

## Warum ist der EuGH mächtig? Strategien der Streitschlichtung als „endogener“ Erklärungsansatz\*

*Die Politikwissenschaft hat in den letzten Jahren verstärkte Anstrengungen unternommen, den Aufstieg des EuGH zu einem europapolitischen Schlüsselspieler empirisch zu erklären. Nur selten wird dabei jedoch der EuGH selbst als eigennutzenorientierter und strategisch handelnder Akteur in den Blick genommen. Für seine Macht werden vielmehr andere – insofern „exogene“ – Faktoren ins Spiel gebracht: Einerseits wird vermutet, dass es den Präferenzen der Mitgliedstaaten bestens entsprochen habe, mithilfe des EuGH ein starkes Gemeinschaftssystem zu etablieren. Andererseits wird darzulegen versucht, dass die mit dem EuGH kooperierenden nationalen Gerichte sowie transnational operierende Unternehmen besonders von einem starken EuGH profitieren und ihn deshalb auf seinem Weg zu einem europäischen Verfassungsgericht unterstützt haben. In diesem Artikel wird demgegenüber eine „endogene“ Erklärung für die Macht des EuGH angeboten: Es kann in vergleichender Perspektive gezeigt werden, dass die Luxemburger Richter im institutionellen Eigeninteresse auf Strategien der Rechtsprechung zurückgegriffen haben, die bereits durch den U.S. Supreme Court zur Anwendung gekommen sind. Jene Streitschlichtungsstrategien haben einen wesentlichen Beitrag zur Autoritätssteigerung des Gerichts geleistet. Sie müssen daher als „endogene“ erklärende Variable für die institutionelle Machtentfaltung des EuGH und seine „Selbstautorisierung“ als EU-Verfassungsgericht stärker berücksichtigt werden.*

### Inhalt

1. Einleitung	234
2. Politikwissenschaftliche Erklärungen für die Macht des EuGH	235
a) Der neorealistische Ansatz	235
b) Der neofunktionalistische Ansatz	237
c) Defizite der dominierenden Ansätze	239
3. Strategie und Taktik verfassungsgerichtlicher Streitschlichtung	240
a) Die Berücksichtigung unterschiedlicher Zeithorizonte	241
b) Transformation politischer Konflikte in normativ-juristische Fragen	242
c) Beachtung der Grenzen richterlicher Verantwortung	244
d) Vermeidung von „winner takes all – loser loses all“-Entscheidungen	248
4. Fazit	250
Literatur	252

\* Ich möchte mich an dieser Stelle herzlich bei den beiden anonymen Gutachtern für Ihre kritischen Kommentare und Anregungen bedanken.

## 1. Einleitung

Die große verfassungspolitische Gestaltungsmacht des EuGH und dessen Akzeptanz erklären sich Rechtswissenschaftler gerne mit der lapidaren Feststellung, dass die Luxemburger Richter *grosso modo* einen „hervorragenden Job“<sup>1</sup> machen. Da eine solche Erklärung die Politikwissenschaft kaum befriedigen konnte, hat sie in den letzten Jahren verstärkte Anstrengungen unternommen, den Aufstieg des EuGH zu einem machtvollen europäischen Verfassungsgericht empirisch zu erklären. In diesen Theorien wird jedoch der EuGH selbst nur selten als eigennutzenorientierter und strategisch handelnder Akteur in den Blick genommen. Für die Macht des EuGH werden vielmehr andere – insofern „exogene“ – Faktoren ins Spiel gebracht. Einerseits wird die Erfolgsgeschichte des EuGH damit erklärt, dass es dem Eigeninteresse der Mitgliedstaaten bestens entsprochen habe, mithilfe des EuGH ein starkes Gemeinschaftssystem zu etablieren, obwohl dies ihre nationale Autonomie stark einschränkte. Andererseits wird darzulegen versucht, dass die mit dem EuGH kooperierenden nationalen Gerichte sowie transnational operierende Unternehmen, die über den nationalen Gerichtsweg zu ihrem europäischen Recht kommen wollen, besonders von einem starken EuGH profitiert haben und ihn deshalb – im eigenen Interesse – auf seinem Weg zu einem machtvollen europäischen Verfassungsgericht unterstützen.

In diesem Aufsatz möchte ich zunächst zeigen, dass diese beiden politikwissenschaftlichen Erklärungsansätze<sup>2</sup> insofern noch defizitär sind, als sie zum einen die spezifischen institutionellen Eigeninteressen des EuGH als strategischer Akteur zu wenig in den Blick nehmen, zum anderen die vergleichende Perspektive mit nationalen Verfassungsgerichten zu selten genutzt wird. Im Anschluss an diese, den bisherigen Forschungsstand kritisch reflektierenden methodischen Überlegungen wird im empirischen Teil danach gefragt, welche Strategien der EuGH und der U.S. Supreme Court einsetzen, um ihre Autorität als Streit-schlichter zu festigen und auszubauen. Der Vergleich mit dem Obersten Bundesgericht der USA bietet sich vor allem deshalb an, weil dieses in den über 200 Jahre seines Bestehens

- 1 Diese Erklärung ist in der Europarechtswissenschaft durchaus noch weit verbreitet (vgl. nur Mancini 1989: 611).
- 2 Keinesfalls soll hier unterschlagen werden, dass sich neben diesen beiden dominierenden Ansätzen der Politikwissenschaft weitere Ansätze entwickelt haben, die sich selbst z. T. als Alternative zu beiden „Großtheorien“ verstehen. Doch bei genauerem Hinsehen lassen sich auch diese – delegationstheoretischen – Ansätze den beiden Großtheorien als Weiterentwicklungen zuordnen (vgl. ähnlich argumentierend Kassim/Menon 2003), weil sie in letzter Konsequenz den Bedeutungs- und Machtzugewinn der Rechtsprechung entweder einseitig auf die „eigentlichen“ Interessen der Mitgliedstaaten zurückführen oder aber – ebenso einseitig – auf relativ unabhängig von mitgliedstaatlichen Präferenzen bestehende Eigen-gesetzlichkeiten supranationaler Institutionenentwicklung. Die erste Gruppe von Alternativansätzen sind der „Liberal Intergovernmentalism“ von Moravcsik (1993) und der „Institutional Intergovernmentalism“ von Garrett/Weingast (1993), die beide die klassische neorealistische Prämisse teilen, dass die EU-Regierungen die Integrationsentwicklung unter ihrer ultimativen Kontrolle behalten. Die zweite Gruppe von Alternativansätzen – der „Historical Institutionalism“ von Alter (2001) und der „Rational-choice supranationalism“ von Pollack (2003) – teilt bei allen Unterschieden bezüglich der Erklärung dieser Entwicklung hingegen die neofunktionalistische Prämisse, dass sich supranationale Institutionen mit Fortschreiten der Integration eben dieser mitgliedstaatlichen Kontrolle immer erfolgreicher entziehen können.

viele politische bedeutende Urteile gefällt hat, die ähnlich gelagerte Sachverhalte betrafen, zu denen auch der EuGH Recht sprechen musste<sup>3</sup>. Nachdem kurz dargelegt wurde, welche institutionellen Eigeninteressen beide Gerichte miteinander teilen, demonstrierte ich, dass das europäische Gericht, ausgehend von seinem schon früh entwickelten institutionellen Selbstverständnis, ein Verfassungsgericht zu sein<sup>4</sup>, auf Strategien der Rechtsprechung zurückgegriffen hat, die bereits in der Rechtsprechung des amerikanischen Höchstgerichts zur Anwendung gekommen sind. Die Entwicklung und geschickte Nutzung jener Streitschlichtungsstrategien haben einen nicht unwesentlichen Beitrag zur Autoritätssteigerung des Gerichts geleistet, sodass sie als – additiver und „endogener“ – Erklärungsfaktor für die hohe Akzeptanz des EuGH und seiner Urteile sowie als Basis für seine institutionelle Machtentfaltung nicht ausgeblendet werden sollten.

## 2. Politikwissenschaftliche Erklärungen für die Macht des EuGH

### a) Der neorealistische Ansatz

Traditionell schenken (neo-)realistische Ansätze supranationalen Institutionen nur wenig Aufmerksamkeit. Stattdessen wird die Rolle der mitgliedstaatlichen Regierungen betont, deren Einstellungen und Präferenzen aus Sicht der Neorealisten den Verlauf der Integration determinieren (Moravcsik 1997, 1993, 1991). Die EG und ihre Institutionen sind nach dieser Lesart nicht mehr als die Aggregation der Präferenzen der mitgliedstaatlichen Regierungen. Die Richter des EuGH wurden lange Zeit als juristische Technokraten angesehen, die lediglich die „technische“ Aufgabe haben, die durch die anderen EU-Organe vereinbarten – und am Ende von intergouvernementalen Verhandlungen stehenden – politischen Regelungen ins Juristische zu „übersetzen“ (vgl. Stein 1981: 3). Angesichts der realen Integrationsentwicklung seit Einführung des Binnenmarktprogrammes, die mithilfe der Prämissen des Realismus nicht mehr zu erklären war, haben Neorealisten – sofern sie sich überhaupt mit dem EuGH befassten – jedoch ihre Ansichten bezüglich der Bedeutung dieses supranationalen Organs für die Integrationsgemeinschaft gründlich revidiert (Hoffmann/Keohane 1991: 12). Doch die nunmehr immerhin eingeräumte Bedeutung des EuGH relativiert sich nach der neorealistischen Lesart vor allem aufgrund der Einschätzung, dass dieser im „Schatten der Hierarchie“ operiert, die noch immer von den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ bestimmt wird.

So versucht etwa Geoffrey Garrett mithilfe einer den Rational-Choice-Ansatz mit der Spieltheorie kombinierenden Erklärung den Erfolg der Jurisprudenz des EuGH aufzuzeigen: Zwar könne der EuGH mit seiner Rechtsprechung die Mitgliedstaaten in ihren politischen

- 3 Dies kann z. B. aufgezeigt werden im Vergleich der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zur Kompetenz des Kongresses zur Wirtschaftsregulierung („commerce power“) einerseits und der Judikatur des EuGH zur Binnenmarktkompetenz der Gemeinschaft andererseits (Höreth 2008: 191 ff.)
- 4 Zu diesem gelange er vor allem durch die Interpretation des Römischen Vertrages als Europäische Verfassungsurkunde. Siehe schon EuGH, Rs. 8/55, Slg. II 1955-1956, S. 266 („Fédéchar“). Diese Interpretation wurde später immer wieder bestätigt, so in: EuGH, Rs. 294/83, Slg. 1986, S. 1339 („Les Verts“), S. 1365.

