

EuR EUROPARECHT

Beiheft 3 | 2008

Peter-Christian Müller-Graff | Dieter H. Scheuing [Hrsg.]

**Gemeinschaftsgerichtbarkeit
und Rechtsstaatlichkeit**



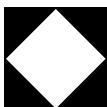
Nomos

EuR EUROPARECHT

Beiheft 3 | 2008

Peter-Christian Müller-Graff | Dieter H. Scheuing [Hrsg.]

**Gemeinschaftsgerichtsbarkeit
und Rechtsstaatlichkeit**



Nomos

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-4065-2

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2008

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

„Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit“ war Thema einer wissenschaftlichen Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e. V. in Zusammenarbeit mit dem Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, die am 13. und 14. Juli 2007 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg durchgeführt wurde. Sie wurde von der Europäischen Kommission gefördert. Die Tagungsbeiträge werden hiermit einem größeren Kreis zugänglich gemacht.

Heidelberg/Würzburg

Peter-Christian Müller-Graff

Dieter H. Scheuing

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
<i>Prof. Dr. Claus Dieter Classen, Universität Greifswald</i> Rechtsstaatlichkeit als Primärrechtsgebot in der Europäischen Union – Vertragsrechtliche Grundlagen und Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte	7
<i>Prof. Dr. Jörg Gundel, Universität Bayreuth</i> Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips	23
<i>Prof. Dr. Bernhard W. Wegener, Universität Erlangen</i> Rechtsstaatliche Vorzüge und Mängel der Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten	45
<i>Prof. Dr. Alina-Maria Lengauer, Universität Wien</i> Einstweiliger Rechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht	69
<i>Prof. Dr. Andreas Haratsch, FernUniversität in Hagen</i> Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Gemeinschaftsgerichte aus mitgliedstaatlicher Sicht	81
<i>Dr. Dieter Kraus, Kabinettsschef des Präsidenten des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Luxemburg</i> Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Gemeinschaftsgerichte	109
<i>Prof. Dr. Adelheid Puttler, Universität Bochum</i> Binnendifferenzierung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und das Recht auf den gesetzlichen Richter	133
<i>Prof. Dr. Waltraud Hakenberg, Kanzlerin des Gerichts für den öffentlichen Dienst der EU, Luxemburg</i> Die Befolgung und Durchsetzung der Urteile der Gemeinschaftsgerichte ...	163

Dr. Johan Callewaert, Vizekanzler der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Straßburg

Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur

Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union

177

Rechtsstaatlichkeit als Primärrechtsgebot in der Europäischen Union – Vertragsrechtliche Grundlagen und Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

von Claus Dieter Classen*

A. Vertragsrechtliche Grundlagen

I. Grundsätze

Die erste ausdrückliche Erwähnung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit im europäischen Primärrecht findet sich in der Präambel des Maastrichter Vertrages. Dort wird die damals erfolgte Gründung der Europäischen Union als Bestätigung des Bekenntnisses der Vertragsparteien unter anderem zur Rechtsstaatlichkeit angesehen. Wenig später wurde die Rechtsstaatlichkeit dann in der heute noch geltenden Fassung des Art. 6 Abs. 1 EU verankert. Dort wie in der Präambel wird sie zusammen erwähnt mit den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Nach Art. 6 EU „beruht“ die Union auf diesen Grundsätzen, die „allen Mitgliedstaaten gemeinsam“ sind. So weit ersichtlich formulieren die meisten Sprachfassungen ähnlich – nur die englische Fassung verzichtet auf den Hinweis auf die „Staatlichkeit“ und spricht unter Verwendung der traditionellen Formulierung des Common Law von der „rule of law“.

Nimmt man zunächst nur den textlichen Befund, so macht Art. 6 EU deutlich, dass er keine abschließende Aussage zum Thema „Rechtsstaatlichkeit in der Union“ darstellt. Im Gegenteil charakterisiert Art. 6 EU die Rechtsstaatlichkeit als eine *Grundlage* der Union. Dementsprechend muss sie sich in anderen Vertragsbestimmungen wiederfinden.¹ Welche dies sind, mit anderen Worten: welche Regelungen des Primärrechts dem Rechtsstaatsgebot zuzuordnen sind, wird jedoch weder hier noch anderswo ausdrücklich geregelt. Unmittelbare normative Bedeutung hat Art. 6 EU nur im Zusammenhang mit schweren Verfehlungen von Mitgliedstaaten (Art. 7 EU) sowie mit dem Beitritt neuer Mitgliedstaaten (Art. 49 EU).²

Der Inhalt des unionsrechtlichen Rechtsstaatsgebotes muss daher durch Auslegung ermittelt werden. Der präzisierende Verweis im zweiten Halbsatz von Art. 6 EU auf die mitgliedstaatlichen Traditionen bringt dabei nicht viel Klarheit, im

* Prof. Dr. Claus Dieter Classen, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. Der Beitrag wurde im September 2007 abgeschlossen, spätere Rechtsprechung wurde nur vereinzelt berücksichtigt.

1 Siehe auch *Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union, 2000, S. 74 ff.

2 Dazu etwa *Müller-Graff*, Rechtsstaatlichkeit als EU-Beitrittsvoraussetzung, in: Classen/Heiss/Suproñ-Heidel (Hrsg.), Polens Rechtsstaat am Vorabend des EU-Beitritts, 2004, S. 1 ff.

Gegenteil. In den nationalen Verfassungen finden sich nämlich zwar ganz überwiegend Aussagen zu Freiheit, Demokratie und Menschenrechten, ausdrücklich als rechtsstaatlich bezeichnet sich hingegen nur etwa ein Drittel der Mitgliedstaaten; der Begriff wird überwiegend in jüngeren Verfassungen verwendet.³ Auch die Bundesrepublik tut dies nur indirekt durch Erwähnung der Rechtsstaatlichkeit im Rahmen des bundesstaatlichen Homogenitätsgesetzes (Art. 28 GG). Auf europäischer wie auf deutscher Ebene ist es also Sache des Interpreten, welche Elemente der jeweiligen Rechtsordnung er als rechtsstaatlich ansieht.⁴

Immerhin lässt sich feststellen, dass es zwischen den verschiedenen Konzepten im Kern insofern Übereinstimmung gibt, als die Bindung an das Recht als Zentralelement des Rechtsstaatsprinzips angesehen werden kann.⁵ Aus deutscher Sicht werden üblicherweise ferner formal genannt⁶

- mit Blick auf die institutionelle Struktur des Staates das Prinzip der Gewaltenteilung, insbesondere die Gewährleistung einer unabhängigen Justiz,
- mit Blick auf die Tätigkeit der Staatsgewalt das Prinzip der Messbarkeit mit Ausprägungen wie Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit und Vertrauenschutz, mit Blick auf die Verwaltung darüber hinaus den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts,
- mit Blick auf den Bürger die Garantie von Grundrechten einschließlich eines effektiven Rechtsschutzes und der Gewährleistung von Staatshaftung; die damit verbundene Verpflichtung zur Schaffung einer freiheitlichen Rechtsordnung schließt auch die Garantie der Privatautonomie ein.

Materiell wird schließlich mit Blick auf die Staatstätigkeit insgesamt das Ziel der Gerechtigkeit postuliert. In der Literatur werden zum Teil aber auch noch eine Reihe weiterer Grundsätze genannt.⁷

Viele der vorgenannten Prinzipien finden sich auch in anderen Rechtsordnungen. Ein rechtsvergleichender Blick macht aber auch gewichtige Unterschiede deutlich.⁸ Im französischen Recht etwa hat man sich zumindest sehr lange recht

3 Siehe die Verfassungen von Polen (Art. 2), Portugal (Art. 2), Slowakei (Art. 2), Slowenien (Art. 1), Spanien (Art. 1 Abs. 1), Tschechien (Art. 1) und Ungarn (Art. 1), ferner andeutungsweise Finnland (§ 2). Zu Deutschland siehe sogleich im Text.

4 Siehe Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 228.

5 Sommermann (Fn. 4), Art. 20 Rn. 248 ff.; Classen, ebd., Art. 23 Rn. 35; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 52 ff.

6 Siehe Sommermann (Fn. 4), Art. 20 Rn. 197 ff., 226 ff., 287 ff.; Classen, ebd., Art. 23 Rn. 35; Tettinger, ebd., Art. 28 Rn. 54 ff.; Schulze-Fielitz (Fn. 5), Art. 20 Rn. 38 ff.; Pernice, ebd., Art. 23 Rn. 56 ff.; Dreier, ebd., Art. 28 Rn. 65.

7 Siehe etwa die Darstellungen bei Scheuing, Rechtsstaatlichkeit, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, 2006, § 6; Müller-Graff (Fn. 2), S. 5 ff.

8 Allgemein dazu Sommermann (Fn. 4), Art. 20 Rn. 242 ff.; Classen (Fn. 5), Rn. 35; Schulze-Fielitz (Fn. 5) in: Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 20 Rn. 36 f. Rechtsvergleichende Überblicke zum Thema Rechtsstaat etwa bei Emeri, RFDC 1992, S. 27 ff.; Hofmann/Marko/ Merli/Wiederin (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, 1996; ausführlich Heuschling, *État de droit*, Rechtsstaat, Rule of Law, 2002.

schwer getan mit den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit,⁹ vor allem aber – bis heute – des Vertrauensschutzes.¹⁰ Der Gesetzesvorbehalt kann im englischen Recht mit seiner Tradition des Common Law naturgemäß nicht im deutschen Sinne eines Parlamentsvorbehaltes verstanden werden;¹¹ die dort übliche starke Betonung des fairen Verfahrens¹² deckt sich nicht mit der zumindest traditionellen deutschen Vorstellung einer nur dienenden Rolle des Verfahrensrechts.¹³ Und während es schließlich als Ausprägung des französischen Verständnisses der Gewaltenteilung angesehen wird, dass die Verwaltung nicht von den normalen Gerichten, sondern von speziellen, institutionell als Teil der Verwaltung angesehenen Verwaltungsgerichten kontrolliert wird, die Trennung von bürgerlichem und öffentlichem Recht also praktisch Verfassungsrang aufweist,¹⁴ stellt es umgekehrt ein Element der „rule of law“ dar, dass die Hoheitsgewalt im Grundsatz den allgemeinen Gesetzen unterworfen ist.¹⁵

Abschließend sei noch ein Punkt präzisiert: Kein Problem ergibt sich daraus, dass Art. 6 EU in Anknüpfung an vor allem deutsche Traditionen den Begriff der „Rechtsstaatlichkeit“ verwendet. Grundlage der Union im hier relevanten Sinne sind die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen. Soweit es dagegen darum geht, auf die Union selbst anwendbare Prinzipien abzuleiten, kann es nur um einschlägige Inhalte gehen; eine Staatlichkeit der Union wird durch diese Norm nicht anvisiert.¹⁶ Mit Blick auf die europäische Ebene treffender ist es daher wohl, von

9 Traditionell spielt das Prinzip nur eine Rolle im Zusammenhang mit polizeirechtlichen Eingriffen in „Freiheitsrechte“ („libertés publiques“); siehe Conseil d’État, Rec. 1933, 541 (Benjamin), sowie seit 1971 im Zusammenhang mit Enteignungen und vergleichbaren Maßnahmen, siehe Conseil d’État, Rec. 1971, 409; beide sind auch abgedruckt in Long u.a., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15. Aufl. 2005, S. 289 ff. bzw. S. 598 ff. Grund für diese Zurückhaltung ist die Sorge vor einer Kontrolle auch der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme durch die Verwaltungsgerichte; dazu etwa *Vedel/Delvolvé, Droit administratif*, Band 2, 12. Aufl. 1992, S. 324 f. Zur Bedeutung des Prinzips im Verfassungsrecht jüngst dazu *Goessel-Le Bihan, RFDC* 2007, S. 269 ff.

10 Deutlich etwa Conseil d’État, RTDE 1986, S. 157 ff. (gegen EUGH, Rs. 109/79 (*Maiseries de Beauce*), Slg. 1980, 2883 Rn. 42 ff.); dazu *Masclet*, Urteilsanmerkung, RTDE 1986, S. 161 ff. Bis heute wird das Prinzip als solches nur herangezogen im Rahmen der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, nicht aber in Fällen, die allein dem französischen Recht unterfallen (dazu etwa *Aguila*, RFDA 2006, S. 463 (S.470)). Für diese hat der Conseil d’État in jüngster Rechtsprechung immerhin anerkannt, dass etwa ggf. bei Neuregelungen Übergangsvorschriften zur Sicherung der „sécurité juridique“ erforderlich sein können; siehe dazu Conseil d’État, RFDA 2006, S. 475 (KPMG), und dazu die Schlussanträge von *Aguila*, ebd., S. 463 ff., sowie RFDA 2007, S. 16 (Mme Lacroix), und dazu die Schlussanträge von *Guyomar*, ebd., S. 6 ff.

11 Konsequenzen hatte dies insbesondere für die Definition des Gesetzesbegriffs in der EMRK; siehe etwa EGMR, Slg. A 30, §§ 46 ff. (Sunday Times); dazu *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., § 18 Rn. 8.

12 *Wade/Forsyth, Administrative Law*, 8. Aufl. 2000, S. 435 ff.

13 Dazu etwa *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, Rn. 6/99.

14 Zu dieser «*conception française de la séparation des pouvoirs*» Conseil constitutionnel, 86-224 DC cons. 15, mit Anmerkung abgedruckt in *Favoreu/Philip*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11. Aufl. 2001, Nr. 41, sowie 89-261 DC cons. 19.

15 Klassisch: *Dicey* *Introduction to the study of the Constitution*, 10. Aufl. 1959, S. 193 sowie Kap. 12 (deutsch: in: *Robbers* (Hrsg.), *Dicey*, *Einführung in das Studium des Verfassungsrechts*, 2002, S. 267 ff.; aus neuerer Zeit: *Wade/Forsyth* (Fn. 12), S. 24, 34 ff.

16 *Scheuing* (Fn. 7), Rn. 3.

„Rechtsunion“ oder „Rechtsgemeinschaft“ (Walter Hallstein)¹⁷ zu sprechen; letzteres ist ja auch durchaus üblich.

III. Vertragsrechtliche Ausprägungen

Versucht man dennoch, die Verträge darauf durchzusehen, welche Regelungen sich der Rechtsstaatlichkeit im Sinne von Art. 6 EU zuordnen lassen, so lässt sich Folgendes festhalten.¹⁸

Die *Bindung an das Recht* ist an sich einem Vertrag immanent. Sie wird für die Mitgliedstaaten aber noch einmal allgemein in Art. 10 EG sowie speziell für ihre unternehmerische Tätigkeit in Art. 86 Abs. 1 EG betont, für die Organe der Gemeinschaft in Art. 5 EU und Art. 5 EG. In der Sache stellt das Recht und die Bindung der Mitgliedstaaten an dieses ein Zentralelement der Gemeinschaft dar, da sie über die üblichen Zwangsmittel hoheitlicher Macht wie Polizei, gerichtliche Zwangsvollstreckung etc. nicht verfügt.¹⁹

In der institutionellen Struktur finden sich die Grundsätze der *Gewaltenteilung* in den Regelungen über die vertikale Kompetenzverteilung (vor allem Art. 5 EG) und die horizontale Gewaltenteilung (Art. 189 ff. EG) wieder. Die *Justiz* wird nicht nur in ihrer Unabhängigkeit garantiert (vgl. Art. 223 EG). Vor allem wird in Art. 220 EG die besondere Rolle des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages hervorgehoben.

Im *Übrigen* enthalten die Verträge nur noch vereinzelte rechtsstaatliche Garantien. Genannt werden können die Pflicht zur Begründung (Art. 253 EG) und zur Veröffentlichung bzw. anderweitiger Bekanntmachung von Rechtsakten (Art. 254 EG). Individualschutz wird durch einzelne Garantien wie die mit dem Vertrag von Maastricht geschaffene Unionsbürgerschaft (Art. 17 ff. EG),²⁰ das mit dem Vertrag von Amsterdam geschaffene Recht auf Datenschutz (Art. 286 EG) und das ursprünglich allein unter wettbewerblichen Gesichtspunkten geschaffene und erst später grundrechtlich verstandene Prinzip der Lohngleichheit (Art. 141 EG) gewährleistet. Individualrechtsschutz vor der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit wird dagegen nur begrenzt (Art. 230 Abs. 4, Art. 232 Abs. 3, Art. 236 EG) gewährleistet, Amtshaftung immerhin gegenüber der Gemeinschaftsgewalt (Art. 288, Art. 235 EG). Schließlich kann man wohl auch das vielfältig im Vertrag verankerte Marktprinzip als Gewährleistung einer zumindest im ökonomischen Bereich freiheitlichen *Rechtsordnung* ansehen.²¹

17 Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, S. 51.

18 Siehe auch die zu ähnlichen Ergebnissen kommende Analyse von *Kraus* in diesem Band (S. 109 ff.).

19 Auch daher röhrt die bereits erwähnte Bezeichnung „Rechtsgemeinschaft“; siehe dazu *Oppermann*, Europa-recht, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 9; siehe ferner jüngst den Editorial Comment in *CMLRev* 44 (2007), S. 875: „The rule of law as the backbone of the EU“.

20 Zur Diskussion, ob die Unionsbürgerschaft grundrechtlichen oder grundfreiheitlichen Charakter hat, jüngst *Callies* EuR Beiheft 2007, S. 7 (S. 23 ff.).

21 Dazu, auch die Notwendigkeit rechtlicher Grenzziehungen betonend, *Müller-Graff* (Fn. 2), S. 6 f., 10 ff.

Eine Fülle von rechtsstaatlichen Garantien enthalten schließlich die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Sie werden zwar vielfach auch zum Primärrecht gerechnet.²² Zum einen sind insoweit aber durchaus Zweifel angebracht. Einige Grundsätze dürften wohl ohnehin eher das Sekundärrecht ergänzenden, aber kaum diesem vorgehenden Charakter haben.²³ Und auch wenn dies im Regelfall anders ist, allgemeine Rechtsgrundsätze also dem Sekundärrecht vorgehen, stehen die Grundsätze doch immer dem Vertragsrecht nach. Für den Gerichtshof bildet der Vertrag die Grundlage, nicht den Gegenstand seiner Jurisdiktion. Allgemeine Rechtsgrundsätze müssen sich daher, wie der EuGH auch – wenn auch vor langer Zeit – einmal ausdrücklich betont hat, in die Struktur des Vertrages einfügen.²⁴ Dementsprechend können sie zwar – wie etwa im Zusammenhang mit Klagen gegen Akte des Parlaments²⁵ – eine Ergänzung des Vertrages, eine Rechtsfortbildung, aber nicht dessen echte Modifikation rechtfertigen; sie dienen der Füllung von Regelungslücken und als Auslegungshilfe.²⁶ Zum anderen werden allgemeine Rechtsgrundsätze erst durch die Rechtsprechung materialisiert; sie sollen daher im nachfolgenden zweiten, dem der Judikatur der Gemeinschaftsgerichte gewidmetem Teil angesprochen werden.

B. Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

I. Grundlagen

Wer als vor allem auch mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vertrauter Staatsrechtslehrer nach Aussagen zur Rechtsstaatlichkeit in der Judikatur der Gemeinschaftsgerichte sucht, wird schnell enttäuscht. Das BVerfG zieht diesen Grundsatz bekanntlich recht regelmäßig heran. So findet sich in fast jedem Band der amtlichen Entscheidungssammlung das Stichwort „Rechtsstaat“ auch im Register wieder. Die Zusammenhänge, in denen es eine Rolle spielt, sind dabei ausgesprochen vielgestaltig.

Die Gemeinschaftsgerichte verwenden diesen Begriff dagegen soweit ersichtlich deutlich zurückhaltender. Das elektronische Suchsystem des Gerichtshofes weist

22 Oppermann (Fn. 19), § 6 Rn. 20; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 326; Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 412; zurückhaltend demgegenüber Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, 5. Aufl. 2006, S. 196.

23 Ein Beispiel dürften die Einzelheiten der vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Gewährleistung einstweiligen Rechtsschutzes durch nationale Gerichte beim Vollzug von Gemeinschaftsverordnungen (etwa: EuGH, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen), Slg. 1991, I-415; dazu etwa Lengauer, in diesem Band, S. 71) bilden. So spricht nichts dagegen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber bereichspezifisch die Anforderungen niedriger ansetzt, etwa gemäß deutscher Tradition eine Regel aufschiebender Wirkung von Rechtsbehelfen aufstellt.

24 EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 Rn. 4; dazu auch Borchardt, in: Schulze/Zuleeg (Fn. 7), § 15 Rn. 29; Schütz/Bruha/König, Casebook Europarecht, 2004, S. 38.

25 Dazu bei Fn. 58 f.

26 Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. LIII; Tridimas, The General Principles of EU Law, 2. Aufl. 2006, S. 29 ff.

für die letzten zehn Jahre – den Zeitraum, dessen Entscheidungen erfasst sind – nur vereinzelte Entscheidungen von EuGH und EuG aus, in denen die Rechtsstaatlichkeit vorkommt. Nur wenig günstiger sieht es bei dem Begriff der Rechtsgemeinschaft aus. Dies überrascht auch nicht: Dieser ist nicht nur, wie erwähnt, der Sache angemessener. Vor Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam spielte die Rechtsstaatlichkeit im europäischen Recht auch formal keine Rolle, und bis heute gehört sie nicht zum Prüfungsmaßstab der Gemeinschaftsgerichte. Immerhin spielt die Rechtsstaatlichkeit gerade in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit dem „3. Pfeiler“ der Union eine etwas größere Rolle.

Deutlich häufiger allerdings als die europäischen Gerichte i. e. S. berufen sich die Generalanwälte auf die Rechtsstaatlichkeit oder berufen sich auf den Charakter der EG als Rechtsgemeinschaft. Inhaltlich geht es dabei – passend zum Gesamtthema der Tagung – in der überwiegenden Zahl der Fälle um die Möglichkeiten der Gemeinschaftsgerichte, Rechtsschutz zu gewährleisten.

II. Einzelanalyse

Das Spannungsfeld der Aussagen, die sich auch auf der Ebene von Union und Gemeinschaft mit dem Rechtsstaatsprinzip verbinden lassen, macht ein etwas älteres Urteil des EuGH deutlich. Im Urteil in der Rechtssache Granaria betonte der Gerichtshof unter Hinweis auch auf das Rechtsstaatsprinzip, dass einerseits das Rechtsschutzsystem des Vertrages jedem einzelnen die Möglichkeit eröffne, vor Gericht die Gültigkeit einer Verordnung in Frage zu stellen, dass diese aber, solange sie nicht von einem zuständigen Gericht außer Kraft gesetzt worden sei, auch vollzogen werden müsse.²⁷

Dementsprechend wird auch von der europäischen Gerichtsbarkeit (einschließlich der Generalanwälte) eine ganze Reihe von Aussagen mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verbunden. Nachfolgend werden zunächst diejenigen dargestellt, die in keinem Zusammenhang mit der Rechtsschutzwährleistung stehen. Sodann wird erläutert, welche Konsequenzen sich mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz verbinden, und schließlich wird die Nutzung des *topos „Rechtsstaat“* durch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit einer Bewertung zugeführt.

