, dass es den Überzeugungen der Rechtsunterworfenen entspricht. Dazu beraten Richterinnen und Richter Parteivorbringen in einer Weise, die nach einer Auslegung des Rechts strebt, welche die Prinzipien der Rechtsordnung am besten zur Geltung bringt. In *Habermas* Diskurstheorie ist das Ringen um das beste Argument in einer heterogenen Gruppe von Richterinnen und Richtern, die mit viel Zeit und in einem hierarchiefreien Raum diskutieren, das Ideal.⁸⁸ Dazu müssen Gerichte angebunden an eine kritische Rechtsöffentlichkeit entscheiden, die problematische Grundsatzentscheidungen thematisiert.⁸⁹ Es geht um die offene Darstellung von Auslegungsmöglichkeiten und einen breiten Diskurs um die beste Auslegung des Rechts.

In den Verträgen lassen sich sowohl *Luhmanns* als auch *Habermas'* Konzeption an einer Reihe von Bestimmungen festmachen. Das spricht dafür,

84 Einen Überblick zu dieser Forschung bei *Stefan Machura*, Legitimation durch Verfahren – was bleibt?, *Soziale Systeme* 22 (2017), 331–354. Sozialisierungseffekte werden nicht nur für Privatpersonen, sondern auch für Staatenvertreterinnen und -vertreter im Kontakt mit internationalen Institutionen beobachtet, vgl. *Ryan Goodman/Derek Jinks*, How to Influence States, *Duke L. J.* 54 (2004), 621–704 (655 f.).

85 Vgl. oben (Fn. 12).

86 *Luhmann* (Fn. 80), 36.

87 In der anglo-amerikanischen Theorielandschaft werden ähnliche Ansätze unter dem Stichwort *public law models of litigation* diskutiert, vgl. z.B. *Abram Chayes*, The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harv. L. Rev.* 89 (1975), 1281–1316.

88 *Habermas* (Fn. 81), 283.

89 Ebd., 530.

dass beide zur Geltung zu bringen sind. Die rechtsstaatliche Konzeption wird vor allem von Art. 19 Abs. 1 EUV und dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV gestützt. Sie sind so zentral für die Genese und Struktur des Unionsverfassungsrechts, dass sie *Luhmanns* Konzeption besonders unterstreichen.⁹⁰

Die demokratischen Prinzipien des EUV wiederum tragen die Öffnung des Gerichtshofs, wie sie *Habermas* fordert. Sie sind Teil einer jüngeren Schicht des Primärrechts. Art. 10 Abs. 1 EUV gründet die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie. Trotz Art. 19 Abs. 2 EUV⁹¹ gilt es daher, bei Regelungen, die die Mitwirkung anderer Institutionen an der Organisation und den Verfahren des Gerichtshofs betreffen (etwa Richterauswahl, Beteiligungs- und Interventionsrechte), die duale Legitimationsstruktur zu beachten. Sowohl das Europäische Parlament als Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV) als auch der Rat bzw. die Regierungen der Mitgliedstaaten als Vertreterinnen der europäischen Völker (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV) sind grundsätzlich einzubinden. Zweitens verlangen Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 EUV, die alle Organe und damit auch den Gerichtshof binden, Bürgernähe, Offenheit und den Dialog mit der Zivilgesellschaft. Und drittens gilt es in der Entscheidungsfindung des Gerichtshofs auf eine diskursive Auseinandersetzung, auf eine Suche nach der besten Auslegung des Unionsrechts zu achten.⁹²

2. Der Gerichtsverbund

Wie die gesellschaftliche Einbettung des Gerichtshofs, so erfüllt auch die Integration der mitgliedstaatlichen Gerichte in das Gerichtssystem der Union eine doppelte Funktion. In erster Linie soll sie dazu beitragen, den rechtsstaatlichen Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV zu erfüllen. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 2 EUV streitet für die volle Anwendung des Unionsrechts und mithin für eine Einbindung und Indienstnahme der mitgliedstaatlichen Gerichte, die diesem Ziel förderlich ist. Frühe Schlüsseltexte zum Unionsrecht, gerade aus der *Pescatore*-Schule, haben dieses Ziel vor

⁹⁰ Vgl. oben, II.2.

⁹¹ Vgl. oben, II.3.

⁹² Ausführlich *Armin von Bogdandy/Christoph Krenn*, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 69 (2014), 529–537 (530–532).

Augen. Sie lesen z.B. das Prinzip der nationalen Verfahrensautonomie eng⁹³ oder setzen auf eine möglichst effektive Durchsetzung der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte.⁹⁴

Es gibt jedoch auch eine andere Sichtweise. Sie betont die demokratische Rolle nationaler Gerichte. Autorinnen und Autoren, die verfassungsppluralistisch argumentieren, unterstreichen die eigenständige legitimatorische Bedeutung der mitgliedstaatlichen Gerichte. Sie verstehen etwa die Verfahrensautonomie als Ausdruck des Subsidiaritätsgrundsatzes⁹⁵ und verweisen auf die eigenständige Rolle mitgliedstaatlicher Gerichte bei der Auslegung des Unionsrechts.⁹⁶ Sie können sich auf primärrechtliche Bestimmungen stützen, die für eine eigenständige Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte sprechen. Art. 291 Abs. 1 AEUV etwa enthält den Grundsatz der eigenständigen Durchführung des Unionsrechts. Art. 4 Abs. 2 EUV betont den Schutz der nationalen Identität, deren Artikulation gerade die Höchst- und Verfassungsgerichte leisten können.⁹⁷

Der Begriff „Gerichtsverbund“ hat sich in der deutschsprachigen Debatte etabliert, um rechtsstaatliche und verfassungsppluralistische Perspektiven auf einen Begriff zu bringen.⁹⁸ Im Verbundgedanken, so *Andreas Voßkuhle*, „sind Eigenständigkeit, Rücksichtnahme und Fähigkeit zu gemeinsamem Handeln gleichermaßen angelegt.“⁹⁹ Der Verbundbegriff bringt zum Ausdruck, dass der Gerichtshof und die mitgliedstaatlichen Gerichte gemeinsam zur Erfüllung des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV beitragen. Dazu

93 Mit einem kelsenianischen Zugang zur Unionsrechtsordnung *Constantinos Kakouris*, Do the Member States Possess Procedural „Autonomy“?, CML Rev. 34 (1997), 1389–1412.

94 *Julio Baquero Cruz*, The Preliminary Ruling Procedure: Cornerstone or Broken Atlas?, in: ders., What’s Left of the Law of Integration?, Oxford: Oxford University Press 2018, 53–85 (84).

95 *Daniel Halberstam*, Understanding National Remedies and the Principle of National Procedural Autonomy: A Constitutional Approach, CYELS 23 (2021), 128–158.

96 *Jan Komárek*, Federal Elements in the Community Judicial System, CML Rev. 42 (2005), 9–34.

97 Dazu *Armin von Bogdandy/Stephan Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, ZaöRV 70 (2010), 701–734 (728–733).

98 Begriffsprägend *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 29 (2010), 1–8; mit dem verwandten Begriff des Netzwerks *Koen Lenaerts*, The Court of Justice of the European Union as the Guardian of the Authority of EU Law: A Networking Exercise, in: Wolfgang Heusel/Jean-Philippe Rageade (Hrsg.), The Authority of EU Law, Berlin: Springer 2019, 21–32.

99 *Voßkuhle* (Fn. 98), 3.

wirken sie „arbeitsteilig“¹⁰⁰ zusammen. Der Gerichtshof hat das letzte Wort bei der Prüfung der Gültigkeit und der Auslegung des Unionsrechts.¹⁰¹ Die nationalen Gerichte wiederum wenden unmittelbar anwendbares Unionsrecht an und lassen entgegenstehendes nationales Recht unangewendet.¹⁰²

Zugleich werden die jeweiligen Aufgaben im Verbund und nicht isoliert wahrgenommen. Zwar gilt nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie, dass es, wenn keine harmonisierten Verfahrensregeln vorliegen, Sache des innerstaatlichen Rechts ist, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und Rechtsbehelfe und Verfahrensmodalitäten festzulegen.¹⁰³ Die mitgliedstaatlichen Gerichte tragen so mit ihrem Prozessrecht zu einem vielfältigen europäischen Rechtsschutzsystem bei.¹⁰⁴ Das mitgliedstaatliche Prozessrecht muss jedoch dem europäischen Rechtsschutzauftrag genügen.¹⁰⁵ Den Rahmen bildet in erster Linie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 GRC. Wie dieser Rahmen zu ziehen ist und was er umfasst, sind dogmatische Kernfragen des Gerichtsverbunds, die gerade vor dem Hintergrund problematischer Eingriffe in die Unabhängigkeit der Gerichte in einigen Mitgliedstaaten zuletzt umstritten waren.¹⁰⁶

Auch der Gerichtshof agiert nicht als Solitär, sondern ist bei der Prüfung der Gültigkeit und der Auslegung des Unionsrechts auf die mitgliedstaatlichen Gerichte angewiesen. Um seine Funktion als Hüter europäischer Rechtseinheit wahrnehmen zu können, ist der ständige Austausch mit den mitgliedstaatlichen Gerichten essentiell. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Abgabe von Letztentscheidungsbefugnissen durch die nationale Ebene geht.¹⁰⁷ Dabei ist das Vorabentscheidungsverfahren das Schlüsselverfahren. Es verkoppelt die jeweiligen Ebenen und wird vom Prinzip der

100 *Martin Nettesheim*, Effektive Rechtsschutzgewährleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes, JZ 57 (2002), 928–934.

101 EuGH, *Foto-Frost* (Fn. 22), Rn. 15.

102 EuGH, Urteil v. 9.3.1978, Rs. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 21–23 – *Simmenthal*.

103 EuGH, Urteil v. 16.12.1976, Rs. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5 – *Rewe*.

104 Dazu *Sacha Prechal*, Community Law in National Courts, CML Rev. 35 (1998), 681–706.

105 *Thomas von Danwitz*, § 19 Rechtsschutz in der Europäischen Union, in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR Bd. 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 1061–1110 (1094–1104).

106 Dazu unten, IV.3.

107 *Andreas Voßkuhle/Jakob Schemmel*, § 6 Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: Leible/Terhechte (Fn. 58), 161–181 (165).

loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) strukturiert.¹⁰⁸ Es gibt den mitgliedstaatlichen Gerichte Gelegenheit, ihre jeweilige Rechtsansicht und die spezifischen Prägungen und Verständnisse ihrer jeweiligen Rechtsordnung in die Auslegung und Gültigkeitsprüfung des Unionsrechts einzubringen.¹⁰⁹

IV. Dogmatische Strukturen

Der vorhergehende Abschnitt hat einen Rahmen entworfen, um die plurale Struktur bei der Organisation des Gerichtshofs und dem Rechtsschutz durch das Gerichtssystem der Union zu bewerten. Sowohl die gesellschaftliche Einbettung als auch die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte in das Gerichtssystem der Union sind so zu konzipieren, dass sie der Erfüllung des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV dienen und zugleich zur demokratischen Legitimation des Gerichtshofs beitragen. Der folgende Abschnitt stellt die zentralen dogmatische Strukturen vor diesem Hintergrund dar. Zunächst organisationsrechtliche Fragen (1.), dann die Rechtskontrolle gegenüber der Union (2.) und den Mitgliedstaaten (3.).

1. Der Gerichtshof in der europäischen Gesellschaft

a) Eine(r) von uns: Die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs

Der EuGH besteht aus einem Richter bzw. einer Richterin aus jedem Mitgliedstaat und elf Generalanwältinnen und Generalanwälten. Deutschland, Frankreich, Italien, Polen und Spanien entsenden einen Generalanwalt bzw. eine Generalanwältin. Die verbleibenden sechs Stellen werden abwechselnd von den anderen 22 Mitgliedstaaten besetzt.¹¹⁰ Das EuG besteht aus 54 Richterinnen und Richtern, zwei pro Mitgliedstaat. Die Mitglieder des Gerichtshofs werden von den Regierungen der Mitgliedstaaten „im gegensei-

108 Eindringlich GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 14.1.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:7, Rn. 64 ff. – Gauweiler.

109 Gareth Davies, Interpretative Pluralism as a Solution to Over-Constitutionalisation, *ELJ* 24 (2018), 258–375.

110 Grundlage dafür ist Erklärung Nr. 38 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat.

tigen Einvernehmen¹¹¹ ernannt. Tatsächlich ist es dem jeweiligen Mitgliedstaat überlassen, geeignete Personen auszuwählen.¹¹² Alle Mitgliedstaaten sind am Gerichtshof somit durch aus ihrer Sicht vertrauenswürdige und kompetente Personen vertreten.

Diese Regelung überzeugt aus der Perspektive der Wirksamkeit des Unionsrechts. Sie hilft dem Gerichtshof einzuschätzen, wie Urteile in den Mitgliedstaaten aufgenommen werden. Aus Sicht der Mitgliedstaaten, aber auch der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, stiftet es Vertrauen, wenn klar ist, dass zumindest eine Person an EuGH und EuG die mitgliedstaatliche Position nachvollziehen kann.¹¹³

Der Vertrag von Lissabon hat dem Bestellverfahren ein neues Element hinzugefügt. Seit 2010 ist ein siebenköpfiger Expertenausschuss, der sogenannte Artikel-255-Ausschuss, in die Auswahl eingebunden. Die Aufgabe dieses Ausschusses ist auf den ersten Blick bescheiden. Nach Art. 255 Abs. 1 AEUV gibt er vor einer Ernennung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerberinnen und Bewerber ab.

Obwohl diese Stellungnahmen unverbindlich sind, hat der Ausschuss rasch eine eigenständige und bedeutende Rolle im Auswahlverfahren eingenommen. Zwischen 2010 und 2022 hat er die Nominierungen von 243 Kandidatinnen und Kandidaten geprüft. Davon wurden 28 als ungeeignet befunden. Die meisten negativen Stellungnahmen betrafen Kandidatinnen und Kandidaten für das Gericht, insgesamt bestanden jedoch auch sechs für den Gerichtshof vorgesehene Personen nicht die Prüfung des Ausschusses.¹¹⁴ In allen Fällen, in denen der Ausschuss eine negative Stellungnahme abgegeben hat, wurde die Kandidatur zurückgezogen und eine neue Person vorgeschlagen.¹¹⁵ Der Einfluss des Ausschusses liegt in der Struktur des Bestellverfahrens. Da die Mitgliedstaaten die Mitglieder des Gerichtshofs einstimmig ernennen und die Stellungnahmen des Ausschusses allen Mit-

111 Art. 253 Abs. 1 und Art. 254 Abs. 1 AEUV.

112 *Henri de Waele*, Not Quite the Bed that Procrustes Built, in: Michal Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges*, Oxford: Oxford University Press 2015, 24–50 (49).