Wahlmöglichkeiten und damit in ihrer Autonomie einschränken. Genau dies aber läge doch im wohlverstandenen Interesse der Mitgliedstaaten (Garrett 1992; 1995; Garret/Kelemen/Schulz 1998: 155 f.). Zunächst weist Garrett spieltheoretisch nach, dass der europäische Binnenmarkt eine stabile europäische Rechtseinheit voraussetzt, in der sich alle an die gemeinsam gemachten Vereinbarungen halten. Nur wenn das sogenannte „Gefangenendilemma“ vermieden werden kann, d. h. für die Mitgliedstaaten keine Anreize mehr für vertragsbrüchiges Verhalten bestehen, können alle von einer gemeinschaftlichen Politik auch tatsächlich profitieren. Der EuGH spielt hier eine besondere Rolle, denn: „[...] the existence of a legal system that monitored the behaviour of participants and identified transgressions of commonly agreed rules would contribute significantly to the efficacy of cooperative agreements. In the context of the internal market, the ability of injured parties to bring potential violations of EC law to the attention of domestic courts and the European Court substantially strengthens the internal market.“ (Garrett 1992: 558)

Nach dieser neorealistischen Erklärungsvariante haben die Mitgliedstaaten als „principals“ also ganz bewusst wichtige Kompetenzen an den „agent“ EuGH übertragen, damit dieser die Rechtseinheit in Europa schafft und Verstöße gegen europäisches Recht bestraft. Spieltheoretisch formuliert ist das die Konsequenz der von allen Mitgliedstaaten geteilten Erkenntnis, dass alle vom Spiel (dem Binnenmarkt) profitieren können, wenn und soweit sich auch alle an die entsprechenden Spielregeln (das europäische Recht) halten. Dem EuGH obliegt es nun – neben der Kommission – quasi als Schiedsrichter, die Einhaltung dieser Regeln zu überwachen, dabei jedoch nicht nur Verstöße gegen diese Spielregeln zu bestrafen, sondern auch, dort wo es nötig erscheint, diese Spielregeln selbst noch etwas genauer zu spezifizieren und weiterzuentwickeln (Chalmers 1998: 331).

So einleuchtend dieser Erklärungsversuch mithilfe der Agenturtheorie ist, so lässt er doch einige wichtige, ja entscheidende Fragen offen (Slaughter/Mattli 1995). Zunächst wird nicht gesehen, dass der „principal-agent-Ansatz“ einem grundsätzlichen Dilemma nicht entgehen kann: „Agents (being rational) will not always act in the best interest of the principals but in their own best interests instead.“ (Hechter 1987: 130) Das Eigeninteresse eines mächtigen „agents“ muss damit keineswegs kongruent sein mit den Interessen der ihn ermächtigenden „principals“, den Mitgliedstaaten (Thatcher/Stone Sweet 2002). Garretts Ansatz ignoriert dieses Problem, indem er in Anknüpfung an die Theorie des (liberalen) Intergovernmentalismus (Moravcsik 1991, 1997) voraussetzt, dass in der Rechtsprechung des EuGH tatsächlich die kollektiven Präferenzen der Mitgliedstaaten – insbesondere die „vitalen Interessen“ der mächtigsten Mitglieder Deutschland und Frankreich – zum Ausdruck kommen (Garrett 1992: 559). Der EuGH ist aus dieser Sicht nicht mehr als ein williger Erfüllungshelfer der stärksten Mitgliedstaaten.

Da dies eine „starke“ These ist, müssten zu ihrer Begründung empirisch überzeugende Nachweise erbracht werden. Doch Garrett gibt keine empirisch überzeugenden Gründe dafür an, warum die EuGH-Rechtsprechung ausgerechnet deckungsgleich mit den französischen Interessen gewesen sein soll. Unter der Präsidentschaft Charles de Gaulles war gerade Frankreich einer der schärfsten Kritiker des Gerichts. Im Jahre 1968 versuchte de Gaulle den EuGH durch Vertragsrevision in seine Schranken zu weisen, erhielt dabei aber nicht die Unterstützung anderer Mitgliedstaaten (Alter 1998: 132). Nach einer Überlieferung durch

Kutscher (1981: 411) hätte aber auch der frühere französische Premierminister Michel Debré den EuGH gerne „dem Erdboden gleich“ gemacht. Aus diesen Gründen ist eine den neorealistischen Prämissen entgegengesetzte Annahme viel plausibler und auch empirisch überzeugender, nämlich die, dass der EuGH sich in seiner Rechtsprechung erfolgreich die Expansion supranationaler Autorität gegen mitgliedstaatliches Souveränitätsdenken zum Ziel gesetzt hat.<sup>5</sup> Zwar mag es für die Mitgliedstaaten von Bedeutung sein, das Problem des „Gefangenendilemmas“ und des „incomplete contracting“ zu lösen. Ob sie jedoch die zunehmende Supranationalisierung und das Schwinden mitgliedstaatlicher Souveränität durch die Funktionalisierung der nationalen Gerichte auf Grundlage der „symbiotischen Beziehung“ (Stein 1981: 1) mit dem EuGH als wichtigstem Antriebsfaktor der europäischen Integration ganz bewusst in Kauf nehmen wollten, erscheint doch mehr als zweifelhaft.

Der tiefere Grund für die Unzulänglichkeit dieses Ansatzes liegt in den Prämissen, die Garrett den Akteuren in seinem „Spiel“ als handlungsleitend unterstellt. Will man auf einen rein interessegeleiteten P-A-Ansatz als Erklärungskonzept nicht verzichten, unterstellt man also bei dem zwischen den Mitgliedstaaten und dem EuGH stattfindenden „Spiel“ konsequenterweise bei *allen relevanten Akteuren* interessegeleitetes Verhalten, so könnte seine kritische Verwendung eher eine den neorealistischen Prämissen Garretts zuwiderlaufende Hypothese plausibel machen: Nachdem die Mitgliedstaaten als „principals“ den EuGH als ihren „agent“ eingesetzt haben, ist dieser selbst im eigenen „rationalen“ Interesse zum „principal“ geworden und hat seinerseits die mitgliedstaatlichen Gerichte<sup>6</sup> als seine „agents“ eingesetzt – nicht nur um europäisches Recht effektiver durchzusetzen, sondern auch um seine supranationale Position als europäisches Verfassungsgericht vis-à-vis seinen „principals“, den Mitgliedstaaten, zu stärken.

### b) Der neofunktionalistische Ansatz

In die von den Neorealisten hinterlassenen Erklärungslücken stießen die Neofunktionalisten, die – wenn auch gewissermaßen „en passant“ – auch beim EuGH durchaus strategisches Kalkül unterstellten. Mithilfe der Theorie des Neofunktionalismus haben Anne-Marie Burley und Walter Mattli in ihrer Pionierarbeit ein Modell entwickelt, das erklären sollte, wie der EuGH im Zuge des Integrationsprozesses vor allem auf der Basis des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG (ex-Art. 177 EG) an integrationspolitischer Bedeutung gewann (Burley/Mattli 1993). Sie gehen dabei von der Hypothese aus, dass der EuGH relativ unabhängig von mitgliedstaatlichen Kontrollen vor allem den Interessen transnationaler Interessengruppen sowie niederrangiger nationaler Gerichte dient, selbst wenn diese Interessen in signifikantem Ausmaß den mitgliedstaatlichen Regierungen widersprechen. Ihre zentrale Beobachtung lautet zusammengefasst: „The Court [...] created [...] opportunities, providing personal incentives for individual litigants, their lawyers, and lower national courts to

5 Stone Sweet/Caporaso 1998; Stone Sweet/Brunnell 1998; Alter 2001, 1998.

6 Bezeichnend für die mangelnde Erklärungskraft des Ansatzes von Garrett ist auch, dass gerade die Rolle der nationalen Gerichte keine Erwähnung erfindet. Dabei ist offensichtlich, dass der EuGH seine Machtbasis ohne die Hilfe der nationalen Gerichte und vor allem deren Bereitschaft, das Vorabentscheidungsverfahren zu nutzen, nicht hätte kontinuierlich ausbauen können.

participate in the construction of the community legal system. In the process, it enhanced its own power and the professional interests of all parties participating directly or indirectly in its business.“ (Burley/Mattli 1993: 60)

Aus dieser Sicht<sup>7</sup> haben fünf Faktoren, deren Zusammenwirken einer zwingend funktionalen Logik folgt, die Emergenz eines machtvollen europäischen Verfassungsgerichts unausweichlich gemacht (Höreth 2005: 152): (1) der um seine Autorität besorgte EuGH, (2) nationale Gerichte, die sich von der Kooperation mit dem EuGH aufgrund der damit verbundenen Ermächtigung zum „judicial review“ Prestigegewinne erwarteten, (3) von der Durchsetzung europäischen Rechts besonders profitierende einzelne Bürger und Unternehmen, Europarechtler in der Wissenschaft etc. – und deren utilitaristische und interessengeleitete Motive, (4) die „spill-overs“ begünstigende Eigenart des Prozesses, und schließlich (5) der politisch nicht-konfliktive, weil „rein juristische“ Kontext, in dem jene rechtliche Integration stattfindet.

Im Grunde ist diese neofunktionalistische Erklärung für die gewachsene Bedeutung europäischer Gerichtsbarkeit in ihrem Kern recht einfach: Private, transnational ausgerichtete Akteure und die Gerichte auf beiden Ebenen verbünden sich in der Zielsetzung, die Expansion europäischen Rechts gegen nationales Recht voranzutreiben, denn jeder dieser Akteure hat ein spezifisches Interesse an dieser Entwicklung. Private Akteure – z. B. Unternehmen, die transnational operieren wollen – können unter Verweis auf EU-Recht sie behinderndes nationales Recht angreifen, sie erhalten zusätzliche Rechte und größere transnationale Märkte. Nationale Richter können sich, wenn sie dem EuGH Rechtsfragen mit europäischem Bezug vorlegen, in ihrem Status als Richter aufgewertet fühlen. Und schließlich kann der EuGH mit der Zunahme an Fällen, die ihm vorgelegt und von ihm entschieden werden, das EU-verfassungsrechtliche Netz, das nunmehr auch alle nationalen Rechtsordnungen umspannt, durch von ihm gesetzte „Präzedenzen“ immer engmaschiger gestalten und dabei auch seinen eigenen Status als EU-Verfassungsgericht nicht nur festigen, sondern weiter ausbauen.