1.) In etlichen Fällen diente das Rechtsstaatsprinzip dazu, die *Effektivierung rechtlicher Bindungen* zu rechtfertigen. In diesem Sinne verwehrte der EuGH einem Mitgliedstaat das Recht auf eigenmächtige Schutzmaßnahmen im Bereich

27 EuGH, Rs. 101/78, Slg. 1979, 623 Rn. 5; dem folgend Slg. 1988, Rs. 63/78 (Kommission/Griechenland), Slg. 1988, 2875 Rn. 10. So auch GA Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, Rs. C-404/97 (Kommission/Portugal), Slg. 2000, I-4897 Rn. 37.

des Fleischhandels.²⁸ Ähnlich argumentierte Generalanwalt Alber in einem den Umweltschutz betreffenden Fall.²⁹ Auch Diskussionen um die unmittelbare Wirkung von Rechtsakten sind in diesem Zusammenhang zu sehen: Generalanwalt Tizzano erkannte mit dem Hinweis auf die Rechtsgemeinschaft den Entscheidungen des DSB der WTO rechtliche Wirkungen in der Rechtsordnung der Gemeinschaft zu, fand aber damit beim EuGH kein Gehör.³⁰ In einem anderen Verfahren wurde sogar angeführt, dass die WTO eben keine „Rechtsgemeinschaft“ sei, die eine unmittelbare Wirkung der einschlägigen Verpflichtungen in der Gemeinschaftsrechtsordnung rechtfertigen würde.³¹

2.) Doppelfunktional, nämlich zur effektiven Durchsetzung rechtlicher Bindungen, aber eben auch zum *Schutz des Einzelnen* diente Generalanwalt La Pergola das Rechtsstaatsprinzip, um eine unmittelbare Wirkungen des Beschlusses eines Assoziierungsrates zu begründen.³² Im zuletzt genannten Sinne zogen weitere Generalanwälte, jeweils in einzelnen Schlussanträgen, das Rechtsstaatsprinzip heran, um

- eine Staatshaftung auch bei gerichtlichen Fehlurteilen für grundsätzlich möglich zu erklären;³³
- den menschenrechtlichen Charakter des Lohngleichheitsgebot des Art. 141 EG darzulegen; praktische Konsequenz: Aus dessen entstehungsgeschichtlicher Bedeutung – die Sicherung fairer Wettbewerbsbedingungen – könne nicht abgeleitet werden, dass heute (vermeintlich) wettbewerbsverzerrende Wirkungen unzulässig seien, die sich mit bestimmten Interpretationen von Art. 141 EG verbinden;³⁴
- die Notwendigkeit der Ermöglichung des Wahlrechts zum Europäischen Parlaments auch für die Bürger von Gibraltar zu unterstreichen;³⁵

28 EuGH, Rs. C-241/01 (National Farmers' Union), Slg. 2002, I-9079 Rn. 50; ebenso, ohne Bezugnahme auf den Begriff Rechtsgemeinschaft, GA Mischo (Rn. 90 ff.). – Am Rande spielte das Prinzip auch bei GA La Pergola in den Rs. C-147 und 148/97 (Deutsche Post), Slg. 2000, I-825, mit Blick auf die (allerdings nicht entscheidungserhebliche) Auslegung der Richtlinie 97/67/EG zu postalischen Universaldiensten eine Rolle (Rn. 8).

29 EuGH, Rs. C-236/01 (Monsanto Agricoltura Italia u.a.), Slg. 2003, I-8105, Rn. 111.

30 Einerseits GA Tizzano, EuGH, Rs. C-377/02 (van Parys), Slg. 2005, I-1465, Rn. 73, andererseits EuGH selbst im Urteil Rn. 42 ff.

31 GA Léger, EuGH, Rs. C-351/04 (Ikea Wholesale), Schlussanträge vom 6.4.2006, Rn. 84. Der EuGH ist dem im Ergebnis, aber ohne Verwendung der Begrifflichkeit, in seinem Urteil vom 27.9.2007 gefolgt (Rn. 35). – Zur Rolle der „rule of law“ im Selbstverständnis der WTO siehe *Gött sche*, Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz, 2005, S. 247 ff.

32 GA La Pergola, EuGH, Rs. C-262/96 (Sürül), Slg. 1999, I-2685, Rn. 6. Der EuGH ist dem im Ergebnis gefolgt, aber allein unter Bezugnahme auf die üblichen Kriterien unmittelbarer Wirkung (Rn. 60 ff.), siehe ferner Rn. 74 zu den Rechten einzelner.

33 GA Léger, EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239, Rn. 70. Der EuGH ist dem in seinem Urteil ohne Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip gefolgt (Rn. 31 ff.).

34 GA Cosma, EuGH, Rs. C-50/96 (Deutsche Post), Slg. 2000, I-743 Rn. 80, zugleich auch zu verb. Rs. C-234/96 und Rs. C-235/96 (jeweils Deutsche Telekom), sowie verb. Rs. C-270/97 und 271/97 (jeweils Deutsche Post). Der EuGH verwies im ersten und im dritten Urteil (EuGH, Slg. 2000, I-743 und 2000, I-929) jeweils auf den Charakter von Art. 119 EG (heute: Art. 141 EG) als Grundrecht (jeweils Rn. 57); im zweiten Urteil spielte das Problem keine Rolle.

35 GA Tizzano, Rs C-145/04 Rn. 70, unter Hinweis auf das diesen Begriff verwendende Urteil des EGMR vom 6.10.2005 (Hirst), § 58.

- die Bedeutung des in Art. 54 ff. SDÜ enthaltenen Grundsatzes „ne bis in idem“³⁶ sowie die Verpflichtung zur Anrechnung bereits verhängter Strafen deutlich hervorzuheben;³⁷
- die Bindungen hervorzuheben, denen die Mitgliedstaaten bei Erlass und Vollzug des europäischen Haftbefehls unterliegen, wegen derer dieses Instrument als primärrechtskonform angesehen werden kann;³⁸ der Gerichtshof greift in seinem entsprechenden Urteil den Hinweis auf die Bindung der Mitgliedstaaten an das Rechtsstaatsprinzip und die allgemeinen Rechtsgrundsätze bei der Durchführung auch von Unionsrechts auf, aber ohne dies näher zu entfalten.³⁹
- Darüber hinaus ist wohl der Bestimmtheitsgrundsatz in diesem Zusammenhang zu sehen, selbst wenn sich im konkreten Fall Österreich und damit ein Mitgliedstaat auf ihn bezieht.⁴⁰
- In weiteren grundrechtsrelevanten Fällen zitierten zwei Generalanwälte und einmal der EuGH das Prinzip bei der Erläuterung des rechtlichen Rahmens eines Falls, aber ohne dass dieses dann konkrete Relevanz in der Argumentation aufwies.⁴¹

Jüngst hat immerhin auch der Gerichtshof das Rechtsstaatsprinzip herangezogen, und zwar im Zusammenhang mit Urteilen zu Rechtsakten des „3. Pfeilers“. Zunächst betonte er ganz allgemein – konkret ging es dann um die am Ende zu analysierende gerichtliche Kontrolle von europäischen und nationalen Hoheitsakten – die Bindung nicht nur der Union, sondern auch der Mitgliedstaaten an die rechtsstaatlichen Grundsätze der Union.⁴² In seinem Urteil zum europäischen Haftbefehl füllte er diese auch mit gewissen Inhalten auf: er ordnete die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit von Strafen und Straftaten sowie das Prinzip von Gleichheit und Nichtdiskriminierung der Rechtsstaatlichkeit zu.⁴³ Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer führte in gleicher Sache auch an, dass die Auslieferung eines Verdächtigen von einem Rechtsstaat an einen anderen kein prinzipielles Problem aufwerfe.⁴⁴

36 GA Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, verb. Rs. C-187/01 und C-385/01 (Gözütok und Brügge), Slg. 2003, I-1345, Rn. 45. Der EuGH verwies in seinem Urteil auf die Charakterisierung der Union als „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, Rn. 34 ff.

37 GA Sharpston, Rs. C-367/05, Rn. 60.

38 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Rs. C-303/05 (Advocaten voor de Wereld), Rn. 9 und 94 (noch nicht in amt. Sammlung).

39 EuGH, ebd., Rn. 45.

40 GA Geelhoed, Rs. 161/04 (Österreich/Parlament und Rat), Rn. 79 (noch nicht in amt. Sammlung); ein Verstoß wurde aber nicht angenommen.

41 GA Stix-Hackl, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9606 Rn. 4; GA Léger, verb. Rs. C-317 und 318/04 (Parlament/Rat und Kommission), Slg. 2006, I-4721 Rn. 17. Der EuGH zitiert in der Rs. C-144/04 (Mangold) in Rn. 4 die Präambel der dort zitierten RL 2000/78 mit Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 6 EU; ebenso GA Mazak in den Schlussanträgen zur Rs. C-411/05 (Palacios de la Villa), Rn. 5, während der Gerichtshof in seinem Urteil vom 16.2.2007 zu dieser Rechtssache diese Passage nicht zitiert.

42 EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistía), Rn. 51 (gleichlautend: Urteil in der Rs. 355/04 P (Segi) vom gleichen Tage); dazu, vor allem zu den daraus gezogenen Konsequenzen, noch bei Fn. 62.

43 EuGH, Rs. C-303/05 (Advocaten voor de Wereld), Rn. 46.

44 Rn. 94 seiner Schlussanträge.

3.) Vielfältig zogen Generalanwälte das Rechtsstaatsprinzip im Zusammenhang mit der Gewährleistung von *Rechtsschutz* heran: Danach ist es

- unzulässig, ein ausländisches Gerichtsurteil, das einem bereits ergangenen inländischen Urteil im Tenor widerspricht, nach dem EuGVÜ für innerstaatlich vollstreckbar zu erklären,⁴⁵
- geboten, dass Entscheidungen, Konten einer als terroristisch eingestuften Organisation zu sperren, auch dann angefochten werden können, wenn diese angeblich aufgelöst wurde,⁴⁶ und auch im Wiederholungsfall gerichtlicher Überprüfung zugeführt werden können;⁴⁷
- geboten, dass ein unterlegener Bieter für Lebensmittelhilfeleistungen der Kommission gegen seine Nichtberücksichtigung klagen kann, wobei effektiver Rechtsschutz im Sinne des damaligen Art. 173 Abs. 4 EG und Rechtsstaatsprinzip ausdrücklich nebeneinander zitiert werden;⁴⁸
- jedenfalls im Grundsatz unzulässig, dass der Mangel eines vor Gericht angegriffenen Hoheitsakts nachträglich geheilt wird;⁴⁹
- mit Zurückhaltung zu beurteilen, wenn nach Wegfall einer Beschwerde eine Klage unter Hinweis auf Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisse für unzulässig erklärt werden soll,⁵⁰ in diesem Sinne hat auch das EuG einmal entschieden.⁵¹

Weiterhin wurde das Rechtsstaatsprinzip in diesem Kontext vor allem herangezogen, um

- die Besonderheiten anwaltlicher Tätigkeit zu unterstreichen und so einerseits wettbewerbsrechtlich begründete Kritik an bestimmten Entscheidungen einer

45 GA Léger, EuGH, Rs. C-80/00 (Italian Leather), Slg. 2002, I-4995, Rn. 65. Der EuGH stimmt im Ergebnis zu und verweist darauf, dass anderenfalls das „Rechtsleben“ gestört wurde (Rn. 48).

46 EuGH, Rs. 229/05 P (PKK und KNK), Rn. 109.

47 EuG, Rs. T-229/02 (PKK und KNK), Slg. 2005, II-539, Rn. 44, und dem zustimmend GAin Kokott, Rs. C-229/05 P (PKK und KNK), Rn. 90.

48 EuGH, Rs. C-496/99 P (Kommission/CAS Succhi di Frutta), Slg. 2004, I-3801, Rn. 63, im Streit, ob ein Bieter für Lebensmittelhilfeleistungen der Kommission gegen seine Nichtberücksichtigung klagen kann.

49 GA Léger, EuGH, Rs. C-353/01 (Mattila), Slg. 2004, I-1073, Rn. 53. Der EuGH verwies schlüssig auf notwendige Verfahrensgarantien (Rn. 32).

50 GAin Kokott, EuGH, Rs C-362/05 P (Wunenburger), Rn. 42 zur Verteidigung des einschlägigen Urteils des EuG, Rs. T-370/03, Slg. ÖD 2005 I-A 189, I-853 Rn. 20. Der Gerichtshof ist dem im Ergebnis im konkreten Fall in seinem Urteil vom 28.6.2007 gefolgt, aber ohne Hinweis auf den Rechtsstaat; GAin Kokott, verb. Rs. C-138/03, 324/03 und 431/03 (Italien/Kommission) Slg. 2005, I-10043, Rn. 39 (wobei sie im konkreten Fall doch kein Rechtsschutzbedürfnis mehr annahm).

51 EuG, Rs. T-310/00 (MCI), Slg. 2004, II-3253 Rn. 61, zum Wettbewerbsrecht. In der Rechtssache Rs. C-273/04 (Polen/Rat) leitete GA Maduro aus dem Grundsatz der Rechtsgemeinschaft ab, dass Klagefristen neu beigetretener Mitgliedstaaten erst mit dem Beitritt zu laufen beginnen (Rn. 27 ff.); der Gerichtshof ist dem in seinem Urteil vom 23.10.2007 ohne nähere Begründung gefolgt (Rn. 33).

- Anwaltskammer als unbegründet zurückzuweisen,⁵² andererseits die Richtlinie zur Geldwäsche vertragskonform auszulegen;⁵³
- für eine Neudefinition des Gerichtsbegriffs in Art. 234 EG zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Vorlageverfahrens zu plädieren;⁵⁴
 - unter Hinweis auf die Besonderheiten des jeweiligen Prozessrechts zu rechtferigen, warum die Parteien vor dem EuGH nicht die Möglichkeit haben müssten, auf die Schlussanträge zu reagieren.⁵⁵

Schließlich soll eine Berücksichtigung von staatlichen Einnahmen, die unter Missachtung der Mehrwertsteuerrichtlinie dieser Steuer nicht unterworfen wurden, rückwirkend nur begrenzt Nachforderungen mit Blick auf den Eigenmittelbeschluss der EG rechtfertigen, da die Mitgliedstaaten keine Möglichkeit einer verbindlicher Klärung einer Streitfrage hätten.⁵⁶ Aber auch der EuGH selbst griff einmal auf dieses Prinzip zurück, nämlich in seinem EWR-Gutachten, um damit letztlich strukturelle Verwerfungen im Zusammenhang mit der vorgesehenen Errichtung des EWR-Gerichtshofes zu verhindern.⁵⁷

4.) Deutlich im Vordergrund der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte steht aber das Rechtsstaatsprinzip, wenn es darum geht, die *gerichtliche Kontrolle von Rechtsakten* von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten auch dann sicherzustellen, wenn diese Möglichkeit nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften nicht oder nicht ohne weiteres eröffnet ist. Hier ist nicht wie bisher jeweils ein einzelner Schlussantrag zu erwähnen, vielleicht noch mehrere in Parallelverfahren, oder auch einmal ein Urteil des EuG, die aber alle nicht selten Rechtsfragen betrafen, die recht regelmäßig Gegenstand gerichtlicher Verfahren bildeten, ohne dass dort das Rechtsstaatsprinzip eine Rolle gespielt hätte. Hier lassen sich auch mehrere Urteile des Gerichtshofes zitieren.

Ganz konkret ging es um solche Fälle, in denen der Gerichtshof die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle trotz Fehlens ausdrücklicher Regelungen eröffnen wollte und sich selbst für zuständig erklären musste, weil ein Verweis auf die

52 GA Léger, EuGH, Rs. C-309/99 (Wouters), Slg. 2002, I-1577, Rn. 173 – Rechtfertigung eines wettbewerbsrechtlichen Verstoßes durch Art. 90 Abs. 2 EWG. Der EuGH ist dem im Ergebnis – ohne Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip – gefolgt (Rn. 109). – Im Verfahren C-331/05 P (Internationaler Hilfsfonds) sah GA in Trstenjak die Erstattung von Anwaltskosten in Verfahren vor dem Bürgerbeauftragten nicht als vom Rechtsstaatsprinzip gefordert an (Rn. 70); dem ist der Gerichtshof in seinem Urteil vom 28.6.2007 im Ergebnis gefolgt (Rn. 22 ff.).

53 GA Maduro, EuGH, Rs. C-305/05 Rn. 60, 63; einen Verstoß nahm er bei korrekter Auslegung nicht an. Der Gerichtshof ist dem im Ergebnis im Wesentlichen gefolgt (Urteil vom 26.6.2007), hat aber Art. 6 EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR zitiert (Rn. 30 ff.).

54 GA Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, Rs. C-17/00 (De Coster), Slg. 2001, I-9445, Rn. 72. Der EuGH hat keinen Anlass zu einer Neudefinition gesehen (Rn. 10 ff.).

55 GA Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, Rs. C-466/00 (Kaba), Slg. 2003, I-2219, Rn. 114. Der EuGH ist dem im Ergebnis ohne nähere Begründung gefolgt (Rn. 57).

56 GA Alber, EuGH, Rs. C-260/98 (Kommission/Griechenland), Slg. 2000, I-6537, Rn. 83; Rs. C-276/97 (Kommission/Frankreich) Rn. 89; Rs. C-358/97 (Kommission/Irland), Rn. 94; Rs. C-359/97 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Rn. 107. Für den EuGH stellte sich das Problem nicht, da er schon keinen Verstoß gegen die entsprechende Mehrwertsteuerrichtlinie annahm (Urteil zu Griechenland: Rn. 25; Urteil zu Frankreich: Rn. 29; Urteil zu Irland: Rn. 27; Urteil zum Vereinigten Königreich: Rn. 39).

57 EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 Rn. 21.

nationale Gerichtsbarkeit nicht möglich war, da die Streitigkeit strukturell auf der Gemeinschaftsebene anzusiedeln war. Die Entscheidungen in den Rechtssachen „Les Verts“⁵⁸ und Frau „Weber“⁵⁹, jeweils gegen das Parlament, also zu innerorganschaftlichen Streitigkeiten, sind insofern repräsentativ.⁶⁰ In den Fällen, in denen ein solcher Verweis auf die nationale Justiz – zumindest theoretisch – in Betracht kam, sprach der jeweilige Generalanwalt das Prinzip zwar an, begnügte sich aber letztlich damit, auf die – primär menschenrechtlich begründeten – Aufgaben der nationalen Gerichte hinzuweisen. Zu nennen ist zunächst der Rechtschutz gegenüber unmittelbar wirkenden Verordnungen.⁶¹ Ein weiteres Beispiel bildet der Rechtsschutz gegenüber Rechtsakten, die auf Grundlage von Art. 34 EU erlassen wurden,⁶² wobei die ausdrückliche Erwähnung der Rechtsstaatlichkeit in Art. 6 EU dies natürlich auch besonders nahe legt. Anders als der Generalanwalt maß der Gerichtshof insoweit dem Vorabentscheidungsverfahren auch hier eine wichtige Rolle zu, indem er eine Vorlage nach Art. 35 EU auch als zulässig ansah, wenn ein als gemeinsamer Standpunkt erlassener Akt Rechte Dritte in Frage stellt; in diesem Fall ist der Akt (vom EuGH) nämlich umzuqualifizieren.⁶³ In der Sache wird damit die Rolle nationaler Gerichte wieder zurückgedrängt.⁶⁴ Die Notwendigkeit effektiven Rechtsschutzes auf nationaler Ebene wurde von den Generalanwälten Darmon im Fall Johnston⁶⁵ und Jacobs im Fall UPA⁶⁶ unter Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip unterstrichen. Aber selbst in der vorgenannten Konstellation – Rechtsschutzeröffnung durch Rechtsfortbildung – ist der Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip nicht zwingend. Als im Jahre 1986 das

58 EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts), Slg. 1986, 1335 Rn. 23. GA Mancini kam in seinem Schlussantrag ohne Bezugnahme auf das Rechtsstaatsprinzip aus (1339).

59 EuGH, Rs. C-314/91 (Weber), Slg. 1993, I-1093 Rn. 8.

60 Siehe ferner EuGH, Rs. C-2/88 (Imm. – Zwartveld), Slg. 1990, I-3365 Rn. 17, und dazu noch bei Fn. 71. Siehe ferner (nur abstrakt) zur Klage gegen einen Bericht des Rechnungshofes GA Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, Rs. C-315/99 (Ismeri Europa), Slg. 2001, I-5281; der Bericht wurde aber (Rn. 39 ff.) ebenso wie vom EuGH (Rn. 27 ff.) als nicht angreifbar angesehen; zur Klage gegen EIB-Beschlüsse EuGH, Rs. C-15/00 (Kommission/EIB), Slg. 2003, I-7281, Rn. 75; zur Klage gegen das Parlament EuG, Rs. T-222/99, T-327/99 und 329/99, Slg. 2001, II- 2823, Rn. 48. Im Fall EuGH, Rs. C-160/03 (Spanien/Eurojust), Slg. 2005, I-2077 plädierte Generalanwalt Maduro für eine Klagemöglichkeit von Spanien gegen eine Entscheidung von Eurojust allein gestützt auf das Rechtsstaatsprinzip (Rn. 15); demgegenüber verweist der EuGH auf die Möglichkeit von Spanien, sich im Rahmen von Beamtenklagen mit am Verfahren vor dem EuGH zu beteiligen und sah dies als ausreichend an (Rn. 41). Aus jüngster Zeit ist das Urteil vom 3.9.2008 in den verb. Rs. C-415/05 P und C-402/05 P (Kadi u.a.) zum Grundrechtsschutz mit Blick auf Rechtsakte zu nennen, die Sanktionsbeschlüsse der UNO umsetzen Rn. 281, 316); siehe ferner die entsprechenden Schlussanträge von GA Maduro, Rn. 31, 35, 45, 52.

61 EuGH, Rs. C-50/00 P (UPA), Slg. 2002, I-6677 Rn. 40; Rs. C-263/02 P (Jégo Quéré), Slg. 2004, I-3425 Rn. 31.

62 GA Mengozzi, EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistía u.a.), Rn. 99, 101. Vgl. aber auch EuG, Rs T-338/02 (Segi u.a.), Slg. 2004, II-1647, Rn. 38, wo nur das Fehlen effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten konsolidiert, eine Korrektur unter Hinweis auf das Prinzip begrenzter Einzelmächtigung abgelehnt wurde.

63 EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistía u.a.), JZ 2007, S. 781 Rn 54.

64 Dazu Haltern, JZ 2007, S. 772 (S. 776); Nettesheim, CMLRev. 44 (2007), S. 567 (S. 578). Bei Mitgliedstaaten, deren Gerichte nicht nach Art. 35 EU vorlegen dürfen, verbleibt es aber bei der erwähnten mitgliedstaatlichen Kontrolle; siehe Peers, CMLRev 44 (2007), S. 883 (S. 900 ff.).

65 Ausführlich GA Darmon, EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651 Rn. 3.

66 GA Jacobs, EuGH, Rs. C-50/00 P (UPA), Slg. 2002, I-6677 Rn. 71. Nicht mehr erwähnt wird es dann im Rahmen des Folgeverfahrens Rs. C-263/02 P (Jégo Quéré), Slg. 2004, I-3425 Rn. 45.

Parlament gegen den Rat wegen unzureichender Beteiligung in Folge der Wahl einer falschen Rechtsgrundlage Klage erhaben („Tschernobyl-VO“) und der EuGH diese als zulässig ansah, obwohl Art. 173 EG und Art. 146 EAG in ihren damaligen Fassungen keine Klagemöglichkeit des Parlaments vorsahen, stützte sich der EuGH allein auf den Grundsatz des „institutionellen Gleichgewichts“,⁶⁷ brauchte also für seine Argumentation das Rechtsstaatsprinzip nicht.

Schließlich sah das EuG das Rechtsstaatsprinzip mehrfach in solchen Fällen als nicht beeinträchtigt an, in denen Rechtsschutz gegen Akte gesucht wurde, die weder rechtlich Interessen des Klägers berührten noch einen Schaden ausgelöst hatten, so dass Rechtsschutz weder nach Art. 230 Abs. 4 EG noch nach Art. 235 EG in Betracht kam.⁶⁸

5.) In völlig anderem Zusammenhang als alle bisher besprochenen Bezugnahmen, nämlich im Kontext des *materiellen*, auf die Verwirklichung von Gerechtigkeit zielen den *Rechtsstaatsverständnisses* stand schließlich ein Hinweis bei Generalanwalt Léger, der in einer Auseinandersetzung um die steuerrechtlich relevante Gemeinnützigkeit das Prinzip der Rechtsgemeinschaft betonte.⁶⁹

III. Analyse der Rechtsprechung

Abschließend soll die soeben dargelegte Verwendung des Rechtsstaatsprinzips näher analysiert werden. Dabei ist zunächst festzustellen: Dieser Grundsatz spielt im europäischen Recht eine deutlich geringere Rolle als im deutschen Recht. Er wird in vergleichsweise wenigen Zusammenhängen herangezogen, und wenn, dann vielfach nur in Einzelfällen. Häufigere Erwähnung findet es immerhin im Rahmen von Urteilen zu Maßnahmen im Bereich des „dritten Pfeilers“, aber ohne dort für die jeweilige Begründung erkennbare Bedeutung zu entfalten. Eine größere Rolle spielt er eigentlich nur bei der Sicherstellung der Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle von Hoheitsakten der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten.