113 *Takis Tridimas*, The Court of Justice of the European Union, in: Robert Schütze/Takis Tridimas (Hrsg.), *Oxford Principles of European Union Law*, Bd. 1, Oxford: Oxford University Press 2018, 581–609 (585).

114 Seventh Activity Report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union (25. Februar 2022), 7–10.

115 Ebd., 9.

gliedstaaten zugestellt werden, müssten alle bereit sein, die Bewertung des Ausschusses zu ignorieren – ein unwahrscheinliches Szenario.¹¹⁶

Die Einführung des Artikel-255-Ausschusses ist als Reaktion auf Herausforderungen zu sehen, die im Zuge der Erweiterung der Union um 13 neue Mitgliedstaaten zwischen 2004 und 2013 sichtbarer und drängender wurden. Der Ausschuss hat eine klar rechtsstaatliche Zielsetzung. Vor diesen Erweiterungswellen wurde die Befürchtung geäußert, dass die neuen Mitgliedstaaten Kandidatinnen und Kandidaten auswählen könnten, die weder geeignet noch unabhängig genug wären, um ein europäisches Richteramt zu bekleiden. Das wäre ein Problem für die Arbeitsweise und das Vertrauen mitgliedstaatlicher Gerichte in den Gerichtshof. *Mitchel Lasser* beschreibt die Einrichtung des Ausschusses als bewusste Entscheidung der damaligen EU-15, ihre Gestaltungsfreiheit bei der Auswahl der EuGH-Mitglieder einzuschränken, um eine verstärkte Kontrolle der Auswahlprozesse zu erreichen.¹¹⁷ Auch wenn nicht alle einverstanden waren, Deutschland etwa stand dem Ausschuss ablehnend gegenüber,¹¹⁸ setzte sich die Idee schließlich durch.

Die Einrichtung des Ausschusses hat ein Gegengewicht zu den mitgliedstaatlichen Regierungen aufgebaut. Zugleich hat er die mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit stärker in die Auswahl der EuGH-Mitglieder eingebunden. Empirische Studien zeigen, dass dies das Vertrauen der mitgliedstaatlichen Gerichte in den Gerichtshof und ihre Bereitschaft zur Kooperation stärken.¹¹⁹

Die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit in die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs zeigt sich zunächst an der Zusammensetzung des Ausschusses. Die Ausschussmitglieder, die auf Vorschlag des EuGH-Präsidenten vom Rat ernannt werden, sollen gemäß Art. 255 Abs. 2 AEUV aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, der Mitglieder der höchsten einzelstaatlichen Gerichte und der Juris-

116 *Michal Bobek*, Epilogue, in: ders. (Fn. 112), 279–309 (282).

117 *Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser*, *Judicial Dis-Appointments*, Oxford: Oxford University Press 2020, 44–56.

118 So sprach sich Joschka Fischer als Vertreter der deutschen Regierung im Verfassungskonvent gegen den Artikel-255-Ausschuss aus. Der Ausschuss führe nicht zu einem transparenteren Verfahren, zudem gebe es „auf Grundlage der bisherigen Erfahrungen“ kein Bedürfnis für einen Ausschuss und sein Mandat, ein umfangreiches Gutachten über die Eignung der Kandidatinnen und Kandidaten anzufertigen, greife zudem zu stark in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Eignungsprüfung ein; vgl. *Suggestion for Amendment of Article 224a by Mr Joschka Fischer*.

119 *Juan Mayoral*, In the CJEU Judges Trust, *JCMS* 55 (2017), 551–568.

tinnen und Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung ausgewählt werden, von denen einer vom Europäischen Parlament vorgeschlagen wird. Die sieben Mitglieder des für die Jahre 2022 bis 2026 ernannten Ausschusses sind allesamt erfahrene Richterpersönlichkeiten. Den Vorsitz hat *Allan Rosas*, ehemaliger Richter am EuGH. Hinzukommen *Vassilios Skouris* (ehemals Präsident des EuGH) und *Maria Eugénia Martins de Nazaré Ribeiro* (ehemals Richterin am EuG). Vier der sieben Mitglieder kommen aus der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit: *Frank Clarke* (ehemals Präsident am irischen Supreme Court), *Julia Laffranque* (ehemals Richterin am estnischen Höchstgericht und am EGMR), *Barbara Pořízková* (Vizepräsidentin des tschechischen Obersten Verwaltungsgerichts) und *Silvana Sciarra* (Richterin am italienischen Verfassungsgericht).

Der Ausschuss hat Kriterien entwickelt, die Kandidatinnen und Kandidaten zu erfüllen haben. Gerade aus der Perspektive der mitgliedstaatlichen Gerichte, die mit den Urteilen des Gerichtshofs arbeiten müssen, sind diese Kriterien sinnvoll. Sie setzen Qualitätsmaßstäbe, die in vielen mitgliedstaatlichen Höchstgerichten gelten und damit eine Zusammenarbeit auf Augenhöhe ermöglichen.¹²⁰ Die Kriterien geben Raum für unterschiedliche Profile und Karrierewege. Zugleich entwirft der Ausschuss durch das Abwägen der Kriterien und die Struktur des Auswahlverfahrens das Profil eines Mitglieds des Gerichtshofs, das besonders stark juristische Eignung und Unabhängigkeit betont. Das ideale Mitglied kommt aus der Richterschaft, ist mindestens fünfzig Jahre alt und spricht mehrere Sprachen.¹²¹ In seinen öffentlich einsehbaren Berichten erklärt der Ausschuss nicht, woran einzelne Bewerbungen gescheitert sind. Er hat jedoch erklärt, dass er negative Stellungnahmen insbesondere in Fällen abgegeben hat, in denen es an Berufserfahrung mangelte, die juristischen Fähigkeiten nicht ausreichend schienen oder es Schwächen in der Beherrschung des Unionsrechts gab.¹²²

Der Ausschuss ist jedoch nicht nur eine rechtsstaatliche Errungenschaft. Auch aus der Perspektive der demokratischen Prinzipien des EUV ist die Einführung des Artikel-255-Ausschusses positiv zu sehen. Er stärkt die Verbundstruktur des Gerichtssystems der Union und forciert Kriterien wie Unabhängigkeit und juristische Eignung, die grundlegend sind, um in Urteilsberatungen um die überzeugendste Auslegung des Unionsrechts zu ringen.

120 Zu den Kriterien *Seventh Activity Report* (Fn. 114), 17–20.

121 Näher *Krenn* (Fn. 6), 51–53.

122 *Seventh Activity Report* (Fn. 114), 19 f.

Gleichwohl kann die derzeitige Ausgestaltung der Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs aus demokratischer Perspektive nur bedingt überzeugen. Besonders auffällig ist, dass das Europäische Parlament nur beschränkt in die Auswahl der Mitglieder des Gerichtshofs eingebunden ist. Die duale Legitimationsstruktur des Art. 10 EUV ist im Auswahlverfahren kaum abgebildet.¹²³ Das Parlament nominiert lediglich ein Mitglied des Artikel-255-Ausschusses. Schon kleine Schritte, wie ein ständiger institutioneller Austausch des Artikel-255-Ausschusses mit wichtigen Parlamentsausschüssen, etwa dem Rechtsausschuss oder dem Ausschuss für konstitutionelle Fragen, könnten die Einbindung des Parlaments verbessern. Das Parlament könnte insbesondere wertvolle Unterstützung und parlamentarischen Input bei der Fortentwicklung der Kriterien des Ausschusses liefern.¹²⁴

Ein weiterer wichtiger Punkt bei der demokratischen Bewertung der Richterauswahl ist die Transparenz des Verfahrens. Die Vorauswahl in den Mitgliedstaaten folgt jeweils ihrer eigenen, dem jeweiligen Mitgliedstaat entsprechenden Logik. In der Regel ist sie wenig transparent.¹²⁵ Aber auch über die Arbeit des Ausschusses dringt wenig an die Öffentlichkeit. Einen Überblick über seine Tätigkeit erlangt man zwar durch seine regelmäßigen Berichte, die auf der Webseite des Gerichtshofs veröffentlicht werden. Wenn es um konkrete Entscheidungen und Bewertungen von Personen geht, beschränkt sich die öffentlich zugängliche Information jedoch auf die Bekanntgabe des Namens eines neuen Mitglieds des Gerichtshofs im EU-Amtsblatt. Das schriftliche und mündliche Verfahren vor dem Ausschuss verläuft im Geheimen.¹²⁶

Aus Sicht des Prinzips der Offenheit in Art. 1 Abs. 2 EUV ist das wenig überzeugend. Zwar hat eine Prüfung der Ombudsperson der EU, *Emily O'Reilly*, ergeben, dass die Stellungnahmen des Ausschusses besonders sorgfältig und offen die Stärken und Schwächen der Kandidatinnen und Kandidaten darlegen und dass dies durch eine Veröffentlichung der Stel-

123 Vgl. oben, II.3.

124 Zu diesem und anderen Vorschlägen Krenn (Fn. 6), 107–111.

125 Ein Überblick in *Tomas Dumbrovský/Bilyana Petkova/Marijn Van der Sluis*, Judicial Appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States, CML Rev. 51 (2014), 455–482.

126 Art. 5 und 7 Beschluss des Rates v. 25.2.2010 über die Arbeitsweise des in Artikel 255 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vorgesehenen Ausschusses, ABl. 2010 L 50/18.

lungnahmen beeinträchtigt würde.¹²⁷ Um das Verständnis für den Prozess und das Wissen über Mitglieder des Gerichtshofs zu verbessern, müssen jedoch nicht alle Teile des Ausschussverfahrens öffentlich sein. Im Europarat beispielsweise werden bei der Auswahl der Richterinnen und Richter des EGMR die Bewerbungsunterlagen veröffentlicht. Ein ähnliches Vorgehen in der EU wäre zumindest ein kleiner Schritt, um der Vorgabe des Art. 1 Abs. 2 EUV besser zu genügen.

b) Ein kleiner Kreis und seine Öffnung: Beteiligungs- und Interventionsrechte

Ein herausstechendes Merkmal des unionalen Verfahrensrechts besteht in den umfassenden Beteiligungsrechten, die es einer Reihe von Institutionen und Personen ermöglichen, an Verfahren vor dem Gerichtshof teilzunehmen, auch wenn sie selbst nicht unmittelbar Verfahrenspartei sind. Art. 23 und 40 der EuGH-Satzung legen die Beteiligungsstruktur der Verfahren fest. In Klageverfahren können alle Mitgliedstaaten und die Unionsorgane jedem Streit beitreten. In Vorabentscheidungsverfahren können die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Mitgliedstaaten und die Kommission Schriftsätze einreichen. Nach der jüngsten Reform der Satzung können das Parlament, der Rat und die EZB teilnehmen, wenn sie „ein besonderes Interesse“ an den in einem Vorabentscheidungsverfahren aufgeworfenen Fragen haben.¹²⁸ Einrichtungen oder sonstige Stellen sind gegebenenfalls auch zur Teilnahme berechtigt, aber nur wenn die Gültigkeit oder Auslegung eines von ihnen erlassenen Rechtsakts in Frage steht.

Art. 23 und 40 der Satzung weisen den Mitgliedstaaten und der Kommission damit besonders weitreichende Beteiligungsrechte zu, die außer den entsprechenden Fristen an keine Bedingungen geknüpft sind. Die Kommission hat diese Rechte früh genutzt. Seit 1958 hat sie in jedem Vorabentscheidungsverfahren eine Stellungnahme abgegeben. Auch in Klageverfahren ist sie meistens vertreten. Ein eindruckliches Bild ergibt sich, wenn man die Beteiligung der Kommission in den wichtigsten Verfahren der letzten

127 European Ombudsman, Decision in Case 1955/2017/THH on the Council of the European Union's Refusal to Grant Public Access to Opinions Evaluating the Merits of Candidates for Appointment to the Court of Justice and the General Court of the European Union v. 23.5.2019, Rn. 23.

128 Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung n.F.

zwanzig Jahre betrachtet. In den 789 Verfahren der Großen Kammer des EuGH zwischen 2004 und 2020 war die Kommission lediglich in 21 Fällen *nicht* vertreten. In diesen Ausnahmefällen war zumeist das institutionelle Recht eines anderen EU-Organs Streitgegenstand.¹²⁹

Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit der Teilnahme später für sich entdeckt. Zwischen 1962 und 1965 reichten nur ein Drittel der Mitgliedstaaten Schriftsätze in Vorabentscheidungsverfahren ein, wenn das Vorabentscheidungsersuchen von einem Gericht dieses Mitgliedstaats kam. Hatte ein Gericht aus einem anderen Mitgliedstaat ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet, wurde nur in sechs Prozent der Fälle eine Teilnahme beantragt.¹³⁰ Das ist heute anders. Wiederum lohnt sich der Blick auf die Verfahren der Großen Kammer. Zwischen 2004 und 2020 haben im Schnitt 3,8 Mitgliedstaaten an jedem dieser Verfahren teilgenommen. Dabei gibt es große Unterschiede. Deutschland hat in 37 Prozent dieser Fälle teilgenommen, Malta in weniger als ein Prozent. Das erklärt sich zum Teil aus der Einwohnerzahl und der Zahl der aus diesem Mitgliedstaat kommenden Vorabentscheidungsersuchen. Manche kleineren Staaten sind überdurchschnittlich aktiv. Griechenland hat in 18 Prozent der Verfahren vor der Großen Kammer zwischen 2004 und 2020 teilgenommen, Österreich in 17 Prozent.¹³¹

Wie außergewöhnlich diese rege Beteiligung ist, zeigt sich im Vergleich. Auch am EGMR besteht die Möglichkeit, dass Staaten, die nicht Beschwerdegegner sind, einem Verfahren beitreten. Das geschieht jedoch äußerst selten. Zwischen 1979 und 2016 nahm nur in 64 Beschwerdeverfahren ein Konventionsstaat an einem Verfahren teil, das nicht gegen ihn gerichtet war.¹³² Die Teilnahme vieler Mitgliedstaaten in einem Verfahren unterstützt den Gerichtshof dabei, sich einen Eindruck über akzeptable Entscheidungsoptionen zu verschaffen und Informationen über Hürden bei der Umsetzung seiner Urteile zu sammeln.¹³³ Die Kommission steuert wertvolles Wissen bei, insbesondere aus dem Gesetzgebungsprozess und Ver-

129 Im Detail zu diesen Ausnahmefällen *Krenn* (Fn. 6), 60–61.

130 *Kamiel J.M. Mortelmans*, *Observations in the Cases Governed by Article 177 of the EEC Treaty*, CML Rev. 16 (1979), 557–590 (576 f.).

131 Näher *Krenn* (Fn. 6), 61–63.

132 Das ergibt sich aus der Datensammlung von *Nicole Bürli*, *Third-Party Interventions Before the European Court of Human Rights*, Cambridge: Intersentia 2017, xiii–xlvi.