Diese neofunktionalistische Theorie erscheint auf den ersten Blick durchaus eindrucksvoll und erklärungskräftig. Eines der Hauptaxiome, auf denen die ganze Theorie beruht, ist jedoch nicht plausibel, nämlich die Vermutung, dass alle mit dem EuGH kooperierenden Akteure, insbesondere nationale Gerichte, von der Kooperation mit dem europäischen Gericht in irgendeiner Weise profitieren und diese – im weiteren Verlauf die Integration durch Recht forcierende – Kooperation also vor allem deshalb anstreben, weil sie ihrem Eigeninteresse entspricht. Das ist jedoch keineswegs immer, und vor allem nicht bei allen mit dem EuGH zusammenarbeitenden Akteuren der Fall.

Nicht jedes mit dem EuGH kooperierende Gericht hat hiervon tatsächlich selbst profitiert, im Gegenteil: Vor allem die Höchstgerichte in den Mitgliedstaaten, die ein richterliches Prüfungsrecht über nationale Gesetze seit ihrer Gründung nach dem Zweiten Weltkrieg ausüben (Stone Sweet 2000), hatten teilweise erhebliche Prestigeverluste hinzunehmen, nachdem sie das Prinzip der Suprematie europäischen Rechts anerkannten und damit zugleich rechtslogisch dem EuGH das exklusive Recht einräumten, nationales Recht auf seine Vereinbarkeit mit europäischem Recht überprüfen zu können. Sie gaben damit ihr Monopol auf Überprüfung nationaler Gesetze mit höherrangigem Recht auf und mussten sich nunmehr diese Aufgabe gewissermaßen mit dem EuGH teilen. Durch die Kooperation mit dem EuGH

7 Vgl. hierzu die mehr ins Detail gehende Analyse bei Höreth 2000: 27 ff.; 2005: 151 ff.

haben sie keine institutionenpolitische Vorteile, eher verlieren sie in dem Maße an Prestige, in dem sie ihr Prüfungsmonopol verlieren.

Allerdings – und dies spricht eben auch gegen die neofunktionalistische These vom Kooperationsgewinn nationaler Gerichte – halten sich die meisten Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten immerhin eine Hintertür für die Überprüfbarkeit von Rechtsakten der Gemeinschaft am Maßstab der jeweiligen nationalen Verfassung offen (Mayer 2004). Insofern stellen nationale Verfassungsgerichte noch immer wirkungsmächtige „Widerstandsnester“ gegenüber den Juridiktionsansprüchen des EuGH dar. Das legt die Vermutung nahe, dass bei der Suche nach Gründen für den Erfolg des EuGH nicht nur die vermeintlich oder tatsächlich von einem mächtigen europäischen Verfassungsgericht profitierenden Akteure in den Blick genommen werden sollten, sondern auch und gerade der EuGH selbst und seine Rechtsprechung – und damit schließlich die durch ihn zum Einsatz kommenden Streitschlichtungsstrategien.

### *c) Defizite der dominierenden Ansätze*

Die vorgestellten politikwissenschaftlichen Erklärungsversuche haben das Problem gemeinsam, dass sie bei der Erklärung der institutionellen Macht des EuGH die Rolle der von dieser Rechtsprechung betroffenen sowie der von ihr profitierenden Interessen – der Mitgliedstaaten, der transnational operierenden Unternehmen, der nationalen Gerichte – zu hoch veranschlagen, wobei auch die Definition der jeweils einschlägigen „Interessen“ zuweilen unterbelichtet bleibt. Während neorealistic Ansätze, die mit dem Prinzipal-Agenten-Konzept operieren, darunter leiden, dass sie noch immer mit dem Begriff eines abstrakten, inhaltlich nicht näher bestimmten, von Raum und Zeit unabhängigen und damit unhistorischen „nationalen Interesses“ operieren, das die nationalen Exekutiven als „principals“ verkörpern sollen, können neofunktionalistische Ansätze kaum benennen, welche außerrechtlichen handlungsleitenden „Interessen“ (nationale) Richter haben. Vor allem beschränken sich neofunktionalistische Ansätze weitgehend darauf, dem EuGH zwar pauschal institutionelle Eigeninteressen im Sinne eines „judicial empowerment“ zu unterstellen, ohne aber zeigen zu können, welche Strategien das Gericht einsetzt, um seine machtpolitischen Ziele auch tatsächlich zu erreichen – zumal der EuGH ja mit möglichem Widerstand seitens der Mitgliedstaaten immer rechnen musste und weiter muss (Everling 1981: 186). Aus neofunktionalistischer Sicht wird der Erfolg des EuGH primär auf andere Akteure, insbesondere nationale Gerichte, zurückgeführt, obwohl gezeigt werden kann, dass insbesondere die Höchstgerichte der Mitgliedstaaten gar kein strategisches Interesse an einem mächtigen EU-Verfassungsgericht haben können. Daher werden weder in der neorealistic Erklärung der Erfolgsgeschichte des EuGH noch in der neofunktionalistischen Theorie dessen institutionelle Eigeninteressen und die daraus abgeleiteten Strategien der Rechtsprechung als erklärende Variablen voll entfaltet.

Ein noch wichtigeres Defizit in der politikwissenschaftlichen Beschäftigung mit dem EuGH ist jedoch, dass die dominierenden Erklärungsansätze die möglichen Erkenntnisgewinne einer komparativen Herangehensweise an das Untersuchungsobjekt EuGH nicht

ausschöpfen.<sup>8</sup> Deduktiv wird aus dem „sui-generis“-Charakter des politischen Systems der EU geschlossen, dass der EuGH als Organ dieses Systems ebenfalls einzigartig sein müsse und demzufolge keine Vergleichsobjekte kennt. Andererseits wird der EuGH zuweilen – meist eher unreflektiert – als „Quasi-Verfassungsgericht“ bezeichnet, was einen möglichen Vergleich mit anderen Verfassungsgerichten zumindest nicht von vornherein ausschließen sollte.<sup>9</sup> Die daraus abzuleitende Konsequenz jedoch, nämlich das Erkenntnispotenzial einer vergleichenden Analyse des EuGH auch für die Politikwissenschaft zu nutzen, wurde erstaunlicherweise nur selten gezogen (Stone Sweet 2000: 132; 2002). Sucht man nach Gründen für den Erfolg des EuGH, sollte man daher – zumindest *auch* – in vergleichender Perspektive bei ihm selbst als Akteur, bei seinen institutionellen Eigeninteressen und den daraus abgeleiteten Strategien in der Rechtsprechung ansetzen.

### 3. Strategie und Taktik verfassungsgerichtlicher Streitschlichtung

Obwohl die Organisation verfassungsgerichtlicher Streitentscheidung beim Supreme Court und dem EuGH sowie deren jeweilige Einbettung in ihre jeweilige Rechtstradition und -kultur divergieren, lassen sich Konvergenzen erkennen, die sich aus der Funktion der Verfassungsgerichte als Streitschlichter ergeben. Beide Gerichte teilen gerade bei der Streitentscheidung verfassungspolitisch sensibler Fälle das Problem miteinander, ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit permanent unter Beweis stellen zu müssen, damit ihre Legitimität und Autorität als Streitschlichter nicht gefährdet werden. Zwar bringen die Politik und die öffentliche Meinung Verfassungsgerichten ein hohes Maß an Vertrauen entgegen. Es liegt aber im institutionellen Eigeninteresse der beiden Gerichte, dieses Vertrauen nicht zu verspielen.

Vergleichend wird im Folgenden anhand von einigen bedeutenden Urteilen beider Gerichte aufgezeigt, dass der Fallbearbeitung durch die Richter bestimmte gemeinsame „Streitschlichtungsphilosophien“ zugrunde liegen, durch deren Einsatz sie der Gefahr eines „Vertrauensentzugs“ zu enttrinnen suchen. Verfassungsgerichte agieren insofern als strategische Akteure (Rostow 1962), die alles daran setzen, dass ihre Urteile bei allen Streitparteien auf möglichst breite Akzeptanz treffen und eine hohe Durchsetzungschance besitzen. Vier Strategien lassen sich unterscheiden:

- *Erstens* können sich die richterlichen Streitschlichter die unterschiedlichen Zeithorizonte von Richtern und Politikern strategisch zunutze machen. Beim Verfolgen dieser Strategie gehen die Richter davon aus, dass die Anreize für den Politiker, Urteile des Gerichts zu kritisieren oder gar zu missachten, dann sehr gering sind, wenn die (potenziellen) finanziellen oder politischen Folgen des Urteils erst zu einem späteren Zeitpunkt zu spüren sein werden.

8 Diese ernüchternde Einschätzung bezieht sich lediglich auf Untersuchungen, die im weitesten Sinne die institutionelle Macht des EuGH erklären wollen. Vereinzelt politikwissenschaftliche Studien, die den EuGH komparatistisch einbeziehen, um beispielsweise den Charakter von Verfassungsgerichten als „Veto-Spieler“ in einzelnen Politikfeldern nachweisen zu können, gibt es gleichwohl (hierzu vor allem Wagschal 2006; Cooter/Ginsburg 1996).

9 Allerdings stellt der Vergleich von Verfassungsgerichten auch ein generelles Desideratum in der Vergleichenden Regierungslehre dar: „Indeed, comparativists rarely know anything about law and courts.“ (Shapiro/Stone 1994: 397).

In einer solchen Situation können sehr weit in die Zukunft reichende Grundsatzentscheidungen getroffen werden, zumal dann, wenn vordergründig in dem konkreten Fall mächtigen politischen Akteuren sogar Recht gegeben werden kann.

- Eine *zweite* Strategie dürfte sein, in Kooperation mit der Rechtswissenschaft die (in Wirklichkeit ja nur scheinbare, weil normativ „konstruierte“) Trennung von Recht und Politik so gut wie möglich aufrechtzuerhalten.<sup>10</sup> Aus diesem Grund wird etwa allen Streitparteien abverlangt, im Rahmen des Gerichtsverfahrens ihre Interessen und Motive mit rein normativen Argumenten vorzutragen, um auf diese Weise die Streitfrage so weit wie möglich von außerrechtlichen Aspekten zu befreien. Trotz der dadurch bewirkten „Transformation“ eines (verfassungs-)politischen Konflikts in eine rein normative Frage, wissen die Verfassungsgerichte um die möglichen politischen Folgeprobleme ihrer Urteile (Hesse 1981: 269). Um mit ihren Entscheidungen im gesellschaftlichen und politischen Raum möglichst breite Akzeptanz zu finden, nutzen Verfassungsrichter in der Begründung ihrer Urteile daher sehr häufig ausgleichende Techniken wie die „Güterabwägung“ in der „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ (Pollak 1991; Stone Sweet 2000: 107 ff.). Bei der verfassungskonformen Auslegung schließlich macht das Verfassungsgericht zwar von seiner Normverwerfungskompetenz keinen Gebrauch, schreibt aber eine verbindliche Interpretation der infrage stehenden Norm fest.