Sucht man nach einer Begründung für diese Lage, so ist zunächst an die obige Aussage zum Primärrecht erinnern: Das Rechtsstaatsprinzip ist – „nur“ – „Grundlage“ der Union; unmittelbare Rechtsfolgen sind – zumindest zunächst – aus anderen Bestimmungen abzuleiten. Schon dies macht erklärlich, warum das Rechts-

⁶⁷ EuGH, Rs. C-70/88 (Parlament/Rat), Slg. 1990, I-2041, Rn. 20 ff. Gleichermaßen gilt für GA van Gerven in seinem Schlussantrag (Rn. 3, 6, 10), der sogar das Urteil in der Rs. „Les Verts“ (Fn. 58) wörtlich zitierte, aber nicht die den Hinweis auf die Rechtsgemeinschaft enthaltende Passage.

⁶⁸ EuG, verb. Rs. T-377/00 u.a. (Philip Morris International), Slg. 2003, II-1, Rn. 123, und dem zustimmend GA Ruiz-Jarabo Colomer, Rs. C-131/03 P (Reynolds Tobacco, Philip Morris International u.a.), Rn. 77 und im Ergebnis ebensein EuGH, Urteil vom 12.9.2006, Rn. 34 ff.; EuG, Rs. T-141/03 (Sniace), Slg. 2005, II-1165, Rn. 39; EuG, Rs. T-236/00 (Stauner u.a.), Slg. 2002, II-135, Rn. 50. Anderweitige Rechtsschutzmöglichkeiten sah der EuGH auch in der Rs. C-232/05 (Kommission/Frankreich), Rn. 57, weswegen der von Frankreich zur Rechtfertigung der Umsetzung einer Rückzahlungsverpflichtung für eine gewährte Beihilfe angeführte nationale Rechtsweg nicht eröffnet war.

⁶⁹ GA Ruiz-Jarabo Colomer, EuGH, Rs. C-498/03 (Kingscrest Associates und Montecello), Slg. 2005, I-4427 Rn. 25.

staatsprinzip in so wenigen Zusammenhängen eine Rolle spielt. Unmittelbar braucht man es ja nicht, es reicht ggf. der Rückgriff auf die Normen, die konkreter Ausdruck der Tatsache sind, dass die Union auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit „beruht“.

In diesem Zusammenhang erscheint zunächst erklärlich, dass die Generalanwälte das Prinzip wesentlich häufiger als der Gerichtshof heranziehen. Schlussanträge sind wesentlich ausführlicher; hier kann man die Dinge etwas grundsätzlicher beleuchten.⁷⁰ Von daher dürfte der Unterschied zwischen Gerichtsbarkeit im engeren Sinne und Generalanwaltschaft weniger in einer unterschiedlichen Einschätzung des Rechtsstaatsprinzips als in einer unterschiedlichen Begründungstechnik liegen.

Dieses mangelnde Erfordernis, das Rechtsstaatsprinzip zur Begründung eines Ergebnisses heranzuziehen, wird auch in anderen Zusammenhängen deutlich. Im Fall Zwartveld etwa leitete der EuGH unter Hinweis auf die Rechtsgemeinschaft aus Art. 5 EG einerseits ab, dass die Mitgliedstaaten Geltung und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sichern müssten, und andererseits den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit.⁷¹ Zu beiden Punkten wurden EuGH-Urteile zitiert, in denen dieses Prinzip aber jeweils gar nicht vorkam.⁷² In etlichen Fällen, in denen ein Generalanwalt das Rechtsstaatsprinzip herangezogen hat, ging es um Fragen, die dem Gerichtshof ganz häufig zur Entscheidung vorlagen und in denen er – wie in anderen Fällen auch der jeweilige Generalanwalt – ohne das Rechtsstaatsprinzip ausgekommen ist. Die fehlende Notwendigkeit der Heranziehung dieses Prinzips zeigt sich auch, wenn eine Prozesspartei ein Argument unter Hinweis auf das Rechtsstaatsgebot untermauert und dieses dann ohne eine entsprechende Bezugnahme widerlegt wird.⁷³

Als es etwa in der Rechtssache van Gend & Loos erstmalig um die vorhin erwähnte Frage ging, unter welchen Voraussetzungen ein Einzelner unmittelbar Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht ableiten kann, zog der Gerichtshof eine ganze Reihe von Argumenten heran. Von den Grundsätzen, die in Art. 6 EU verankert sind, macht er letztlich nur, aber immerhin das Demokratieprinzip fruchtbar, indem er auf die Rolle der Völker in der Integration und damit verbunden die Existenz des damals noch Beratende Versammlung genannten Europäischen Parlaments hinweist.⁷⁴ Ein weiteres Beispiel: in rechtsstaatlichem Zusammenhang ist

70 Zur (sich wandelnden?) Funktion der Schlussanträge siehe auch im Beitrag von *Gundel* in diesem Heft, S. 23 ff.

71 EuGH, Rs. C-2/88 (Imm. (Zwartfeld)), Slg. 1990, I-3365 Rn. 17.

72 EuGH, Rs. 68/88 (Kommission/Griechenland), Slg. 1989, 2665, Rn. 23 einerseits, EuGH, Rs. 230/81 (Luxemburg/Europäisches Parlament), Slg. 1983, 255 Rn. 37 andererseits.

73 Zu Fragen von Normenhierarchie und -bestimmtheit GA Léger, Rs. C-301/02 P (Tralli), EuGH, Slg. 2005, II-4071, Rn. 55, 57; zur Frage, ob das Fehlen der Begründung einer Entscheidung zu einer Haftung führe, EuG, Rs. T-15/00 (Afrikanische Frucht-Compagnie), Slg. 2004, II-521, Rn. 122, 128; zur Anwendbarkeit eines Beihilfekodex bei verspäteter Anmeldung einer Beihilfe EuG, Rs. T-158/96 (Acciaierie di Bolzano), Slg. 1999, II-3927, Rn. 52, 65; zur Bedeutung des Beihilfeverbotes von Art. 4 lit. c EGKSV EuG, Rs. T-239 (EISA/Kommission), Slg. 1997, II-1839, Rn. 40, 63 ff.

74 EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1, 24 f.

sicher auch die Begründungspflicht für gemeinschaftsrechtliche Hoheitsakte nach Art. 253 EG zu sehen. Zur Konkretisierung der Norm, also zur Bestimmung der Reichweite dieses Erfordernisses greift der EuGH aber auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes und wirksamer gerichtlicher Kontrolle zurück, nicht auf das Rechtsstaatsprinzip.⁷⁵

Völlig unterblieben ist ein Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip im Zusammenhang mit der Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze, obwohl diese sowohl im Bereich der Grundrechte als auch des allgemeinen Verwaltungsrechts maßgeblich zur Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit von Gemeinschaft und Union beigetragen haben.⁷⁶ Hier bot sich nämlich regelmäßig der Rückgriff auf Grundsätze des nationalen Rechts an. Warum also soll sich der EuGH der Mühe unterziehen, ein so allgemeines, wie erwähnt in den nationalen Rechtsordnungen auch so unterschiedlich verstandenes Prinzip wie das Rechtsstaatsprinzip zu konkretisieren, wenn auf nationaler Ebene Regelungen bereitstehen, die wesentlich konkreter gefasst sind?⁷⁷ Fast immer, wenn die Gemeinschaftsverwaltung gegenüber dem Bürger oder einem Unternehmen tätig wird, stellen sich im Grundsatz nämlich die gleichen Fragen wie die, die sich eine nationale Verwaltung stellen muss. Besonderheiten, die mit der Struktur der Gemeinschaft als Zusammenschluss mehrerer Staaten in Zusammenhang stehen, sind insoweit zumeist nicht erkennbar.

Anders ist dies dort, wo die institutionelle Struktur der Gemeinschaft oder sonstige Besonderheiten ins Spiel kommen – hier können Regeln des nationalen Rechts nicht so ohne weiteres auf die Gemeinschaftsebene übertragen werden. So ging es dann auch in etlichen Fällen, in denen Generalanwälte das Rechtsstaatsprinzip fruchtbar gemacht haben, um Fragen, die sich so auf nationaler Ebene kaum stellen könnten. Der Umstand, dass der Gerichtshof für das Verhältnis der Gemeinschaftsorgane untereinander den Begriff des „institutionellen Gleichgewichts“⁷⁸ gewählt hat und im Zusammenhang mit Abgrenzung der Aufgaben europäischer und nationaler Gerichte von der Notwendigkeit „kohärenten“ Rechtsschutzes spricht,⁷⁹ belegt aber auch hier, dass sich der Gemeinschaftsrichter offenbar schwer tut mit Begriffen höchster Abstraktion und lieber konkretere Stichworte verwendet.

75 EuGH, Rs. 18/57 (Nold), Slg. 1958/59, 89, 114; verb. Rs. 46/87 und 227/88 (Hoechst), Slg. 1989, 2859 Rn. 41.

76 Siehe für die Grundrechte etwa EuGH, Rs. 29/69 (Stauder), Slg. 1969, 419 Rn. 7; Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 Rn. 4; Rs. 4/73 (Nold), Slg. 1974, 419 Rn. 13; für das allgemeine Verwaltungsrecht beispielhaft für das Gebot der Vertraulichkeit von Anwaltskorrespondenz EuGH, Rs. 155/79 (AM & S), Slg. 1982, 1575 Rn. 18 ff.; für das rechtliche Gehör Rs. 32/62 (Alvis), Slg. 1963, 107, 123 f.; Rs. 85/76 (Hoffmann-La Roche), Slg. 1979, 461 Rn. 9 ff.

77 Zu diesem Problem auch Kraus, in diesem Heft, S. 109 ff.

78 Siehe außerdem in Fn. 67 genannten Beispiel EuGH, Rs. 25/70 (Köster), Slg. 1970, 1161, Rn. 9; Rs. 138/79 (Roquette Frères), Slg. 1980, 3333 Rn. 33; dazu etwa Scheuing (Fn. 7), Rn. 17.

79 EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, I-4199 Rn. 16; Rs. C-92/89 (Süderdithmarschen), Slg. 1991, I-415 Rn. 18; dazu etwa Classen, JZ 2006, S. 157 ff.

Behält man all dies im Auge, wird schließlich auch erklärlich, warum die Rechtsstaatlichkeit in der Rechtsprechung letztlich nur mit Blick auf die Kontrollmöglichkeiten des Gemeinschaftsrichters bedeutsam geworden ist. Es ging hier eben um Fragen, die sich auf nationaler Ebene so nicht stellen können – kein nationaler Richter kann etwa notwendigen Rechtsschutz so einfach einer anderen Ebene zuweisen, wie dies der EuGH getan hat. Wichtiger noch: Das Rechtsstaatsprinzip wurde letztlich nur herangezogen in Fällen, in denen der Rückgriff auf die jeweils unmittelbar einschlägigen Normen des Vertragsrechts nicht ausreichend war. So konnte in den Fällen „Les Verts“ und „Weber“ nicht ohne weiteres gegen das Parlament geklagt werden, weil Art. 173 EG in seiner damaligen Fassung die möglichen Klagegegner abschließend aufzählte und das Parlament nicht dabei war. Wie das erwähnte Urteil auf die Klage des Parlaments gegen den Rat zeigt, war diese Berufung auf den Rechtsstaat aber auch in solchen Fällen nicht zwingend.

C. Schlussbewertung

Insgesamt zeigt sich damit: Die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit geht zwar mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit äußerst sparsam um; für vieles, was in der Literatur als dessen Ausdruck angesehen wird, kann man sich nur im Ergebnis, aber nicht in der Begründung auf dieses Prinzip berufen. Diese Zurückhaltung kann aber nicht als Zeichen mangelnder Rechtsstaatlichkeit der Gemeinschaft angesehen werden, sondern als Zeichen, dass der Gemeinschaftsrichter lieber konkrete Normen und Begriffe als abstrakte Prinzipien zur Begründung einer Entscheidung heranzieht. Vom Gemeinschaftsrichter systematisch herangezogen wird das Rechtsstaatsprinzip im Grundsatz nur, aber immerhin, wenn primärrechtliche Begrenzungen der Kompetenzgrenzen des EuGH überwunden werden müssen, um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.

Dieses methodische Vorgehen findet sicher Vorbilder in anderen nationalen Rechtsordnungen⁸⁰ und ist angesichts der Tatsache, dass dem EuGH ohnehin häufig ein eher großzügiger Umgang mit den ihm vorgegebenen Normen vor gehalten wird, auch sachlich durchaus zu begrüßen. Mit diesem Hinweis soll das Vorgehen der Wissenschaft aber gar nicht kritisiert werden. Auch wenn der EuGH seine Aufgaben nur sachgerecht erfüllen kann, wenn seinen Urteilen über den Einzelfall hinaus Orientierungsfunktion zukommt – anderenfalls müsste er mit Vorlagen nach Art. 234 EG überschwemmt werden –, entspricht es doch sachgerechter Aufgabenteilung, wenn die Rechtsprechung die Einordnung konkreter Fragestellungen in übergreifende Systeme eher der Wissenschaft überlässt.

80 Erwähnt sei ferner, dass es der EGMR im Zusammenhang mit seiner Rechtsprechung zum Recht auf ein faires gerichtliches Verfahren nach Art. 6 EMRK ablehnt, aus einem theoretischen Prinzip der Gewaltenteilung irgendwelche konkreten Schlussfolgerungen zu ziehen (Slg. 2003 VI, 61 § 193 (Kleyn u.a); Urteil vom 9.11.2006 (Société Sacilor-Lormines), §§ 59 und 71).

Gemeinschaftsrichter und Generalanwälte als Akteure des Rechtsschutzes im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips*

von Jörg Gundel **

A. Einleitung: Maßstäbe und Problemfelder

Im Anschluss an die Untersuchung der normativen Ansatzpunkte für die Rechtsstaatlichkeit der Gemeinschaft soll dieser Beitrag sich nun mit den Akteuren des Rechtsschutzes auf der Gemeinschaftsebene befassen. Im geschriebenen Primärrecht finden sich freilich nur vereinzelt Hinweise zu den Anforderungen an die Beteiligten, die über die Verpflichtung auf die Wahrung des Rechts gem. Art. 220 EG hinausgehen; die konkreten Maßstäbe für den Status dieser Akteure müssen an anderer Stelle gewonnen werden. So finden sich Überlegungen zur definitivisch notwendigen Unabhängigkeit eines Gerichts in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor allem in Bezug auf nationale Streitentscheidungsorgane, die den Voraussetzungen des Art. 234 EG und zugleich den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes genügen müssen;¹ im übrigen führt der Verweis in Art. 6 Abs. 2 EU zum Verfahrensgrundrecht des Art. 6 EMRK und zur umfangreichen Rechtsprechung des EGMR zu dieser Bestimmung, die mittelbar auch zum Maßstab für das Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten wird.²

Ziel des Beitrags ist es, diese Maßstäbe und Anforderungen in Bezug auf ausgewählte Probleme zu untersuchen, die sich in Bezug auf die Akteure des Rechtsschutzes ergeben: Hierzu gehören in Bezug auf die Gemeinschaftsrichter Probleme der richterlichen Unabhängigkeit und der Garantie des gesetzlichen Richters; im Fall der Generalanwälte stellt sich vor allem die Frage der Gewährleistung rechtlichen Gehörs in Bezug auf ihre Schlussanträge.

* Mit Nachweisen versehene und aktualisierte Fassung des am 13. Juli 2007 gehaltenen Vortrags; die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

** Prof. Dr. Jörg Gundel, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Bayreuth.

1 S. zur Verbindung beider Gesichtspunkte EuGH, Rs. C-506/04 (Wilson), Slg. 2006, I-8613, Rn. 47 ff. = EuZW 2006, S. 658 ff.

2 S. zu den Anforderungen an die Unparteilichkeit EuGH, verb. Rs. C-341/06 P u. C-342/06 P (Chronopost/UFEX), Rn. 44 ff. mit intensiver Bezugnahme auf die EGMR-Rechtsprechung; zuvor für die – hier nicht zu behandelnde – Problematik der überlangen Verfahrensdauer EuGH, Rs. C-185/95 P (Baustahlgewebe), Slg. 1998, I-8417; dazu Schlette, EuGRZ 1998, S. 369 ff.; Toner, 36 CMLRev (1999), S. 1345 ff.; für die Stellung der Schlussanträge der Generalanwälte im Verfahren s. u. C. II.

B. Die Gemeinschaftsrichter

I. Legitimation und Unabhängigkeit: Das Verfahren der Richter-Auswahl

1. Die gemeinschaftsrechtliche Ebene

Beginnen soll der Überblick gewissermaßen chronologisch mit der Auswahl der Richter, also der Bestimmung des streitentscheidenden Personals.³ Diese Auswahl wird in der Literatur vor allem unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Legitimation der Gemeinschaftsrichter thematisiert, sie dient aber auch der Wahl von Persönlichkeiten, die nicht nur die erforderliche juristische Qualifikation aufweisen, sondern auch „jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten“. Über diese Zielvorgabe hinaus ist die Richterauswahl im geltenden Gemeinschaftsrecht aber nur rudimentär geregelt: Es sieht in Art. 223 und 225 EG nur die Ernennung im gegenseitigen Einvernehmen der Mitgliedstaaten⁴ vor. Bisher haben sich hieraus keine praktischen Probleme ergeben, wie sie etwa beim EGMR gelegentlich schon aufgetreten sind.⁵ Dennoch wird diese karge Regelung auf Gemeinschaftsebene als unzureichend empfunden: Die 1999 von der Kommission eingesetzte Reflexionsgruppe über die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften hatte die Einrichtung eines Ernennungsausschusses mit beratender Funktion auf Gemeinschaftsebene vorgeschlagen.⁶ Dieser Vorschlag ist zwar bei den Umgestaltungen des Justizkapitels durch den Vertrag von Nizza unberücksichtigt geblieben, der Verfassungsvertrag sah dann aber auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene in Art. III-357 VVE die Einrichtung eines Ausschusses vor, der vor der Ernennung eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerber abgeben soll;⁷ die Regelung findet sich nun in Art. 255 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) als Bestandteil des Reformvertrages von Lissabon wieder. Auch hier stellt sich dann natürlich die Folgefrage nach den Anforderungen an die Qualifikation der Ausschussmitglieder und ihrer konkreten Auswahl;

3 Zu den anderen Bedienstetenkategorien des Gerichtshofs s. zuletzt *Grass*, in: *Mélanges Léger*, 2006, S. 69 ff.

4 Zu den technischen Abläufen der Herstellung dieses Einvernehmens s. *Siebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 99 ff.

5 Dazu z.B. *Flauss*, RTDH 2001, S. 693 ff.; *ders.*, in: *Studies in Honour of Heinrich Klebes*, 2000, S. 190 ff; zuletzt nochmals *ders.*, RTDH 2008, S. 713 ff. Das Ministerkomitee hat 1997 eine informelle Vorprüfung der von den Mitgliedstaaten unterbreiteten Dreier-Kandidatenliste beschlossen, um von vornherein ungeeignete Vorschläge auszuschließen; dazu z.B. *Drzemczewski*, RUDH 1999, S. 377 (S. 381); *Eudes*, La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'Homme, 2005, S. 53. Zu den Anforderungen des Art. 21 EMRK an die Richterwahl s. jetzt das Gutachten der Großen Kammer des EGMR v. 12.2.2008 (dort zur EMRK-Widrigkeit der von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats praktizierten strikten Geschlechterquotierung, deren Beachtung insbesondere kleinere Vertragsstaaten vor Probleme stellte); dazu *Renucci*, Rec. Dalloz 2008, S. 1176 ff.; *Surrel*, RFDA 2008, S. 721 ff.

6 Bericht der Reflexionsgruppe über die Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften vom 19.1.2000 („Due-Report“, veröff. als Beilage zu EuZW H. 9/2000 und in EuGRZ 2001, S. 523 ff.); dazu z.B. *Streinz/Leible*, EWS 2001, S. 1 ff.; *Hakenberg*, ZEuP 2000, S. 860 ff.

7 Dazu z.B. *Barents*, MJ 2004, S. 121 ff. (S. 138 f.); *Tizzano*, in: *FS Rodriguez Iglesias*, 2003, S. 41 (S. 49); seine Stellungnahme ist für die Besetzung der Richterpositionen am EuGH, der Generalanwälte und auch der Richter des EuG vorgesehen.

sie sind in Art. III-357 Abs. 2 VVE (nun Art. 255 Abs. 2 AEUV) in Grundzügen geregelt, im übrigen einem Beschluss überlassen, den der Rat auf Initiative des Präsidenten des Gerichtshofs erlassen soll. Bei dem damit gewählten Modell sind freilich wichtige Einzelheiten ungeregelt geblieben: So sind z.B. ausdrückliche Konsequenzen mit einer negativen Stellungnahme des Ausschusses nicht verbunden; formal könnte ein Mitgliedstaat an einem in dieser Weise „belasteten“ Kandidaten festhalten.⁸

Im Übrigen behalten der Verfassungsvertrag und der Vertrag von Lissabon das Modell der Ernennung durch einen den Mitgliedstaaten zuzurechnenden „uneigentlichen Ratsbeschluss“ bei; Initiativen, die insbes. das Europäische Parlament seit Anfang der 90er Jahre unternommen hatte, um die Ernennung der Richter künftig dem Rat mit Zustimmung des Parlaments anzuvertrauen,⁹ wurden nicht berücksichtigt, obwohl dieses Modell in anderen Bereichen gilt: So werden die Mitglieder des Rechnungshofs bei im übrigen übereinstimmenden Anforderungen an fachliche Qualifikation und Unabhängigkeit gemäß Art. 247 EG durch den Rat nach Anhörung des Parlaments ernannt. Auch für die Beibehaltung des Status quo in Bezug auf den EuGH lassen sich allerdings gute Gründe anführen;¹⁰ der Gerichtshof hatte sich bereits in seiner Stellungnahme im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam zumindest dagegen verwahrt, dass mit einem solchen Verfahren eine Anhörung der Vorgeschlagenen nach amerikanischem Vorbild verbunden werden könnte.¹¹

2. Nationale Regelungen

Damit bleibt die Personalauswahl im Vorfeld der Ernennung nach geltendem Gemeinschaftsrecht vollständig dem nationalen Recht überlassen, das hierzu in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Mitgliedstaaten wiederum keine positiven Regeln enthält. Auch dieses Regelungsvakuum des innerstaatlichen Benennungsverfahrens wird in neuerer Zeit in Deutschland, wo die Benennung bisher allein der Bundesregierung obliegt,¹² verbreitet als Mangel empfunden. In der Literatur wird hier teils die Orientierung an dem im jeweiligen Mitgliedstaat für die Beset-

8 *Tizzano*, in: FS Rodríguez Iglesias, 2003, S. 41 (S. 49) sieht dies freilich als faktisch ausgeschlossen an.

9 S. zunächst die Entschließung v. 22.11.1990, ABl. EG 1990 C 324/219 (S. 231 f.); weiter die Entschließung zur Regierungskonferenz 1996 v. 17.5.1995, ABl. EG 1995 C 151/56 (S. 63); s. auch *Siebert* (Fn. 4), S. 208 ff.; *Garzón Clariana*, in: FS Rodríguez Iglesias, 2003, S. 21 (S. 25 ff.).

10 Dazu *Schockweiler*, Riv. Dir. Eur. 1993, S. 671 (S. 679).

11 S. den Bericht des Gerichtshofs über bestimmte Aspekte der Anwendung des Vertrages über die Europäische Union v. 22.5.1995, Tätigkeiten des Gerichtshofes Nr. 15/1995, S. 12 f., Rn. 17 = EuGRZ 1995, S. 316 (S. 319); für ein solches Hearing aber (mit wenig überzeugenden Argumenten) *Siebert* (Fn. 4), S. 261 ff. In Bezug auf den EGMR wird eine Anhörung der Kandidaten durch eine Unterkommission der parlamentarischen Versammlung des Europarats vor der Wahl praktiziert, s. z.B. *Eudes* (Fn. 5), S. 54 ff.; zu den Schwächen dieses Verfahrens s. z.B. *Flauss*, in: FS Ress, 2005, S. 949 (S. 962 ff.).