133 *Olof Larsson/Daniel Naurin*, *Judicial Independence and Political Uncertainty*, IO 70 (2016), 377–408 (389).

tragsverletzungsverfahren.¹³⁴ Die mündliche Verhandlung ist so aufgebaut, dass der Gerichtshof in einen Austausch mit Mitgliedstaaten, Kommission und andere Beteiligten tritt und so ein Gespräch über die Weiterentwicklung des Unionsrechts mit den Akteuren führt, die für seine Anwendung und Umsetzung primär zuständig sind. Art. 61 und 62 der EuGH-Verfahrensordnung, relativ junge verfahrensrechtliche Bestimmungen, geben dem Gerichtshof die Möglichkeit, Verfahrensbeteiligte dazu anzuhalten, sich in ihren Schriftsätzen und Plädoyers auf spezifische Fragen zu konzentrieren und sich untereinander abzustimmen.¹³⁵

Beteiligung versorgt ein Gericht mit wertvollen Informationen, sie trägt aber auch dazu bei, dass Verfahrensbeteiligte durch ihre aktive Mitwirkung das Ergebnis am Ende eher mittragen.¹³⁶ Das Verfahren vor dem Gerichtshof ist so gestaltet, dass den Mitgliedstaaten eine aktive Teilnahme möglichst einfach gemacht wird. Schriftsätze und Plädoyers werden in der jeweiligen Amtssprache eines Mitgliedstaats verfasst bzw. gehalten, Mitgliedstaaten können das schriftliche Verfahren auslassen und nur an der mündlichen Verhandlung teilnehmen,¹³⁷ und jeder Mitgliedstaat, der an einem Verfahren teilnimmt, kann beantragen, dass ein Fall vor der Großen Kammer verhandelt wird.¹³⁸ Die Vertreterinnen und Vertreter der Mitgliedstaaten tragen ihre Erfahrungen am Gerichtshof in die mitgliedstaatlichen Verwaltungen. Dort wurden elaborierte Mechanismen entwickelt, um zu entscheiden, wann ein Mitgliedstaat einem Verfahren beitrifft und welche Konsequenzen aus Urteilen des Gerichtshofs zu ziehen sind.¹³⁹

Die dargestellte Beteiligungsstruktur ist ein wesentlicher Mechanismus zur Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV. Aus Sicht der demokratischen Prinzipien des EUV zeigen sich jedoch zugleich Schwächen. Art. 23 und 40 der Satzung öffnen die Tore des Gerichtshofs für Mitgliedstaaten und Kommission, verschließen sie jedoch für andere.

134 Vgl. *Pierre Pescatore*, Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres, RIDC 32 (1980), 337–359 (348).

135 Dazu *Allan Rosas*, Oral Hearings Before the European Court of Justice, MJ 21 (2014), 596–610 (608).

136 Dazu oben, III.1.

137 Art. 76 Abs. 3 EuGH-VerfO.

138 Art. 16 Abs. 3 Satzung; Art. 60 Abs. 1 EuGH-VerfO.

139 Vergleichend *Marie-Pierre Granger*, Les stratégies contentieuses des États devant la Cour, in: Pascal Mbongo/Antoine Vauchez (Hrsg.), *Dans la fabrique du droit européen*, Brüssel: Bruylant 2009, 53–104.

Aus der Perspektive der dualen Legitimationsstruktur des Art. 10 EUV stach bis vor Kurzem die schwache Stellung des Europäischen Parlaments in Verfahren nach Art. 267 AEUV ins Auge. In Vorabentscheidungsverfahren war das Parlament nur dann zur Beteiligung berechtigt, wenn es um die Auslegung oder Gültigkeit eines von ihm (mit)erlassenen Rechtsakts ging.¹⁴⁰ Das führte dazu, dass es in Verfahren von grundlegender Bedeutung für die Union kein formales Beteiligungsrecht hatte. In der Rs. *Gauweiler* etwa, in der die Grundlagen der europäischen Wirtschafts- und Währungspolitik verhandelt wurden, vertrat Generalanwalt *Cruz Villalón* die Ansicht, dass der Gerichtshof die schriftliche und mündliche Stellungnahme des Parlaments nicht berücksichtigen dürfe. Die Gültigkeit einer Handlung der EZB stehe in Frage, nicht eine Handlung des Parlaments.¹⁴¹ Der Gerichtshof griff das Vorbringen des Generalanwalts nicht auf und ging über die Frage des Beteiligungsrechts des Parlaments hinweg. Im Urteil wird das Parlament als eine der Institutionen geführt, deren Erklärungen vom Gerichtshof berücksichtigt wurden.¹⁴² Die jüngste Reform der Satzung hat die Beteiligungsrechte des Parlaments ausgebaut.¹⁴³ Dieser Ausbau wurde ausdrücklich aus einer demokratischen Perspektive diskutiert.¹⁴⁴ Nun kann sich das Parlament auch dann an Vorabentscheidungsverfahren beteiligen, wenn es den in Frage stehenden Rechtsakt nicht erlassen hat. Voraussetzung ist nach Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung n.F., dass das Parlament „der Auffassung ist“, dass es ein „besonderes Interesse an den mit dem

140 Art. 23 Abs. 2 EuGH-Satzung a.F.

141 GA *Cruz Villalón*, *Gauweiler* (Fn. 108), Rn. 28.

142 EuGH, Urteil v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – *Gauweiler*.

143 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 (Fn. 29).

144 Im Rechtsausschuss des Parlaments, aus dessen Reihen die Initiative zur Änderung stammt, wurde der Ausbau der Beteiligungsrechte des Parlaments mit seiner Repräsentationsfunktion gerechtfertigt: „Als das Organ, das gemäß [Art. 10 Abs. 2 EUV] die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar vertritt, sollte das Europäische Parlament in die Liste der Parteien aufgenommen werden, die gemäß Artikel 23 der Satzung in Vorabentscheidungsverfahren beim Gerichtshof Schriftsätze einreichen oder schriftliche Erklärungen abgeben können, unabhängig davon, ob ein von ihm erlassener Rechtsakt streitig ist.“; Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, Bericht über den Entwurf einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, 27.9.2023, A9-0278/2023, Präambel Nr. 14a. In der schlussendlich erlassenen Verordnung wird die Änderung als Festschreiben der Praxis des Gerichtshofs gerechtfertigt, vgl. Präambel Nr. 25 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 (Fn. 29).

Vorabentscheidungsersuchen aufgeworfenen Fragen“ hat. Dasselbe Recht wurde auch dem Rat und der EZB eingeräumt.¹⁴⁵

Weniger offen ist das Verfahrensrecht weiterhin für andere Akteure, insbesondere zivilgesellschaftliche Organisationen, die als Streithelferinnen dem Verfahren beitreten möchten. Den Trend zur verstärkten Einbindung solcher Akteure als sogenannte *Amici Curiae*, der in europäischen Höchst- und Verfassungsgerichten und dem EGMR zu beobachten ist,¹⁴⁶ vollzieht der EuGH bislang nicht nach. Das „berechtigte Interesse“ am Ausgang des Verfahrens, das gemäß Art. 40 Abs. 2 der Satzung für eine Beteiligung in Klageverfahren bestehen muss, wird als Interesse am Ausgang des Rechtsstreits und nicht an den zu klärenden Rechtsfragen verstanden.¹⁴⁷ Das schließt die Beteiligung von NGOs regelmäßig aus. In Vorabentscheidungsverfahren richten sich die Möglichkeiten zur Teilnahme nach den Regeln des nationalen Gerichts, welches das Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet hat. Streithelferinnen, die vom vorliegenden Gericht zugelassen wurden, dürfen auch am EuGH-Verfahren teilnehmen.¹⁴⁸ Sie werden im Urteilkopf als „Beteiligte“ geführt. Auf diesem Weg konnten eine Reihe von Organisationen, etwa der UNHCR,¹⁴⁹ Amnesty International¹⁵⁰ oder die Global Action in the Interest of Animals,¹⁵¹ an Verfahren teilnehmen. Das passiert jedoch selten. In lediglich 29 von 509 Urteilen der Großen Kammer in Vorabentscheidungsverfahren zwischen 2004 und 2020 war eine Organisation vertreten, die als *Amicus* gesellschaftliche Interessen vertrat, ohne unmittelbar vom Rechtsstreit betroffen zu sein. Das sind 5,7 Prozent dieser Verfahren. Zum Vergleich: Am EGMR haben in den 129

145 Zur EZB vgl. *Bast/Kaiser*, in diesem Band, IV.1.c.

146 Zur Entwicklung *Ulrich Kühne*, *Amicus Curiae*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

147 Vgl. etwa EuGH, Beschluss v. 22.10.2019, Rs. C-174/19 P, ECLI:EU:C:2019:1096, Rn. 6 – *Scandlines/Kommission*.

148 Das gilt nicht, wenn Streithelfer einem nationalen Verfahren nur deshalb beigetreten sind, um am Verfahren vor dem Gerichtshof mitwirken zu können und kein spezifisches Interesse am Ausgang des nationalen Verfahrens besteht; vgl. EuGH, Beschluss vom 16.12.2009, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, ECLI:EU:C:2009:789, Rn. 9 – *Association Premier League*.

149 Z.B. in EuGH, Urteil v. 20.1.2021, Rs. C-255/19, ECLI:EU:C:2021:36 – *O.A.*

150 Z.B. in EuGH, Urteil v. 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 – *N.S.*

151 Z.B. in EuGH, Urteil v. 17.12.2020, Rs. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 – *Centraal Israëlitisch Consistorie*.

wichtigsten Verfahren zwischen 2002 und 2012 *Amici* in 29 Prozent der Fälle teilgenommen.¹⁵²

Viele NGOs, aber auch Vertreterinnen mitgliedstaatlicher Gerichte, haben diese Situation kritisiert.¹⁵³ Sie ist auch aus Sicht der demokratischen Prinzipien des EUV nicht zufriedenstellend und übersieht eine ausdrückliche primärrechtliche Pflicht: Nach Art. 11 Abs. 2 EUV sollen alle Unionsorgane, auch der EuGH, einen „offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog“ mit repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft pflegen.

Will man zivilgesellschaftlichen Organisationen die Beteiligung an Verfahren des Gerichtshofs erleichtern, ist es wichtig, die Herausforderungen einer solchen Öffnung nicht aus dem Blick zu verlieren. Die Erfahrungen des EGMR zeigen, dass nicht alle Eingaben auf verlässlichen Informationen und gesichertem Wissen beruhen.¹⁵⁴ Zudem kann es rasch zu einer Überlastung des Gerichtshofs kommen, wenn zu viele Eingaben eingereicht werden. Die Regeln des EGMR, der Anträge auf Teilnahme als *Amici Curiae* ohne Begründung ablehnen kann, Schriftsätze in der Regel auf zehn Seiten beschränkt und *Amici*, abgesehen von Ausnahmefällen, keine Mitwirkung in der mündlichen Verhandlung erlaubt, können als Vorbild dienen, um die Beteiligung der Zivilgesellschaft dem Kontext des Gerichtshofs anzupassen.¹⁵⁵

Die Beteiligung am Verfahren lebt nicht nur von Möglichkeiten zur Teilnahme. Der Gerichtshof hat seine Entscheidungen „so offen und bürgernah wie möglich“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) zu treffen. In jüngster Zeit wurden Schritte in diese Richtung unternommen. So überträgt der Gerichtshof seit Ende April 2022 mündliche Verhandlungen der Großen Kammer in einem Livestream. Seit 2020 veröffentlicht der Gerichtshof zudem rechtsvergleichende Gutachten seines wissenschaftlichen Dienstes, die in Verfahren angefordert wurden, auf seiner Webseite, auch wenn er nicht ersichtlich macht, welchem Verfahren ein Gutachten zuzuordnen ist.

Wenig Aussicht auf Erfolg hat hingegen ein Anliegen zur Stärkung der Offenheit des Verfahrens, das den Gerichtshof schon lange begleitet: Die Einführung abweichender Meinungen. Im Gegensatz zu vielen Verfas-

152 Heidi Nichols Haddad, *The Hidden Hands of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, 68.

153 Vgl. z.B. den Beitrag des Conseil des barreaux européens zum Verfassungskonvent: *Interventions and Amicus Curiae Briefs in Proceedings Before the ECJ and the CJI* (März 2003).

154 Bürli (Fn. 132), 81.

155 Einen Vorschlag habe ich an anderer Stelle ausgearbeitet: Krenn (Fn. 6), 121–129.

sungs- und Höchstgerichten in Europa und auch dem EGMR¹⁵⁶ ist die Veröffentlichung abweichender Meinungen am EuGH nicht zugelassen.

Die Vorzüge und Nachteile dieser Regelung wurden ausführlich diskutiert.¹⁵⁷ Abweichende Meinungen am Gerichtshof würden dazu beitragen, dass alternative Begründungen und Streitpunkte sichtbar würden. Das stärkt das öffentliche Interesse am Gerichtshof und an seinen Entscheidungen.¹⁵⁸ Zugleich besteht jedoch die Gefahr, dass abweichende Meinungen die Autorität der Urteile beeinträchtigen. Die empirische Evidenz dazu ist gemischt.¹⁵⁹ Viel würde wohl davon abhängen, wie abweichende Meinungen in der Praxis genutzt würden. Eine vergleichende Studie des Europäischen Parlaments kam zum Ergebnis, dass die Vorteile überwiegen, wenn abweichende Meinungen nicht zu oft verfasst, vor der Veröffentlichung innerhalb eines Gerichts besprochen werden, und sich die abweichende Meinung respektvoll gegenüber der Mehrheitsmeinung verhält.¹⁶⁰

Wie man auch zu ihren Vor- und Nachteilen stehen mag, die Einführung abweichender Meinungen ist so lange ein Problem, als die Möglichkeit besteht, die Amtszeiten der Mitglieder des Gerichtshofs zu verlängern.¹⁶¹ Es besteht die Gefahr, dass Richterinnen und Richter, die eine Verlängerung ihres Mandats anstreben, sich genötigt fühlen, abweichende Meinungen zu verfassen. Am EGMR, wo abweichende Meinungen möglich sind, war dies ein Grund, die Amtszeiten der Richterinnen und Richter auf ein einmaliges neunjähriges Mandat zu beschränken.¹⁶² Daher liegt es nahe, über Alternativen nachzudenken, um am Gerichtshof ähnliche Effekte auf anderem Weg zu erreichen.

156 Übersicht bei *Katalin Kelemen*, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts*, London: Routledge 2018.

157 Eine gute Übersicht findet man in der Zusammenstellung der Forschungsabteilung des Europäischen Parlaments: *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States*, PE 462.470 (2012).

158 *Vlad Perju*, *Reason and Authority in the European Court of Justice*, *Va. J. Int'l L.* 49 (2009), 307–377 (341–344).