- Eine *dritte* Strategie von Verfassungsgerichten ist es, bestimmte im Rahmen eines Verfahrens aufgeworfene politische Fragen mit hohem Konfliktgehalt nicht gerichtlich zu klären, sondern diese Aufgabe an die Legislative bzw. Exekutive zurückzuverweisen, weil ansonsten die Grenzen richterlicher Verantwortung überschritten wären. In diesem Zusammenhang wird zu zeigen sein, inwieweit die vom U.S. Supreme Court entwickelte „political questions“-Doktrin (Scharpf 1965) in der Verfassungsjudikatur des EuGH ihre Entsprechung findet.

- *Viertens* dürfte es gerade bei Streitigkeiten mit hohem Konfliktgehalt eine der wichtigsten Streitschlichtungsstrategien von Verfassungsgerichten sein, gerade bei politisch hochsensiblen Entscheidungen, denen nicht ausgewichen werden kann, keine der Streitparteien zum „absoluten“ Verlierer zu machen.

### *a) Die Berücksichtigung unterschiedlicher Zeithorizonte*

EuGH wie U.S. Supreme Court konnten in der Vergangenheit bei ihren Entscheidungen die unterschiedlichen Zeithorizonte von Politikern und Richtern strategisch für weitreichende Urteile ausnutzen. Kritik oder gar Ablehnung von Urteilen ist nur dann zu erwarten, wenn die politischen oder finanziellen Folgen eines Urteils die politischen Akteure direkt negativ betreffen. Während Gerichte Verfassungsprinzipien entwickeln, die sich erst auf lange Sicht auswirken, verhalten sich Politiker aufgrund ihres kurzen Zeithorizonts selbst bei sehr weit reichenden Urteilen eher passiv. Ist mit negativen Folgen erst zu einem späteren Zeitpunkt zu rechnen, liegt es kaum im Interesse der Politiker, sich mit dem Gericht anzulegen. Umgekehrt gilt es aber für die Richter zu vermeiden, in aktuellen politischen Konflikten eine exponierte Position zu vertreten, wenn mit starker Richterschelte oder gar mit der Nichtbefolgung des Urteils durch politische Akteure zu rechnen ist (Stone/Seidman 2005: 37).

<sup>10</sup> Simon 1994: Rn. 46; Böckenförde 1999: 164 f.; Stone/Seidman 2005: 26.

Nach diesem Muster hat der EuGH z. B. seine Entscheidung im Fall „Costa/ENEL“<sup>11</sup> gelöst. Hier wurde die Frage nach der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem europäischen Primärrecht aufgeworfen. Es ging um die Klage eines italienischen Bürgers, Flaminio Costa, der einige Aktien an einem Stromunternehmen hielt, das per italienischem Gesetz verstaatlicht wurde. Vom Streitwert her ging es lediglich um wenige Euro, doch Costa ging es eher ums Prinzipielle. Er sah in der Verstaatlichung des Stromkonzerns eine Verletzung mehrerer Artikel des EWG-Vertrages, während die italienische Regierung und das italienische Verfassungsgericht (Alter 2001: 19) bereits das Ersuchen um Vorabentscheidung durch ein italienisches Friedensgericht als absolut unzulässig betrachteten. Der EuGH nahm sich der Sache jedoch an. Eine mögliche Verurteilung der italienischen Regierung blieb aus, und diese konnte daher ihr Gesicht wahren. Das Urteil entsprach damit ihrem kurzfristigen Interesse, den gegen sie laufenden Fall nicht zu verlieren und die damals angefochtene Verstaatlichung der Stromindustrie nicht rückgängig machen zu müssen.

Am Ende konnte Costa vom EuGH nicht Recht gegeben werden, denn dies hätte für den EuGH nur kaum zu lösende Konflikte mit der italienischen Regierung provoziert, die der Autorität des Gerichts schwer geschadet hätten, zumal die Luxemburger Richter annehmen mussten, dass eine solche Entscheidung von den Italienern ignoriert worden wäre. Das Exempel statuierte man jedoch an anderer Stelle, um den Anwendungsvorrang europäischen Rechts gegenüber nationalem Recht durchzusetzen. Von diesen konstitutionellen Klarstellungen waren die kurzfristigen Interessen Italiens jedenfalls nicht mehr direkt berührt, sodass für eine mögliche Kritik am Urteil von ihrer Seite kein unmittelbarer Anlass mehr bestand. Aus ganz ähnlichem Grund konnte der U.S. Supreme Court in der berühmten Entscheidung „Marbury v. Madison“<sup>12</sup> dem Kläger gegen die amerikanische Regierung, Marbury, einerseits nicht Recht geben und so die unmittelbaren Interessen der damaligen Regierung Jefferson befriedigen – und andererseits gerade deshalb sein eigenes, strategisch und langfristig ausgerichtete Interesse an der Feststellung des Vorranges der Verfassung und sein daraus abgeleitetes richterliches Prüfungsrecht begründen und durchsetzen.

Die unterschiedlichen Zeithorizonte von Richtern und Politikern spielen auch deshalb eine wichtige Rolle, weil der EuGH seine Rechtsprechung oft inkremental von Fall zu Fall weiterentwickelt, sodass einzelne Mitgliedstaaten nicht überblicken können, ob ein sie momentan negativ betreffendes Urteil eine dauerhafte, sie permanent negativ betreffende Rechtsprechungslinie etablieren wird oder nicht. Während also die langfristigen Nachteile eines einzelnen Urteils oft schwer zu erkennen sind, sind die dauerhaften Vorteile der Gemeinschaftsinstitutionen inklusive des EuGH immer evident. Dies lässt die Kritik am EuGH als integralem Bestandteil des gesamten institutionellen Settings kaum ratsam erscheinen (Shapiro 1999: 332).

### *b) Transformation politischer Konflikte in normativ-juristische Fragen*

Die Befugnis der Normenkontrolle – so Carl Schmitt in einer seiner bekanntesten Thesen – führe zu einer Juridifizierung der Politik und einer Politisierung der Justiz, bei der beide

11 EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, I-1251 („Flaminio Costa v. ENEL“).

12 „Marbury v. Madison“, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 166 (1803).

nichts zu gewinnen, aber alles zu verlieren hätten (Schmitt 1928: 119). Damit übersah Schmitt jedoch gerade die wichtigste Funktion der Verfassungsgerichte, die in der Schlichtung politisch zuweilen sehr kontroverser Konflikte liegt. Eine gewisse Juridifizierung der Politik kann daher kaum ausbleiben, will Verfassungsgerichtsbarkeit ihre Funktion als Streit-schlichter adäquat erfüllen: Nur wenn politische Konflikte in rein normative Fragen übersetzt werden können, wird dem Konflikt die Schärfe genommen. Im Fall der EU ist noch viel entscheidender, dass in dem Moment, in dem ein politischer Konflikt zu einem juristischen Streit wird, die Mitgliedstaaten die politische Bühne der Diplomatie verlassen und sich in die juristische Arena begeben müssen, in der andere Spiel- und Diskursregeln gelten (Weiler 1994: 532 f.). Politische Argumente dürfen hier möglichst keine Rolle spielen – an ihre Stelle treten generalisierbare Prinzipien und rein juristische Argumentationsfiguren (Mattli/Slaughter 1998: 197). Die Streitparteien werden aus strategischen Gründen zum juristischen Diskurs gezwungen, weil auf dieser Bühne das Gericht glaubwürdig die Entscheidungskompetenz für sich beanspruchen und sich zugleich dem Druck politischer Akteure entziehen kann (Cardis 1964: 119).

Die Folge jener Transformation politischer Konflikte in normativ-juristische Fragen ist, dass die juristischen Eliten auf allen Ebenen interagieren und das Verfahren dominieren. Das ist sowohl in den USA als auch in der EU der Fall. Neben den Richtern des Gerichtshofs, die als Kollegium auftreten, sind dies zunächst die Generalanwälte des Gerichts, die die Aufgabe haben, in öffentlichen Sitzungen ihre persönliche und unabhängige Rechtsauffassung dem Gericht vorzulegen, denen das Gericht in der Mehrzahl der Fälle bei der Urteilsfindung folgt (Kokott 2006). Daneben stehen der Juristische Dienst der Kommission, geleitet von einem Generaldirektor, der die Position der Kommission formuliert – je nachdem, ob die Kommission als Klägerin, Beklagte oder als „amicus curiae“ (sachverständiger Beistand) vor dem Verfahren auftritt – und der Juristische Dienst des Ministerrates, der die selben Aufgaben hat, jedoch die Interessen der mitgliedstaatlichen Regierungsakteure im Rat und im Ausschuss der Ständigen Vertreter (AStV) vertreten soll. In die Verfahren involviert sind zudem noch die Juristen der nationalen Ministerien, die ihre Regierungen beraten, wenn sie als Kläger oder Beklagte vor dem EuGH stehen, als „amicus curiae“ gehört werden sollen oder aber sich in sie nicht direkt betreffende Verfahren als weitere Streitpartei einhängen wollen. Von besonderer Bedeutung ist ferner die Einbeziehung der nationalen Gerichte und der Prozessvertreter in anhängigen Verfahren vor diesen nationalen Gerichten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens. Nicht zu unterschätzen ist schließlich der Einfluss der Rechtswissenschaft, auf deren Gutachten und Veröffentlichungen Generalanwälte und Richter des EuGH explizit oder auch nur implizit häufig zurückgreifen. Dieses Juristen-Netzwerk hat die höchstrichterlichen Doktrinen – die nationalen Gerichte, insbesondere die Höchstgerichte, anfangs noch mit einigem Widerstreben – in einer europaweiten juristischen Interpretationsgemeinschaft aufgenommen und als Handlungsrahmen genutzt (Schepel/Wesseling 1997). Am Aufbau dieses Netzwerkes hat der EuGH selbst einen entscheidenden Anteil gehabt, weil er es am Ende ist, der am meisten von dessen Existenz profitiert.