12 S. dazu *Epping*, Staat 36 (1997), S. 349 ff.; *Siebert* (Fn. 4), S. 93.

zung der Höchstgerichte geltenden Verfahren gefordert.¹³ Diese Ausrichtung ist rechtspolitisch sicher plausibel, als zwingende Ableitung aus dem geltenden deutschen Verfassungsrecht lassen sich solche Vorgaben jedoch nicht begründen.¹⁴ Das gilt z.B. für die Annahme, dass nur die Bestätigung durch das Plenum des Bundestages dem deutschen Mitglied eine hinreichende demokratische Legitimation verschaffen könne.¹⁵ Dasselbe gilt für die Entwicklung von differenzierten Anforderungen an die Benennung des deutschen Mitglieds des EuGH bzw. des EuG, für das eine geringere Beteiligungsstufe der parlamentarischen Gremien ausreichend sein soll:¹⁶ Abgesehen davon, dass eine solche Staffelung durch die im Vertrag von Nizza vorgenommene Flexibilisierung der Aufgabenverteilung von EuGH und EuG¹⁷ aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive überholt sein dürfte,¹⁸ lassen sich derart präzise Vorgaben dem deutschen Verfassungsrecht nicht entnehmen.

In Deutschland ist hier im Rahmen der Ratifikation des Verfassungsvertrags bereits eine Änderung des Richterwahlgesetzes beschlossen worden: Nach der in Art. 2 des „Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union“ enthaltenen Regelung sollte eine Benennung künftig durch die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuss erfolgen.¹⁹ Diese Regelung wäre geeignet gewesen, die festgestellte Lücke zu schließen; allerdings sollte die Änderung erst mit Inkrafttreten des Verfassungsvertrags wirksam werden, das sich zunächst verzögerte und schließlich ganz ausblieb. Aufsehen hat in dieser Situation der im Dezember 2005 in den Bundesrat eingebrachte Gesetzentwurf Baden-Württembergs erregt, der diese Neuregelung vom Schicksal des Verfassungsvertrags lösen und eigenständig in Kraft setzen wollte;²⁰ der Entwurf ist im Februar

13 So *Epping*, Staat 36 (1997), S. 349 (S. 375 ff.); dem folgend *Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, 2005, S. 220 ff. (dieser Autor spricht aber darüber hinaus in abwegiger Weise den jeweils nur von einem Mitgliedstaat benannten Richtern das Recht ab, über Angelegenheiten der anderen Mitgliedstaaten zu judizieren, da ihnen die Legitimation fehle, „das Recht für fremde Völker [zu] sprechen“, so S. 222).

14 Zutreffend *Karpenstein/Langner*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 223 EG Rn. 13.

15 So zuletzt *Balders/Hansalek*, ZRP 2006, S. 54 (S. 56); früher schon *Epping*, Staat 36 (1997), S. 349 (S. 378 ff.).

16 So *Epping*, Staat 36 (1997), S. 349 (S. 376 f.); ähnlich *Siebert* (Fn. 4), S. 19 f., der im Anschluss nur noch den EuGH behandelt.

17 Art. 225 n.F. EG.

18 Allerdings formuliert Art. 224 Abs. 2 EG („Befähigung zur Ausübung hoher richterlicher Tätigkeiten“) weiterhin teils geringere, teils formalere Anforderungen an die Qualifikation der Richter des EuG, als sie gem. Art. 223 Abs. 1 EG für den EuGH gelten (dort: Persönlichkeiten, die „in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung sind“); s. dazu z. B. *Thiele*, Europäisches Prozeßrecht, 2007, S. 15.

19 Anfügung von § 1 Abs. 3 RichterwahlG durch Art. 2 des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 17.11.2005, BGBl. I S. 3178.

20 BR-Drucks. 915/05 v. 23.12.2005; dazu *Balders/Hansalek*, ZRP 2006, S. 54 ff.; s. auch FAZ Nr. 286 v. 8.12.2005, S. 4. Zusätzlich erstreckt der Entwurf diese Lösung auch auf die Bestimmung des deutschen Richters (bzw. die Aufstellung der deutschen Kandidatenliste) am EGMR; auch in diesem Bereich wird die Benennung allein durch die Bundesregierung seit einiger Zeit als unangemessen empfunden, s. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. A. 2006, Art. 22 Rn. 6.

2006 vom Bundesrat beschlossen und anschließend dem Bundestag zugeleitet worden.²¹ Dem Entwurf beigefügt war freilich eine ablehnende Stellungnahme der Bundesregierung: Sie machte zum einen geltend, dass das in dem Gesetz zwischen Bund und Ländern geschnürte Kompromißpaket nicht durch Ausgliederung einzelner Teile aufgelöst werden dürfe; zum anderen müsse die Lösung vom Verfassungsvertrag als unerwünschtes negatives Signal zu seinen Zukunftserwartungen verstanden werden. Zwischenzeitlich liegt ein neuer Gesetzentwurf des Bundestages vor, der die im Begleitgesetz zum Verfassungsvertrag vorgesehene Neuerung zur Richterwahl übernimmt, ihr Wirksamwerden nun aber vom – wiederum fraglich gewordenen – Inkrafttreten des Reformvertrages von Lissabon abhängig macht.²² Über den Entwurf des Bundesrates, der dieses Junktim gelöst hätte, ist bisher nicht beraten worden.

II. Die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit

1. Die Unabhängigkeit und das zeitlich begrenzte Mandat der Gemeinschaftsrichter

Der zweite große Fragenkomplex betrifft die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit: Denn die Grundlagen für die Unabhängigkeit der Amtsausübung werden zwar mit der Auswahl der Personen gelegt; diese Unabhängigkeit muss aber auch durch die Ausgestaltung des richterlichen Status gesichert werden. Ein seit langem bestehender Kritikpunkt in dieser Hinsicht betrifft die vergleichsweise kurze Amtszeit der Gemeinschaftsrichter von 6 Jahren mit Wiederernennungsmöglichkeit.²³ Wiederholte Vorschläge, bei Gelegenheit der verschiedenen Vertragsrevisionen auch die Amtszeit der Richter zu verlängern, haben keine Gefolgschaft gefunden.²⁴ Gerade die Möglichkeit der Wiederbenennung, die regelmäßig wahrgenommen wird, hat für Diskussionsstoff gesorgt, wenn sie vom betroffenen Mitgliedstaat nicht genutzt wurde, ohne dass dafür nachvollziehbare technische Gründe erkennbar gewesen wären: In Deutschland sind hier nachhaltig die Vorgänge um die Nicht-Wiederbenennung des deutschen Richters Ulrich Everling in

21 BT-Drucks. 16/1038 v. 23.3.2006.

22 Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BR-Drucks. 16/8489 v. 11.3.2008.

23 S. z.B. *Jacobs* in: *Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Vol. 1, 2000, S. 17 (S. 24 f.); *Grzybek*, Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 46 f. mit Nachweisen aus der älteren Literatur.

24 S. dagegen für die Parallelproblematik beim EGMR *Flauss*, in: *FS Ress*, 2005, S. 949 ff.; *Malinverni*, in: *Mélanges Cohen-Jonathan*, 2004, Vol. II, S. 1179 ff.; *Eudes* (Fn. 5), S. 62 ff.: Hier hatte das 11. Zusatzprotokoll die Amtszeit von 9 auf 6 Jahre (mit Möglichkeit der Wiederwahl) reduziert, das 14. Zusatzprotokoll kehrt zur Stärkung der Unabhängigkeit zur Amtszeit von 9 Jahren zurück, schließt nun aber gleichzeitig die Wiederwahl aus. Die Zulässigkeit von Sondervoten beim EGMR erhöht freilich auch die Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit (s. dazu *Flauss*, S. 953), denen mit dieser Regelung begegnet werden soll.

negativer Erinnerung geblieben;²⁵ auch in der Folge hat sich die deutsche Benennungspraxis durch Unstetigkeit ausgezeichnet.

Diese Vorgänge sind zwar ärgerlich, weil sie das Richteramt als Spielball oder Verfügungsmasse des Mitgliedstaats erscheinen lassen. Allerdings ist unwahrscheinlich, dass hierdurch die persönliche und sachliche Unabhängigkeit des jeweils amtierenden Richters in Frage gestellt wäre: Bisher beruhten diese „vorzeitigen“ Wechsel der Besetzung in der deutschen Praxis darauf, dass „Personalpakte“ für sämtliche auf Gemeinschaftsebene durch den Mitgliedstaat zu besetzen- de Spitzenämter gebildet wurden, die die zu diesem Zeitpunkt herrschenden politischen Mehrheitsverhältnisse abbilden sollten.²⁶ Ein amtierender Richter, der sich in seiner Zuordnung in ein solches Personaltableau nicht einfügen lässt, kann auch nicht darauf hoffen, diese Tatsache durch „richterliches Wohlverhalten“ wettmachen zu können. Auch der EuGH selbst hat im Rahmen seiner Stellungnahme im Vorfeld des Vertrags von Amsterdam keinen Reformbedarf in Bezug auf die Amts dauer und die Frage der Wiederernennung gesehen.²⁷ Im Übrigen kann eine vollständig von politischen Rücksichtnahmen freie Benennungspraxis gerade dann realistischerweise nicht erwartet werden, wenn man den EuGH funktional auf eine Ebene mit den nationalen Verfassungsgerichten stellt: Auch dort sind angesichts der politischen Bedeutung und Funktion des Amtes solche Einflüsse letztlich unvermeidlich.²⁸

2. Das Kollegialprinzip und die richterliche Unabhängigkeit

Ein stärkerer Schutz, als er durch eine Verlängerung der Amtszeit und den Ausschluss einer Wiederernennung erreicht werden könnte, wird ohnehin durch das Kollegialprinzip gewährleistet, das den Gerichtshof prägt: In Verbindung mit dem Beratungsgeheimnis²⁹ sichert es gegen Versuche der Einflussnahme und gegen individuelle negative Reaktionen auf einzelne Entscheidungen. Wenn – wie dies

25 S. *Epping*, Staat 36 (1997), S. 349 (S. 364); *Siebert* (Fn. 4), S. 97 ff.; zuletzt wieder *Thiele*, Europäisches Prozeßrecht, 2007, S. 17 f.

26 S. die Details bei *Siebert* (Fn. 4), S. 97 ff.

27 EuGH (Fn. 11), Rn. 17: Die Unabhängigkeit des Gerichts sei durch die bestehende Regelung „befriedigend gewährleistet“, gegen eine Verlängerung der Amtszeit und Ausschluss der Wiederernennung bestünden aber auch „keine Einwände“.

28 S. zum BVerfG *Wahl*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 1, 2001, S. 461 (S. 481); *Trautwein*, Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, 1994, S. 21 ff.; sehr kritisch allerdings *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, 1998, S. 27 f., 36 f.

29 Art. 35 EuGH-Satzung, Art. 27 VerfO EuGH; zu seiner Bedeutung für die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit s. z.B. *Grzybek*, Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 58 f.

in Wellen immer wieder geschieht³⁰ – der Zorn eines Mitgliedstaats über ein Urteil entbrennt, richtet sich der Unmut gegen den gesamten Gerichtshof, der als monolithischer Block erscheint. Der Preis für diesen Schutz besteht darin, dass die Individualität des einzelnen Gemeinschaftsrichters hinter das Kollektiv des Gerichtshofs zurücktritt. So sind Sondervoten anders als beim EGMR³¹ oder verschiedenen nationalen Verfassungsgerichten nicht vorgesehen.³² Auch führt der Text der Entscheidungen zwar alle beteiligten Richter auf und benennt insbesondere den Berichterstatter; er lässt aber erkennen, ob vom Entwurf des Berichterstatters abgewichen wurde, noch, mit welcher Mehrheit die Entscheidung gefällt wurde.³³ Die Kombination aus Kollegialprinzip und richterlicher Schweigepflicht sichert die Unabhängigkeit vom jeweiligen Heimatstaat³⁴ damit effektiver als im Fall der Kommission: Das dort aus vergleichbaren Gründen geltende Kollegialprinzip³⁵ und die förmliche Verpflichtung der Kommissare allein auf das Gemeinschaftsinteresse – Art. 213 Abs. 2 EG – können nicht verhindern, dass der einzelne Kommissar unterschwellig doch von „seinem“ Mitgliedstaat in Anspruch genommen wird.

Gegen diese enge Verknüpfung des Kollegialprinzips mit dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit kann man allerdings einwenden, dass die Gemeinschaftsrichter auch ohne diesen Schutz der kollektiven Anonymität zu ihren Entscheidungen stehen können sollten, ohne Schaden an ihrer Unabhängigkeit zu nehmen. Diesen Einwand hat insbesondere Generalanwalt Jacobs geltend gemacht und hierfür auf die Position der Generalanwälte hingewiesen, die gleichfalls Unabhängigkeit genießen und dennoch ihre Schlussanträge individuell verantworten,³⁶ es ist wohl auch kein Zufall, dass dieser Hinweis von einem Vertreter einer Rechtsordnung stammt, die die Tradition der persönlich-individuellen Stellung-

- 30 S. zuletzt die heftige österreichische Reaktion auf die EuGH-Rechtsprechung zum Studienzugang von Universitätsbürgern in Österreich, s. EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969; dazu z.B. *Vranes*, EuZW 2007, S. 166, oder den Unmut der deutschen Finanzpolitiker über die verweigerte Begrenzung der Rückwirkung in EuGH, Rs. C-292/04, (Meilicke), Slg. 2007, I-1835; dazu EuZW 2007, S. 195 f. Die Kritik scheint im deutschsprachigen Raum derzeit wieder anzuschwanken, s. zuletzt den Frontalangriff des früheren Bundespräsidenten Roman Herzog gegen die Gemeinschaftsgerichtbarkeit in einem ganzseitigen Zeitungsbeitrag, *Herzog/Gerken*, FAZ Nr. 210 v. 8.9.2008, S. 8, oder die Rundumkritik von *Jahn*, NJW 2008, S. 1789 f. Aus Österreich liegt nun ein Sammelband mit Beiträgen zu allen Sektoren mit aus nationaler Sicht „störender“ EuGH-Rechtsprechung vor, s. Roth/Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008.
- 31 Zur Praxis der Sondervoten beim EGMR s. umfassend *Rivière*, Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, 2004; weiter *Eudes* (Fn. 5), S. 272 ff.
- 32 Dazu z.B. *Jacobs*, in: *Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Vol. 1, 2000, S. 17 (S. 25 f.).
- 33 S. *Puissocquet*, in: *Mélanges Dubouis*, 2002, S. 121 (S. 126).
- 34 S. nachdrücklich *Chavrier*, RevMC 2000, S. 620 (S. 622): „Toute réforme dans la matière doit être animé par le souci de placer le juge en dehors de la pression des gouvernements. Voilà pourquoi il serait heureux, selon nous, que les arrêts de la Cour conservent leur caractère anonyme, collégial et solidaire. La pratique des opinions concurrentes ou dissidentes ne manque pas d'attrait ... mais elle présente, pour une juridiction plurinationale, un risque sérieux d'entacher l'autorité et la neutralité de ses décisions.“ Ähnlich früher schon *Schockweiler*, Riv. Dir. Eur. 1993, S. 671 (S. 676).
- 35 S. zum insoweit im Ansatz vergleichbaren Hintergrund für das Kollegialprinzip bei der Kommission *Gundel*, in: *Schulze/Zuleeg* (Hrsg.), Europarecht, 2006, § 3 Rn. 13.
- 36 *Jacobs*, in: *Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Vol. 1, 2000, S. 17 (S. 24).

nahme des Richters pflegt. Tatsächlich sollten die Gemeinschaftsrichter auch in der Lage sein, etwaigen negativen Reaktionen auf ihre Entscheidungen standzuhalten. Der Einwand macht damit darauf aufmerksam, dass dieser Schutz nicht die einzige Funktion des Kollegialprinzips ist: Es sichert zugleich die Funktionsfähigkeit des Gerichtshofs und die Akzeptanz seiner Rechtsprechung; diese wäre nämlich gefährdet, wenn in der Öffentlichkeit der Eindruck entstünde, dass jeweils bestimmte nationale Konzepte zugrundegelegt würden oder bestimmte Weichenstellungen auf den besonderen Einfluss einzelner Richter zurückgingen³⁷ – dieser Gesichtspunkt unterscheidet die richterliche Entscheidungsfindung von der Situation der Generalanwälte, auf die noch zurückzukommen sein wird.³⁸

Deutlich wird die Verquickung beider Gesichtspunkte bei der Übertragung der Streitentscheidung auf den Einzelrichter, wie sie beim EuG seit 1999 unter eng begrenzten Voraussetzungen möglich ist.³⁹ Als Lösung für die Kapazitätsprobleme des Gerichtshofs erscheint sie – über den bisher praktizierten engen Anwendungsbereich hinaus – zum einen deshalb ungeeignet, weil sie eine „Renationalisierung“ der Rechtsfindung bewirken kann: Das nationale Vorverständnis des jeweiligen Richters wird nun nicht mehr durch seine Kollegen moderiert.⁴⁰ Zum anderen entfällt so der durch das Kollegialprinzip gebildete Schutzschild.⁴¹ Die jeweilige Staatsangehörigkeit des entscheidenden Richters kann zum Ansatzpunkt für kritische Spekulationen werden – wie das bei den Generalanwälten bereits gelegentlich geschieht.⁴²

3. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit: Der Gemeinschaftsrichter als Richter „seines“ Mitgliedstaats?

Das führt zur Frage der Verbindung des jeweiligen Richters zu seinem Mitgliedstaat: Bisher gilt als unangetasteter und nur gelegentlich hinterfragter Grundsatz, dass jeder Mitgliedstaat einen Richter stellt;⁴³ Vorschläge, nach denen Richterstellen durch Mitgliedstaaten verwandter Rechtsordnungen im Rotationssystem

37 Ähnlich Jacobs, in: Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley, Vol. 1, 2000, S. 17 (S. 25).

38 S. u. Text vor Fn. 85.

39 S. Art. 14, 51 § 2 VerFO EuG; eröffnet wurde diese Möglichkeit durch den Beschuß des Rates v. 26.4.1999, ABl. EG 1999 L 114/52; dazu Muñoz, RevMC 2001, S. 60 ff.; Lenaerts, CDE 2000, S. 323 (S. 340 ff.); Ali, Riv. Dir. int. priv. proc. 2001, S. 365 (S. 371 ff.). Zur – restriktiven – Interpretation der Voraussetzungen für die Übertragung auf den Einzelrichter s. EuGH, Rs. C-171/00 P (Libéros/Kommission), Slg. 2002, I-451, Rn. 20 ff.

40 S. dazu White, 23 ELRev. (1998), S. 303 f.; Muñoz, RevMC 2001, S. 60 (S. 63).

41 S. Muñoz, RevMC 2001, S. 60 (S. 63); ohne eigene Stellungnahme White, 23 ELRev. (1998), S. 303.

42 S. z.B. für die Entscheidung zur zweiten Tabakwerberichtlinie, EuGH, Rs. C-380/03 (Deutschland/Parlament und Rat) Slg. 2006, I-11573 = EuR 2007, S. 230 m. Anm. Gundel, die Anm. von Stein, EuZW 2007, S. 54 (S. 56), der die französische Staatsangehörigkeit des beteiligten Generalanwalts hervorhebt.

43 S. z.B. Everling, in: FS Steinberger, 2002, S. 1103 (S. 1110, S. 1120 f.); Streinz/Leible, EWS 2000, S. 1 (S. 4 f.); Hatje, EuR 2001, S. 143 (S. 168 f.); Siebert (Fn. 4), S. 106 ff.; auch der Verfassungsvertrag hält in Art. I-29 Abs. 2 VVE an dieser Regel fest, ebenso nun Art. 19 Abs. 2 EUV in der Fassung des Reformvertrages von Lissabon. S. aber immerhin die Fragestellung bei Skouris, in: FS Starck, 2007, S. 991 (S. 998 f.) unter Verweis auf die Besetzung der 7 Richterstellen beim neugeschaffenen Gericht für den öffentlichen Dienst, die durch europaweite Ausschreibung und ohne Anbindung an bestimmte Mitgliedstaaten erfolgt.

besetzt werden könnten,⁴⁴ sind nicht weiterverfolgt worden. Die mit der Vertretung aller Mitgliedstaaten ursprünglich verbundene Konsequenz, dass tatsächlich die Erfahrungen aller Rechtsordnungen in eine Entscheidung des Gerichtshofs einfließen können, hat sich allerdings in dem Maße verflüchtigt, in dem die Urteile nicht mehr durch das Plenum, sondern durch die Kammern erlassen werden, denen nicht alle Richter und auch nicht notwendig der Richter des durch den Rechtsstreit betroffenen Mitgliedstaats angehört.⁴⁵

Weitgehende Auswirkungen hatte hier die vorletzte Beitragsrunde mit dem Hinzutreten von 10 neuen Richtern zum 1. Mai 2004: Die hierzu erfolgten Anpassungen – insbesondere die Ersetzung des Plenums durch die Großen Kammern – haben zur Folge, dass auch Entscheidungen von besonderer Bedeutung durch einen Spruchkörper getroffen werden, dem nicht mehr notwendig der Richter des betroffenen Mitgliedstaats angehört.⁴⁶ Das bedeutet einen Verlust an unmittelbarer Kenntnis der Besonderheiten des jeweiligen nationalen Systems; positiv steht dem gegenüber, dass der jeweilige Richter noch weniger als zuvor als Richter „seines“ Mitgliedstaats verstanden werden kann.⁴⁷ Mit einem Wort Ulrich Everlings vertreten die Richter damit nicht nationale Interessen, sondern die nationalen Identitäten bzw. Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten.⁴⁸ Schon bisher war freilich in Art. 18 Abs. 4 der EuGH-Satzung festgehalten, dass die Staatsangehörigkeit der Richter zum einen kein Ablehnungsgrund ist, zum anderen auch nicht beanstandet werden kann, dass dem Spruchkörper kein Richter des eigenen Staates angehört.⁴⁹ Damit unterscheidet sich die Struktur des Gerichtshofs deutlich von internationalen Gerichten wie dem IGH⁵⁰ und dem EGMR.⁵¹ Dort existiert jeweils das Institut des von einem als Partei beteiligten Staat ad hoc benannten

44 So z.B. *F. Hamon*, Rec. Dalloz 1997 chron. 7 (S. 8).

45 S. z.B. *Siebert* (Fn. 4), S. 107 f.

46 Dazu z.B. *Skouris*, in: FS Starck, 2007, S. 991 (S. 998); *Belorgey/Gervasoni/Lambert*, AJDA 2004, S. 1076 ff.

47 Kritisch *Belorgey/Gervasoni/Lambert*, AJDA 2004, S. 1076 (S. 1077) mit dem Hinweis, dass die Unparteilichkeit des jeweiligen nationalen Richters jedenfalls nicht aus der Perspektive der EMRK beanstandet werden könnte, nachdem Art. 27 Abs. 2 EMRK für das Verfahren vor dem EGMR selbst die Teilnahme des Richters des Vertragsstaates und im Verhinderungsfall sogar eines vom Vertragsstaat benannten ad-hoc-Richters vorsieht (s. aber auch Fn. 53).

48 *Everling*, DRiZ 1993, S. 5 (S. 6); *ders.*, in: FS *Redeker*, 1993, S. 293 (S. 301); ähnlich *Jacobs*, in: *Liber Amicorum Lord Lynn of Hadley*, Vol. 1, 2000, S. 17 (S. 27).

49 Dazu *Hackspiel*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. A. 2004, Art. 18 EuGH-Satzung Rn. 13 f.

50 S. Art. 31 IGH-Statut und dazu *Schwebel*, in: *Mélanges Valticos*, 1999, S. 319 ff.; *Kooijmans*, Art. 31, in: *Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2006.