159 *Naurin* und *Stiansen* beobachten anhand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs, dass abweichende Meinungen dazu genutzt werden, die Verbindlichkeit eines Urteils im nationalen Umsetzungsprozess zu relativieren; *Daniel Naurin/Øyvind Stiansen*, *The Dilemma of Dissent*, *Comp. Polit. Stud.* 53 (2020), 959 (965 f.).

160 *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States* (Fn. 157), 39.

161 So auch *Takis Tridimas* (Fn. 113), 602.

162 *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States* (Fn. 157), 37.

Eine in dieser Hinsicht interessante Entwicklung ist die Veröffentlichung der Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten in Vorabentscheidungsverfahren, die durch die jüngste Reform der Satzung des Gerichtshofs eingeführt wurde.¹⁶³ Gerade in besonders brisanten Fällen hat eine solche Veröffentlichung das Potential, wie abweichende Meinungen zu wirken, alternative Interpretationsmöglichkeiten aufzuzeigen und die öffentliche Diskussion anzuregen. Man denke etwa an die umstrittene Stellungnahme der Kommission im Fall *Erzberger*, die als Angriff auf das deutsche System der Arbeitnehmermitbestimmung gedeutet wurde und über Umwege den Weg an die Öffentlichkeit fand.¹⁶⁴ Die Veröffentlichung erhöht auch die Verantwortlichkeit der beteiligten Institutionen.

Bislang bestand ein Zugang zu den Schriftsätzen nur über den aufwendigen Umweg eines Transparenzantrags an die Europäische Kommission, die als ständige Beteiligte an allen Vorabentscheidungsverfahren im Besitz der Stellungnahmen ist.¹⁶⁵ Nach Art. 23 Abs. 5 EuGH-Satzung n.F. werden eingereichte Schriftsätze oder schriftliche Erklärungen in Vorabentscheidungsverfahren nun innerhalb einer angemessenen Frist nach Abschluss des Verfahrens auf der Website des Gerichtshofs veröffentlicht. Dabei besteht die Möglichkeit einer Veröffentlichung ohne Angabe von Gründen zu widersprechen.¹⁶⁶ Ob diese Änderung tatsächlich zu mehr Transparenz, vielleicht sogar zu inhaltlichen Diskussionen führen wird, wird davon abhängen, wie häufig die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit Gebrauch machen, einer Veröffentlichung zu widersprechen.¹⁶⁷

163 Verordnung (EU, Euratom) 2024/2019 (Fn. 29).

164 Vgl. *Martin Höpner*, Angriff auf die Mitbestimmung abgewehrt, *VerfBlog* (25.7.2017).

165 Näher *Krenn* (Fn. 6), 134.

166 Vgl. Art. 96 Abs. 3 EuGH-VerfO.

167 Dass ein Widerspruch ohne Angabe von Gründen möglich ist, war den Mitgliedstaaten bei der Reform der Satzung besonders wichtig. Das zeigt sich an der Zusicherung, die die Mitgliedstaaten vom Präsidenten des Gerichtshofs im Gesetzgebungsverfahren eingeholt haben, dass die Widerspruchsmöglichkeit in der VerfO, die der EuGH entwirft und die nur der Zustimmung des Rats bedarf, nicht aufgeweicht würde. Vgl. Rat der EU, Amendment to Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union – Letter from the President of the Court of Justice of the European Union, 12.1.2024, 5380/24.

c) Tempo und Deliberation: Die Entstehung der Urteile

Aus Sicht der Wirksamkeit des Unionsrechts und der demokratischen Legitimation des Gerichtshofs sind nicht nur die Bestellung der Mitglieder und die Interventions- und Beteiligungsrechte von Interesse. Auch das Innenleben des Gerichtshofs, die Urteils- und Entscheidungsfindung, enthalten wichtige, jedoch selten gesehene Stellschrauben. Mit Blick auf die Entscheidungsfindung unterscheiden sich EuGH und EuG in vielerlei Hinsicht. Aufgrund seiner verfassungsgerichtlichen Bedeutung wird im Folgenden nur der EuGH behandelt.¹⁶⁸

Aus der Perspektive des Verfassungsauftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV ist es essentiell, dass der Gerichtshof in der Lage ist, eine konsistente Rechtsprechung zu entwickeln und rasch zu entscheiden. Das wird zunächst durch eine Arbeitsteilung ermöglicht, die sich langsam herausgebildet hat. Noch im Jahr 1978 wurden rund 90 Prozent der Fälle im Plenum entschieden. Dadurch war zwar gesichert, dass Richterinnen und Richter aus allen Mitgliedstaaten an allen wichtigen Verfahren beteiligt waren, was der Konsistenz sicher zuträglich war. Spätestens mit dem Wachsen des Gerichtshofs im Laufe der 2000er Jahre und der rasanten Zunahme an Fällen war eine solche Entscheidungstechnik nicht mehr zu gewährleisten. Zusammen urteilen die 27 Richterinnen und Richter heute fast nie. Der Gerichtshof entscheidet in Kammern: Eine Große Kammer bestehend aus 15 Richterinnen und Richtern, fünf Kammern bestehend aus fünf und fünf Kammern bestehend aus drei Richterinnen und Richtern. Zwischen 2016 und 2020 wurden 88,7 Prozent der Fälle in Dreier- oder Fünferkammern entschieden. 9,6 Prozent, etwa 65 Fälle pro Jahr, entfielen in dieser Zeit auf die Große Kammer.

Arbeitsteilung und hohe Fallzahlen machen es zu einer Herausforderung, eine konsistente Rechtsprechung zu entwickeln. Insbesondere seit der Erweiterung der EU in den Jahren 2004, 2008 und 2013. Der Gerichtshof ist gewachsen und zugleich heterogener geworden.¹⁶⁹ Eine Reihe verfahrensrechtlicher Mechanismen ist besonders wichtig, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren. Das gelingt vor allem durch Mechanismen, die einzelnen Richterinnen und Richtern eine herausgehobene Stellung zuweisen. An allen Verfahren der Großen Kammer nehmen Präsident und

168 Zum EuG und den Unterschieden vgl. *Koen Lenaerts/Kathleen Gutman/Janek Tomasz Nowak*, EU Procedural Law, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2023.

169 Zu diesen Herausforderungen *Vaucher* (Fn. 54), 52.

Vizepräsident des Gerichtshofs teil.¹⁷⁰ Das sorgt für Erfahrung und Kontinuität. Alle anderen Richterinnen und Richter haben rotierende Sitze.

Einer ähnlichen Logik folgt die Praxis der Fallzuweisung. Am EuGH gibt es keine feste Geschäftsverteilung. Vielmehr weist der Präsident oder die Präsidentin des Gerichtshofs nach Eingang eines Falles einer Richterin oder einem Richter die Rolle des Berichterstatters zu.¹⁷¹ Eine Analyse der Praxis in den Jahren 2004 bis 2021 hat gezeigt, dass die Verfahren der Großen Kammer ungleich verteilt sind und einige erfahrene EuGH-Mitglieder besonders oft Urteilsentwürfe in den wichtigsten Fällen schreiben.¹⁷²

Das Amt des Berichterstatters ist für den Verfahrenslauf zentral. Diese Person verfasst, unterstützt von seinem oder ihrem Kabinett, nicht nur den Urteilsentwurf, sondern zunächst einen vorläufigen Bericht, der den weiteren Verlauf des Verfahrens bestimmt. Darin wird vorgeschlagen, ob eine mündliche Verhandlung anberaumt wird, ob Schlussanträge des Generalanwalts in diesem Fall benötigt werden und in welcher Besetzung der EuGH einen Fall entscheidet.¹⁷³ Um diese Fragen zu beantworten, arbeitet die berichterstattende Person auf wenigen Seiten die rechtlichen Kernprobleme eines Falles heraus, ordnet ihn in die bestehende Rechtsprechung ein und deutet an, wie der Fall zu lösen ist. Schlussendlich entscheidet die Generalversammlung des EuGH, bestehend aus allen 38 Mitgliedern des Gerichtshofs, über die Vorschläge im vorläufigen Bericht.¹⁷⁴ Das wiederum bindet alle in die Systematisierung der Rechtsprechung ein und erlaubt ein gemeinsames Agenda-Setting.¹⁷⁵

Auch bei der Entscheidungsfindung zeigt sich: Der Gerichtshof hat sich flexibel angepasst, um dem Auftrag nach Art. 19 Abs. 1 EUV nachzukommen. Überzeugt das Innenleben des Gerichtshofs auch aus einer demokratischen Perspektive? Der demokratische Blick auf richterliche Entscheidungsfindung sucht nicht in erster Linie nach Tempo und Konsistenz, sondern nach Bedingungen für eine informierte, ausgewogene und diskursive Auseinandersetzung um die beste Auslegung des Unionsrechts. Das Stichwort lautet *deliberative Urteilsfindung*.¹⁷⁶ Besonders wichtig ist es aus

170 Art. 27 Abs. 1 EuGH-VerfO.

171 Art. 15 Abs. 1 EuGH-VerfO.

172 Krenn (Fn. 6), 84–97.

173 Art. 59 EuGH-VerfO.

174 Art. 59 Abs. 3 EuGH-VerfO.

175 Siniša Rodin, A Metacritique of the Court of Justice of the European Union, DUE 2 (2016), 193–213.

176 Vgl. oben, III.1.

dieser Sicht, trotz hoher Arbeitsbelastung und Zeitdruck ausreichend Raum für Widerspruch und Diskussion zu ermöglichen.

Große Bedeutung für den deliberativen Charakter der Entscheidungsfindung haben die Generalanwältinnen und Generalanwälte. Sie sorgen dafür, dass den Urteilen eine ausführlich begründete Analyse des Falles vorausgeht. Nach außen erhöht das die Verständlichkeit der Urteile. Manchmal lösen die einige Monate vor dem Urteil veröffentlichten Schlussanträge sogar öffentliche Diskussionen aus, die dann in die richterlichen Beratungen einfließen.¹⁷⁷ Im Verfahrenslauf ergänzen und kontrollieren Generalanwältinnen und Generalanwälte die Arbeit der Berichterstatterinnen und Berichterstatter. Das beginnt beim Vorbericht, zu dem sich die Generalanwältin als erstes äußert.¹⁷⁸ Der Ablauf des schriftlichen Verfahrens und der mündlichen Verhandlung werden vor allem durch Berichterstatterin und Generalanwalt gesteuert.¹⁷⁹

Betrachtet man die Rolle des Generalanwalts aus der Perspektive der internen Debattenkultur am Gerichtshof, ist es positiv zu bewerten, dass sie zunehmend an Autonomie gewonnen hat. Seit 2012 Jahren wird die Funktion des Ersten Generalanwalts, der für die Zuteilung der Fälle an die anderen Generalanwältinnen und Generalanwälte zuständig ist, nunmehr von diesen gewählt. Zudem wurde die Amtszeit des Ersten Generalanwalts von einem Jahr auf drei Jahre erhöht.¹⁸⁰ So kann, ähnlich wie bei den richterlichen Mitgliedern, eine eigenständige Prioritätensetzung durch Fallzuweisung entstehen. Generalanwältinnen und Generalanwälte können sich insgesamt stärker als Gegengewicht zur Richterschaft positionieren. Um diese Entwicklung zu forcieren, könnte angedacht werden, die Generalanwältinnen und Generalanwälte an den Urteilsberatungen zuhörend teilnehmen zu lassen.¹⁸¹ So könnten Schlussanträge sich noch gezielter mit der Rechtsprechung auseinandersetzen und die Generalanwältinnen und Generalanwälte ein noch besseres Verständnis für Entscheidungsmöglichkeiten und Diskussionszusammenhänge unter der Richterschaft entwickeln. Der französische *Conseil d'État* und die Institution des *rapporteur public* bieten dafür ein Beispiel.¹⁸² Seine Teilnahme an den Urteilsberatungen war

177 *Albertina Albors-Llorens*, Securing Trust in the Court of Justice of the EU: The Influence of the Advocates General, CYELS 14 (2012), 509–527.

178 Art. 59 Abs. 3 EuGH-VerfO.

179 Art. 62 EuGH-VerfO.

180 Art. 14 Abs. 1 EuGH-VerfO.

181 Näher *Krenn* (Fn. 6), 138–141.

182 Art. R. 733–3 Code de justice administrative.

Frankreich so wichtig, dass er sie in einer Serie von EGMR-Verfahren vor dem Hintergrund von Art. 6 EMRK erfolgreich verteidigte.¹⁸³

Mit Blick auf den deliberativen Charakter der Urteilsberatungen bieten sich weitere kleine Reformschritte an. Das System der Fallzuweisung und die ständige Teilnahme an allen Verfahren der Großen Kammer verbindet die Rolle des Präsidenten mit einer besonders mächtigen Stellung. Das kann ein Hindernis für einen gleichberechtigten und offenen Austausch innerhalb der Richterschaft sein. Durch kleine Anpassungen könnte diese herausgehobene Position besser eingeeht werden, etwa durch eine unverbindliche Geschäftsverteilung nach Fachgebieten.¹⁸⁴

Eine Frage, die besonders starke demokratische Konnotationen hat, ist die interne Sprachenregelung. Auch wenn Englisch als Arbeitssprache in anderen EU-Institutionen längst die Oberhand gewonnen hat, werden am Gerichtshof Urteilsentwürfe nach wie vor ausschließlich auf Französisch verfasst und in dieser Sprache beraten. Es wird berichtet, dass dies der Qualität der Beratungen nicht förderlich ist.¹⁸⁵ Es führt zudem dazu, dass fast die Hälfte der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der EuGH-Mitglieder aus Belgien, Luxemburg oder Frankreich stammen.¹⁸⁶ Das führt zu einem Ungleichgewicht, das die Abbildung der Vielfalt europäischer Rechtskulturen stark erschwert. Ob nun Englisch Französisch ersetzen, oder der Gerichtshof auf Mehrsprachigkeit setzen sollte, ist eine Frage, die nicht zuletzt aus praktischen Erwägungen zu klären ist.¹⁸⁷

2. Gerichtsverbund I: Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen

So wichtig das Organisationsrecht für die Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV ist, noch zentraler sind die Rechtsschutzverfahren. Sie erlauben es, das Handeln der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten in konkreten

183 Vgl. *Sylvain Caylet*, Le rapporteur public et le droit au procès équitable, in: Benjamin Lavergne/Mehdi Mezaguer (Hrsg.), *Regards sur le droit au procès équitable*, Toulouse: Librairie générale de droit et de jurisprudence 2012, 151–194.

184 Zu diesem und weiteren Vorschlägen *Krenn* (Fn. 6), 145–149.

185 Vgl. bereits *Otto Riese*, Das Sprachenproblem in der Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: Ernst von Caemmerer/Arthur Nikisch/Konrad Zweigert (Hrsg.), *Vom deutschen zum europäischen Recht: Festschrift für Hans Dölle*, Bd. 2, Tübingen: Mohr 1963, 507–524.