Doch selbst wenn es gelingt, politische Konflikte in juristische Fragen zu übersetzen, steht bei vielen Fällen noch so viel auf dem Spiel, dass das am Ende stehende Urteil politisch kontrovers aufgefasst werden könnte. Ein wichtiges Mittel, um die Herausforderung meistern

zu können, selbst politisch umstrittene Urteile so zu formulieren, dass sie die Gesellschaft nicht spalten, sondern im Gegenteil übergreifend konsensfähig sind, besteht in der Nutzung konsensstiftender Argumentationsfiguren und Jurisdiktionstechniken. Selbst wenn Urteile nicht einen bereits bestehenden gesellschaftlichen Konsens zum Ausdruck bringen, werden sie doch so formuliert und begründet, dass sie zukünftig konsensfähig werden könnten.

In diesem Zusammenhang ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung von besonderer Bedeutung. Dabei wird analysiert, ob z. B. das in einem Gesetz vorgesehene Mittel zum Erreichen des gesetzlichen Zweckes in Beziehung zu anderen, dadurch tangierten Rechten und Verfassungsgütern noch verhältnismäßig ist, oder ob nicht andere Mittel vorstellbar wären, mit denen der gleiche Zweck genauso Erfolg versprechend verfolgt werden könnte, ohne zugleich andere Rechte und Verfassungsgüter in gleichem Maße zu berühren wie das angegriffene Gesetz. Damit aber zwingen die Richter dem Gesetzgeber ihre Diskursregeln auf, denn dieser muss rechtlich überzeugende Gründe für die Verhältnismäßigkeit einer angegriffenen gesetzlichen Maßnahme vorbringen. Damit wird eine Juridifizierung des politischen Prozesses in Gang gesetzt, die jedoch insofern konsensstiftend wirkt, als nicht die Interessendurchsetzung auf der Basis von Macht, sondern die Überzeugungskraft juristischer Argumente darüber entscheidet, wer am Ende einen Konflikt „gewinnt“.

Gerade bei politisch besonders umstrittenen Fragen, in denen verschiedene Rechte bzw. Verfassungsgüter miteinander kollidieren, steht die von den Richtern vorgenommene Güterabwägung im Zentrum der Entscheidungsfindung. Bei der Durchführung einer Güterabwägung wird eine grundsätzlich gegebene und auch anzuerkennende Legitimität der von beiden Seiten ins Feld geführten Rechte, Interessen und Werte unterstrichen. Da in diesen Fällen das Recht keine eindeutigen Aussagen darüber macht, wer bei diesen Konflikten „Recht“ hat, sind es die Richter, die das Ergebnis durch die Güterabwägung determinieren. Um dem Konflikt die Schärfe zu nehmen, erkennen sie jedoch die Legitimität der Positionen beider Seiten grundsätzlich an. Da sie aber den konkreten Fall entscheiden müssen, gewichten sie die jeweiligen Interessen und die mit ihnen verbundenen Verfassungsgüter, lassen jedoch zugleich offen, wie Fälle der Zukunft entschieden werden, in denen sich die gleichen rechtlichen Positionen gegenüberstehen, da der Ausgang jedes konkreten Falles von der jeweils gegebenen konkreten Faktenlage abhängig ist: „[...] only the particular circumstances of a case allow a choice to be made.“ (Sartor 1994: 191) Auf diese ausbalancierte Argumentation greifen Verfassungsrichter insbesondere dann zurück, wenn die anzuwendenden rechtlichen Bestimmungen vom Gesetz- bzw. Verfassungsgeber hochgradig unbestimmt definiert wurden und sie aufgrund ihrer Mehrdeutigkeit dazu einladen, politisch einseitig – und auf Kosten der jeweiligen Gegenseite – ausgelegt zu werden. Zudem kann sich das Gericht damit einen hohen Entscheidungsspielraum für die Zukunft sichern, da es sich nicht – wie im Falle der „precedents“ – selbst für zukünftige Entscheidungen bindet.

### *c) Beachtung der Grenzen richterlicher Verantwortung*

Autorität und Glaubwürdigkeit sowohl des EuGH als auch des Supreme Court hängen entscheidend davon ab, dass sie die „Grenzen der richterlichen Verantwortung“ (Scharpf 1965) beachten. Der Supreme-Court-Richter Douglas hat hierzu festgestellt: „Where the

Constitution assigns a particular function wholly and individually to another department, the federal judiciary does not intervene.“<sup>13</sup> Die exakte Bestimmung der Grenzen der richterlichen Verantwortung ist allerdings ein schwieriges Unterfangen, weil der Supreme Court sich in vielen Fällen trotz expliziter Kompetenzzuweisungen an die anderen Gewalten gerade nicht gescheut hat, sein richterliches Prüfungsrecht dennoch wahrzunehmen (Scharpf 1965: 391). Auch führt die Identifikation eines vom Gericht zu beurteilenden Sachverhaltes als besonders „politisch“ oder als „politically hot“ (Rupp 1960: 511) – keineswegs automatisch dazu, dass das Gericht sich einem Urteil ganz verweigert. Wäre dies der Fall, hätte z. B. die berühmte Rechtsprechung zur Rassenintegration unterbleiben müssen (Kluger 1977).

Die „political question“-Doktrin, mit deren Hilfe sich die Supreme-Court-Richter eine wichtige Möglichkeit der „Nicht-Entscheidung“ an die Hand gaben, bezeichnet Grenzen der richterlichen Verantwortung, die nicht nur juristisch-dogmatisch, sondern auch politisch-pragmatisch identifiziert werden können. Dabei versucht der Supreme Court keineswegs, aus opportunistischen Gründen dem Konflikt mit den politischen Organen oder einer anders gelagerten öffentlichen Meinung auszuweichen. Vielmehr bezeichnen „political questions“ Rechtsfragen, „für deren Entscheidungen das Gericht nicht die Verantwortung übernehmen kann“ (Scharpf 1965: 405). Dies ist besonders dann der Fall, wenn „die vollständige Aufklärung der entscheidungserheblichen tatsächlichen oder rechtlichen Fragen nicht gewährleistet erscheint“ (Scharpf 1965: 405). Das Gericht scheut auch Urteile aus Respekt vor der spezifischen Verantwortung eines anderen Verfassungsorgans und den von ihm gemachten politischen Vorentscheidungen. In diesen Verantwortungsbereich anderer Organe greift das Gericht nur ungern ein – gerade dann nicht, wenn es nicht in der Lage ist, „die Konsequenzen und Rückwirkungen seiner Entscheidung zu beeinflussen“ (Scharpf 1965: 413).

Es sind ganz ähnliche Grenzen der richterlichen Verantwortung, die auch den EuGH dazu veranlassen, sich mit seiner Rechtsprechung gegebenenfalls zurückzuhalten. Aus diesem Grund hat etwa das Urteil des EuGH zum Stabilitäts- und Wirtschaftspakt<sup>14</sup> nicht die von vielen Experten gewünschte Klarstellung herbeigeführt (Dutzler/Hable 2004). Damals, im November 2003, hatte die Kommission gemäß den Vorgaben des in Art. 104 EG geregelten Defizitverfahrens dem Ministerrat empfohlen, Deutschland und Frankreich nach Art. 104 Abs. 9 EG und gemäß den Vorschriften der VO 146/97<sup>15</sup> zwecks Vermeidung übermäßiger Defizite in Verzug zu setzen, Maßnahmen zum Abbau des Defizits zu treffen. Der Rat nahm diese Empfehlung jedoch nicht an und beschloss eigenmächtig – im Vertrag so nicht vorgesehene – „Schlussfolgerungen“, mit denen er das gegen Deutschland und Frankreich laufende Defizitverfahren vorerst aussetzte, um gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt Maßnahmen zu treffen, sofern die betreffenden Mitgliedstaaten ihren in den „Schlussfolgerungen“ auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommen sollten. Durch dieses „auf Eis legen“ des Defizitverfahrens sollten beide Staaten Zeit gewinnen und noch einmal mit einem blauen Auge davonkommen.

13 Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 246 (1962).

14 EuGH, Rs. C-27/04 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Rat der Europäischen Union“).

15 Verordnung (EG) Nr. 146/97 des Rates vom 7. Juli 1997 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit (ABl. L 209, S. 6).

Die Kommission hatte beim EuGH Klage gegen die Nichtannahme der von ihr empfohlenen Entscheidung durch den Rat und gegen jene „Schlussfolgerungen“ des Rates erhoben. Diese wurde jedoch abgewiesen, da die Nichtannahme der Empfehlung durch den Rat nicht zu einer anfechtbaren Handlung des Rates geführt habe, die mit einer Nichtigkeitsklage angegriffen werden könne. Zwar erklärte der EuGH die „Schlussfolgerungen“ des Rates ebenfalls für nichtig, da sie die in Art. 104 EG enthaltenen Bestimmungen zur Aussetzung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit verletzen. Im Ergebnis hatte jedoch der Rat mit der Aussetzung des Defizitverfahrens Fakten geschaffen, die vom EuGH nachträglich nicht mehr korrigiert wurden. Der EuGH beantwortete stattdessen in sehr knapper Form nur jene Fragen, denen er nicht ausweichen konnte. Zu einer härteren Verurteilung des Rates konnte sich der EuGH nicht durchringen. Dieses Urteil hat viele Beobachter seinerzeit enttäuscht (Dutzler/Hable 2004: 313), weil die Luxemburger Richter sämtliche Fragen ausgeklammert haben, die die institutionelle Machtbalance betreffen. Insbesondere verzichtete der EuGH darauf, die genauen Verpflichtungen der Organe im Zusammenspiel bei der Koordinierung der Wirtschaftspolitik im Allgemeinen und im Defizitverfahren im Rahmen des Stabilitäts- und Wachstumspaktes im Besonderen festzulegen. Gerade hier wären genauere Antworten im Sinne einer Normenkonkretisierung des Art. 104 EG und der VO „über eine Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit“ zumindest wünschenswert gewesen.