51 S. Art. 27 Abs. 2 EMRK und zur Praxis *Lambert*, RTDH 1999, S. 479 ff.; *Eudes* (Fn. 5), S. 87 ff.

Richters,⁵² der hinzutritt, sofern dem Kollegium nicht bereits ein Staatsangehöriger dieses Staates angehört.⁵³

III. Die Garantie des gesetzlichen Richters

1. Die gemeinschaftsrechtliche Geltung der Gewährleistung

Der dritte Punkt, der einer näheren Untersuchung bedarf, betrifft die Garantie des gesetzlichen Richters:⁵⁴ Bereits die Geltung dieser Gewährleistung als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts wird in der Literatur allerdings bezweifelt.⁵⁵ Daran ist zutreffend, dass die Garantie in der Rechtsprechung des EuGH bisher keine Rolle gespielt hat;⁵⁶ angesichts des Verweises des Art. 6 EU auf die EMRK wird man dieses Fehlen von EuGH-Präjudizien aber nicht als Lücke im Grundrechtsschutz ansehen können, denn Art. 6 EMRK enthält die Garantie eines „auf Gesetz beruhenden“ Gerichts. Auch in der Rechtsprechung des EGMR hat diese Gewährleistung zwar – im Vergleich zu anderen Elementen des Art. 6 EMRK – bisher nicht sehr viel Aufmerksamkeit erfahren. Geklärt ist aber, dass das Erfordernis verlangt, dass nicht nur die Existenz des Gerichts, sondern auch seine Zusammensetzung im konkreten Einzelfall sich aus gesetzlichen⁵⁷ Regeln ergibt⁵⁸ – und darüber hinaus, dass diese Regeln auch tatsächlich angewandt und beachtet werden.⁵⁹ Grundsätzlich gewährleistet auf diese Weise auch Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht auf den gesetzlichen Richter; für das Gemeinschaftsrecht ist kein Grund ersichtlich, von diesem Grundrechtsstandard abzuweichen.

2. Das Problem der überbesetzten Kammern

Diskutiert wurde zunächst vor allem die Bestimmung des gesetzlichen Richters bei der Besetzung der Richterbank in „überbesetzten“ Kollegien, etwa den Fünf-

⁵² Allgemein zu diesem Institut s. *Mosler*, in: FS Bernhardt, 1995, S. 713 ff.; *Breillat*, in: *Mélanges Lachaume*, 2007, S. 115 ff.; *Lachaume*, RGDIP 1966, S. 265 ff.

⁵³ Während sich das Instrument beim IGH durch die Existenz des konkurrierenden Streitschlichtungsweges der Schiedsgerichtsbarkeit erklären lässt, die den Streitparteien die Benennung „ihres“ Richters erlaubt, wird es in Bezug auf die EMRK allerdings durchaus als Fremdkörper wahrgenommen, s. z.B. *Eudes* (Fn. 5), S. 88 ff.; das noch nicht in Kraft getretene 14. Zusatzprotokoll sieht im künftigen Art. 26 Abs. 4 EMRK eine Abschwächung dadurch vor, dass der nationale ad hoc-Richter künftig durch den Präsidenten aus einer zuvor vom Vertragsstaat unterbreiteten Liste ausgewählt wird.

⁵⁴ Dazu *Haase*, Die Anforderungen an ein faires Gerichtsverfahren auf europäischer Ebene, 2006, S. 296 ff.

⁵⁵ So z.B. bei *Nowak*, in: *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), Handbuch der europäischen Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 49.

⁵⁶ So die Feststellung von *Pernice/Mayer*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), EUV/EGV, nach Art. 6 EU Rn. 275.

⁵⁷ Eine Aussage über den notwendigen normativen Rang der Regelungen – Gesetz oder Verordnung – wird mit der Formulierung nicht getroffen, so speziell für Art. 6 EMRK *Matscher*, in: FS Gottfried Baumgärtel, 1990, S. 363 (S. 368).

⁵⁸ S. EGMR (2. Sektion), 4.5.2000 (Buscarini c. Saint-Marin).

⁵⁹ So EGMR (2. Sektion), 4.3.2003 (Posokhov c. Russie), Rec. 2003-IV, 137, §§ 40 ff.; EGMR (1. Sektion), 13.4.2006 (Fedotova c. Russie), §§ 38 ff. = HRLJ 2006, S. 79; zu dieser Frage schon *Trechsel*, in: GS Peter Noll, 1984, S. 385 (S. 399 f.).

Richter-Kammern des EuGH,⁶⁰ die in einer Besetzung von fünf Richtern entscheiden, denen teils aber bis zu sieben Richter zugewiesen waren. Nachdem die entsprechende Besetzungspraxis der deutschen Obergerichte in Deutschland zum Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten geworden war und das BVerfG⁶¹ schließlich in einer Plenarentscheidung aus dem Jahr 1997 in Bezug auf die deutsche Gerichtsbarkeit hohe Anforderungen an die abstrakte Festlegung der im konkreten Fall zur Entscheidung berufenen Mitglieder eines Kollegiums gestellt hatte, wurden in der deutschen Literatur rasch entsprechende Forderungen auch an die Besetzungspraxis der Gemeinschaftsgerichte erhoben.⁶² Der EuGH hat eine entsprechende Rüge der Bundesrepublik in einem Vorabentscheidungsverfahren zunächst mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine Manipulation der Richterbank im konkreten Fall nicht ersichtlich war.⁶³ In der Folgezeit wurde allerdings beschlossen, für jedes Gerichtsjahr eine Reihenfolge festzulegen, in der die Richter der überbesetzten Kammern zum Einsatz kommen;⁶⁴ inzwischen ist das Vorgehen im 2003 neu eingefügten Art. 11 c VerfO EuGH geregelt.⁶⁵

3. Die Zuweisung der Rechtssachen an die Spruchkörper

Der zweite, noch offene Problembereich betrifft die Zuweisung der Rechtssachen an die Kammern, die mit dem Vertrag von Nizza von der systematischen Ausnahme zur Regel geworden ist:⁶⁶ Für die Entscheidung über die Zuweisung an einen bestimmten Spruchkörper und die Auswahl des Berichterstatters bestehen keine veröffentlichten Regeln, die endgültige Entscheidung über die Zuweisung an eine bestimmte Formation wird in der Verwaltungssitzung der Richter und Generalanwälte gem. Art. 27 § 7 der EuGH-Verfahrensordnung jeweils ad hoc vorgenommen;⁶⁷ die Vorentscheidung hat zuvor der Präsident des Gerichtshofs durch die Bestimmung des Berichterstatters gem. Art. 9 § 2 VerfO getroffen, auf dessen Vorschlag gem. Art. 44 § 2 der VerfO dann die Versammlung die endgültige Zuweisung vornimmt. Das Fehlen abstrakter Zuweisungsregeln wird vor

60 Zu den einzelnen Spruchkörpern des EuGH s. *Middeke*, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl 2003, § 3 Rn. 18 ff.

61 S. BVerfG (Plenum), BVerfGE 95, 322.

62 Dazu etwa *Mößlang*, EuZW 1996, S. 69 ff. mit Erwiderung *Wichard*, EuZW 1996, S. 305 f.; s. auch *Stotz*, EuZW 1995, S. 749.

63 EuGH, Rs. C-7/94 (Gaal), Slg. 1995, I-1031 = EuZW 1995, S. 670 m. Anm. *Szczekalla* = EuR 1995, S. 259 m. Anm. *Wichard*.

64 S. ABI. EG 1998 C 299/1; zuletzt für die Zuweisung der neu ernannten rumänischen und bulgarischen Richter ABI. EU 2007 C 69/2.

65 ABI. EU 2003 L 147/17; dazu z.B. *Haase* (Fn. 54), S. 307 f.

66 Dazu *Lenz*, EuGRZ 2001, S. 433 (S. 438); *Everling*, in: FS Steinberger, 2002, S. 1103 (S. 1121); *Haase* (Fn. 54), S. 300.

67 S. *Hackspiel*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. A. 2004, Art. 221 Rn. 18. Als ungeschriebene feste Regel gilt aber, dass kein Richter zum Berichterstatter in einer Rechtssache wird, die aus seinem Heimatstaat kommt oder diesen unmittelbar betrifft, s. z.B. *Skouris*, in: FS Starck, 2007, S. 991 (S. 998); zur entsprechenden Handhabung bei den Generalanwälten s.u. Fn. 84.

allem in der deutschen Literatur scharf kritisiert;⁶⁸ andere weisen darauf hin, dass der Grundsatz des gesetzlichen Richters in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zwar weit verbreitet sei, aber hinsichtlich der gerichtsinternen Aufgabenverteilung nirgends mit vergleichbarer Strenge gehandhabt werde wie in Deutschland.⁶⁹ Der EuGH hat sich hierzu noch nicht äußern müssen,⁷⁰ hält aber weiter an der flexiblen Regelung fest.⁷¹ Das Gericht erster Instanz verfügt dagegen über einen Geschäftsverteilungsplan.⁷²

IV. Zwischenergebnis

Die einzelnen Diskussionspunkte machen deutlich, dass trotz aller Gemeinsamkeiten unterschiedliche nationale Vorverständnisse zu den Anforderungen eines rechtsstaatlichen Verfahrens bestehen können: So trifft z.B. die Zuständigkeit des Einzelrichters an der Stelle eines Richterkollegiums nach deutschem Verständnis auf keine rechtsstaatlichen Bedenken;⁷³ in Frankreich dagegen wird das Prinzip der Kollegialgerichtsbarkeit als Grundsatz angesehen, von dem nur begrenzt abgewichen werden kann⁷⁴ – dies ersichtlich, weil die Machtposition eines allein entscheidenden Richters als unangemessen empfunden wird („*Juge unique, juge inique*“⁷⁵). Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht bereitet eine solche Übertragung auf den Einzelrichter wiederum aus anderen Gründen Probleme.

68 *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. A. 2007, Art. 221 Rn. 7; *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 221 Rn. 7 f.

69 So *Classen*, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, 2006, § 4 Rn. 7; ähnlich *Pechstein*, EU-/EG-Prozeßrecht, 3. A. 2007, S. 57 f.; *Haase* (Fn. 54), S. 304 f.; zur Bandbreite der Lösungen s. jetzt die Beiträge in *Langbroek/Fabri* (eds.), *The Right Judge for each Case – A study of case assignment and impartiality in six European judiciaries*, 2007.

70 Die von *Wegener* und *Huber* (Fn. 68) in diesem Zusammenhang angeführte Gaal-Entscheidung (Fn. 63) betrifft die Frage der überbesetzten Kammern, so dass sich aus ihr nur indirekte Schlüsse ziehen lassen, s. *Haase* (Fn. 54), S. 305. Zuletzt war im Fall von EuGH, Rs. C-176/06 P (Stadtwerke Schwäbisch Hall u.a./Kommission), Slg. 2007, I-170* = EuZW 2008, 49, u.a. ein Verstoß des EuG gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters gerügt worden, weil das EuG das Verfahren ohne berechtigten Anlass nach mehreren Jahren Prozeßdauer auf eine Dreier-Kammer übertragen habe; der EuGH mußte zu dieser Rüge nicht Stellung nehmen, weil er die Klage anders als das EuG als insgesamt unzulässig abgewiesen hat.

71 Der frühere Art. 9 § 3 VerFO sah immerhin vor, dass der Gerichtshof „Kriterien fest[legt], nach denen sich die Verteilung der Rechtssachen auf die Kammern in der Regel richtet.“

72 Art. 12 VerFO EuG, s. z.B. ABI. EG 2000 C 259/14; dazu *Haase* (Fn. 54), S. 304.

73 S. BVerfG, NJW 1984, S. 559; im Anschluss daran z.B. BFH, NVwZ 1998, S. 661.

74 S. *Cohendet*, RFDC 2006, S. 713 (S. 719 ff.), die den Grundsatz als Garantie für Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz qualifiziert und ihm daher Verfassungsrang zuerkennen will; die vorherrschende Auffassung billigt ihm immerhin Gesetzesrang zu.

75 Zu diesem französischen Rechtssprachwort s. m.w.N. *Cohendet*, RFDC 2006, S. 713 (S. 719).

C. Die Generalanwälte

I. Die Bedeutung der Generalanwälte für die Rechtsprechung des Gerichtshofs

1. Die Funktion der Schlussanträge

Damit wendet sich der Blick auf die Generalanwälte:⁷⁶ Ihre Position im Verfahren vor dem EuGH stellt in gewisser Weise das Gegenbild zum Gerichtshof dar, der nach kontinentaleuropäischer Tradition und anders als andere internationale Gerichte (EGMR, IGH) einen geschlossenen Block bildet,⁷⁷ der keine persönliche Zurechnung einzelner Beiträge zur Entwicklung der Rechtsprechung zulässt. Den Schlussanträgen wird allgemein besondere Bedeutung nicht nur für die konkrete Entscheidung, sondern für die Kohärenz und Transparenz der Rechtsprechung insgesamt zugemessen.⁷⁸ In gewissem Umfang kompensieren sie auch den lakonischen Begründungsstil des Gerichtshofs,⁷⁹ der von deutscher Seite häufig beanstandet wird,⁸⁰ der im europäischen Vergleich aber doch einen vertretbaren Kompromiß zwischen den divergierenden Justiztraditionen darstellt.

Tatsächlich übernehmen die Schlussanträge Funktionen, die die Urteilsbegründungen des EuGH nicht leisten und zum Teil auch nicht leisten können: Neben der Systematisierung der Rechtsprechung und der Abwägung unterschiedlicher Lösungsansätze findet sich hier die Auseinandersetzung mit der Literatur.⁸¹ Dieser letzte Beitrag, dessen Fehlen in den EuGH-Entscheidungen von deutscher Seite häufig moniert wird,⁸² zeigt gerade auch, dass die Schlussanträge Freiräume nutzen können, die der Urteilsbegründung verschlossen sind: Die Schlussanträge nehmen die Auseinandersetzung mit der Literatur zwar häufig vor, bleiben hier

76 Zur Rolle der Generalanwälte s. zuletzt *Sharpston*, in: *Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, 2008, S. 20 ff.; *Burrows/Greaves*, *The Advocate General and EC Law*, 2007; *Ritter*, 12 Columbia Journal of European Law (2006), S. 751 ff.; *Kokott*, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006; zuvor z.B. *Jacobs*, in: *Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Vol. 1, 2000, S. 17 ff.; *Colomer-Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 ff.; *Tridamas*, 34 CMLRev. (1997), S. 1349 ff.; *Gaisser*, Der Generalanwalt – eine unabdingbare Institution am Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften?, 1997; *Fennelly*, 5 IJEL (1996), S. 5 ff.; *Lenz*, in: *FS Everling*, Bd. 1, 1995, S. 719 ff.; zum französischen Vorbild der Institution s. ausführlich *Rainaud*, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat*, 1996; zu den dennoch bestehenden Unterschieden *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 541).

77 S. *Puissac*, in: *Mélanges Dubouis*, 2002, S. 121 (S. 126); *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 537).

78 S. z.B. *Streinz/Leible*, EWS 2001, S. 1 (S. 8), die aus diesem Grund für die grundsätzliche Beibehaltung plädieren.

79 So *Jacobs* in: *Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Vol. 1, 2000, S. 17 (S. 26); *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 537 f.).

80 Zuletzt wieder *Thiele*, *Europäisches Prozeßrecht*, 2007, S. 37.

81 S. z.B. die frühe Charakterisierung bei *Barav*, RIDC 1974, S. 809 (S. 825): „Les conclusions de l'avocat général n'ont ni la forme ni l'autorité d'un arrêt. Elles peuvent être caractérisées comme des dissertations doctrinaires des avis juridiques obligatoirement donnés tout en ne liant pas la Cour.“ S. auch *Ritter*, 12 Columbia Journal of European Law (2006), S. 751 (S. 758 f.).

82 S. wiederum statt vieler *Thiele*, *Europäisches Prozeßrecht*, 2007, S. 37.

aber zumeist zumindest im Schwerpunkt auf einen oder mehrere Sprachräume bezogen; die persönliche Handschrift und der Hintergrund ihres Autors ist ihnen jedenfalls häufig anzumerken.⁸³ Was nun bei den Schlussanträgen tragbar erscheint, weil sie nur den Entscheidungsvorschlag eines Einzelnen⁸⁴ darstellen, wäre bei der abschließenden gerichtlichen Entscheidung ein ernsthafter Kritikpunkt; der vollständige Verzicht des Gerichtshofs auf eine Auseinandersetzung mit literarischen Positionen vermeidet also von vornherein den Vorwurf, diese Quellen ungleichgewichtig ausgewertet oder berücksichtigt zu haben. Gestört wird dieses Gleichgewicht allerdings dann, wenn die Urteilsbegründung zu einzelnen Weichenstellungen pauschal auf die Schlussanträge verweist.⁸⁵

2. Die Erosion des Instruments

Ein gewisser Bedeutungsschwund der Schlussanträge im Verfahren vor dem Gerichtshof ist zwar durch die Tatsache eingetreten, dass seit 1990 nicht mehr die Schlussanträge insgesamt, sondern nur noch ihr Ergebnis – also der konkrete Entscheidungsvorschlag – im Verfahren vorgetragen wird; maßgeblichen Einfluss kann danach nur die schriftlich verbreitete Fassung der Begründung erlangen.⁸⁶ Dies erklärt auch, wieso die Erstattung der Schlussanträge vor einer mit dem Fall nicht befassten Kammer – wie sie gelegentlich vorkommt – nach der Rechtsprechung des EuGH keinen Verfahrensfehler begründet.⁸⁷

Die Bedeutung der Schlussanträge insbesondere für die Systematisierung des Gemeinschaftsrechts wird vor allem dann deutlich, wenn sie – was nach der Neufassung des Art. 222 EG durch den Vertrag von Nizza möglich geworden ist⁸⁸ – einmal fehlen, weil die Lösung für (zu) eindeutig gehalten wurde und der Gerichtshof deswegen in Anwendung von Art. 20 Abs. 5 der EuGH-Satzung nach Anhörung des Generalanwalts⁸⁹ beschlossen hat, auf die Erstattung von Schluss-

83 S. auch *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 536).

84 Auch für die Zuweisung der Rechtssachen an die einzelnen Generalanwälte bestehen keine abstrakten Regeln; allerdings wird nur ein Generalanwalt mit einem Verfahren betraut, an dem sein Herkunftsstaat direkt beteiligt ist; s. *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 529 f.); *Léger*, in: *Mélanges Soyer*, 2000, S. 261 (S. 266). Gerade Generalanwalt Colomer hat allerdings abweichend von dieser Regel auch Schlussanträge in einem Verfahren gegen Spanien erstattet, s.u. Fn. 104.

85 Für ein Beispiel s. EuGH, Rs. C-334/02 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-2229, Rn. 33 = RIW 2004, S. 398: „Was schließlich die Hindernisse betrifft, die nach Ansicht der französischen Regierung einer Anwendung der RL 77/799 entgegenstehen, wird auf die Darstellung dieses Vorbringens und seine Widerlegung in den Nrn. 34 bis 37 der Schlussanträge des Generalanwalts verwiesen.“ Kritisch zu dieser Praxis z.B. *Puissoc'h*, in: *Mélanges Dubois*, 2002, S. 121 (S. 129 f.); positiver wohl *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 538).

86 S. *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 535).

87 So EuGH, Rs. C-50/56 (Deutsche Telekom/Lilli Schröder), Slg. 2000, I-743, Rn. 19 ff. = EWS 2000, S. 319 = EuZW 2000, S. 214; kritisch dazu *Simon*, Europe 4/2000, S. 3; *Besselink*, 38 CMLRev. (2001), S. 437 (S. 441, S. 446 ff.).

88 Dazu z.B. *Kamann*, ZEuS 2001, S. 627 (S. 645 f.).

89 Kritisch *Hatje*, EuR 2001, S. 143 (S. 171), der eine Zustimmung des Generalanwalts als vorzugswürdig ansieht; ebenso *Pechstein*, EU-/EG-Prozeßrecht, 3. A. 2007, S. 55; *Thiele*, Europäisches Prozeßrecht, 2007, S. 14.

anträgen zu verzichten.⁹⁰ Von dieser Möglichkeit wird tatsächlich in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht: Für 2005 werden 60 % der Direktklagen (d.h. einschließlich der Vertragsverletzungsverfahren) und 15 % der Vorabentscheidungsverfahren genannt.⁹¹

Die damit entstehende Lücke wird in der Rechtsprechung des EuGH bereits spürbar: Das gilt z.B. für die Rs. Innoventif Limited vom Juni 2006,⁹² in der der Gerichtshof einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit durch die Erhebung einer Registerabgabe für die Eintragung von Zweigniederlassungen mit Formulierungen abgelehnt hat, die sich ohne förmliche Bezugnahme an die Keck-Rechtsprechung zur Freiheit des Warenverkehrs anlehnen: Hier wäre es aufschlussreich gewesen, näheres zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot im Bereich der Niederlassungsfreiheit zu erfahren,⁹³ doch die Suche nach Schlussanträgen geht ins Leere. Auch die lang erwartete Entscheidung zur Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit für Drittstaater im Fall Lasertec ist im Mai 2007 ohne Schlussanträge ergangen,⁹⁴ auch sie lässt wesentliche Fragen offen, die in den Schlussanträgen wohl zumindest hilfsweise erörtert worden wären.

3. Der Einfluss auf die EuGH-Rechtsprechung

Der Bedeutung der Schlussanträge darf aber auch nicht überschätzt werden: Dass der Gerichtshof ihnen regelmäßig folge – wie meist zu lesen ist –, wird statistisch sicher zutreffen; offizielle Zählungen werden hierzu zwar nicht geführt, doch werden in der Literatur Zahlen von 75⁹⁵ bis über 80 %⁹⁶ genannt. Diese Übereinstimmung ist aber auch dadurch erklärlich, dass in den allermeisten Fällen der Lösungsvorschlag auf einer Extrapolation der bisherigen Rechtsprechung beruht. Hierdurch wird überdeckt, dass gerade in kontroversen Fragen auch diametral entgegengesetzte Lösungen nicht selten sind.

Tatsächlich hat der Gerichtshof auch konzertierten Appellen der Generalanwälte zur Umstellung seiner Rechtsprechung widerstanden: Das gilt z.B. in der Frage der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien, deren Ausschluss in der ersten

90 Auch bei der Erstattung von Gutachten des Gerichtshofs nach Art. 300 Abs. 6 EG werden die Generalanwälte gem. Art. 108 Abs. 2 VerfO zwar beteiligt, Schlussanträge werden aber nicht gestellt; dazu kritisch z.B. *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (S. 533 f.).

91 Kokott (Fn. 76), S. 7 f.; zu den Kriterien, nach denen die Entscheidung über die Notwendigkeit von Schlussanträgen getroffen wird, s. *Sharpston*, in: *Essays of Honour of Sir Francis Jacobs*, 2008, S. 20 (S. 26 f.).

92 EuGH, Rs. C-453/04 (Innoventif Ltd), Slg. 2006, I-4929 = EuZW 2006, S. 537.

93 Zur fraglichen Einordnung der Entscheidung auch *Streinz*, JuS 2007, S. 470 ff.

94 EuGH, Rs. C-492/04 (Lasertec), Slg. 2007, I-3775 = IStR 2007, S. 439 m. krit. Anm. *Rainer* = RIW 2007, S. 632 m. Bespr. *Schrauf* S. 603 ff. (Vorlagebeschluss FG Baden-Württemberg, IStR 2005, S. 275 = FR 2005, S. 367 m. Anm. *Prinz*).

95 So *Seyr*, JuS 2005, S. 315 (S. 316) mit der Bezeichnung als „Erfahrungswert“.

96 *Tridimas*, 34 CMLRev. (1997), S. 1349 (S. 1362) nennt als Ergebnis einer sechsmonatigen Stichprobe 88 % Übereinstimmung, weist aber zugleich auf die begrenzte Aussagekraft solcher Zahlen für den Einfluss der Schlussanträge hin; zu den Schwierigkeiten einer quantitativen Erfassung auch *Colomer/Escuerdo*, in: *Mélanges Schockweiler*, 1999, S. 523 (537 f.).