186 *Angela Huyue Zhang*, The Faceless Court, U. Pa. J. Int'l L. 38 (2016), 71–135 (108).

187 Für Englisch als Arbeitssprache *Anthony Arnall*, The Working Language of the CJEU: Time for a Change? Institute of European Law Working Papers 01/2019, 13; für ein zweisprachiges Gericht *Krenn* (Fn. 6), 149–154.

Fällen auf ihre Übereinstimmung mit dem Unionsrecht zu kontrollieren. Dieser Abschnitt behandelt den Rechtsschutz gegenüber den Unionsorganen. Er schildert zunächst, wie die Nichtigkeitsklage stetig im Lichte des Rechtsstaatsprinzips ausgebaut wurde (a). Dann zeigt er, wie manch verbliebene Lücke im Gerichtsverbund von den mitgliedstaatlichen Gerichten geschlossen wird (b). Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind jedoch nicht nur für die Erfüllung des rechtsstaatlichen Auftrags des Gerichtssystems der Union wichtig. Wenn sie entsprechend eingebunden werden, können sie auch einen Beitrag zu seiner demokratischen Legitimation leisten. Potential liegt insbesondere darin, über Gültigkeitsvorlagen nationale Verfassungsbestände und ihre spezifischen Wertungen in die Prüfung des Unionsrechts einzuspeisen (c).

a) Der Ausbau der Nichtigkeitsklage zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“

Die Nichtigkeitsklage war von Beginn an auf die Kontrolle des Handelns der Gemeinschafts-, später der Unionsorgane ausgerichtet.¹⁸⁸ Über die Jahre hat der Gerichtshof sie zu einem Instrument entwickelt, das es erlaubt, die Übereinstimmung sämtlicher rechtsverbindlicher Handlungen der Union mit höherrangigem Unionsrecht zu prüfen. Einige Meilensteine dieser Rechtsprechung sind hervorzuheben: Schon früh hat der Gerichtshof Handlungen von Unionsorganen und -einrichtungen als anfechtbar ausgewiesen, die nach dem Wortlaut der Verträge zu dieser Zeit nicht anfechtbar waren. Das betraf das Europäische Parlament,¹⁸⁹ die Europäische Investitionsbank¹⁹⁰ und Agenturen.¹⁹¹ Heute ist diese Rechtsprechung in Art. 263 Abs. 1 AEUV kodifiziert. Zudem hat der Gerichtshof dafür gesorgt, dass die Mitgliedstaaten eine Überprüfung ihres gemeinsamen Handelns im ausschließlichen Kompetenzbereich der Union nicht dadurch entgehen können, dass sie Entscheidungen nicht im Rat sondern als „Vertreter der

188 Ernst Steindorff, Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Frankfurt a.M.: Klostermann 1952.

189 EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 25.

190 EuGH, Urteil v. 10.7.2003, Rs. C-15/00, ECLI:EU:C:2003:396, Rn. 75 – *Kommission/EIB*.

191 EuG, Urteil v. 2.3.2010, Rs. T-70/05, ECLI:EU:T:2010:55, Rn. 61–75 – *Evropaïki Dynamiki*.

Mitgliedstaaten“ fassen.¹⁹² Besonders hervorzuheben ist die Rechtsprechung zur GASP. Hier hat der Gerichtshof die vertragliche Ausnahme seiner Zuständigkeit eng und immer enger ausgelegt.¹⁹³ In vielen dieser Entscheidungen fungierte der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV zur „Sicherung der Wahrung des Rechts“ als tragendes Argument.¹⁹⁴

Aus der Perspektive des Gerichtsverbunds und der Aufgabenteilung mit den mitgliedstaatlichen Gerichten erfüllt die Nichtigkeitsklage zwei Funktionen: Zum einen führt sie eine Form der abstrakten Normenkontrolle für institutionelle Kläger ein. Mitgliedstaaten, Parlament, Rat und Kommission sind nach Art. 263 Abs. 2 AEUV insofern privilegiert, als sie ohne Nachweis einer spezifischen Klagebefugnis stets klageberechtigt sind. Die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe bestimmt sich nach der besonderen Verantwortung für das europäische Gemeinwesen, ähnlich der abstrakten Normenkontrolle im nationalen Verfassungsrecht. Als Beschränkung erweist sich lediglich die zweimonatige Klagefrist (Art. 263 Abs. 6 AEUV), die für alle Nichtigkeitsklagen und damit auch für privilegierte Kläger gilt. Auf Grundlage von Art. 263 Abs. 2 AEUV hat sich so eine Art unionales Organstreitverfahren entwickelt.¹⁹⁵

Die zweite Aufgabe der Nichtigkeitsklage ist es, natürlichen und juristischen Personen Rechtsschutz zu gewähren, die unmittelbar durch unionale Hoheitsgewalt betroffen sind. Aus Art. 263 Abs. 4 AEUV hat der Gerichtshof ein komplexes Zulässigkeitsregime entwickelt, das jedoch einer klaren Linie folgt: Zulässig sind zunächst Klagen natürlicher und juristischer Personen, die Adressatinnen oder Adressaten eines Unionsrechtsakts sind (Art. 263 Abs. 4 Var. 1 AEUV). Für alle anderen Handlungen verlangt das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit, dass es keiner weiteren Umsetzungsakte bedarf und der unionale Hoheitsakt somit unmittelbar in die Rechtsposition der Betroffenen eingreift. Anderes gilt lediglich, wenn ein Unionsrechtsakt einen nationalen Umsetzungsakt so vorzeichnet, dass kei-

192 EuGH, Urteil v. 31.3.1971, Rs. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, Rn. 34–55 – *Kommission/Rat (AETR)*.

193 Vgl. z.B. EuGH, Urteil v. 19.7.2016, Rs. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, Rn. 40–41 – *H/Rat*; näher *Ley*, in diesem Band, IV.3.b.

194 Vgl. etwa EuGH, *Les Verts* (Fn. 1), Rn. 23.

195 Dazu *Armin von Bogdandy/Christoph Krenn*, § 118 EuGH und EGMR: Zwei Senate einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber* (Hrsg.), *IPE Bd. VII, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Vergleich und Perspektiven*, Heidelberg: C.F. Müller 2021, 487–536 (506–508).

nerlei Umsetzungsspielraum verbleibt. Auch dann ist eine unmittelbare Betroffenheit gegeben.¹⁹⁶ Das Kriterium unmittelbarer Betroffenheit ist damit ein zentrales Steuerungselement der Verbundstruktur, dient es doch in erster Linie der Abgrenzung der Rechtsschutzebenen. Wird die Betroffenheit erst mittelbar durch mitgliedstaatliches Handeln ausgelöst, sind mitgliedstaatliche Gerichte für die gerichtliche Kontrolle zuständig.¹⁹⁷

Bei allen Rechtsakten, die im Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden, muss zudem eine individuelle Betroffenheit gegeben sein (Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV). Sie soll den Kreis der Klageberechtigten einschränken und Popularklagen hintanstellen, indem sie Klagen gegen generell-abstrakte Handlungen nur in außergewöhnlichen Fällen zulässt. Eine individuelle Betroffenheit ist dann zu bejahen, wenn der angefochtene Akt den Kläger oder die Klägerin „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“.¹⁹⁸ Weder tatsächliche Belastungen der Klägerin oder des Klägers noch die Verletzung subjektiver Rechte lösen dabei eine Klagebefugnis aus.¹⁹⁹ Auch Klagen in jüngster Zeit, die den Begriff der individuellen Betroffenheit vor dem Hintergrund von Grundrechtseingriffen, die sich aus dem Klimawandel ergeben und damit kaum individualisierbar sind, in Frage stellen, haben den Gerichtshof nicht dazu bewegt, seinen Ansatz zu überdenken.²⁰⁰

Das Kriterium der individuellen Betroffenheit schränkt den Zugang zum Gerichtshof ein. Es wurde im Licht des Auftrags des Art. 19 Abs. 1 EUV schrittweise zurückgebaut, wenn auch sehr zögerlich und erst durch Vertragsänderung. Für „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ entfällt seit dem Vertrag von Lissabon das Erfordernis individueller Betroffenheit (Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV). Neben der unmittelbaren Betroffenheit darf die in Frage stehende Handlung jedoch keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Damit müssen auch solche unionalen Rechtsakte vor

196 Wolfram Cremer, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 263 AEUV Rn. 36.

197 Alexander Thiele, § 9 Die Nichtigkeitsklage, in: Leible/Terhechte (Fn. 58), 275–311 (294).

198 EuGH, Urteil v. 15.7.1963, Rs. 25/62, ECLI:EU:C:1963:17 – *Plaumann*.

199 Zu dieser aus deutscher Sicht fremden Konzeption Martin Nettesheim, Subjektive Rechte im Unionsrecht, AöR 132 (2007), 333–392 (351–353).

200 EuGH, Urteil v. 25.3.2021, Rs. C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 67–80 – *Carvalho/Parlament und Rat*.

den nationalen Gerichten angefochten werden, bei denen die Umsetzung ohne Umsetzungsspielraum erfolgt. Nach anfänglicher Zurückhaltung des Gerichtshofs und energischen Hinweisen aus dem Kreis der Generalanwälte, dass die Bestimmung dazu gedacht war, Rechtsschutz zu erleichtern,²⁰¹ verfolgt der Gerichtshof mittlerweile eine dosiert rechtsschutzfreundliche Linie.²⁰²

Der Gerichtshof hat den Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ gleichwohl eng ausgelegt. Gesetzgebungsakte sind nicht umfasst, selbst wenn sie als Verordnungen ergehen. Tatsächlich lässt der Wortlaut des Art. 263 Abs. 4 Var. 3 AEUV und seine komplexe Transpositionsgeschichte vom Verfassungsvertrag in den Vertrag von Lissabon eine solche Auslegung zu.²⁰³ Dennoch können im Gesetzgebungsverfahren erlassene Rechtsakte dieselbe Rechtsschutzproblematik aufwerfen wie „untergesetzliche“ Rechtsakte. Warum das Durchlaufen des Gesetzgebungsverfahrens dazu führen soll, dass die Frage der Gültigkeit ausschließlich über das Vorabentscheidungsverfahren thematisiert werden kann, ist nicht ersichtlich.²⁰⁴ Das gilt insbesondere, da die Kriterien der unmittelbaren Betroffenheit und des Fehlens von Durchführungsmaßnahmen ohnehin zu einer Einschränkung der Klagelegitimation führen. Es wäre ein weiterer Schritt in Richtung der Verwirklichung des Art. 19 Abs. 1 EUV, in einer zukünftigen Vertragsänderung das Kriterium der individuellen Betroffenheit endgültig zu beseitigen.²⁰⁵

201 Vgl. etwa GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 11.4.2018, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:229, Rn. 2–5 – *Montessori*; zur Entwicklung *Roberto Caranta*, Knock, and It Shall Be Opened unto You: Standing for Non-Privileged Applicants After *Montessori*, CML Rev. 58 (2021), 163–186 (172–179).

202 EuGH, Urteil v. 6.11.2018, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873, Rn. 58–67 – *Montessori*.

203 So auch GA *Kokott*, Schlussanträge v. 17.1.2013, Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:21 – *Inuit*; anders GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 29.5.2013, Rs. C-133/12 P, ECLI:EU:C:2013:336, Rn. 26–38 – *Stichting*.

204 So auch *Jürgen Bast*, New Categories of Acts After the Lisbon Reform, CML Rev. 49 (2012), 885–928 (907).

205 Zu Möglichkeiten, auch ohne das Kriterium der individuellen Betroffenheit Popularklagen zu verhindern, *Matthias Kottmann*, Plaumanns Ende, ZaöRV 70 (2010), 547–566 (562–565).

b) Die Gültigkeitsvorlage als Lückenfüllerin

Auch die mitgliedstaatlichen Gerichte spielen eine wichtige Rolle für die Prüfung der Gültigkeit des Handelns der Unionsorgane und -einrichtungen. Sie sind dann gefragt, wenn die Gültigkeit eines Unionsrechtsakts bei seiner nationalen Anwendung problematisiert wird.²⁰⁶ Die Gültigkeitsvorlage war bereits im EGKS-Vertrag enthalten, spielte jedoch in der Praxis lange keine Rolle. Die Rechtsschutzfunktion des Vorabentscheidungsverfahrens gegen Unionshandeln hat sich erst voll entwickelt, als die Union zunehmend rechtsetzend tätig und der indirekte Vollzug durch die Mitgliedstaaten zum Regelfall wurde. Mittlerweile hat die Gültigkeitsvorlage auch quantitativ große Bedeutung. In 93 Vorabentscheidungsverfahren seit 2005 stand die Gültigkeit eines Unionsrechtsakts in Frage.²⁰⁷

Das Vorabentscheidungsverfahren erfüllt im Gerichtsverbund auch eine kompensatorische Funktion und gleicht bestehende Defizite der Nichtigkeitsklage aus. Die bekannteste Rechtsschutzlücke war Gegenstand einer Rechtsprechungssaga, welche die Diskussion zum unionalen Rechtssystem bis heute prägt.²⁰⁸ Sie betrifft Lücken, die dann entstehen, wenn Unionsrechtsakte, die im Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden, keiner nationalen Umsetzungs- bzw. Anwendungshandlung bedürfen und damit keinen Ansatzpunkt für eine Klage vor einem nationalen Gericht bieten, vor dem Gerichtshof aufgrund des Kriteriums der individuellen Betroffenheit jedoch nicht angefochten werden können. Diese Konstellation ist selten. Der Gerichtshof sieht hier die mitgliedstaatlichen Gerichte in der Pflicht. Dabei hat er ihnen konkrete Vorgaben gemacht. Eine Klage zur Wahrung der aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechte muss zumindest inzident, z.B. im Zuge einer Schadensersatzklage, möglich sein. Rechtsschutzsuchende dürfen zudem nicht gezwungen sein, eine Rechtsverletzung zu begehen, um Zugang zu einem Gericht zu erlangen.²⁰⁹

Das Vorabentscheidungsverfahren erfüllt darüber hinaus eine Funktion der Lückenfüllung, die in den vielfachen Krisen der letzten Jahre besonders wichtig wurde. Es erlaubt, die Rechtswidrigkeit unverbindlichen Han-

206 Dabei gilt es zu beachten, dass die Berufung auf die Ungültigkeit eines Unionsrechtsakts vor einem nationalen Gericht ausgeschlossen ist, wenn das Einlegen einer Nichtigkeitsklage „zweifelloso“ möglich gewesen wäre: EuGH, Urteil v. 9.3.1994, Rs. C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90, Rn. 24 – *Textilwerke Deggendorf*.

207 Stand: 1. August 2023.

208 Übersicht bei *Lenaerts* (Fn. 11), 1626–1631.