Zweifellos handelte es sich hierbei um eines der wichtigsten Urteile des EuGH der letzten Jahre zu einem Thema, das als „politically hot“ bezeichnet werden muss. Es lässt sich mithilfe des von Scharpf vor über 40 Jahren entwickelten funktionell-rechtlichen Theorems der Grenzen der richterlichen Verantwortung gut erklären. Wie auch der Supreme Court scheut der EuGH (inzwischen) „härtere“ Urteile aus Respekt vor der spezifischen Verantwortung eines anderen Verfassungsorgans und den von ihm gemachten politischen Vorentscheidungen (in diesem Fall des Rates „Wirtschaft und Finanzen“). Es liegt auf der Hand, dass ein Urteil des EuGH, das der Rechtsauffassung der Kommission eins zu eins gefolgt wäre und darüber hinaus verbindlichere Spielregeln definiert hätte – etwa zur Fortsetzung des Defizitverfahrens trotz entgegengesetzter „Schlussfolgerungen“ durch die Mitgliedstaaten im Rat – massive und vor allem nicht mehr vom Gericht zu beeinflussende Folgewirkungen gehabt hätte bis hin zur offenen Nichtbefolgung, gegen die kaum etwas hätte ausgerichtet werden können. Insofern gibt es eine – nicht explizite, so aber doch implizite und gewissermaßen partielle – „political question“-Doktrin des EuGH. Darauf könnte zumindest die Tatsache hindeuten, dass der EuGH ostentativ eine Klarstellung zu wesentlichen, zwischen Kommission und Rat bestehenden Auslegungsunterschieden vermieden hat. Das dahinter stehende und wirklich „heiße“ Problem der institutionellen Machtbalance wurde so ausgeklammert. Diese unausgesprochene „political question“-Doktrin ist deshalb „partiell“, weil der EuGH im Gegensatz zum Supreme Court einem Urteil nicht vollends ausweichen konnte. Er konnte aber gleichwohl politisch umstrittene Festlegungen innerhalb des Urteils vermeiden und stützte diesen Rückzug der richterlichen Überprüfung sicherlich auf ähnliche Motive wie die Supreme-Court-Richter, wenn diese ein richterliches Urteil aufgrund der „political question“-Doktrin ausschlossen.

In anderen Urteilen hat der EuGH Grenzen der richterlichen Verantwortung deutlicher markiert. In seiner besonders unter den Gesichtspunkten des Grundrechtsschutzes und der Verhältnismäßigkeitskontrolle (Herdegen 2003: 177) umstrittenen Überprüfung der protektionistischen Bananenmarktordnung<sup>16</sup> räumt der EuGH – unter Zuhilfenahme des auch in der Supreme-Court-Rechtsprechung bekannten „Rationalitätstests“ – dem Gemeinschaftsgesetzgeber auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik ein besonders weites Ermessen ein. Nach dieser Theorie der „Rule of the Clear Mistake“ (Thayer 1893) wird zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme lediglich geprüft, ob diese Maßnahme „rational“ im Sinne des gesetzgeberischen Zwecks sein kann. Wenn und soweit angenommen werden muss, dass diese Maßnahme zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels nicht gänzlich und offensichtlich ungeeignet ist, kann darauf verzichtet werden, zusätzlich noch die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu überprüfen (Bickel 1962: 35 ff.).

Unter impliziter Bezugnahme auf diese Theorie hat der EuGH seinen Rückzug der richterlichen Überprüfung auf eine *evidente* Fehlgewichtung der berührten Interessen abgeleitet: „Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Rechtmäßigkeit einer in diesem Bereich erlassenen Maßnahme nur dann beeinträchtigt sein kann, wenn diese Maßnahme zur Erreichung des Zieles, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist. Ist der Gemeinschaftsgesetzgeber insbesondere für den Erlass einer Regelung genötigt, die künftigen Auswirkungen dieser Regelung zu beurteilen, *und lassen sich diese Auswirkungen nicht genau vorhersehen*, so kann seine Beurteilung nur dann beanstandet werden, wenn sie im Hinblick auf die Erkenntnisse, über die er zum Zeitpunkt des Erlasses der Regelung verfügte, offensichtlich irrig erscheint. Diese Einschränkung der Kontrolle des Gerichtshofs ist insbesondere dann geboten, wenn sich der Rat veranlasst sieht, bei der Verwirklichung einer gemeinsamen Marktorganisation einen Ausgleich zwischen divergierenden Interessen herbeizuführen und auf diese Weise *im Rahmen der in seine eigene Verantwortung fallenden politischen Entscheidungen* eine Auswahl zu treffen. [...] Zwar ist nicht auszuschließen, dass andere Mittel in Betracht kommen konnten, um das angestrebte Ergebnis zu erreichen; der Gerichtshof kann jedoch nicht die Beurteilung des Rates in der Frage, ob die vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählten Maßnahmen mehr oder weniger angemessen sind, *durch seine eigene Beurteilung ersetzen*, wenn der Beweis nicht erbracht ist, dass diese Maßnahmen zur Verwirklichung des verfolgten Ziels offensichtlich ungeeignet waren.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser)<sup>17</sup>

Ganz im Sinne der amerikanischen Theorie der „Rule of the Clear Mistake“ hat sich der EuGH darauf beschränkt zu überprüfen, ob die infrage stehende „Bananenmarktordnung“ evident ungeeignet ist, die mit ihr verfolgten Ziele erreichen zu können. Dies musste natürlich verneint werden. Ansonsten unterblieb die richterliche Einmischung in den Verantwortungsbereich des Gemeinschaftsgesetzgebers vollständig. In seinem damaligen Urteil hat sich der EuGH damit eine auffällige Zurückhaltung auferlegt, die vor allem mit außerrechtlichen Faktoren begründet werden kann, die auch damals den Supreme Court zur Entwicklung

16 Verordnung (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13. Februar 1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen, Abl. 1993, Nr. L 47, S. 1-11. Vgl. zu diesem langjährigen Rechtsstreit ausführlicher Selmer 1998.

17 EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 90 ff. („Bananenmarktverordnung“).

der „political question“-Doktrin veranlasst haben. Der Unterschied ist hier lediglich, dass sich der EuGH im Gegensatz zum U.S. Supreme Court nicht auf diese Standardformel zurückziehen darf, um Entscheidungen, die von ihm erwartet werden, „bequem“ zu umgehen. Ebenso wie für juristischen Aktivismus unterliegt der EuGH auch für die in diesem Fall sich selbst auferlegte richterliche Zurückhaltung der Pflicht, sein Entscheidungsverhalten mit juristisch nachvollziehbaren Argumenten zu begründen.

*d) Vermeidung von „winner takes all – loser loses all“-Entscheidungen*

Die Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Gerichts lässt es den Richtern gerade bei politisch hochbrisanten verfassungsrechtlichen Streitigkeiten ratsam entscheiden, keine der Streitparteien zum absoluten Gewinner oder zum absoluten Verlierer zu machen (Stone Sweet 2004: 6). Schon bei „Marbury v. Madison“ hatten die Föderalisten, die den um sein Amt betrogenen Friedensrichter Marbury unterstützten, den Rechtsstreit eigentlich verloren, die antiföderalistische Regierung Jefferson gewonnen. Langfristig betrachtet war es freilich genau umgekehrt. Dieser Strategie entsprechen zuweilen aber auch Entscheidungen, die dazu führen, dass sich beide vor Gericht stehenden Streitparteien trotz eigentlich erlittener Niederlage dennoch eines Teilsieges rühmen können.

Beim Urteil zur oben besprochenen Nichtigkeitsklage der Kommission gegen den Ministerrat wegen dessen „Schlussfolgerungen“ zum Defizitverfahren gegen Deutschland und Frankreich wurde beiden Streitparteien ein wenig Recht gegeben und doch konnte sich keiner als Sieger fühlen, denn am Ende hieß das Urteil: Die Klage der Kommission ist zwar unzulässig (auf diese Feststellung legte der Ministerrat besonderen Wert), die Schlussfolgerungen des Rates sind aber dennoch nichtig (auf diese Feststellung legte die Kommission besonderen Wert). Gut dokumentiert ist die Strategie des EuGH, keine der Streitparteien zum absoluten Gewinner oder Verlierer zu machen, auch in der 1988 gefällten Entscheidung „Tschernobyl I“<sup>18</sup>. Hier musste der EuGH *erstens* entscheiden, ob das Europäische Parlament überhaupt eine Aktivlegitimation zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage hat, denn dies war im Vertrag überhaupt nicht vorgesehen. *Zweitens* musste der EuGH entscheiden, ob das Parlament in seinem Recht zur gleichberechtigten Mitentscheidung verletzt wurde, da der Rat seine „Verordnung zur Festlegung von Höchstwerten an Radioaktivität in Nahrungs- und Futtermitteln im Falle eines nuklearen Unfalls“<sup>19</sup> auf eine nach Meinung der Parlamentarier falsche Rechtsgrundlage stützte, die für sie nur eine parlamentarische Anhörung vorsah. Das Urteil des EuGH kann man nur „salomonisch“ nennen. Zwar wurden die Beteiligungsrechte des Parlaments beim Erlass der Verordnung nicht verletzt, insofern hat das Parlament also den Rechtsstreit verloren, doch wurde ihm immerhin schon durch die Annahme des Falls durch den EuGH eine Aktivlegitimation zur Erhebung von Nichtigkeitsklagen zuerkannt, was es zu einem klaren Gewinner des Verfahrens gemacht hat.

18 EuGH, Rs. C-70/88, Slg. 1990, S. I-2041, („Tschernobyl“).

19 Verordnung (Euratom) Nr. 3954/87 des Rates vom 22. Dezember 1987 zur Festlegung von Höchstwerten an Radioaktivität in Nahrungsmitteln und Futtermitteln im Falle eines nuklearen Unfalls oder einer anderen radiologischen Notstandssituation (ABl. 1993, Nr. L 371, S. 11-13).

Die Strategie der Vermeidung von „winner takes all – loser loses all“-Entscheidungen ist auch unter dem Gesichtspunkt der Problematik der Urteilsbefolgung („compliance“) überzeugend. Der Anreiz für politische Akteure, sich Entscheidungen des Gerichts zu widersetzen, ist gerade dann besonders stark, wenn die vom Gericht abgelehnte Politik große Popularität in der Bevölkerung genießt. Gegner dieser Politik permanent zu absoluten Gewinnern von Verfahren zu machen, in denen diese Politik auf dem Prüfstand steht, ist daher strategisch besser zu vermeiden.

Als eindrückliches Beispiel hierfür gilt die New Deal-Gesetzgebung, die über einen langen Zeitraum keine verfassungsrechtliche Bestätigung durch den Supreme Court fand (Shaw u. a. 2004). Niemals zuvor in der amerikanischen Verfassungsgeschichte wurde die Bickel'sche „counter-majoritarian difficulty“ so sichtbar wie hier: Der Konflikt zwischen der von einer Mehrheit getragenen Politik und der dieser im Wege stehenden Gerichtsbarkeit spitzte sich derart zu, dass sich der amerikanische Präsident Roosevelt mit seinem „court packing plan“ sogar zu einer direkten Attacke gegen den Supreme Court entschloss, mit dem Ziel, endlich die erforderliche Mehrheit bei den Richtern hinter sich und seine Politik zu bekommen. Dieser Konflikt konnte nur deshalb glimpflich beendet werden, weil sich einer der Richter durch einen „switch in time that saved nine“ dazu entschloss, die Fronten zu wechseln und zukünftig die New Deal-Gesetze zu unterstützen.