Hälften der 90er Jahre von mehreren Generalanwälten zugunsten der entgegengesetzten Lösung in Frage gestellt wurde⁹⁷ oder in der Frage der Zulässigkeit von Vorabentscheidungsersuchen in Fällen, in denen Gemeinschaftsrecht aufgrund überschießender Umsetzung durch die Mitgliedstaaten nur mittelbar Verfahrensgegenstand war: Hier hat der EuGH seine liberale Linie gegen die restriktive Position mehrerer Generalanwälte bestätigt,⁹⁸ die um die Arbeitsfähigkeit des Gerichtshofs besorgter zu sein schienen als die Richter selbst. Auch in der Frage der Durchbrechung der Rechts- oder Bestandskraft nationaler Entscheidungen zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts war der Gerichtshof zumeist⁹⁹ zurückhaltender als seine Generalanwälte – so in der Kühne und Heitz-Entscheidung¹⁰⁰ aus dem Jahr 2004 und daran anschließend in der Arcor-Entscheidung von 2006,¹⁰¹ die beide die Frage eines Anspruch auf ein Wiederaufgreifen von gemeinschaftsrechtswidrigen, aber bestandskräftigen Gebührenbescheiden betrafen.

Aber auch in spektakulären Einzelfällen aus neuerer Zeit ist der Gerichtshof den Lösungsvorschlägen seines Generalanwalts nicht gefolgt: Das gilt für die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs zur Rechtssache UPA,¹⁰² die eine grundlegende Umgestaltung des Rechtsschutzsystems der Gemeinschaft zur Folge gehabt hätten,¹⁰³ ebenso wie für die Anträge von Generalanwalt Colomer zur vermeintlichen Unbedenklichkeit von nationalen „Golden Shares“ zur ersten Serie von EuGH-Entscheidungen zu dieser Frage aus dem Jahr 2002.¹⁰⁴ Weitere Beispiele liefern die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott zur „umgekehr

97 S. die Schlussanträge von Generalanwalt van Gerven zu EuGH, Rs. C-271/91 (Marshall II), Slg. 1993, I-4367, von Generalanwalt Jacobs zu EuGH, Rs. C-316/93 (Vaneetveld), Slg. 1994, I-763, und von Generalanwalt Lenz zu EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325; zu diesem Beispiel s. auch *Tridimas*, 34 CMLRev. (1997), S. 1349 (S. 1374 f.).

98 Ablehnend zur Anerkennung einer Entscheidungserheblichkeit kraft Verweises durch das nationale Recht mehrfach die Stellungnahmen der Generalanwälte, so Generalanwalt Jacobs u.a. zu EuGH, Rs. C-28/95 (Leur-Bloem), Slg. 1997, I-4161 = EuZW 1997, S. 658, und zu EuGH, Rs. C-130/95 (Giloy), Slg. 1997, I-4291 = EuZW 1997, S. 726, sowie Rn. 40 ff. seiner Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-306/99 (BAIO), Slg. 2003, I-1 = JZ 2003, S. 413 m. Anm. *Luttermann* = EWS 2003, S. 121 m. Anm. *Lohse*; Rn. 17 ff. der Schlussanträge von Generalanwalt Colomer zu EuGH, Rs. C-1/99 (Kofisa), Slg. 2001, I-207; dagegen hat Generalanwalt Léger die Rspr. akzeptiert, s. Rn. 30 der Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-300/01 (Salzmann), Slg. 2003, I-4899 = DCSI 2005, S. 37 m. Anm. *Meeoli*.

99 Eine Ausnahme bildet EuGH, Rs. C-224/97 (Ciola), Slg. 1999, I-2517 = EuR 1999, S. 776 m. krit. Anm. *Gundel* = EuZW 1999, S. 405 m. krit. Anm. *Schilling*, wo der EuGH der von Generalanwalt Mischo vorgeschlagenen Lösung einer umständlosen Durchbrechung der Bestandskraft gefolgt ist.

100 EuGH, Rs. C-453/00 (Kühne u. Heitz), Slg. 2004, I-837 = EuR 2004, S. 590 m. Anm. *Potacs* = JZ 2004, S. 619 m. Anm. *Ruffert*; weitergehend Rn. 46 ff. der Schlussanträge von Generalanwalt Léger.

101 EuGH, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 (Germany GmbH und Arcor AG & Co. KG/Bundesrepublik Deutschland) Slg. 2006, I-8559 = JZ 2007, S. 404 m. Anm. *Ruffert*; weitergehend Rn. 107 ff. der Schlussanträge von Generalanwalt Colomer. S. zu dieser Entscheidung noch *Gärditz*, NVwB1. 2006, S. 441 ff.; *Rennert*, DVBl. 2007, S. 400 ff., sowie die Abschlussentscheidung BVerwG, NVwZ 2007, S. 709 = MMR 2007, S. 365.

102 EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, I-6677 = DVBl. 2002, S. 1348 m. Anm. *Götz*.

103 Dazu z.B. *Gundel*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. A. 2005, § 19 Rn. 26 ff.

104 Gemeinsame Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-483/99 (Kommission/Frankreich – „Elf Aquitaine“), Slg. 2002, I-4781 = RdE 2002, S. 277 m. Anm. *Gundel*; EuGH, Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2002, I-4731; EuGH, Rs. C-503/99 (Kommission/Belgien), Slg. 2002, I-4809; ebenso dann nochmals in den Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-463/00 (Kommission/Spanien) Slg. 2003, I-4581 (dazu auch Fn. 84).

vertikalen“ Direktwirkung von Richtlinien in Strafsachen im Fall Berlusconi,¹⁰⁵ oder wiederum von Generalanwalt Colomer mit dem Plädoyer gegen die Vorlagepflicht bei der Verwerfung von Sekundärrecht – also gegen die etablierte Foto Frost-Rechtsprechung – im Fall Gaston Schul aus dem Jahr 2005.¹⁰⁶ Diese verschiedenen Einzelfälle lassen beim Beobachter den Eindruck entstehen, dass in jüngerer Zeit das Instrument des Schlussantrags verstärkt zur „Erprobung“ von neuen, unkonventionellen Lösungswegen genutzt wird. Ob solche abweichenden Schlussanträge bereits mit dem Rang von „dissenting opinions“ zur EuGH-Rechtsprechung zu versehen sind, wie es aus den Reihen der Generalanwälte teils verlautet,¹⁰⁷ erscheint allerdings fraglich: Die Schlussanträge haben die Funktion von Entscheidungsvorschlägen und nicht eines kritischen Kommentars zu bereits ergangenen (oder bevorstehenden) Urteilen.¹⁰⁸ Positiv ist zu dieser neuen Tendenz jedenfalls zu vermerken, dass das Gemeinschaftsrecht und das Verfahren vor dem EuGH keine Denkverbote kennen; auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass ein gezieltes Bemühen um neue, unorthodoxe und aufsehenerregende Lösungsansätze die Autorität der Schlussanträge auch vermindern kann.

II. Rechtsstaatliche Kritik an der Verfahrensrolle der Generalanwälte

1. Die Rechtsprechung des EGMR als Auslöser der Überprüfung

Der Anstoß für eine kritische Überprüfung der Verfahrensrolle der Generalanwälte ist von außen gekommen: Seit Beginn der 90er Jahre ist eine Kette von Entscheidungen des EGMR zu den nationalen Vorbildern der Generalanwälte – den Generalanwälten oder Regierungskommissaren, die im Justizsystem verschiedener Mitgliedstaaten vorgesehen sind – ergangen, die diese Institution unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens kritisch betrachtet:¹⁰⁹ Der Beitrag dieser Vertreter des öffentlichen Interesses zum Verfahren, der in der abschließenden Würdigung des Rechtsstreits durch einen öffentlich vorgetragenen und begründeten Entscheidungsvorschlag gegenüber dem Gericht besteht, hat sich als proble-

105 EuGH, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 u. C-403/02, Slg. 2005, I-3565 = EuZW 2005, S. 369 m. krit. Anm. *Gross* = JCP 2006, II, No. 10020 m. zust. Anm. *Dubos* = RIDPC 2006, S. 873 m. Anm. *Landi*; dazu *Kokott* (Fn. 76), S. 26 ff. mit der Überlegung S. 33, dass dieser Schlussantrag einer dissenting opinion des Gerichts gleichzustellen sei; ausführlich zum nationalen Hintergrund des Verfahrens *Mastroianni*, RIDPC 2003, S. 621 ff.

106 EuGH, Rs. C-461/03 (Gaston Schul), Slg. 2005, I-10513; dazu *Herrmann*, EuZW 2006, S. 231 (S. 233 ff.) mit kritischen Anmerkungen zu den literarischen Ausflügen des Generalanwalts.

107 S. *Kokott* (Fn. 76), S. 33.

108 Zurückhaltender auch *Jacobs*, in: *Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Vol. 1, 2000, S. 17 (S. 26).

109 Dazu z.B. *Kokott*, in: *FS Ress*, 2005, S. 577 ff.; *Pingel/Sudre* (dir.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, 2003; aus der Rspr. erstmalen EGMR, 30.10.1991, Série A No 214-B (Borgers c. Belgique) = RTDH 1992, S. 201 m. Anm. *Callewaert* = EuGRZ 1991, S. 519; s. weiter EGMR, 20.2.1996 (Vermeulen c. Belgique), Rec. 1996-I, S. 224 = RTDH 1996, S. 615 m. Anm. *Lambert* = RTDE 1996, 375 m. Anm. *Benoît-Rohmer* = ÖJZ 1996, S. 673; EGMR, 20.2.1996 (Lobo Machado c. Portugal), Rec. 1996-I, S. 195 = RTDE 1996, S. 373 m. Anm. *Benoît-Rohmer*; EGMR, 31.3.1998 (Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France), Rec. 1998-II, S. 640 = JCP 1999 II No 10074 m. Anm. *Soler*; EGMR (3. Sektion), 8.2.2000 (Voisine c. France), RTDH 2001, S. 825 m. Anm. *Marguénaud*.

matisch erwiesen, weil und soweit den Parteien des Rechtsstreits nicht die Möglichkeit eröffnet ist, zu diesem Entscheidungsvorschlag ihrerseits noch Stellung zu nehmen, obwohl er auch zuvor nicht diskutierte Gesichtspunkte enthalten kann. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass bei der Urteilsfindung nur Positionen einfließen sollen, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten.¹¹⁰

Der EGMR akzeptiert dabei grundsätzlich die besondere Funktion der Generalanwälte als Beteiligte an der Urteilsfindung;¹¹¹ um die Vereinbarkeit dieser Ausgestaltung mit den Grundsätzen des fairen Verfahrens sicherzustellen, verlangt er aber, dass die Parteien von den Schlussplädyers Kenntnis erhalten und zu ihnen gegenüber dem Gericht – entweder schriftlich oder nach einer Wiedereröffnung der Verhandlung¹¹² – Stellung nehmen können; solche Stellungnahmen müssen vom entscheidenden Gericht berücksichtigt werden.¹¹³

2. Die Reaktion der Gemeinschaftsrechtsordnung

Mittelbar trifft diese Rechtsprechung auch die Verfahrensgestaltung vor dem EuGH, nachdem auch dort die mündliche Verhandlung durch die Schlussanträge des Generalanwalts abgeschlossen wird. Der EuGH lehnt allerdings eine inhaltliche Berücksichtigung schriftlicher Stellungnahmen zu den Schlussanträgen ab; in seiner Leitentscheidung zur Rechtssache *Emesa Sugar* aus dem Jahr 2000 verweist er zur Erfüllung dieser Anforderungen auf seine Befugnis zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei gemäß Art. 61 VerfO;¹¹⁴ im Rahmen einer solchen Entscheidung kann die Stellungnahme gewürdigt werden.

110 EGMR, 18.2.1997 (Niederöst-Huber c. Suisse), Rec. 1997-I, S. 101, § 24.

111 Grundsätzlich EGMR (Große Kammer), 7.6.2001 (Kress c. France), Rec. 2001-VI, S. 1 = RTDE 2001, S. 809 m. Anm. *Benoit-Rohmer* S. 727 ff. = RTDH 2002, S. 223 m. Anm. *Sermet* = JCP 2001, II, No. 10578 m. Anm. *Sudre*: Die Position der Schlussanträge als Abschluss der Verhandlung ist zulässig, wenn die Vertreter der Parteien darauf ggf. noch mündlich oder durch note en délibéré reagieren können; bestätigt durch EGMR (1. Sektion), 27.11.2003 (Slimane-Kaïd c. France (No 2)), § 20; EGMR (1. Sektion), 19.5.2005 (Le Duigou c. France), § 16; s. auch noch EGMR (1. Sektion), 21.3.2002 (Immeubles Groupe Kosser c. France), § 27; EGMR (Große Kammer), 26.7.2002 (Meftah e.a. c. France), Rec. 2002-VII, S. 231, §§ 49 ff. = RTDH 2003, S. 1335 m. Anm. *Puechavy* = ÖJZ 2003, S. 732; EGMR, 25.6.1997 (Van Orshoven c. Belgique), Rec. 1997-III, S. 1039 = ÖJZ 1998, S. 314.

112 S. § 76 der Kress-Entscheidung (Fn. 111); formell ist der Schlussantrag der letzte Akt der Verhandlung und zugleich der Beginn der Urteilsfindung.

113 § 76 der Kress-Entscheidung (Fn. 111).

114 So EuGH, Rs. C-17/98 (Emesa Sugar), Slg. 2000, I-665, Rn. 18 = RTDH 2000, S. 581 m. Anm. *Spielmann*, mit verschiedenen Beispielen solcher (nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten) Beschlüsse in der Vergangenheit; EuGH, Rs. C-50/56 (Deutsche Telekom), Slg. 2000, I-743, Rn. 22 ff.; EuGH, Rs. C-266/97 P (VBA), Slg. 2000, I-2135, Rn. 63 f.; s. dazu *Lawson*, 37 CMLRev (2000), S. 983 ff.; *Schilling*, ZäRV 2000, S. 395 ff.; *Benoit-Rohmer*, CDE 2001, S. 403 ff.

Solche Anträge auf Wiedereröffnung werden heute sehr häufig durch die Partei gestellt, die nicht mit den Ausführungen des Generalanwalts übereinstimmt.¹¹⁵ Tatsächlich ist die Wiedereröffnung – mit der Konsequenz der Erstattung neuer Schlussanträge, die die Verhandlung ein zweites Mal abschließen – aber nach wie vor ein eher seltenes Phänomen: Es existieren zwar einige Beispiele aus neuerer Zeit, doch gehen sie sämtlich nicht auf eine Rüge einer Partei zurück, sondern beruhen auf einem von Amts wegen gefassten Beschluss des Gerichtshofs – so im Fall der Altmark Trans-Entscheidung zur Qualifikation von staatlichen Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse,¹¹⁶ der Zwangsgeld-Entscheidung gegen Frankreich wegen fortgesetzter Verletzung der Fischereibestimmungen der Gemeinschaft,¹¹⁷ oder der Meilicke-Entscheidung zur Frage der zeitlichen Begrenzung der Urteilswirkungen.¹¹⁸ Der zeitliche Ablauf der Verfahren in diesen Fällen macht deutlich, dass die Wiedereröffnung notwendig auch eine erneute Verzögerung der Urteilsfindung bedingt.

3. Die weitere Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung

Eine unmittelbare Stellungnahme des EGMR zur Regelung auf Gemeinschaftsebene liegt bisher nicht vor: Der Rechtsstreit *Emesa Sugar*, dem die Leitentscheidung des EuGH entstammt, ist zwar durch eine Menschenrechtsbeschwerde des betroffenen Unternehmens vor den EGMR gelangt. Die Beschwerde wurde aber schließlich im Jahr 2005 als unzulässig zurückgewiesen,¹¹⁹ ohne dass eine Auseinandersetzung mit der Frage der Bindung der Gemeinschaftsgerichte an die Vorgaben der EMRK notwendig geworden wäre: Der Ausgangssachverhalt betraf nämlich einen zollrechtlichen Rechtsstreit, der nach der EGMR-Rechtsprechung

115 So z.B. die Begründung der Kläger des Ausgangsverfahrens in EuGH, verb. Rs. C-346/03 u. C-529/03 (Atzeni u.a.), Slg. 2006, I-1875 Rn. 25; s. auch zuletzt EuGH, 26.6.2008 Rs. C-284/06 (Burda GmbH), Rn. 37 ff.; EuGH, Rs. C-259/04 (Elizabeth Emanuel), Slg. 2006, I-3089, Rn. 14 ff. = EWS 2006, S. 235; EuGH, Rs. C-138/05 (Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie), Slg. 2006, I-8339, Rn. 21 ff.; EuGH, Rs. C-331/04 (ATI EAS Srl u.a.), Slg. 2005, I-10109, Rn. 16.; EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rn. 14 ff. = EWS 2005, S. 368; EuGH, Rs. C-434/02 (Arnold André), Slg. 2004, I-11825, Rn. 24 ff. = EWS 2005, S. 36; EuGH, Rs. C-210/03 (Swedish Match u.a.), Slg. 2004, I-11893, Rn. 22 ff. = EWS 2005, S. 40; EuGH, Rs. C-209/01 (Schilling u. Fleck-Schilling/FA Nürnberg-Süd), Slg. 2003, I-13389, Rn. 19 = EWS 2003, S. 571; EuGH, Rs. C-30/02 (Recheio-Cash & Carry GmbH), Slg. 2004, I-6051, Rn. 12; EuGH, Rs. C-57/01 (Makedoniko Metro), Slg. 2003, I-1091, Rn. 32 ff.

116 Schlussanträge von Generalanwalt Léger (1.) v. 19.3.2002 und (2.) v. 14.1.2003 zu EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747.

117 Schlussanträge von Generalanwalt Geelhoed (1.) v. 29.4.2004 und (2.) v. 18.11.2004 zu EuGH, Rs. C-304/02 (Kommission/Frankreich), Slg. 2005, I-6263; dazu Kokott (Fn. 76), S. 20 ff.

118 1. Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano v. 10.11.2005, 2. Schlussanträge von Generalanwältin Stix-Hackl v. 5.10.2006 zu EuGH, Rs. C-292/04, EWS 2007, S. 81; s. auch zuletzt die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in der Rs. C-110/05 (Kommission/Italien) (Beschluss v. 7.3.2007 nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Léger v. 5.10.2006), in einem Fall, in dem eine weitere Einschränkung der Dassonville-Rechtsprechung zur Debatte steht; dazu nun die 2. Schlussanträge von Generalanwalt Bont v. 8.7.2008.

119 EGMR (3. Sektion), 13.1.2005 (Emesa Sugar c. Pays-Bas), EuGRZ 2005, S. 234.

nicht den Streitigkeiten über zivile Rechte im Sinn von Art. 6 EMRK zuzuordnen ist.¹²⁰

Dagegen liegt aufschlussreichere neuere Rechtsprechung zum französischen Institut des Commissaire du gouvernement als dem nationalen Vorbild des Generalanwalts vor: In der *Kress-Entscheidung* aus dem Jahr 2001 hat der Gerichtshof die französische Ausgestaltung als unzulässig beanstandet, nach der der Regierungskommissar nach dem Vortrag seiner Schlussanträge auch an der Beratung des Gerichts über seine Entscheidung teilnimmt.¹²¹ Diese Bewertung, die in der französischen Literatur heftig kritisiert worden ist, erscheint auch nachvollziehbar, weil naheliegend ist, dass der nun bereits öffentlich auf eine Lösung „festgelegte“ Regierungskommissar versuchen wird, seine Kollegen von ihr in der mündlichen Beratung zu überzeugen – wobei ggf. auch neue Argumente entwickelt werden könnten, zu denen die Parteien auf diese Weise nicht Stellung nehmen konnten. Der EGMR verweist zudem darauf, dass diese Teilnahme offensichtlich zur Urteilsfindung nicht erforderlich ist, weil auch beim EuGH der Generalanwalt nicht an der Beratung teilnimmt:¹²² Aus dieser Bemerkung lässt sich – mit aller Vorsicht – der Schluss ziehen, dass die gemeinschaftsrechtliche Ausgestaltung den Vorgaben der EMRK jedenfalls nicht grundsätzlich widerspricht.

Diese Rechtsprechung zum Ausschluss von der Urteilsberatung hat der EGMR mit dem Urteil *Martinie gegen Frankreich* vom April 2006¹²³ bestätigt; im Anschluss daran wurde die französische Regelung entsprechend angepasst:¹²⁴ Die Regierungskommissare nehmen danach nur noch beim Conseil d’Etat, aber nicht mehr bei den Instanzgerichten an der Urteilsberatung teil – und auch dies nur, sofern keine Partei des Verfahrens dem widerspricht.¹²⁵ Dieser erzwungene Rückzug aus der Urteilsberatung hat in Frankreich eine Diskussion über die Frage ausgelöst, ob unter diesen Umständen an der Institution überhaupt festgehalten werden sollte,¹²⁶ und ob durch den Verzicht nicht eine Verkürzung der Verfahrensdauer erreicht werden kann. In jedem Fall wird wohl die Bezeichnung der

120 Zur Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 6 EMRK durch die Rechtsprechung des EGMR und zu den verbliebenen Ausschlussbereichen s. *Grabenwarter*, EMRK, 3. A. 2008, S. 312 ff.; *Gundel*, § 143 – Verfahrensgrundrechte der EMRK, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VI (erscheint demnächst), Rn. 16 ff.; *Milano*, Le droit à un tribunal au sens de la CEDH, 2006, S. 99 ff.; das Gemeinschaftsrecht übernimmt diese gegenständliche Beschränkung nicht, s. Art. 47 GrCh.

121 §§ 77 ff. der Kress-Entscheidung (Fn. 111); ebenso EGMR (3. Sektion), 10.10.2002 (Theraube c. France), §§ 30 f.; EGMR (1. Sektion), 27.11.2003 (Slimane-Kaid c. France) (No 2), § 20; EGMR (2. Sektion), 5.7.2005 (Loyer e.a. c. France), § 63 = JCP 2006 II 10015 m. Ann. *Poulet*.

122 § 86 der Kress-Entscheidung (Fn. 111).

123 EGMR (Große Kammer), 12.4.2006 (Martinie c. France), §§ 53 f. = AJDA 2006, S. 986 m. Ann. *Rolin* = RFDA 2006, S. 305 m. Ann. *Sermet* S. 577 ff.; im Anschluss daran nochmals für das Verfahren vor den regionalen Rechnungshöfen EGMR (3. Sektion), 10.5.2007 (Tedesco c. France), § 65.

124 Art. R 732-2 Code de justice administrative in der Fassung des Dekrets v. 1.8.2006, J.O.R.F. 2006, 11570.

125 Die Vereinbarkeit der Neufassung mit den Anforderungen des Art. 6 EMRK hat Conseil d’Etat, 25.5.2007 (Court), AJDA 2007, S. 1424 mit Schlussanträgen von Regierungskommissar Keller mit dem Argument bejaht, dass das Unterbleiben des Widerspruchs als zulässiger Verzicht der Partei auf die Rechte aus Art. 6 EMRK einzuordnen ist; zur Zulässigkeit eines solchen Verzichts auf Verfahrensrechte nach den Maßstäben der EMRK s. *Gundel* (Fn. 120), § 143 Rn. 129 f.; *Adam-Ferreira*, RFDA 2007, S. 744 ff.

126 Dazu z.B. *Lambert*, AJDA 2007, S. 778 ff.; s. auch *Gondouin*, AJDA 2007, S. 2068 ff.

Institution, die in missverständlicher Weise eine Abhängigkeit von politischen Organen nahelegt, geändert werden.¹²⁷

In Bezug auf die gemeinschaftsrechtliche Ausgestaltung droht wohl keine Gefahr einer Beanstandung durch den EGMR, zumal nachdem die *Bosphorus*-Entscheidung des EGMR¹²⁸ deutlich gemacht hat, dass die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht nur einen den EMRK-Anforderungen gleichwertigen – d.h. aber: nicht notwendig in jedem Detail voll entsprechenden – Standard erfüllen muss.