209 EuGH, Urteil v. 3.10.2013, Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 103 f. – *Inuit*.

delns der Union, sog. *soft law*, zu thematisieren. Mit der Nichtigkeitsklage können nur Handlungen angefochten werden, die „Rechtswirkungen gegenüber Dritten“ entfalten (Art. 263 Abs. 1 AEUV).²¹⁰ Der Gerichtshof hat diese Voraussetzung zwar rechtsschutzfreundlich ausgelegt.²¹¹ Gleichwohl fallen viele Akte, die formal unverbindlich sind, aber dennoch normative Wirkungen entfalten, aus dem Anwendungsbereich der Nichtigkeitsklage.²¹² Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung unverbindlichen Handelns, etwa im Zuge der Eurokrise und der Covid-Pandemie, haben sich Stimmen gemehrt, die eine stärkere Kontrolle einmahnen.²¹³

Das Vorabentscheidungsverfahren hat sich auch in dieser Hinsicht bewährt. Dass es Defizite der Nichtigkeitsklage auffangen kann, ist schon deshalb naheliegend, da in Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV allgemein von „Handlungen“ die Rede ist. Der Gerichtshof hat entsprechend bereits früh festgehalten, dass er im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung und Gültigkeit der Handlungen der Organe „ohne jede Ausnahme“ entscheiden kann.²¹⁴ In der Rs. *Gauweiler* hat der Gerichtshof ein in einer Pressemitteilung verkündetes Programm der EZB als anfechtbare Handlung ausgewiesen.²¹⁵ Lange gab es jedoch kein Beispiel für eine Ungültigerklärung eines unverbindlichen Unionsrechtsakts.²¹⁶ In einem 2021 ergangenen Urteil hat der Gerichtshof diesbezüglich Klarheit geschaffen. Die Rs. *FBF* betraf Leitlinien der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde, deren Vereinbarkeit mit dem Mandat der Aufsichtsbehörde in Frage stand. Der Gerichtshof erklärte eine Gültigkeitsvorlage des französischen *Conseil d'État* für zulässig und entwickelte ein Prüfprogramm für unverbindliche Handlungen. Bei einer Prüfung der Gültigkeit im Verfahren nach Art. 267 AEUV werden

210 Zuletzt EuGH, Urteil v. 20.2.2018, Rs. C-16/16 P, ECLI:EU:C:2018:79, Rn. 37 – *Belgien/Kommission*; kritisch Anthony Arnall, *EU Recommendations and Judicial Review*, *EuConst* 14 (2018), 609–621 (617 f.).

211 Im Detail *Timo Rademacher*, *Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 7–75.

212 Joanne Scott, *In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law*, *CML Rev.* 48 (2011) 329–355.

213 Giulia Gentile, *Ensuring Effective Judicial Review of EU Soft Law via the Action for Annulment before the EU Courts: A Plea for a Liberal-Constitutional Approach*, *EuConst* 16 (2020), 466–492.

214 EuGH, Urteil v. 13.12.1989, Rs. C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, Rn. 8 – *Grimaldi*.

215 EuGH, *Gauweiler* (Fn. 142).

216 Oft ist der Gerichtshof der Frage ausgewichen, vgl. etwa Urteil v. 19.7.2016, Rs. C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 – *Kotnik*, in dem Fragen nach der Gültigkeit unverbindlicher Handlungen in Auslegungsfragen umgedeutet wurden.

unverbindliche Handlungen, so wie verbindliche, in vollem Umfang auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht geprüft und entweder für gültig oder für ungültig erklärt.²¹⁷ Dahinter steht der Schutz des institutionellen Gleichgewichts.²¹⁸

So überzeugend dieses Urteil aus der Perspektive des Verfassungsauftrags in Art. 19 Abs. 1 EUV ist, so bleiben aus Sicht des Gerichtsverbunds Fragen offen. Das Vorabentscheidungsverfahren ist für die institutionellen Kläger nach Art. 263 Abs. 2 und 3 AEUV in aller Regel kein gangbarer Weg, um unverbindliche Handlungen anzufechten.²¹⁹ Der Schutz des institutionellen Gleichgewichts ist jedoch gerade in ihrem Interesse. Aus Sicht des Auftrags in Art. 19 Abs. 1 EUV spricht vieles dafür, den Rechtsschutz für privilegierte Kläger in der Nichtigkeitsklage auf unverbindliche Handlungen zu erweitern und entsprechend den Begriff der Rechtswirkungen in Art. 263 Abs. 1 AEUV neu zu fassen.²²⁰

c) Mehr als ein Streit ums letzte Wort: Gültigkeitsprüfung im Gerichtsverbund

Der Verbundcharakter des Gerichtssystems der Union bedeutet nicht nur, dass mitgliedstaatliche Gerichte eine mögliche Ungültigkeit eines Unionsrechtsakts, die sie bei der Anwendung des Unionsrechts wahrnehmen, thematisieren und Rechtsschutzlücken der Nichtigkeitsklage füllen. Nationale Gerichte speisen auch ihre jeweiligen Bedenken zur Gültigkeit eines Unionsrechtsakts in das unionale Rechtsschutzsystem ein. Mitgliedstaatliche Gerichte haben so wichtige Anstöße, insbesondere für die Entwicklung des unionalen Grundrechtsschutzes, geliefert. Das wohl bekannteste Beispiel ist die Vorlage zur Vorabentscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt

217 EuGH, Urteil v. 15.7.2021, Rs. C-911/19, ECLI:EU:C:2021:599, Rn. 66–68 – *Fédération bancaire française*.

218 Ebd., Rn. 72.

219 Vgl. GA Bobek, Schlussanträge v. 15.4.2021, Rs. C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, Rn. 146 f. – *Fédération bancaire française*.

220 GA Bobek hat Kriterien vorgeschlagen, die eine sinnvolle Richtschnur bieten können. Statt auf Verbindlichkeit solle der Gerichtshof in der Nichtigkeitsklage auf drei Kriterien abstellen: Ob es sich um eine abgeschlossene Rechtsvorschrift handelt, wie präzise und mit welchem Zweck sie erlassen wurde und wie das Durchsetzungs- und Sanktionsregime ausgestaltet ist, GA Bobek, Schlussanträge v. 12.12.2017, Rs. C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, Rn. 116–122 – *Belgien/Kommission*.

am Main in der Rs. *Internationale Handelsgesellschaft*, die der Gerichtshof bereits 1970 zum Anlass nahm, den unionalen Grundrechtsschutz durch die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze aufzubauen.²²¹

Zunehmend wird der Gerichtshof mit Gültigkeitsvorlagen mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte befasst.²²² Diese Entwicklung trägt auch, dass nationale Verfassungsgerichte vermehrt Unionsrecht als unmittelbaren Maßstab ihrer Prüfung annehmen.²²³ Aus Sicht des Gerichtsverbunds ist die Mitwirkung der mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Höchstgerichte an der Gültigkeitsprüfung eine bedeutende Entwicklung. Das Vorabentscheidungsverfahren erlaubt es, dass die höchsten nationalen Gerichte, die in den Mitgliedstaaten auf eine verfassungsgerichtliche Prüfung spezialisiert sind, mit dem EuGH in Austausch treten. Es liefert die Chance, den Gerichtshof anzuregen, verfassungsrechtliche Prinzipien, die diese Gerichte in der eigenen Rechtsordnung bewahren, für die gesamte Union zu schützen und damit die Werte des Art. 2 EUV auf europäischer Ebene fortzuentwickeln.²²⁴

Besonders anschaulich sind Beispiele im Bereich des Grundrechtsschutzes. Die Prüfung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung etwa erfolgte aufgrund von Vorlagen des irischen Supreme Court und des österreichischen Verfassungsgerichtshofs.²²⁵ Der Verfassungsgerichtshof verwies in seiner Vorlage auf die Notwendigkeit eines Rechtsvergleichs nationaler verfassungsrechtlicher Regelungen. Wenn eine solche Untersuchung ergeben sollte, dass die Verfassungen der Mitgliedstaaten ein höheres Schutzniveau als die Charta vorsehen, dann müsse der EuGH die Charta so auslegen, dass sie nicht unter dieses gemeinsame Schutzniveau falle.²²⁶ Auch der belgische Verfassungsgerichtshof, der zu den vorlagefreudigsten Verfassungsge-

221 EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 f. – *Internationale Handelsgesellschaft*.

222 Monica Claes, Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure, GLJ 16 (2015), 1331–1342.

223 Davide Paris, Constitutional Courts as European Union Courts, MJ 24 (2017), 792–821.

224 Monica Claes/Bruno de Witte, § 121 Rollen der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, in: von Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Fn. 195), 639–682 (662–667).

225 EuGH, Urteil v. 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 – *Digital Rights Ireland und Seitlinger*.

226 Dazu Ludovica Benedizione/Eleonora Paris, Preliminary Reference and Dialogue Between Courts as Tools for Reflection on the EU System of Multilevel Protection of Rights, GLJ 16 (2015), 1727–1770 (1740–1749).

richten gehört, schildert regelmäßig die belgische Verfassungsrechtslage.²²⁷ Diese Vorlagen zeigen: Mitgliedstaatliche Gerichte können Vorlagen dazu nützen, auf Verfassungstraditionen und nationale Besonderheiten hinzuweisen und ihre Beachtung einzufordern.²²⁸

Komplizierter wird die Sache, wenn nationale Höchst- und Verfassungsgerichte Gültigkeitsvorlagen mit ihrer aus der nationalen Verfassung abgeleiteten Aufgabe verbinden, die Integrität dieser Verfassung zu schützen. Der Vorwurf der Kompetenzüberschreitung, der Grundrechtsverletzung und der Verletzung der nationalen Verfassungsidentität haben sich mittlerweile als gemeinsames Vokabular etabliert.²²⁹ In solchen Fällen wird die Frage der Gültigkeit eines Unionsrechtsakts auch zu einem Streit ums letzte Wort. Aus der Perspektive des Gerichtsverbunds ist zunächst zu beobachten, dass solch offenen Konflikte selten und Kooperation und das Anerkennen des Verwerfungsmonopols des EuGH die Regel sind. Oft können im Vorabentscheidungsverfahren Konflikte ausgeräumt und Positionen angenähert werden.²³⁰

Fräglich ist, wie der Verbund mit jenen Fällen umgeht, in denen ein mitgliedstaatliches Verfassungs- oder Höchstgericht dem EuGH die Gefolgschaft verweigert. Man kann diese Situationen als Ausdruck einer existenziellen Spannung deuten, mit welcher der Gerichtsverbund leben kann und soll.²³¹ Gleichwohl lassen sich auch prozedurale Fortentwicklungen denken, die dem Verbundcharakter besser Ausdruck geben, als es das Vorabentscheidungsverfahren bislang zu leisten vermag.

Eine spezifische Schwierigkeit des Verfahrens nach Art. 267 AEUV im „Streit ums letzte Wort“ liegt darin, dass die Einbindung der mitgliedstaatlichen Gerichte mit der Vorlage zur Vorabentscheidung endet. Der Gerichtshof könnte, gemäß seiner Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV, versuchen, die Kommunikation mit den nationalen Gerichten auch während des Verfahrens aufrechtzuerhalten. Die Verfahrensordnung sieht dafür das Instrument des „Ersuchens um Klarstellung“ vor.²³²

227 Elke Cloots, *Germes of Pluralist Judicial Adjudication*, CML Rev. 47 (2010), 645–672.

228 Mit weiteren Beispielen *Claes/de Witte* (Fn. 224), 664.

229 Ana Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2022, 75–239.

230 Matteo Bonelli, *The Taricco Saga and the Consolidation of Judicial Dialogue in the European Union*, MJ 25 (2018), 357–373.

231 Ulrich Haltern, *Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen: Zum europäischen Verfassungsgerichtsverbund*, AöR 146 (2021), 195–252 (246–252).

232 Art. 101 EuGH-VerfO.

Zu denken wäre auch an ein Recht zur Stellungnahme für alle nationalen Höchst- bzw. Verfassungsgerichte, wenn der Gerichtshof durch ein nationales Gericht wegen Bedenken im Hinblick auf eine Kompetenzüberschreitung oder eine Grundrechtsverletzung angerufen wird.²³³ Institutionell anspruchsvoll ist der Vorschlag, eine gemischte Kammer, bestehend aus Richterinnen und Richtern des EuGH und Mitgliedern nationaler Höchst- und Verfassungsgerichte, am Gerichtshof einzurichten. Diese Kammer, die von einem betroffenen mitgliedstaatlichen Höchst- oder Verfassungsgericht oder einem Mitgliedstaat angerufen werden kann, könnte als Berufungsinstanz in den seltenen Fällen eines Kompetenzkonflikts ein Urteil des Gerichtshofs revidieren.²³⁴ So wichtig die prozedurale Weiterentwicklung des Gerichtsverbunds und die Dialogbereitschaft aller Akteure ist, entscheidend bleibt: Ohne die Akzeptanz des Verwerfungsmonopols des EuGH ist der rechtsstaatliche Auftrag des Art. 19 Abs. 1 EUV nicht zu verwirklichen.

3. Gerichtsverbund II: Rechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten

Der vorhergehende Abschnitt hat gezeigt: Die Durchsetzung des Unionsrechts gegenüber den Unionsorganen ist auf den Gerichtsverbund angewiesen. Das gilt umso mehr für Rechtsschutz gegenüber den Mitgliedstaaten. Wiederum wirken zentrale und dezentrale Verfahren komplementär. Das Vertragsverletzungsverfahren ist als objektives Aufsichtsverfahren, als Dialog zwischen der Kommission und nationalen Verwaltungen, ausgerichtet (a). Die Hauptlast bei der Erfüllung des Auftrags aus Art. 19 Abs. 1 EUV in den Mitgliedstaaten tragen jedoch die nationalen Gerichte. Sie sind die Gerichte der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, für die der Gerichtshof die *Essentialia* des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf sichert (b). Die Auslegung des Unionsrechts im Gerichtsverbund obliegt dem Gerichtshof. Doch wie bei der Gültigkeitsprüfung sind auch hier die mitgliedstaatlichen Gerichte eingebunden. Die Antwort auf die Frage, wieviel Raum für eine eigenständige Auslegung der Gerichtshof den mitgliedstaatlichen Gerichten, insbesondere nationalen Höchst- und Verfassungsgerichten, zuweist, ist ein wichtiger Faktor für die demokratische Pluralität bei der Auslegung des Unionsrechts (c).

233 Mit etwas Fantasie ließe sich die Auskunftregelung des Art. 24 Abs. 2 der Satzung dafür nützen.

234 Daniel Sarmiento/Joseph H.H. Weiler, The EU Judiciary After Weiss, *VerfBlog* (2.6.2020), und zuletzt dies., The Comeback of the Mixed Chamber, *VerfBlog* (2.10.2023).

a) Das Vertragsverletzungsverfahren als Verfahren der Exekutiven

Im Vertragsverletzungsverfahren stellt der Gerichtshof eine Verletzung des Unionsrechts fest. Daraus ergibt sich eine Pflicht für den betroffenen Mitgliedstaat, die Verletzung abzustellen. Nach Art. 258 AEUV kann die Kommission ein Verfahren einleiten, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Mitgliedstaat gegen seine unionsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen hat. Dasselbe kann jeder Mitgliedstaat gemäß Art. 259 AEUV tun.