Zuweilen weist der Supreme Court in seinen Urteilen sogar explizit darauf hin, dass er vermeiden will, dort wo dies verfassungspolitisch dringend geboten ist, eine Seite zum absoluten Gewinner, die andere Seite zum absoluten Verlierer zu machen. Man kann dies als „Middle-of-the road policy“ bezeichnen, die vom Supreme Court auch erwartet wird (Bickel 1962: 138). Auf diese Weise kann ein Gericht überzeugend die sie bei der Urteilsfindung leitenden Prinzipien verkörpern: Neutralität, Offenheit und Fairness gegenüber allen Seiten, die prinzipielle Anerkennung der Legitimität unterschiedlicher Auffassungen.

Belegen lässt sich der Anreiz für Höchstrichter, keine Streitpartei zum absoluten Gewinner bzw. Verlierer machen zu wollen, schon mit Blick auf die Anhörungsverfahren der vom US-Präsidenten nominierten Kandidaten für das Amt eines Richters am U.S. Supreme Court (Höreth 2006). Die Kandidaten sind sich bewusst, dass ihre Autorität und Legitimität davon abhängen, überzeugend darlegen zu können, dass sie keine parteipolitische Agenda verfolgen, die bei ihren späteren Urteilen zu regelmäßigen Niederlagen der ihnen politisch fern stehenden Gegenseite führen müsste. Zwar insistieren die Senatoren in scheinbarer Unkenntnis dieser Zusammenhänge in den Senats-Anhörungen darauf zu erfahren, wofür bei den Kandidaten politisch „das Herz schlägt“<sup>20</sup>. Doch die Senatoren des Justiz-Ausschusses, die die Hearings durchführen, wissen sicher nur zu genau, dass ein Offenlegen politischer Präferenzen nicht nur die Legitimität des Gerichts allgemein untergraben, sondern auch speziell die Chancen des Kandidaten auf Bestätigung durch den Senat minimieren würde.

Sowohl der Supreme Court als auch der EuGH vermeiden in der Regel Entscheidungen, die absolute und permanente Verlierer produzieren. Nur durch eine grundsätzlich ausbalancierte Rechtsprechung gewinnt ein Verfassungsgericht jenes Vertrauen, das es benötigt, um zuweilen auch politisch umstrittene Urteile fällen zu können. Aber es entspricht dem institutionellen

20 So der demokratische Senator Schumer während der Senatsanhörungen von John Roberts, dem inzwischen ernannten neuen Chief Justice des U.S. Supreme Court, am 13.09.05.

Eigeninteresse beider Gerichte, solche Urteile nicht in Permanenz zu fällen und vor allem nicht einseitig auf Kosten einer bestimmten Gruppe von Rechtsadressaten. Gerade die EuGH-Richter sind sich im Klaren darüber, dass nur Mitgliedstaaten, die dauerhaft ihre beim EuGH verhandelten Fälle verlieren, auf die Idee kommen könnten, das Gericht fundamental infrage zu stellen (Shapiro 1999: 332). Daher ist es kaum überraschend, dass dem EuGH nicht nachgesagt werden kann, in den fünf Jahrzehnten seiner Rechtsprechung bestimmte Mitgliedstaaten bevorzugt oder benachteiligt zu haben.

#### 4. Fazit

Politikwissenschaftliche Untersuchungen zum EuGH erklären dessen Macht primär mit „exogenen“ Faktoren, d. h. mit der Interessenlage von Akteuren, die von einem starken EuGH profitieren und ihn demzufolge in seiner Entwicklung zu einem EU-„Verfassungsgericht“ unterstützen. Während Neorealisten pauschal unterstellen, dass die Mitgliedstaaten von Anfang an ein starkes Gemeinschaftssystem mit einem obersten Gericht an der Spitze präferierten, um die Probleme des „incomplete contracting“ und der Regelbefolgung („compliance“) zu lösen, weisen Neofunktionalisten darauf hin, dass die wichtigsten Unterstützer zum einen transnational operierende Unternehmen in Europa waren, die zu ihrem europäischen Recht kommen wollten, um die Vorteile eines grenzüberschreitenden europäischen Binnenmarktes für sich zu nutzen. Zum anderen werden von Neofunktionalisten niederrangige nationale Gerichte als wichtige Promotoren eines starken EuGH angeführt, weil diese sich durch die Vorlage von Vorabentscheidungsfällen beim EuGH in ihrem richterlichen Status aufgewertet fühlen durften.

So plausibel vor allem die neofunktionalistische Theorie ist, so unvollständig ist sie jedoch auch, soweit sie den Eigenbeitrag des EuGH an seiner eigenen Erfolgsgeschichte der „Selbstautorisierung“ (Höreth 2008) ausblendet. Insofern ist die breite Unterstützerfront für einen starken EuGH eine notwendige, wenn auch noch nicht hinreichende Bedingung, zumal gezeigt werden konnte, dass vor allem nationale Höchstgerichte ihre Unterstützung auch wieder entziehen könnten. Das europäische Gericht hätte ohne seine eigenen beachtlichen Rechtsprechungsleistungen kaum den Status eines Europäischen Verfassungsgerichtes erreichen können. Aus diesem Grund müssen politikwissenschaftliche Ansätze zur Erklärung der Macht des EuGH ihre analytische Orientierung an „Interessen“ als wichtige Handlungsmotivation noch konsequenter auch auf die institutionellen Eigeninteressen des EuGH ausweiten. Darüber hinaus sollte auch die stets geforderte, jedoch nur selten anzutreffende Bereitschaft zur „Hinwendung der Politikwissenschaft zum Recht“ (Joerges 2003: 185; Maus 2006: 77) stärker ausgeprägt sein als in den meisten politikwissenschaftlichen Untersuchungen zum Thema. Dabei wird man durchaus entdecken können, dass auch rechtswissenschaftliche Untersuchungen zum EuGH wichtige Hinweise zur empirischen Erklärung des Erfolges der supranationalen Gerichtsbarkeit geben können.

Bei jener „Hinwendung zum Recht“ wird schnell deutlich, dass die Grundlage der großen Entscheidungsmacht aller Verfassungsgerichte wie auch der Luxemburger Richter das richterliche Prüfungsrecht ist, das in der Gemeinschaft eine spezielle, zum ersten Mal in der Rechtsgeschichte supranationale, institutionelle Übersetzung erfahren hat, die das Gericht zu

einer Art Europäischem Verfassungsgericht machen. Die normative Überzeugungskraft dieser Idee alleine kann die große Akzeptanz des EuGH und seiner Urteile jedoch noch nicht hinreichend erklären, denn sie bedarf handelnder Gerichte, die diese Idee mit Leben füllen und in Wahrnehmung ihrer Streitschlichterfunktion überzeugend anzuwenden vermögen. Den bei Verfassungsrichtern zu beobachtenden „Strategien der Streitschlichtung“ kommt daher eine zentrale Rolle zu. Der Vergleich speziell mit dem U.S. Supreme Court ist vor allem deshalb so aufschlussreich, weil gezeigt werden kann, dass das europäische Gericht bei seiner Rechtsprechung auf ganz ähnliche Strategien gesetzt hat wie sein US-amerikanisches Pendant. Der Erfolg des EuGH als EU-Verfassungsgericht lässt sich daher nicht nur darauf zurückführen, dass dieser von „exogenen“ Akteuren – seien es die Mitgliedstaaten in neorealistischen Ansätzen, seien es transnational operierende Unternehmen und nationale Gerichte in neofunktionalistischen Ansätzen – gewünscht war. Eine weitere – „endogene“ – Erklärung für den Erfolg EuGH besteht schlicht darin, dass das europäische Gericht seine institutionellen Eigeninteressen in strategisch geschickter Weise verfolgt hat, indem es sich von Anfang an so verhielt wie Verfassungsgerichte in etablierten demokratischen Verfassungsstaaten.

Dies war ein cleverer Schachzug, denn ganz offensichtlich besitzt die Idee, die Richter dazu ermächtigt, Akte der Legislative und der Exekutive auf ihre Recht- und Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen, in Verbindung mit dem Prinzip der Unabhängigkeit der Justiz eine besondere normative Kraft. Sie lässt jeden politisch motivierten Versuch, das richterliche Prüfungsrecht eines Gerichts wieder signifikant einzuschränken, als politisch äußerst riskant erscheinen. Derartige Angriffe auf ein Verfassungsgericht sind auch in einer supranationalen Rechtsordnung für politische Akteure wenig attraktiv. Aufgrund der institutionellen Beschaffenheit der EU, in der die Gewaltenteilung nicht primär zwischen Exekutive, Legislative und Judikative verläuft, sondern zwischen supranationalen Organen und intergouvernementalen Akteuren, kämen theoretisch für einen solchen Angriff nur die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge und „zusammengesetzter Prinzipal“ infrage.

Normativ lässt sich eine deutliche Einschränkung des Mandats des EuGH durch die Mitgliedstaaten jedoch nicht gut begründen: *Erstens* basiert die Macht des EuGH auf Ideen und Verfassungsprinzipien, wie sie auch für die meisten mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen konstitutiv sind: dem Vorrang der Verfassung und der richterlichen Normenkontrolle. Angriffe auf den EuGH müssten demzufolge auch als Angriffe auf die gleichen Verfassungsprinzipien aufgefasst werden, denen sich die mitgliedstaatlichen Exekutiven im demokratischen Verfassungsstaat zu unterwerfen haben. *Zweitens* handeln die maßgeblichen verfassungsändernden Akteure, die mitgliedstaatlichen Regierungen, tatsächlich in einer „Gemeinschaftsumwelt“ (Schimmelfennig 2003), die nur als Rechtsgemeinschaft funktionieren kann. In der Anerkennung jener rechtsstaatlichen, das Prinzip des richterlichen Prüfungsrecht des EuGH mit einschließenden Grundsätze liegt eine „conditio sine qua non“ für die Existenzfähigkeit der Gemeinschaft überhaupt. Vor diesem doppelten Hintergrund – der normativen Gebundenheit allen staatlichen Handelns zu Hause sowie in der europäischen Rechtsgemeinschaft – lässt sich aus Sicht der Mitgliedstaaten eine Position, die die Errungenschaften der Rechtsgemeinschaft, und mit ihr das richterliche Prüfungsrecht, wieder infrage stellen will, nicht überzeugend begründen.