D. Ergebnisse

Die Rechtsprechung des EuGH hat eine Kohärenz entwickelt und bewahrt, die angesichts des unterschiedlichen Hintergrunds der Beteiligten eine erstaunliche Leistung bleibt. Die Erweiterungen und die damit einhergehene Erhöhung der Richterzahl hat Maßnahmen der gerichtsinternen Aufgabenverteilung nötig gemacht, die in früheren Zeiten nicht erforderlich waren; sie konnten diese Kohärenz bisher soweit ersichtlich auch wahren, haben aber auch neue Fragen und Probleme aufgeworfen. Bei der Beurteilung dieser einzelnen Maßnahmen kann allerdings nicht die jeweilige rechtsstaatliche Sensibilität des einzelnen Mitgliedstaats zum absoluten Maßstab gemacht werden, die zudem auch keine feste Größe darstellt: Die Vorstellungen in den Mitgliedstaaten können – wie das Plenum des BVerfG in seiner Entscheidung zu den überbesetzten Kammern vermerkt hat – auch Wandlungen durch Fortentwicklungen und Verfeinerungen der Anforderungen unterliegen,¹²⁹ ohne dass das Gemeinschaftsrecht diesen nationalen Entwicklungen im einzelnen folgen müsste. In manchen Bereichen an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht hält zudem jeder einzelne Mitgliedstaat den Schlüssel für gewünschte Verbesserungen in der Hand, so bei der Regelung des Verfahrens zur Benennung des jeweiligen nationalen Richters. Auch die Position der Schlussanträge im Verfahren scheint nach der neueren Rechtsprechung des EGMR nicht grundsätzlichen Beanstandungen ausgesetzt. Gewisse Sorgen – die allerdings nicht das Gewicht von rechtsstaatlichen Bedenken erreichen – bereitet die Entwicklung dieses Instruments: Es wird in neuerer Zeit auf der einen Seite in spektakulären Fällen häufiger als früher zur Präsentati-

127 Conseil constitutionnel, 30.11.2006 No 2006-208 L, AJDA 2006, S. 2398 m. Anm. Schoettl stellt auf Antrag der Regierung fest, dass die Wahl der Bezeichnung nicht gesetzlicher Regelung vorbehalten ist, sondern im Verordnungsweg geändert werden kann; zu älteren Vorschlägen zur Umbenennung schon Barav, RIDC 1974, S. 809 (S. 818). Zwischenzeitlich ist die Umbenennung in „rapporteur public“ beabsichtigt, s. de Montecler, AJDA 2008, S. 1230; Andriantsimbazovina, Rec. Dalloz 2008, S. 1154 ff.

128 EGMR (Groß Kammer), 30.6.2005 (Bosphorus Hava Yollari), Rec. 2005-VI = HRLJ 2005, S. 18; dazu Benoît-Rohmer, RTDH 2005, S. 827 ff.; Bröhmer, EuZW 2006, S. 71 ff.; Ciampi, RGDI 2006, S. 85 ff.; Douglas-Scott, 43 CMLRev. (2006), S. 243 ff.; Lavranos, EuR 2006, S. 79 ff.; V. Constantinesco, CDE 2006, S. 363 ff.; s. auch in diesem Band die Beiträge von Callewaert S. 177 ff. u. Haratsch S. 81 ff.

129 BVerfGE 95, 322 (333 f.) mit der Konsequenz der Gewährung einer Übergangsfrist für die Anpassung der nationalen Rechtslage.

on von sehr individuellen – und aller Voraussicht nach nicht konsensfähigen – Lösungsvorschlägen genutzt, auf der anderen Seite wird nun auch in Sachverhalten, die eine solche Würdigung verdient hätten, vermehrt auf den Einsatz dieses bewährten Beitrags zur Entscheidungsfindung verzichtet.

Rechtsstaatliche Vorzüge und Mängel der Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten

von Bernhard W. Wegener*

A. Einführung

Die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit kann voller Stolz auf eine inzwischen mehr als fünfzigjährige beispiellose Erfolgsgeschichte zurückblicken. Der Erfolg der europäischen Integrationsgemeinschaft ist zu einem ganz erheblichen Teil auch der Erfolg ihrer Gerichtsbarkeit. Der Europäische Gerichtshof hat mit frühen wegweisenden Entscheidungen – erinnert sei insoweit allein an das in seiner Bedeutung und Tragweite in der europäischen Justizgeschichte wohl einzigartige Urteil in der Rechtssache „van Gend & Loos“¹ – und mit einer von bemerkenswerter Konzeption, Kohärenz und Kontinuität geprägten Rechtsprechungspraxis entscheidend zur Entwicklung, Entfaltung und Behauptung der europäischen Rechtsgemeinschaft beigetragen.

Die Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten, vor dem Gerichtshof, dem Gericht erster Instanz und vor den gerichtlichen Kammern, haben sich dabei – die Erfolgsgeschichte der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit ist dafür zumindest ein Indiz – insgesamt bewährt. Anders als gelegentlich unterstellt wird,² gilt dies nicht allein für eine Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der effektiven Durchsetzung des Gemeinschafts- oder Unionsrechts. Auch hinsichtlich ihrer rechtsstaatlichen Qualitäten vermag die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und vermögen die von ihr angewandten Verfahren grundsätzlich zu überzeugen. Die Akzeptanz, die die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte vor den nationalen Verfassungsgerichten³ wie vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁴ gefunden hat und weiterhin findet, ist Ausweis dieser Qualitäten.

Der Europäische Gerichtshof hat die Orientierung seiner Rechtsprechung am Individualrechtsschutz und die Notwendigkeit der Sicherung der Effektivität dieses Schutzes durchweg betont. Schon in der Entscheidung „Les Verts“ hat er die

* Prof. Dr. Bernhard W. Wegener, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Das Manuskript wurde im Oktober 2007 abgeschlossen. Zwischenzeitliche Änderungen konnten nur teilweise berücksichtigt werden.

1 EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff.

2 Fredriksen, Individualklagemöglichkeiten vor den Gerichten der EU nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2005, S. 99 (S. 105) unter Hinweis auf Mayer, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 276: „Der EuGH scheint immer noch weniger orientiert am Rechtsschutz des Einzelnen als am Fortgang der Integration.“ Vgl. dazu auch die kontroverse Diskussion bei Weiler/Lockhart, „Taking Rights Seriously“ Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, 32 CML Rev. (1995), S. 51-94 und S. 529-627, die sich ihrerseits kritisch mit Coppel/O’Neill, ‘The ECJ – Taking Rights Seriously?’, 29 CML Rev. (1992), S. 669-695 auseinandersetzen.

3 Vgl. für Deutschland: BVerfGE 73, 339, Ls. 2 (Solange II); BVerfG, Rs. 2 BvL 1/97, Beschl. v. 7.6.2000 (Bananenmarktdiskussion).

4 Vgl. nur EGMR, Rs. 45036/98 (Bosphorus Airways/Irland).

konstitutionelle Bedeutung dieser Gewährleistung für die Europäische Rechtsgemeinschaft herausgestellt. Der EG-Vertrag schaffe ein „umfassendes Rechtsschutzsystem“ unter dessen Geltung „weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen“ seien, „ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag“, stünden.⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes müssen die Einzelnen „daher einen effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können, die sie aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten, wobei das Recht auf einen solchen Schutz zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben.“ Für die Herleitung dieses Rechts verweist der Gerichtshof im übrigen auf die Art. 6 und 13 EMRK.⁶

Die nicht geringe Summe der rechtsstaatlichen Vorzüge der Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten aufzuaddieren, kann – auch wenn der mir vorgegebene Titel meines Beitrages anderes verspricht – nicht Gegenstand der nachfolgenden Darstellung sein. Solcherart Lobpreisung muss den einschlägigen Festschriftbeiträgen überlassen bleiben. Stattdessen gilt die Aufmerksamkeit im Folgenden eher den im Titel gleichfalls genannten rechtsstaatlichen Mängeln der Verfahren. Mit Blick auf den nachfolgenden Beitrag⁷ und unter Hinweis auf eigene Vorarbeiten⁸ klammere ich dabei den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes aus. Auch Überlegungen zu den praktischen Schwächen der Rechtsschutzverfahren bleiben hier den dem Alltag der Gemeinschaftsgerichte näher stehenden Autoren überlassen.⁹ Stattdessen konzentriere ich mich auf die mir wesentlich erscheinenden rechtlichen Mängel der Hauptsacheverfahren. Dabei wird sich herausstellen, dass diese Mängel nicht unbedingt dort zu finden sind, wo sie von der Literatur vielfach vermutet worden sind. Insbesondere ist die Rechtsprechung des EuGH zu den Schranken des direkten Individualrechtsschutzes nach Art. 230 Abs. 4 EG trotz erheblicher konzeptioneller und dogmatischer Schwächen in ihrer Zielsetzung der Stärkung der Dezentralität des Rechtsschutzes zu unterstützen (näher dazu u. S. 47 f.). Umgekehrt lassen sich rechtsstaatliche Schwachstellen identifizieren, die bislang noch kaum Aufmerksamkeit gefunden haben. Dies gilt vor allem für den in der Rechtsprechung behaupteten „numerus clausus“ der Klagearten vor den Gemeinschaftsgerichten (näher dazu u. S. 59 ff.).

5 EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts), Slg. 1986, 1339 ff., Rn. 23.

6 Vgl. EuGH, Rs. C-229/05 (PKK u. KNK/Rat), Rn. 109; unter Hinweis auf EuGH, Rs. 50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2001, II-6677, Rn. 38 f.

7 Vgl. dazu *Lengauer* in diesem Band, S. 69 ff.

8 Vgl. dazu *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 242/243 EGV; *ders.*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 337 ff.

9 Vgl. dazu die Beiträge von *Kraus* und *Hakenberg* in diesem Band, S. 109 ff. und S. 163 ff., sowie – für den EGMR – von *Callewaert*, in diesem Band, S. 177 ff.

B. Schranken des Individualrechtsschutzes nach Art. 230 Abs. 4 EG

I. Eine viel beachtete Schwäche

Als wesentliche rechtsstaatliche Schwäche des EG-Rechtsschutzsystems bezeichnen weite Teile der Literatur die Beschränkungen, die Art. 230 Abs. 4 EG für die Nichtigkeitsklage natürlicher und juristischer Personen aufstellt. Diese Bedenken werden auch von Mitgliedern der Gemeinschaftsgerichte selbst geteilt. Spätestens seit dem öffentlichen Austragen dieser Differenzen in den Rechtssachen „*Jégo-Quéré*“¹⁰ und „*Unión de Pequeños Agricultores*“¹¹ ist die Zahl der einschlägigen Stellungnahmen ins Unüberschaubare gewachsen.¹²

Nach Art. 230 Abs. 4 EG ist die Klage natürlicher und juristischer Personen bekanntlich nur gegen solche Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane zulässig, die sie „unmittelbar und individuell betreffen“. Kritisiert werden insoweit vor allem die Beschränkungen, die aus der Auslegung des Merkmals der *individuellen* Betroffenheit durch den EuGH ergeben. Nach der vom Gerichtshof bereits in den sechziger Jahren entwickelten sog. „Plaumann-Formel“ ist von einer Maßnahme der Gemeinschaftsorgane nur derjenige individuell betroffen, der durch sie „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und [...] daher in ähnlicher Weise individualisiert“ wird, wie ihr „Adressat“.¹³

Die in dieser Formel angelegte normative Unterscheidung zwischen Maßnahmen mit (potentiell) allgemeiner und solchen mit allein individueller Wirkung hat sich als bedeutende Schranke des zentralen Individualrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht erwiesen. Sie verhindert Individualklagen vor dem EuG gegen (echte) Verordnungen und gegen an Dritte gerichtete Maßnahmen (Richtlinien und Entscheidungen) der Gemeinschaftsorgane. Auch die Behauptung einer Verletzung in Gemeinschaftsgrundrechten genügt für sich genommen nicht, um die Befugnis zur Klage gegen Rechtsakte mit überindividueller Wirkung zu begründen.

II. Lösungsvorschläge und ihre Zurückweisung

Die Kritik an dieser Beschränkung hat bislang vor allem zwei Alternativvorschläge entwickelt: zum einen die vom EuG und von Generalanwalt Jacobs vorge-

10 EuG, Rs. T-177/01, Slg. 2002, II-2365; aufgehoben durch EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3425.

11 EuGH, Rs. 50/00 P, Slg. 2001, II-6677.

12 Neben den sonst referierten Autoren vgl. auch: Cremer, Der Rechtsschutz des Einzelnen gegen Sekundärrechtsakte der Union gem. Art. III-270 Abs. 4 Konventsentwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa, EuGRZ 2004, S. 577; Usher, Direct and individual concern – an effective remedy or a conventional solution, ELRev 2003, S. 575.

13 EuGH, Rs. 25/62 (Plaumann) Slg. 1963, 213 (238); seitdem st. Rspr.: vgl. nur Rs. 169/84 (COFAZ/Kommission), Slg. 1986, 391, Rn. 22; EuG, Rs. T-2/93 (Air France/Kommission), Slg. 1994, II-323, Rn. 42.

schlagene erweiternde Interpretation der individuellen Betroffenheit in Art. 230 Abs. 4 EG, zum anderen die insbesondere im deutschen Schrifttum entwickelte Konzeption einer von Art. 230 EG unabhängigen Europäischen Grundrechtsbeschwerde.¹⁴

Die Idee der Grundrechtsbeschwerde hat – wegen ihrer tatbestandlichen Konturlosigkeit und ihres ungeklärten Verhältnisses zur Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG letztlich zu Recht – im Rahmen der europäischen Verfassungsdiskussion keine substantielle Unterstützung gefunden. Den Vorschlag der erweiternden Auslegung des Art. 230 Abs. 4 EG hat der EuGH als außerhalb der richterlichen Rechtsfortbildungskompetenz liegend zurückgewiesen.¹⁵

III. Die EuGH-Konzeption dezentralen Rechtsschutzes

Die von Gemeinschaftsmaßnahmen nicht individuell Betroffenen bleiben deshalb auch weiterhin auf den dezentralen Rechtsweg zu den nationalen Gerichten verwiesen. Insoweit hat der Gerichtshof ausdrücklich eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten¹⁶ postuliert, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.¹⁷ Der Gerichtshof hat diese Verpflichtung unlängst in einem Verfahren, in dem es um den klägerischen Versuch der Überprüfung eines (angeblich) unmittelbare Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugenden „Gemeinsamen Standpunktes“ gem. Art. 34 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 lit. a EU (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit) ging, nochmals bekräftigt und konkretisiert. Danach sei der von den Rechtsmittelführern vorgebrachte Rechtsmittelgrund einer Verletzung des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes durch die abschlägige Entscheidung des EuG zurückzuweisen, weil „die Mitgliedstaaten und insbesondere ihre Gerichte die nationalen Verfahrensvorschriften über die Einlegung von Rechtsbehelfen so auszulegen und anzuwenden haben, dass natürliche und juristische Personen die Rechtmäßigkeit jeder nationalen Entscheidung oder jeder anderen nationalen Maßnahme betreffend die Ausarbeitung oder die Anwendung einer Handlung der Europäischen Union ihnen gegenüber gerichtlich anfechten und gegebenenfalls Schadensersatz verlangen können.“¹⁸ Die hier so deutlich herausgehobene gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der nationalen Gerichte

14 Zu dieser insbesondere *Reich*, Zur Notwendigkeit einer europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2000, S. 375 ff.

15 EuGH, Rs. C-263/02 P (Jégo Quéré), Slg. 2004, I-3425, Rn. 36; Rs. 50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, II-6677, Rn. 44.

16 Vgl. zu dieser schon zuvor aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Verpflichtung eingehend *Cremer*, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, S. 229 (S. 236 ff.), mit weiteren Hinweisen zur Herleitung aus dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz i. V. m. Art. 10 EG und auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, der eine entsprechende Verpflichtung nach anfänglicher Verneinung bereits seit längerem anerkennt.

17 EuGH, Rs. C-263/02 P (Jégo Quéré), Slg. 2004, I-3425, Rn. 31 f.; Rs. 50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, II-6677, Rn. 41 f.

18 Vgl. EuGH, Rs. C-355/04 P (Segi u.a.), Rn. 56.

zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes auch und gerade gegenüber den an Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane anknüpfenden nationalen Maßnahmen hat inzwischen auch schon eine (derzeit allerdings noch unvollendete) verfassungsrechtliche Karriere gemacht und ist in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EuV i.d.F. des Lissabonner Vertrages aufgenommen worden.¹⁹

Die damit vom Gerichtshof und vom Primärrecht bekräftigte Grundentscheidung für die Dezentralität des Rechtsschutzes kann sich auf den Grundsatz der Subsidiarität²⁰ und den Gedanken einer effektiven Organisation des Rechtsschutzes im Verhältnis von europäischer und mitgliedstaatlicher Gerichtsbarkeit stützen. Diese Grundentscheidung wird auch durch die ausdrückliche Aufnahme des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes in Art. 47 der Grundrechtcharta nicht in Frage gestellt.²¹ So bestimmte schon die Schlussakte zur Verfassung ausdrücklich, dass die Aufnahme der Rechtsschutzgarantie nicht darauf abziele, das in den Verträgen vorgesehene Rechtsschutzsystem und insbesondere nicht die Bestimmungen über die Zulässigkeit zu ändern.²²

IV. Ungelöste Probleme

Auch wenn man also die Entscheidung für die grundsätzliche Dezentralität des Rechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht nur begrüßen kann, so muss man doch zugleich auch auf die zahlreichen noch bestehenden Probleme dieser Konzeption hinweisen.

1. Auf mitgliedstaatlicher Ebene

Diese liegen vor allem auf der Ebene des mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes. Die mitgliedstaatlichen Rechtsschutzsysteme sind in vielerlei Hinsicht auf die ihnen von Seiten des Gemeinschaftsrechts entgegengebrachten Anforderungen nur ungenügend vorbereitet. So sind insbesondere die prozessualen Instrumente und die materiellrechtlichen Voraussetzungen zu einer Inzidentprüfung von Maßnahmen

19 Vgl. dazu Wegener, in: Calliess/Ruffert, Verfassung der Europäischen Union, 2006, Art. I-29 EGV Rn. 4 ff. Weitergehende Vorstellungen, nach denen die entsprechende Bestimmung die mitgliedstaatlichen Gerichte in ihrer Funktion als Gemeinschaftsgerichte direkt ansprechen sollte, ließen sich gegen den Widerstand nicht zuletzt von deutscher Seite nicht durchsetzen, vgl. dazu Barents, The Court of Justice in the Draft Constitution, MJ 2004, S. 121 (S. 124).

20 Vgl. dazu auch Stellungnahme von Präsident Rodriguez Iglesias, Dok. CONV 572/03; kritisch zu diesem Argument: Cortés Martin, Ubi ius, Ibi Remedium? – Locus Standi of Private Applicants under Article 230 (4) EC at a European Constitutional Crossroads, 11 MJ (2004), S. 233 (S. 253).

21 Mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 47 GRC ablehnend gegenüber der entsprechenden Konzeption des EuGH aber Calliess, Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz, NJW 2002, S. 3577 (S. 3581 f.).

22 Schlussakte zur Europäischen Verfassung, Nr. 12, ABl. 2004, C 310/450; ausführlicher hierzu vor allem im Hinblick auf die Verbindlichkeit der Schlussakte: Koch, Locus standi of private applicants under the EU Constitution: preserving gaps in the protection of individuals' right to an effective remedy, ELRev. 2005, S. 511 (S. 517); Pabel, The Right to an Effective Remedy Pursuant Art. II-107 para. 1 of the Constitutional Treaty, GLJ 2005, S. 1601 (S. 1613).

der Europäischen Gemeinschaft bzw. von nationalen Normen am Maßstab höherrangigen Gemeinschaftsrechts vielfach noch völlig unzureichend entwickelt. Der Gerichtshof hat insoweit bereits damit begonnen, die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für diesen dezentralen Inzidentrechtsschutz zu entwickeln.²³

In Deutschland – soviel sei an dieser Stelle immerhin gesagt – sind die Voraussetzungen insoweit allerdings nicht die schlechtesten: So ist der entsprechende Rechtsschutz im Rahmen einer vorbeugenden Feststellungsklage nach § 43 VwGO²⁴ oder auch einer Verpflichtungsklage²⁵ zu gewähren. Soweit das mitgliedstaatliche Gericht die einschlägige europäische Gesetzgebung für EU-verfassungswidrig erachtet, ist es nach der Rechtsprechung des EuGH²⁶ verpflichtet, die Sache vorzulegen. Soweit die Rechtswidrigkeit eines Gemeinschaftsrechtsaktes im Rahmen einer Feststellungsklage geltend gemacht werden soll, ist der entsprechende Antrag darauf zu richten, festzustellen, dass keine Verpflichtung aus dem für nichtig gehaltenen europäischen Gesetz besteht und eine entgegenstehende Handlung nicht durch einen deutschen Rechtsakt bzw. durch eine deutsche Behörde sanktioniert werden darf.²⁷

Die gegenüber dieser Anwendung der Feststellungsklage geltend gemachten Einwände²⁸ vermochten schon bislang letztlich nicht zu überzeugen. Mit der ausdrücklichen Übernahme der vom EuGH entwickelten Rechtsschutzgewährleistungspflicht in die Verfassungen ist ihnen endgültig der Boden entzogen wor-

23 Ausgangspunkt ist dabei die Entscheidung EuGH, Rs. 158/80 (REWE-Butterfahrten), Slg. 1981, 3655, Rn. 44 in der der Gerichtshof betonte, der EG-Vertrag habe „nicht zusätzlich zu den nach nationalem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen neue Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Gerichten schaffen“ wollen. Das durch den Vertrag und insoweit insbesondere durch Art. 234 EG geschaffene Rechtsschutzsystem setze vielmehr voraus, dass es möglich sein müsse, zur Gewährleistung der Beachtung unmittelbar wirksamen Gemeinschaftsrechts von jeder nach nationalem Recht zugelassenen Klagemöglichkeit unter denselben Voraussetzungen Gebrauch zu machen, wie sie auch für die Durchsetzung nationalem Rechts bestünden. Allerdings haben diese zurückhaltenden Formulierungen schon in der Vergangenheit einer Einflussnahme des Gemeinschaftsrechts etwa auf die Zulässigkeitsvoraussetzung der Klagebefugnis nicht im Wege gestanden; vgl. dazu eingehender *Wegener*, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 80 ff. In jüngster Zeit hat der Gerichtshof die indirekte Einflussnahme auf das nationale Prozessrecht noch verstärkt; vgl. dazu insbesondere EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Rn. 36 ff. zur Notwendigkeit einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Prozessrechts zur Ermöglichung der inzidenten Kontrolle nationaler Normen am Maßstab des Gemeinschaftsrechts.

24 Wie hier: *Calliess*, (o. Fn. 21), NJW 2002, S. 3577 (S. 3581); *Pache*, Rechtsschutzdefizite im europäischen Grundrechtsschutz?, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, S. 193 (S. 207); *Wölker*, Rechtsschutz Privater gegenüber dem europäischen Gesetzgeber, DÖV 2003, S. 570 (S. 576); Beispiele hierzu bei: *Gundel*, Rechtsschutzlücken im Gemeinschaftsrecht, VerwArch Bd. 92 (2001), S. 81 (S. 99 ff.).

25 So kann etwa im Fall einer Anspruchsverkürzung durch EG-Recht der Betroffene einen Antrag auf Anspruchsbescheidung nach altem Recht und bei dessen Ablehnung Verpflichtungsklage erheben; näher dazu *Cremer*, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, S. 229 (S. 240).

26 EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, 4199, Rn. 11 ff.

27 Vgl. *Paehlke-Gärtner*, Gerichtlicher Grundrechtsschutz gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht, VBIBW 2000, S. 13 (S. 18).

28 Vgl. etwa *Petzold*, in: Bruha/Nowak/Petzold (Hrsg.), Grundrechtsschutz für Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, S. 247 (S. 248 f.).

den.²⁹ Insbesondere ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO für derlei Streitigkeiten eröffnet. Zwar ist richtig, dass die Organe der EU grundsätzlich nicht vor deutschen Gerichten verklagt werden dürfen und damit auch deren Rechtsakte an sich nicht Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sein können.³⁰ Jedoch ist mit der oben vorgeschlagenen Formulierung des Feststellungsantrags sichergestellt, dass nicht der Gemeinschaftsrechtsakt selbst zum unmittelbaren Klagegegenstand wird, sondern eine an diesen Rechtsakt anknüpfende (ggfs. künftig zu erwartende) Maßnahme einer deutschen Behörde. Zwar fehlt es nach dieser Konstruktion dort an einem vorbeugenden Rechtsschutz, wo kein auf das Gemeinschaftsrecht gestütztes und die Betroffenen sanktionierendes Verhalten deutscher Behörden abzusehen ist. Auch ist eine schlichte Untersagungsverfügung einer nationalen Behörde möglicherweise abzuwarten. Diese Art der Beschränkungen des Rechtsschutzes gegen Gesetze und Verordnungen kennt aber auch das innerstaatliche Recht. Sie sind mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes zu vereinbaren.