In Vertragsverletzungsverfahren steht der Gerichtshof am Ende eines langen Prozesses, in dem zunächst Gespräche und Abklärungen stattfinden.²³⁵ Das Vertragsverletzungsverfahren ist als Dialog der Exekutiven, als Austausch zwischen Kommission und Verwaltungsbehörden in den Mitgliedstaaten über die Einhaltung des Unionsrechts, angelegt. Das gilt selbst für Verfahren nach Art. 259 AEUV, in dem ein Mitgliedstaat eine Vertragsverletzung eines anderen Mitgliedstaats rügt. Auch hier wird zunächst die Kommission befasst.

Aus Sicht der Verbundstruktur ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof alle Vorstöße, die individualschützende Funktion des Vertragsverletzungsverfahrens auszubauen, zurückgewiesen hat. Ob ein Verfahren eingeleitet wird, liegt allein im Ermessen der Kommission.²³⁶ Die Rolle Einzelner beschränkt sich im Wesentlichen auf die Möglichkeit, die Kommission zu einem Einschreiten anzuregen. Die Kommission hat im Jahr 2020 3525 Beschwerden von Privatpersonen, Unternehmen oder NGOs erhalten. Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 Abs. 1 AEUV hat sie in 903 Fällen durch eine förmliche Aufforderung zur Stellungnahme eingeleitet. In lediglich elf dieser Fälle hat sie schlussendlich den Gerichtshof angerufen.²³⁷

b) Mitgliedstaatliche Gerichte als Unionsbürgergerichte

Obwohl das Vertragsverletzungsverfahren wichtig für die Kontrolle des Handelns der Mitgliedstaaten ist, liegt es in erster Linie an den nationalen

235 Luca Prete/Ben Smulders, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, CML Rev. 58 (2021), 285–332 (303–305).

236 Zuletzt nochmals bekräftigt in EuGH, Urteil v. 9.7.2020, Rs. C-575/18 P, ECLI:EU:C:2020:530, Rn. 73–79 – *Tschechische Republik/Kommission*.

237 Detaillierte Aufschlüsselung in Europäische Kommission, *Monitoring the Application of European Union Law, 2020 Annual Report: General Statistical Overview*, COM(2021) 432 final, 15–29.

Gerichten, das Unionsrecht in den Mitgliedstaaten durchzusetzen. Bereits im Urteil *van Gend & Loos* hat der Gerichtshof für mitgliedstaatliche Gerichte die Pflicht und Möglichkeit begründet, die aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechte gegenüber den Mitgliedstaaten zu schützen und entgegenstehendes Recht unangewendet zu lassen.²³⁸

So beschränkt die Rolle des Einzelnen im Vertragsverletzungsverfahren ist, so zentral ist sie in den Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten. Dabei verlaufen Klagen nach dem jeweiligen nationalen Prozessrecht mit seinen charakteristischen Eigenheiten hinsichtlich Klagearten, Fristen und Rechtsfolgen.²³⁹ Der Gerichtshof gibt jedoch einen Rahmen vor. Das ist ein wesentliches Element des Gerichtsverbunds. Dieser Rahmen hat sich im Laufe der Zeit stark verändert.²⁴⁰ Eine funktionale Logik wurde zunehmend grundrechtlich überlagert.

Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz durch die Mitgliedstaaten hat der Gerichtshof zunächst aus der Loyalitätspflicht, Art. 4 Abs. 3 EUV, entwickelt. Dazu hat er zwei Vorgaben aufgestellt: Nach dem Kriterium der Äquivalenz dürfen die Bedingungen für Klagen aufgrund von Rechten, die aus dem Unionsrecht erwachsen, nicht ungünstiger gestaltet sein als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen. Und nach dem Kriterium der Effektivität dürfen die nationalen Verfahrensregeln die Verfolgung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich machen,²⁴¹ oder, wie der Gerichtshof später verschärfend hinzufügte, übermäßig erschweren.²⁴² Ab Mitte der 1980er Jahre intensivierte der Gerichtshof die Prüfung. Von der ursprünglichen Aussage, dass das Unionsrecht die Einführung neuer Rechtsbehelfe grundsätzlich nicht verlangt,²⁴³ ist der Gerichtshof schrittweise abgerückt. So stellte er fest, dass ein nationales Gericht in einem Rechtsstreit, in dem es um aus dem Unionsrecht abgeleitete Rechte geht,

238 Umfassend *Monica Claes*, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart 2006.

239 Zur Entwicklung *Francesca Episcopo*, *The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law Before National Courts*, in: Craig/de Búrca (Fn. 44), 275–306.

240 *Matteo Bonelli*, *Article 47 of the Charter, Effective Judicial Protection and the (Procedural) Autonomy of the Member States*, in: ders./Mariolina Elia Antonio/Giulia Gentile (Hrsg.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection*, Oxford: Hart 2022, 81–98.

241 EuGH, Urteil v. 16.12.1976, Rs. 33/76, ECLI:EU:C:1976:188, Rn. 5 – *Rewe*.

242 EuGH, Urteil v. 9.11.1983, Rs. 199/82, ECLI:EU:C:1983:318, Rn. 14 – *San Giorgio*.

243 EuGH, Urteil v. 7.7.1981, Rs. 158/80, ECLI:EU:C:1981:163, Rn. 44 – *Rewe (Butterfahrten)*.

einstweilige Anordnungen erlassen muss, um diese Rechte zu schützen. Das gilt selbst dann, wenn im nationalen Recht ein solcher Rechtsbehelf nicht vorgesehen ist.²⁴⁴ Für das britische Prozessrecht war das eine Neuerung, die von manchen als so einschneidend empfunden wurde, dass sie aus der Perspektive einer Verletzung nationaler Souveränität diskutiert wurde.²⁴⁵ Die Pflicht, einen Rechtsbehelf zur Staatshaftung wegen Verletzung des Unionsrechts einzuführen, die der Gerichtshof erstmals im Urteil *Franco-vich* entwickelte, führte in Deutschland zu begrifflich weniger brisanten, aber nicht minder grundsätzlichen Diskussionen.²⁴⁶

Der unionsrechtliche Rahmen für das Mandat der mitgliedstaatlichen Gerichte wird seit dem Vertrag von Lissabon aus dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht entwickelt und damit grundrechtlich begründet. Das hat auch dazu geführt, dass der Rahmen enger gezogen wurde. Seine aus Art. 4 Abs. 3 EUV entwickelten Kriterien der Äquivalenz und Effektivität fasst der Gerichtshof heute als Ausfluss des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV.²⁴⁷ Darüber hinaus hat er, in einer Reihe vielbeachteter Entscheidungen, den unionalen Rahmen für mitgliedstaatliche Gerichte auf institutionelle und organisatorische Regelungen erweitert.²⁴⁸ Die Auswahl der mitgliedstaatlichen Richterinnen und Richter,²⁴⁹ ihre Unabsetzbarkeit,²⁵⁰ Fragen des Disziplinarrechts²⁵¹ und der Richterwahlauschüsse:²⁵² All das sind Themen, die heute unter Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 GRC verhandelt werden.

244 EuGH, Urteil v. 19.6.1990, Rs. C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 – *Factortame*.

245 Paul Craig, Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame*, YBEL II (1991), 221–255.

246 EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Francovich*; dazu Johannes Saurer, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 391–393.

247 Vgl. bereits EuGH, Urteil v. 13.3.2007, Rs. C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, Rn. 37 f. und 42 f. – *Unibet*; zuletzt Urteil v. 21.12.2021, Rs. C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037, Rn. 57–59 – *Randstad Italia*.

248 Überblick bei Sacha Prechal, Article 19 TEU and National Courts: A New Role for the Principle of Effective Judicial Protection?, in: Bonelli/Eliantonio/Gentile (Fn. 240), II–25.

249 EuGH, Urteil v. 19.11.2019, verb. Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – *A.K.*

250 EuGH, Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 52 – *Kommission/Polen* (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts).

251 EuGH, Urteil v. 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – *Minister for Justice and Equality*.

252 EuGH, *Kommission/Polen* (Fn. 250).

Richterliche Unabhängigkeit war schon immer Teil der Geschäftsgrundlage, auf der das unionale Rechtsschutzsystem basiert.²⁵³ Massive strukturelle Probleme in einigen Mitgliedstaaten haben den Gerichtshof dazu bewegt, gemeinsame europäische Standards zu entwickeln.²⁵⁴ Aus der Perspektive des Gerichtsverbunds gilt es dabei, die sozialen und institutionellen Voraussetzungen und die Kontextabhängigkeit gerichtlicher Organisation zu berücksichtigen.²⁵⁵ Besonderes Augenmerk legt der Gerichtshof darauf, dass das Vorabentscheidungsverfahren als zentraler Kommunikationskanal des Gerichtsverbunds intakt bleibt. Entsprechend versteht er die Möglichkeit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV als Teil der richterlichen Unabhängigkeit. Er hat sie in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV verankert.²⁵⁶ In den betreffenden Fällen wurden Disziplinarverfahren gegen Richterinnen und Richter allein deshalb angestrengt, weil sie ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet hatten.²⁵⁷ Diese Rechtsprechung kann auf Urteile aufbauen, die danach trachten, den ordentlichen Gerichten eine Vorlage auch gegen die Rechtsansicht der Höchstgerichte zu ermöglichen.²⁵⁸ Im Zuge der Einschränkung richterlicher Unabhängigkeit in einigen Mitgliedstaaten hat sie mit dem Schutz „richterlicher Dissidentinnen und Dissidenten“ eine weitere Dimension erlangt.²⁵⁹

Eine neue Entwicklungsebene für den Gerichtsverbund eröffnet sich dadurch, dass der Unionsgesetzgeber zunehmend Regeln zu Rechtsbehelfen und Verfahren in Sekundärrechtsakten vorsieht. Das gilt etwa im Beihilfen- und Wettbewerbsrecht, im Antidiskriminierungsrecht, im Verbraucherschutzrecht sowie im Asyl- und Migrationsrecht.²⁶⁰ Damit verändert sich auch die Rolle des Gerichtshofs: Es geht nicht mehr darum, einen Rahmen zu ziehen und punktuell mitgliedstaatliche Prozessordnungen zur

253 *Takis Tridimas*, Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure, CML Rev. 30 (2003), 9–50 (28–34).

254 *Koen Lenaerts*, New Horizons for the Rule of Law in the EU, GLJ 21 (2020), 29–34 (31–33).

255 Dazu von *Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV.4.

256 EuGH, Urteil v. 21.12.2021, verb. Rs. C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034, Rn. 257 – *Euro Box Promotion*.

257 EuGH, Urteil v. 26.3.2020, verb. Rs. C-558/18 und C-563/18, Rn. 59 – *Miasto Łowicz*.

258 Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 15.1.2013, Rs. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, Rn. 68 f. – *Križan*.

259 Vgl. GA *Bobek*, Schlussanträge v. 4.3.2021, verb. Rs. C-357/19 und C-547/19, ECLI:EU:C:2021:170, Rn. 166 – *Euro Box Promotion*.

260 *Folkert Wilman*, The End of the Absence? The Growing Body of EU Legislation on Private Enforcement and the Main Remedies It Provides For, CML Rev. 53 (2016), 887–935.

wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts zu ertüchtigen, sondern um die Auslegung und Entwicklung unionaler Standards.

In der Ausübung dieser neuen Rolle zeigt sich das Bestreben des Gerichtshofs, verfahrensrechtliche Bestimmungen in Richtlinien und Verordnungen nicht nur im Sinne eines verbesserten Rechtsschutzes auszulegen, sondern insbesondere dort den Zugang zu Gerichten zu gewährleisten, wo besonders schutzbedürftige Rechtspositionen betroffen sind.²⁶¹ Gestützt auf Art. 47 Abs. 1 GRC hat er mitgliedstaatlichen Gerichten aufgetragen, sich in der Sache für zuständig zu erklären, obwohl sie nach mitgliedstaatlichem Recht keine Zuständigkeit hatten. Er hat diese Konstruktion in Situationen angewandt, in denen viel auf dem Spiel stand: eine Abschiebehaft in der Transitzone Röszke in Ungarn mit drohender Abschiebung nach Afghanistan ohne gerichtlichen Rechtsschutz²⁶² oder die Abweisung des Asylantrags eines russischen Oppositionellen durch ungarische Behörden, nachdem gerichtlich der Anspruch auf Asyl bereits bestätigt war.²⁶³ Es geht um Rechtsbehelfe in prekären Situationen gegen widerstrebende Behörden.²⁶⁴ Umgekehrt hat der Gerichtshof jedoch klargestellt: Wenn ein wirksamer Rechtsbehelf vor einem unabhängigen Gericht zur Verfügung steht, greift er nicht in die Details nationaler Justizorganisation ein.²⁶⁵

c) Die Auslegung des Unionsrechts im Gerichtsverbund

Auch wenn die mitgliedstaatlichen Gerichte die zentrale Rolle bei der Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten innehaben, kommt es dem Gerichtshof zu, das Unionsrecht auszulegen.²⁶⁶ Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV kann jedes mitgliedstaatliche Gericht eine Frage zur Auslegung vorlegen, wenn es dies für seine Entscheidung für erforderlich hält. Ob

261 *Hans-Wolfgang Micklitz*, The ECJ Between the Individual Citizen and the Member States: A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies, in: ders./Bruno de Witte (Hrsg.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge: Intersentia 2012, 349–400.

262 EuGH, Urteil v. 14.5.2020, Rs. C-924/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367 – *FMS*.

263 EuGH, Urteil v. 29.7.2019, Rs. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 – *Torubarov*.

264 *Sacha Prechal*, Effective Judicial Protection: Some Recent Developments – Moving to the Essence, *REALaw* 13 (2020), 175–190 (179–183).

265 EuGH, *Randstad Italia* (Fn. 247).

266 Zum Auslegungsmonopol zuletzt EuGH, Urteil v. 22.2.2022, Rs. C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99, Rn. 52 – *RS*.

die Beantwortung einer Vorlagefrage tatsächlich für das nationale Gericht entscheidungserheblich ist, wird vom Gerichtshof in der Regel nicht in aller Tiefe geprüft.²⁶⁷ Gerichte, deren Entscheidungen „nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“ (Art. 267 Abs. 3 AEUV), sind verpflichtet, eine Auslegungsfrage vorzulegen.

Wie bei der Frage der Gültigkeit hat der Gerichtshof auch bei der Auslegung des Unionsrechts das letzte Wort.²⁶⁸ Dem Verbundgedanken entsprechend kann die Mitwirkung der mitgliedstaatlichen Gerichte zusätzliche Legitimation verleihen. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden: Erstens, wie gestaltet sich das Zusammenspiel zwischen nationalen Gerichten und Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens? Und zweitens, wie viel Raum wird den nationalen Gerichten zugesprochen, um das Unionsrecht eigenständig auszulegen?