Trotz der normativen Kraft des richterlichen Prüfungsrechts kommt es für dessen Akzeptanz am Ende aber auch darauf an, wie geschickt die Richter mit diesem machtvollen Instrument umgehen. Daher lässt sich die Akzeptanz des EuGH und des Supreme Court sicher auch dadurch erklären, dass sowohl die Luxemburger als auch die Washingtoner Richter insgesamt einen „guten Job“ als Streitschlichter gemacht haben. Die mithilfe des Einsatzes spezifischer Strategien erfolgreiche Wahrnehmung der Streitschlichter-Funktion durch Supreme Court und EuGH hat dem Ansehen der Richter sehr geholfen. Auf beiden Seiten des Atlantiks setzen die Verfassungsrichter auf ganz ähnliche Strategien, um ihre Legitimität als verbindlich entscheidende Streitschlichter – als „Instanzen des letzten Wortes“ (Kielmansegg 2005) – zu festigen und auszubauen. Die Berücksichtigung kurzfristiger Zeithorizonte der politischen Akteure, die Transformation politischer Konflikte in die Sprache des Rechts und deren Austragung nach den formalen Regeln des juristischen Diskurses, die weitgehende Beachtung der Grenzen richterlicher Verantwortung und schließlich die Vermeidung von „winner takes all – loser loses all“-Entscheidungen haben dem EuGH und dem Supreme Court zu einer Legitimität verholfen, die sie eben *auch* benötigten, um zu mächtigen politischen Schlüsselspielern in ihren jeweiligen politischen Systemen zu werden.

## Literatur

- Alter, Karen J.*, 1998: Who are the ‚Masters of the Treaty‘? European Governments and the European Court of Justice, in: *International Organization* 52, 121-147.
- Alter, Karen J.*, 2001: *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law*, Oxford.
- Bickel, Alexander*, 1962: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, 1999: Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation, in: ders., *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., 157-182.
- Burley, Anne-Marie/Mattli, Walter*, 1993: Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration, in: *International Organization* 47, 41-76.
- Cardis, Francois*, 1964: *Fédéralisme et Intégration Européenne*, Lausanne.
- Chalmers, Damian*, 1998: *European Union Law. Volume One: Law and EU Government*, Aldershot.
- Cooter, Robert D./Ginsburg, Tom*, 1996: Comparative Judicial Discretion, in: *International Review of Law and Economics* 16, 295-313.
- Dutzler, Barbara/Hable, Angelika*, 2004: Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zum Stabilitäts- und Wachstumspakt – eine Klarstellung, in: *integration* 27, 301-315.
- Everling, Ulrich*, 1981: Das europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft, in: Wilhelm G. Grewe/Hans Rupp/Hans Schneider (Hrsg.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Hans Kutscher, Baden-Baden, 156-187.

- Garrett, Geoffrey*, 1992: International cooperation and institutional choice: The European Community's internal market, in: *International Organization* 46, 533-560.
- Garrett, Geoffrey*, 1995: The Politics of Legal Integration in the European Union, in: *International Organization* 49, 171-181.
- Garrett, Geoffrey/Keleman, R. Dan/Schultz, Heiner*, 1998: The European Court of Justice, National Governments and Legal Integration in the European Union, in: *International Organization* 52, 149-176.
- Garrett, Geoffrey/Weingast, Stephen*, 1993: Ideas, Interests and Institutions: Constructing the EC's Internal Market, in: Judith Goldstein/Robert O. Keohane (Hrsg.), *Ideas and Foreign Policy*, Ithaca, 173-206.
- Hechter, Michael*, 1987: *Principles of Group Solidarity*, Berkeley.
- Herdegen, Matthias*, 2003: *Europarecht*, München (5. überarbeitete und erweiterte Aufl.).
- Hesse, Konrad*, 1981: Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Festschrift für Hans Huber*, Bern, 261-272.
- Hoffmann, Stanley/Keohane, Robert (Hrsg.)*, 1991: *The New European Community. Decisionmaking and Institutional Change*, Boulder/San Francisco/Oxford.
- Höreth, Marcus*, 2000: Stille Revolution im Namen des Rechts? Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofes im Prozess der europäischen Integration, Bonn (ZEI-Discussion Paper, C 78).
- Höreth, Marcus*, 2005: The European Court of Justice and the U.S. Supreme Court: Comparable Institutions?, in: Michael Gehler/Günter Bischof/Ludger Kühnhardt/Rolf Steininger (Hrsg.), *Towards a European Constitution. A Historical and Political Comparison with the United States*, Wien/Köln/Weimar, 143-162.
- Höreth, Marcus*, 2006: Öffentliche Anhörungen bei Richterernennungen zum U.S. Supreme Court: Vorbild für Deutschland?, in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht* 45 (2), 269-288.
- Höreth, Marcus*, 2008: Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court, Baden-Baden.
- Joerges, Christian*, 2003: Recht, Wirtschaft und Politik im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, in: Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch (Hrsg.), *Europäische Integration*, Opladen (2. Aufl.), 183-218.
- Kassim, Hussein/Menon, Anand*, 2003: The principal-agent approach and the study of the European Union: promise unfulfilled?, in: *Journal of European Public Policy* 10, 121-139.
- Kielmansegg, Peter Graf*, 2005: Die Instanz des letzten Wortes. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in der Demokratie, Stuttgart.
- Kluger, Richard*, 1977: *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, New York.
- Kokott, Juliane*, 2006: Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof, Bonn (Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht).
- Kutscher, Hans*, 1981: Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, in: *Europarecht* 16, 392-413.
- Mancini, Federico G.*, 1989: The Making of a Constitution for Europe, in: *Common Market Law Review* 26, 595-612.

- Mattli, Walter/Slaughter, Anne-Marie*, 1998: Revisiting the European Court of Justice, in: *International Organization* 52, 177-209.
- Maus, Ingeborg*, 2006: Das Verhältnis der Politikwissenschaft zur Rechtswissenschaft. Bemerkungen zu den Folgen politologischer Autarkie, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hrsg.), *Politik und Recht*, Wiesbaden (PVS-Sonderheft 36), 76-120.
- Mayer, Franz C.*, 2004: *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Berlin (Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Paper 20/04).
- Moravcsik, Andrew*, 1991: Negotiating the Single European Act: National Interest and Conventional Statecraft in the European Community, in: *International Organization* 45, 651-688.
- Moravcsik, Andrew*, 1993: Preferences and Power in the European Community: a liberal intergovernmentalist approach, in: *Journal of Common Market Studies* 31, 473-524.
- Moravcsik, Andrew*, 1997: Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics, in: *International Organization* 51, 513-553.
- Pollack, Mark A.*, 2003: *The Engines of European Integration. Delegation, Agency and Agenda-Setting in the EU*, Oxford.
- Pollak, Christina*, 1991: *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden-Baden.
- Rostow, Eugene V.*, 1962: *The Sovereign Prerogative: The Supreme Court and the Quest for Law*, New-Haven/London.
- Rupp, Hans G.*, 1960: Some Remarks on Judicial Self-Restraint, in: *Ohio State Law Journal* 21, 503-520.
- Sartor, Giovanni*, 1994: A Formal Model of Legal Argumentation, in: *Ratio Juris* 7, 212-226.
- Scharpf, Fritz W.*, 1965: Grenzen der richterlichen Verantwortung. Die political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court, Karlsruhe.
- Schepel, Harm/Wesseling, Rein*, 1997: The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, in: *European Law Journal* 3, 165-188.
- Schimmelfennig, Frank*, 2003: Strategic Action in a community environment: the decision to expand the European Union to the East, in: *Comparative Political Studies* 36, 156-183.
- Schmitt, Carl*, 1928: *Verfassungslehre*, Berlin.
- Selmer, Peter*, 1998: Die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH. Zum ‚Kooperationsverhältnis‘ zwischen BVerfG und EuGH am Beispiel des Rechtsschutzes gegen die Bananenmarktverordnung, Baden-Baden.
- Shapiro, Martin*, 1999: The European Court of Justice, in: Paul Craig/Grainne de Burca (Hrsg.), *The Evolution of EU law*, Oxford, 321-347.
- Shapiro, Martin/Stone Sweet, Alec*, 1994: Introduction: The New Constitutional Politics, in: *Comparative Political Studies* 27, 397-420.
- Shaw, Stephen K./Pederson, William D./Williams, Frank J. (Hrsg.)*, 2004: *Franklin D. Roosevelt and the Transformation of the Supreme Court*, New York/London.
- Simon, Helmut*, 1994: Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin/New York (2. Aufl.), 1253-1289.
- Slaughter, Ann-Marie/Mattli, Walter*, 1995: Law and Politics in the European Union: a reply to Garrett, in: *International Organization* 49, 183-190.

- Stein, Eric*, 1981: Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, in: American Journal of International Law 75, 1-24.
- Stone, Geoffrey R./Seidman, Louis Michael*, 2005: Constitutional Law, New York (5. Aufl.).
- Stone Sweet, Alec*, 2000: Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe, Oxford.
- Stone Sweet, Alec*, 2002: Constitutional Courts and Parliamentary Democracy, in: West European Politics 25, 77-100.
- Stone Sweet, Alec*, 2004: The Judicial Construction of Europe, Oxford.
- Stone Sweet, Alec/Brunell, Thomas L.*, 1998: Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community, in: American Political Science Review 92, 63-81.
- Stone Sweet, A./Caporaso, James*, 1998: From Free Trade to Supranational Polity: The European Court and Integration, in: Wayne Sandholtz/Alec Stone Sweet, European Integration and Supranational Governance, Oxford, 93-133.
- Thatcher, Mark/Stone Sweet, Alec*, 2002: Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions, in: West European Politics 25, 1-22.
- Thayer, James B.*, 1893: The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, in: Harvard Law Review 7, 129-156.
- Wagschal, Uwe*, 2006: Verfassungsgerichte als Vetospieler in der Steuerpolitik, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hrsg.), Politik und Recht, Wiesbaden (PVS-Sonderheft 36), 559-584.
- Weiler, Joseph H. H.*, 1994: A Quiet Revolution. The European Court of Justice and its Interlocutors, in: Comparative Political Studies 26, 510-534.

Korrespondenzanschrift:

PD Dr. Marcus Höreth  
Seminar für Politische Wissenschaft  
Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn  
Lennéstr. 27  
53113 Bonn  
E-Mail: mhoereth@uni-bonn.de