Hat ein mitgliedstaatliches Gericht den Gerichtshof mit einer Vorlage zur Vorabentscheidung befasst, ist die Aufgabenteilung auf den ersten Blick klar: Das mitgliedstaatliche Gericht klärt den Sachverhalt und informiert den Gerichtshof, inwiefern, aus seiner Sicht, die Auslegung des Unionsrechts unklar ist. Der Gerichtshof legt das Unionsrecht aus. Die mitgliedstaatlichen Gerichte wenden diese Auslegung auf den Sachverhalt an. In der Praxis ist die Rollenverteilung jedoch nicht so klar. Einerseits sind die nationalen Gerichte in die Auslegung des Unionsrechts eingebunden. Ihre Rechtsansicht ist grundlegender Bestandteil des Ersuchens um Vorabentscheidung.²⁶⁹ Andererseits geht die Rolle des Gerichtshofs über die reine Auslegungsarbeit hinaus. Er formuliert Vorlagefragen um, beantwortet sie in veränderter Reihenfolge oder lässt manche unbeantwortet. So können Konflikte mit dem nationalen Recht vermieden werden. Die Prüfung anhand des Unionsrechts kann jedoch auch auf Bereiche erweitert werden, die das vorlegende Gericht gar nicht im Blick hatte.²⁷⁰ Die vom Gerichtshof verwendete Formel zur Umschreibung einer Vorlagefrage – „das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen“ – bringt diesen Spielraum auf den Punkt. Auch der Detaillierungsgrad der Antwort des Gerichtshofs erlaubt eine flexible Kalibrierung der Kontrolle mitgliedstaatlichen Handelns.²⁷¹

267 Einen Trend zu einer strengeren Prüfung beobachten *Nils Wahl/Luca Prete*, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU*, *CML Rev.* 55 (2018), 511–548.

268 Vgl. oben, III.2.

269 Art. 94 c) EuGH-VerfO.

270 *Urška Šadl*, *The Referring Court Asks, in Essence*, *ELJ* 25 (2019), 416–433.

271 *Takis Tridimas*, *Constitutional Review of Member State Action*, *I-CON* 9 (2011), 737–756.

Ob mitgliedstaatliche Gerichte befugt sind, das Unionsrecht eigenständig auszulegen, hat die Unionsrechtswissenschaft schon früh beschäftigt.²⁷² Dass ordentliche Gerichte nicht zur Vorlage verpflichtet sind, wenn es um die Auslegung des Unionsrechts geht, ist unumstritten. Anders ist dies bei letztinstanzlichen Gerichten. Sie sind grundsätzlich zur Vorlage verpflichtet. Ziel des Art. 267 Abs. 3 AEUV ist es, zu verhindern, dass sich in einem Mitgliedstaat eine Rechtsprechung herausbildet, die nicht mit derjenigen des Gerichtshofs in Einklang steht.²⁷³

Obwohl der Wortlaut des Art. 267 Abs. 3 AEUV eine unbedingte Vorlagepflicht vorsieht, wenn sich eine Auslegungsfrage in einem schwebenden Verfahren vor einem letztinstanzlichen Gericht stellt, hat der Gerichtshof früh eine eigenständige Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Auslegung des Unionsrechts anerkannt. Das Urteil *CILFIT* steckte jedoch enge Grenzen ab.²⁷⁴ Ein *acte clair*, der von der Vorlagepflicht befreit, ist nur dann anzunehmen, wenn ein Gericht überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewissheit besteht, dass die Auslegung des Unionsrechts offensichtlich ist. Die Vorgaben des Gerichtshofs, wie diese Überzeugung zu gewinnen ist, etwa durch den Vergleich aller Sprachversionen einer unionsrechtlichen Regelung, waren so streng, dass ein Generalanwalt meinte, das Entdecken eines Einhorns sei einfacher als einen *acte clair* zu finden.²⁷⁵ Die Vorgaben des Gerichtshofs haben in mitgliedstaatlichen Höchstgerichten wenig Resonanz gefunden, wie eine rechtsvergleichende Studie der Rechercheabteilung des Gerichtshofs gezeigt hat. Der geforderte Vergleich der Sprachversionen des Unionsrechts etwa spielt in der Praxis der mitgliedstaatlichen Höchstgerichte kaum eine Rolle.²⁷⁶

Vor diesem Hintergrund nahm der Gerichtshof zuletzt Anpassungen vor. Im Urteil *Consortio* stellte er fest, dass letztinstanzliche Gerichte nur die

272 Überblick über die Debatte bei Morten Broberg/Niels Fenger, Preliminary References to the European Court of Justice, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2021, 201–248.

273 EuGH, Urteil v. 24.5.1977, Rs. 107/76, ECLI:EU:C:1977:89, Rn. 5 – *Hoffmann-Laroche*.

274 EuGH, Urteil v. 6.10.1982, Rs. 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 – *CILFIT*.

275 GA Wahl, Schlussanträge v. 13.5.2015, verb. Rs. C-72/14 und C-197/14, ECLI:EU:C:2015:319, Rn. 62 – *X und Van Dijk*.

276 Vgl. das fast 300-seitige Gutachten der Rechercheabteilung des Gerichtshofs: Note de recherche: Application de la jurisprudence Cilfit par les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne (Mai 2019).

ihnen bekannten Sprachfassungen untersuchen müssen, vor allem wenn Unterschiede zwischen Sprachfassungen von den Parteien vorgetragen werden und erwiesen sind.²⁷⁷ Dass verschiedene Auslegungen möglich sind, schließt nicht aus, dass ein *acte clair* vorliegt.²⁷⁸ Und selbst voneinander abweichende Auslegungen können unter bestimmten Voraussetzungen unschädlich sein.²⁷⁹

Auf eine noch grundlegendere Erleichterung, ja sogar einen Paradigmenwechsel, deutet ein weiterer Umstand hin: Im Urteil *CILFIT* sprach der Gerichtshof davon, dass die richtige *Anwendung* des Unionsrechts derart offenkundig sein muss, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt.²⁸⁰ Diese Formel wurde dreißig Jahre lang wiederholt.²⁸¹ Im Urteil *Consortio* spricht der Gerichtshof nun, ohne es näher zu erklären, von der Offenkundigkeit der *Auslegung*,²⁸² und scheint damit einem Vorschlag des Generalanwalts zu folgen.²⁸³ Geht es darum, die Rechtsprechung des EuGH in Fallgruppen anzuordnen, aufzufächern, eben anzuwenden, besteht damit keine Vorlagepflicht, selbst, wenn dies in komplexen Zusammenhängen schwierige Fragen aufwirft.²⁸⁴ Der Gerichtshof hat sich der Praxis der mitgliedstaatlichen Höchstgerichte zur Vorlagepflicht angenähert. Das trägt zur Akzeptanz dieser Rechtsprechung im Gerichtsverbund bei.

Es entspricht dem Verbundgedanken, dass die Durchsetzung der Vorlagepflicht nicht alleine Sache des Gerichtshofs ist. Einige mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte haben die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte durch nationale Verfahrensgarantien abgesichert. Die Verfassungsgerichte Deutschlands, Kroatiens, Österreichs, der Slowakei, Sloweniens und Spaniens überwachen die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte als Ausdruck nationaler Verfahrensrechte, insbesondere des Rechts auf den gesetzlichen

277 EuGH, Urteil v. 6.10.2021, Rs. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, Rn. 44 – *Consortio*.

278 Ebd., Rn. 48.

279 Ebd., Rn. 49.

280 EuGH, *CILFIT* (Fn. 274), Rn. 16, 21.

281 Zuletzt etwa noch in EuGH, Urteil v. 4.10.2018, Rs. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811, Rn. 110 – *Kommission/Frankreich*.

282 EuGH, *Consortio* (Fn. 277), Rn. 33, 39.

283 GA Bobek, Schlussanträge v. 15.4.2021, Rs. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:291, Rn. 139–149 – *Consortio*.

284 Vgl. auch Morten Broberg/Niels Fenger, If You Love Somebody Set Them Free: On the Court of Justice's Revision of the *Acte Clair* Doctrine, CML Rev. 59 (2022), 711–738 (736).

Richter.²⁸⁵ Während das Bundesverfassungsgericht das erste mitgliedstaatliche Gericht war, das die Vorlagepflicht nach innerstaatlichem Recht schützte,²⁸⁶ geht der österreichische Verfassungsgerichtshof in diesem Schutz am weitesten.²⁸⁷

Der Gerichtshof hat diese Rechtsprechung lange weder unterstützt noch unterbunden. Erst im erwähnten Urteil *Conсорzio* hat er aus Art. 47 Abs. 2 GRC erstmals die Pflicht letztinstanzlicher Gerichte abgeleitet, zu begründen, wenn eine Vorlage nicht erfolgt.²⁸⁸ Der Gerichtshof erklärt nicht, wann eine Begründungspflicht besteht. Es ist jedoch durch die grundrechtliche Fundierung davon auszugehen, dass sie durch eine Aufforderung zur Vorlage durch eine Verfahrenspartei ausgelöst wird und für Auslegungs- und Gültigkeitsvorlagen gleichermaßen gilt. Damit folgt er einem Ansatz, den der EGMR auf Grundlage von Art. 6 EMRK entwickelt hat.²⁸⁹ Dass der Gerichtshof eine eigenständige, in Art. 47 Abs. 2 GRC verankerte, Begründungspflicht entwickelt, ist zu begrüßen, insbesondere da die Rechtsprechung des EGMR bislang keine klare Linie gefunden hat.²⁹⁰

V. Ausblick

Dieser Beitrag hat den Gerichtshof in seiner pluralen Struktur dargestellt: Im Zusammenwirken mit den mitgliedstaatlichen Gerichten, eingebettet in die europäische Gesellschaft. Diese Struktur war eine Innovation, die es ab den 1960er Jahren ermöglicht hat, die europäische Integration als Marktin-tegration zu entwickeln. Der Gerichtshof hat wesentlich dazu beigetragen, Zugangshürden zu den mitgliedstaatlichen Märkten abzubauen und Wett-

285 Übersicht bei Anna Wallerman Ghavanini/Clara Rauchegger, Effective Judicial Protection before National Courts, in: Bonelli/Eliantonio/Gentile (Fn. 240), 45–60 (50–54).

286 BVerfGE 73, 339 (Rn. 74–81) – *Solange II*.

287 Jeder Verstoß gegen die Vorlagepflicht begründet einen Verstoß gegen das in der österreichischen Bundesverfassung garantierte Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, zu dieser Rechtsprechung Marcus Klamert, Austria, in: Marleen Botman/Jurian Langer (Hrsg.) National Courts and the Enforcement of EU Law: The XXIX FIDE Congress, Den Haag: Eleven 2020, 93–103 (100–102).

288 EuGH, *Conсорzio* (Fn. 277), Rn. 51.

289 EGMR, *Dhabhi v Italien*, Urteil v. 8.4.2014, Nr. 17120/09, Rn. 33.

290 Jasper Krommendijk, 'Open Sesame!': Improving Access to the ECJ by Requiring National Courts to Reason their Refusals to Refer, E.L.Rev. 42 (2017), 46–62 (54–56).

bewerbsverzerrungen zu beseitigen. Er tat das, was Art. 4 EWG-Vertrag allen Organen auftrag: Einen Teil bei der Erfüllung der Aufgaben der EWG zu leisten. In dieser funktionalen Logik mobilisierte er die Bürgerinnen und Bürger für die Durchsetzung der Grundfreiheiten und aktivierte die mitgliedstaatlichen Gerichte als Erfüllungshelfen.²⁹¹

Grundlage und Struktur des Unionsrechts haben sich seither verändert. Art. 2 EUV gründet die Union auf Werten. Art. 3 Abs. 1 EUV bestimmt, dass sie den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern hat – ein umfassender und zugleich offener Auftrag zur Gemeinwohlverwirklichung.²⁹² In diesem axiologisch begründeten Konstitutionalismus übernimmt der Gerichtshof eine neue verfassungsgerichtliche Rolle: Die Werte des Art. 2 EUV sind nicht wie die Grundfreiheiten des Binnenmarkts durchzusetzen. Der Gerichtshof hat die oft widersprüchlichen verfassungsrechtlichen Prinzipien des Art. 2 EUV in Einklang zu bringen, sie differenziert und kontextsensibel gegenüber den Mitgliedstaaten und der Union anzuwenden und im „Einschätzungsverbund“ mit den anderen europäischen Verfassungs- und Höchstgerichten fortzuentwickeln.²⁹³ Der Gerichtshof legitimiert sich dabei nicht mehr nur durch die Erfüllung seiner Aufgaben, sondern muss sich nach Art. 10 EUV, wie alle Unionsorgane, demokratisch rechtfertigen. Diese neue Rolle und ihre Legitimationsbedingungen verlangen, die Organisation und die Verfahren des Gerichtshofs für weitere Akteure der europäischen Gesellschaft zu öffnen, jenseits des Kreises der „*compliance partner*“. Erste Ansätze und mögliche Fortentwicklungen hat dieser Beitrag beschrieben.

Die europäische Gesellschaft der Verfassungsinterpreten sollte jedoch nicht falsch verstanden werden. *Peter Häberles* Begriff, an dem ich Anleihe nehme, ist viel Widerspruch entgegengeschlagen: Ihm wurde vorgeworfen, einen Verlust der Interpretationsfähigkeit der Verfassung in Kauf zu nehmen und damit ein Versagen als Steuerungsinstrument.²⁹⁴ Diese Mahnungen sind auch für den Kontext des Unionsrechts relevant. Klar ist: Das Verwerfungs- und Auslegungsmonopol des EuGH ist ein Kernelement des Rechtsstaatsprinzips des Art. 2 EUV, das Rechtssicherheit und Vertrauen schafft. Es ist zudem ein potentiell identitätsstiftender Mechanismus. *Loïc*

291 Klassisch *Pierre Pescatore*, *Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe*, RIDC 26 (1974), 5–19.

292 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.1.

293 *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, IV.2.

294 *Hailbronner* (Fn. 25), 31 f.

Azoulai hat darauf hingewiesen, dass sich der EuGH, trotz der Notwendigkeit des richterlichen Dialogs und der Achtung nationaler Identität, davor hüten muss, funktionalen Zwängen oder besonders einflussreichen nationalen Konzeptionen zu viel Raum zu geben.²⁹⁵ Sollen die Prinzipien des Art. 2 EUV auch eine identitätsstiftende Funktion erfüllen, muss sie der Gerichtshof sichtbar, konsistent und eigenständig mit Leben füllen.

295 *Loïc Azoulai*, Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence, RTDE 44 (2008), 29–45 (45).