Mit Blick auf die Rechtsschutzsysteme anderer Mitgliedstaaten ist allerdings nicht nur zweifelhaft, ob die entsprechenden Möglichkeiten zur Inzidentprüfung der Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten bestehen. Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob diese Systeme in ihrer Leistungsfähigkeit durchweg den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Die gemeinschaftsrechtliche Einflussnahme auf das nationale Prozessrecht, für die mit der Rechtsprechung des EuGH und den neuen Verfassungsvorgaben der Weg bereitet ist, steht noch ganz am Anfang. Hier ist ein weiterer Großbauabschnitt im Projekt der Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen vorgezeichnet.³¹

2. Auf gemeinschaftlicher Ebene

Auch auf der gemeinschaftlichen Ebene zeigen sich noch eine ganze Reihe von Schwächen im Konzept des dezentralen Rechtsschutzes. Dazu zählt nicht zuletzt der Umstand, dass diese Dezentralität bis heute mittels eines für diese Aufgabe an sich ungeeigneten Kriteriums gesichert wird. Anders als das Recht der EMRK³² und das deutsche Verfassungsrecht bei der Individualverfassungsbeschwerde³³

29 So zutreffend *Gundel*, (o. Fn. 24), VerwArch Bd. 92 (2001) S. 81 (S. 105); *Mayer*, Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, DVBl. 2004, S. 606 (S. 613); *Nettesheim*, Effektive Rechtsschutzgewährleistung im arbeitsteiligen System europäischen Rechtsschutzes, JZ 2002, S. 928 (S. 933).

30 Vgl. *Burgi*, Verwaltungsprozeß und Europarecht, S. 32; *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. A., 2005, § 40 Rn. 37.

31 Zu möglichen Reformnotwendigkeiten: *Pabel*, The Right to an Effective Remedy Pursuant Art. II-107 para. 1 of the Constitutional Treaty, GLJ 2005, S. 1601 (S. 1608); zweifelnd hinsichtlich der notwendigen Reformbereitschaft der Mitgliedstaaten: *Koch*, (o. Fn. 22), ELRev. 2005, S. 511 (S. 518).

32 Vgl. Art. 35 Abs. 1 EMRK.

33 Für das Bundesverfassungsgericht ergibt sich die entsprechende Beschränkung aus Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG. Das Bundesverfassungsgericht hat die Zulässigkeitsvoraussetzung der Rechtswegschöpfung zum Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ausgedehnt. Kritisch dazu: *G. Lübeck-Wolff*, Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde/Die Zulässigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2004, S. 669 ff.

kennt das Gemeinschaftsrecht nämlich keine ausdrückliche Normierung der Subsidiarität des zentralen Rechtsschutzes etwa mit dem Mittel der Rechtswegsverweisung.

Das stattdessen vom EuGH herangezogene Kriterium der individuellen Betroffenheit aus Art. 230 Abs. 4 EG erfüllt die Aufgabe der Feinsteuerung zwischen zentralem und dezentralem Rechtsschutz nur unzureichend. Hauptproblem des Kriteriums ist dabei seine mangelnde Geschmeidigkeit. Die Rechtswegsverweisung des § 90 Abs. 2 BVerfGG gestattet es dem Bundesverfassungsgericht ausdrücklich, über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort zu entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer mit der Verweisung auf den Rechtsweg ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde. Auch auf der Gemeinschaftsebene sprechen – dies aufgezeigt zu haben ist eines der Verdienste der Schlussanträge von GA Jacobs in der Rechtssache UPA³⁴ – gute Gründe für eine *fall(gruppen)-weise* Zulassung zentralen Rechtsschutzes.

Das Kriterium der individuellen Betroffenheit kennt diese an den unterschiedlichen Rationalitäten von dezentralem und zentralem Rechtsschutz orientierten Steuerungsmöglichkeiten nicht. Zwar hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zur individuellen Betroffenheit seinerseits zahlreiche Modifikationen und Fallgruppen entwickelt, die eine gewisse Rücksichtnahme auf solche Kläger erlauben, die des zentralen Rechtsschutzes besonders bedürfen. Die entsprechenden Modifikationen sind aber zum einen durch eine dem Charakter der Gemeinschaft nicht (mehr) angemessene Privilegierung der sog. „Marktbürger“ gegenüber dem einfachen „Unionsbürger“ und gegenüber „public interest groups“ gekennzeichnet.³⁵ Zum anderen können sie wegen der strukturellen Differenz von „Individualität“ und sinnvoller Zuständigkeitsverteilung im Rechtsschutzsystem insgesamt nicht zu einer in letzterer Hinsicht stimmigen Dogmatik fortentwickelt werden. Auf der Grundlage der unzureichenden Maßstäbe des Art. 230 Abs. 4 EG wird es dem Gerichtshof mit anderen Worten bei allem Bemühen auch in Zukunft nicht möglich sein, eine vollständig überzeugende Verteilung der jeweiligen Aufgaben von zentralem und dezentralem Rechtsschutz zu finden.

Eine auf die Rechtswegerschöpfung und ihre ausnahmsweise Entbehrlichkeit abstellende Neuregelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 230 Abs. 4 EG ist deshalb ein Desiderat der europäischen Verfassungsgebung. Der im Lissaboner Vertrag enthaltene neue Art. 263 Abs. 4 AEUV, der aller Wahrscheinlichkeit auch die jetzt bevorstehende Regierungskonferenz überleben wird, ist inso-

34 Rn. 45 ff.

35 Vgl. dazu insbesondere Reich, (o. Fn. 14), ZRP 2000, S. 375 (S. 376). Die Privilegierung der „Marktbürger“, d. h. in der Regel großer Unternehmen, ergibt sich insbesondere aus der Anknüpfung der entsprechenden Erleichterungen an die Durchführung und die Beteiligung an gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Verwaltungsverfahren etwa des Wettbewerbsrechts. Zu der Problematik, die sich (auch) aus der Abhängigkeit dieser Erleichterungen von Verfahrensentscheidungen der Kommission ergibt, Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 230 EGV Rn. 63.

weit allerdings gründlich missraten.³⁶ Zwar bringt er eine Teilstellung vom Erfordernis individueller Betroffenheit. Diese beschränkt sich aber auf untergesetzliche Normen. Dass ausgerechnet diese zukünftig einer erleichterten unmittelbaren zentralen Kontrolle durch die Gemeinschaftsgerichte, die wichtigeren Normen mit Gesetzescharakter aber weiterhin nur einer mittelbaren dezentralen Kontrolle vor den nationalen Gerichten unterliegen, ist mit dem Hinweis auf die besondere Dignität letzterer Normen zwar erklärt – aber nicht rational begründbar. Missraten ist die neue Norm schließlich auch deshalb, weil sie mit dem das entfallene Erfordernis individueller Betroffenheit ersetzen Kriterium des Fehlens von „Durchführungsmaßnahmen“ zwar implizit auf den in diesen Fällen häufig fehlenden dezentralen Rechtsweg anspielt, das Kriterium der Rechtswegerschöpfung aber wiederum nicht ausdrücklich aufnimmt.

Diese Ungeschicklichkeiten werden in der Zukunft für erhebliche Unsicherheiten sorgen: Zum einen lässt sich dezentraler Rechtsschutz nämlich unter Umständen – etwa mit dem Mittel der Feststellungsklage – auch dort dezentral organisieren, wo es an Durchführungsmaßnahmen fehlt. Weil dies gegenüber der europäischen Gesetzgebung im engeren Sinne ohnehin gewährleistet werden muss, lässt sich schon jetzt vorhersagen, dass die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit entsprechendes – schon aus Gründen des Selbstschutzes gegenüber einer übergroßen Zahl von Direktklagen – auch gegenüber untergesetzlichen Rechtsakten zur Pflicht erheben wird. Zum anderen erlaubt die unglücklich formulierte Norm mit ihrem grundsätzlichen Festhalten am Erfordernis individueller Betroffenheit keine Überwindung der bereits eingehend aufgezeigten Strukturprobleme der Rechtsprechung zur Individualnichtigkeitsklage.

C. Die fehlende Nichtvorlagebeschwerde

Nicht zuletzt weil der EuGH an einer dezentralen Konzeption gemeinschaftlichen Rechtsschutzes so entschieden festhält, rückt das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG weiter in das Zentrum des Systems. Schon heute gilt, dass kein anderes Verfahren für die Fortentwicklung und die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts sowie für den effektiven Schutz der sich auf dieses Recht berufenden Einzelnen von solcher Bedeutung ist wie das Vorabentscheidungsverfahren. Schon heute resultiert ein großer Teil der bei dem Gerichtshof anfallenden Rechtssachen aus Vorabentscheidungsersuchen.³⁷ Das Vorabentscheidungsverfahren ist das zentrale Instrument richterlicher Zusammenarbeit³⁸ in Europa und

36 Für eine Darstellung der Norm mit anderer Schwerpunktsetzung vgl. *Pache*, in *Vedder/Heintschel/von Heinegg, EVV*, Art. III-365, Rn. 27 ff.

37 Nach dem Jahresbericht des Gerichtshofs waren knapp die Hälfte (266) aller 2006 vom Gerichtshof erledigten Verfahren (546) Vorabentscheidungen. In den letzten Jahren wies die Entwicklung der Vorabentscheidungen eine im Vergleich zu der der direkten Klagen deutlich ausgeprägte Progression auf.

38 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rn. 8; Rs. 35/99 (Arduino und Compagnia), Slg. 2002, I-1529, Rn. 24.

Hauptbaustein des Kooperationsverhältnisses zwischen nationalen Gerichten und EuGH.³⁹

I. Eine absichtliche Schwäche

Vor diesem Hintergrund muss es aus der Sicht der Individualkläger als wesentliche Schwäche des Vorabentscheidungsverfahrens gelten, dass seine Einleitung allein in den Händen der nationalen Gerichte liegt. Zwar sind die letztinstanzlich entscheidenden Gerichte der Mitgliedstaaten grundsätzlich und die vorinstanzlichen Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen zur Vorlage gemeinschaftsrechtlicher Zweifelsfragen an den EuGH verpflichtet.⁴⁰ Die Parteien des jeweiligen Streitverfahrens können eine solche Vorlage jedoch nur anregen. Ein eigenes Antragsrecht zum EuGH steht ihnen nach der Konstruktion des Verfahrens gem. Art. 234 EG nicht zu und lässt sich *de lege lata* auch nicht begründen.⁴¹ Gemeinschaftsrechtlich sind die Kläger demnach auf die Vorlagebereitschaft der jeweiligen nationalen Gerichte angewiesen. Eine unmittelbare Verbindung zwischen den Parteien des Rechtsstreits und der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit besteht insoweit nicht.

II. Korrekturansätze

Zur wenigstens partiellen Korrektur dieser Schwäche des Vorabentscheidungsverfahrens existiert eine Reihe von Ansätzen.

1. Aufsichtsklage der Kommission

So soll nach nahezu einhelliger Ansicht⁴² die rechtswidrige Nichtvorlage durch ein nationales Gericht eine dem jeweiligen Mitgliedstaat zurechenbare Verletzung des Vertrages darstellen, die von der Kommission oder einem anderen Mitgliedstaat in den Vertragsverletzungsverfahren der Art. 226/227 EG gerügt werden kann. Die Kommission hat allerdings bislang aus Opportunitätserwägungen von einer Klageerhebung wegen unterlassener Vorlage abgesehen.⁴³ Im Hinblick auf die in allen Mitgliedstaaten garantierte Unabhängigkeit der Gerichte und das in Art. 234 EG selbst etablierte System der Zusammenarbeit zwischen nationaler

39 Eingehender zur vergleichsweise großen Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens, *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 234 EGV Rn. 1 f.

40 Näher dazu *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 234 EGV Rn. 23 ff.

41 Näher dazu *Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997, S. 267 m. w. N.

42 Vgl. nur *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze, 2004, Art. 234, Rn. 70 m.w.N.

43 Die von *Meier*, Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, EuZW 1991, S. 11, berichtete förmliche Einleitung eines entsprechenden Vertragsverletzungsverfahrens gegen einen Nichtzulassungsbeschluss des BGH hat nicht zur Klageerhebung geführt.

und gemeinschaftlicher Gerichtsbarkeit dürfte sich die auf diesem Wege erreichbare Kontrolle auch rechtlich auf Fälle systematischer, evidenter oder grundsätzlich bedeutsamer Vorlagepflichtverletzungen beschränken müssen.⁴⁴

2. Verfassungsbeschwerde

Beschränkt auf Fälle willkürlicher Nichtvorlage ist die innerstaatlich am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts ausgerichtete Kontrolle. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG verletzt die Unterlassung der nach Art. 234 EG gebotenen Vorlage an den EuGH das grundrechtsgleiche Gebot des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.⁴⁵ Dem Einzelnen erwächst so die Möglichkeit, die Nichtvorlage im Wege der Verfassungsbeschwerde zu rügen. Um nicht in die Rolle eines obersten Vorlagen-Kontroll-Gerichts zu geraten,⁴⁶ hält das BVerfG allerdings entgegen gegenteiligen Forderungen im Schrifttum⁴⁷ auch für den Fall des Art. 234 EG am Erfordernis einer „objektiv willkürlichen“ Unterlassung fest.⁴⁸ Danach wird die Vorlagepflicht insbesondere in solchen Fällen „unhaltbar gehandhabt“, in denen ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkennt. Gleiches gilt, wenn zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vorliegt oder wenn eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet hat. Auch die Grundrechtsrelevanz einer entscheidungserheblichen Frage kann ihre Vorlage nahelegen. Erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nach Auffassung des BVerfG dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzu-

44 A.A. Ehrcke, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 234 EGV, Rn. 45, der im Interesse des Individualrechtschutzes für eine weniger restriktive Handhabung plädiert.

45 BVerfGE 73, 339 (366) (Solange II); 82, 159 (192 ff.); EuGRZ 1988, S. 113 und S. 120; EuR 1987, S. 333; EuR 1988, S. 190 ff. Zur parallelen Entscheidungspraxis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, vgl. EuGRZ 1996, S. 529.

46 Zu dieser Motivation ausdrücklich: BVerfG, NVwZ 2001, S. 1148 (S. 1149).

47 Vedder, Ein neuer gesetzlicher Richter?, NJW 1987, S. 526 (S. 530 f.); Wölker, Wann verletzt eine Nichtvorlage an den EuGH die Garantie des gesetzlichen Richters?, EuGRZ 1988, S. 97 (S. 100 ff.); Rodi, Vorlageentscheidungen, gesetzlicher Richter und Willkür, DÖV 1989, S. 750 (S. 761 f.); Nicolaysen, Europarecht I, 2002, S. 215 f. Vgl. auch Heitsch, Prüfungspflichten des Bundesverfassungsgerichts unter dem Staatsziel der europäischen Integration, EuGRZ 1997, S. 461 (S. 469), für die Annahme, aus Art 23 Abs. 1 S. 1 GG ergebe sich zwingend eine Verschärfung des Prüfungsmaßstabs.

48 Möglicherweise werden sich aber die nicht zuletzt durch das BVerfG selbst geweckten Erwartungen, die Rücksicht auf Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts könnte eine strengere verfassungsgerichtliche Kontrolle von Nichtvorlageentscheidungen mit sich bringen, erfüllen, vgl. dazu BVerfG, NJW 1997, S. 2512; BVerfG, NJW 2001, S. 1267 = EuZW 2001, S. 255, zur Bedeutung der Entscheidung vgl. auch Kube, Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrecht und Vorlagepflicht des BVerwG nach Art. 234 III EGV, JuS 2001, S. 858 (S. 860 f.).

ziehen sind. Eine Kontrolle anhand dieser Maßstäbe ist dem BVerfG grundsätzlich nur möglich, wenn ihm die Gründe hinreichend sicher bekannt sind, aus denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht von einer Vorlage an den EuGH abgesehen hat.⁴⁹

3. Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Bei einer Verletzung der Vorlagepflicht kommt darüber hinaus auch eine Beschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren in Betracht. Zwar hat der Gerichtshof entsprechende Beschwerden bislang durchweg als unbegründet verworfen. Nach seiner ständigen Rechtsprechung könnten willkürliche Nichtvorlagen an den EuGH aber eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen.⁵⁰ Mit dem Kriterium der Willkür stellt der Gerichtshof für Menschenrechte auf ein aus der entsprechenden Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts vertrautes Kriterium ab. Auch hier ist das Bemühen zu erkennen, nicht zum obersten Kontrollorgan für Nichtvorlageentscheidungen im gemeinschaftsrechtlichen Zusammenhang zu avancieren. Die Möglichkeit, sich an den Gerichtshof für Menschenrechte zu wenden, könnte dennoch für die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen Bedeutung erlangen, in denen es an einer der Verfassungsbeschwerde wegen der Verletzung des Gebots des gesetzlichen Richters vergleichbaren Kontrollmöglichkeit fehlt.⁵¹

4. Haftungsklage

Lange war ungeklärt, ob eine Haftung der Mitgliedstaaten bei Verletzungen des Gemeinschaftsrechts und/oder der Vorlagepflicht bestehe. Mit seinem Urteil in der Rechtssache Köbler hat der EuGH erstmals in dieser Frage entschieden.

Anders als in der Literatur zuvor vorgeschlagen,⁵² hat sich der Gerichtshof dabei nicht zu einer unbesehnen Anerkennung der jeweiligen in den mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen entwickelten Haftungsbeschränkungen für judikatives Unrecht verstanden.⁵³ Die Entscheidung über Art und Maß der Haftung für ein

49 Vgl. BVerfG, NVwZ 1993, S. 883.

50 Vgl. Beschlüsse des EGMR, Rs. (Societe Divagsa v. Spain) Nr. 20631/92, D.R. 74, p. 279; (Moosbrugger v. Austria), Nr. 44861/98, 25.1.2000; (Canela Santiago v. Spain), Nr. 60350/00; (Pedersen und Pedersen v. Dänemark), Nr. 68693/01. Zu weiteren Aspekten der Prüfung der Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch den EGMR: *Daiber*, Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR?, EuR 2007, S. 406 ff.

51 Dazu, dass dies in einer Vielzahl der Mitgliedstaaten der Fall ist: *Kokott/Henze/Sobotta*, Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung, JZ 2006, S. 633 (S. 637, Fn. 44 m.w.N. zur Rechtslage in Österreich).

52 Dazu umfassend *Wegener*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte?, EuR 2002, S. 785.

53 Insoweit besonders deutlich jetzt EuGH, Rs. C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo), Rn. 30 ff. in der der Gerichtshof die Anwendung der im italienischen Recht vorgesehenen Beschränkung der Haftung für judikatives Unrecht auf die Fälle unterinstanzlicher und vorsätzlich oder grob fehlerhaft falscher Gerichtsentscheidungen für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt.

richterliches Fehlverständnis gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben soll sich vielmehr zumindest in erster Linie gemeinschaftsrechtlich bestimmen.

Nach Maßgabe der Köbler-Entscheidung ist eine solche Haftung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie ist aber auf eine Haftung für „offenkundige“ Fehlentscheidungen beschränkt.⁵⁴ Der Gerichtshof nimmt dabei richtigerweise nicht Rücksicht auf die Unabhängigkeit der nationalen Justiz⁵⁵ sondern auf die materielle Beständigkeit der von ihr getroffenen Entscheidungen. Mit der Beschränkung auf offenkundige Fehlurteile werden unbegrenzten Wiederaufnahmen letztinstanzlich abgeschlossener Auseinandersetzungen im Gewand der Haftungsklage enge Grenzen gesetzt. Das die Haftung begrenzende Merkmal der „Offenkundigkeit“ sollte dementsprechend als einschränkende Konkretisierung der aus der bisherigen Rechtsprechung bekannten Haftungsvoraussetzung der „hinreichend qualifizierten“ Verletzung des Gemeinschaftsrechts verstanden werden.⁵⁶

Wie die hinreichend qualifizierte Verletzung, weist jedoch auch deren „Offenkundigkeit“ ein erhebliches Maß an Unschärfe auf. Bei seiner Konkretisierung ist nach der Entscheidung für eine gemeinschaftsrechtliche Ausgestaltung der Haftung für judikatives Unrecht der Gerichtshof gefordert, die schwierige Balance zwischen dem durch eine ausufernde Anerkennung der Haftung gefährdeten Rechtsfrieden und der Kooperation mit den mitgliedsstaatlichen Gerichten einerseits und dem notwendigen Individualrechtsschutz andererseits zu finden. Zu einem Regelinstrument zur Überprüfung von Nichtvorlageentscheidungen nationaler Gerichte dürfte und sollte die Haftungsklage entgegen mancherorts bereits geäußerter Bedenken⁵⁷ jedenfalls nicht mutieren.

III. Verbleibende Defizite und ein moderater Vorschlag zur Vertragsänderung

All den skizzierten Kontroll- und Sanktionsmechanismen für die Verletzung der Vorlagepflicht ist gemein, dass sie keine unmittelbare Verknüpfung zwischen den

54 EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239, Rn. 53; vgl. zu diesem Urteil die Besprechungen von: *Khuth*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen – Schlussstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung – Zugleich ein Plädoyer für eine zeitgemäße Reform des deutschen Staatshaftungsrechts, DVBl 2004, S. 393; *Kremer*, Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte, NJW 2004, S. 480; *Obwexer*, Staatshaftung für offenkundig gegen Gemeinschaftsrecht verstößendes Gerichtsurteil, EuZW 2003, S. 726; *von Danwitz*, Zur Frage der mitgliedsstaatlichen Haftung für judikatives Unrecht, JZ 2004, S. 3010; *Wegener*, (Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, EuR 2004, S. 84.

55 Diese erscheint – ebenso wie im rein nationalrechtlichen Kontext – durch die Anerkennung einer *Staatshaftung* jedenfalls solange nicht gefährdet, wie der Rückgriff auf den fehlestscheidenden Richter ausgeschlossen oder doch zumindest seinerseits eng begrenzt bleibt, näher dazu EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239, Rn. 41 f.; *Wegener*, siehe oben Fn. 54, EuR 2004, S. 84 ff. sowie *Wegener/Held*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte, Jura 2004, S. 479.

56 *Wegener*, siehe oben Fn. 54, EuR 2004, S. 84 (S. 90).

57 Vgl. die entsprechenden Befürchtungen bei *Haltern*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, VerwArch 2005, S. 311 ff.

Parteien des Ausgangsrechtsstreits und der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit erlauben. Die Parteien können sich mit ihrer Klage über die Verletzung der Vorlagepflicht an die verschiedensten Spruchkörper wenden. Ausgerechnet der Zugang zu der Gerichtsbarkeit, deren abschließende Entscheidung sie begehren – zu der des EuGH – ist ihnen aber verwehrt. Schon auf den ersten Blick mutet diese Konzeption erstaunlich an. Die Kontrolle der rechtmäßigen Anwendung des zentralen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Rechtsschutzverfahrens erfolgt praktisch nicht durch die gemeinschaftsrechtliche Höchstgerichtsbarkeit selbst, sondern wird überwiegend Gerichten anvertraut, die in das Verfahren als solches nicht eingebunden und für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts an sich nicht zuständig sind.

Auch in der Sache bringt diese „schiefe“ Konstruktion eine Reihe schwerer Nachteile mit sich. So verhindert sie bis heute die Wahrnehmung des EuGH als eines gerade für den Rechtsschutz des Einzelnen überragend wichtigen Spruchkörpers. Der aus der Rechtsschutzgewährleistung erwachsende Respekt und die ihm folgende grundsätzliche Akzeptanz einer Höchstgerichtsbarkeit gelten folgerichtig immer noch in stärkerem Maße den nationalen (Verfassungs-)Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als dem EuGH.

Im Wege der Vertragsänderung sollten deshalb zumindest die heute schon bestehenden Kontrollmechanismen bei der Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 EG aus den Händen der nationalen (Verfassungs-)Gerichte und des EGMR in die Kompetenz der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit⁵⁸ überführt werden. In einem ersten Schritt könnte man sich dabei auf die Einrichtung einer den Parteien des nationalen Rechtsstreits zur Verfügung stehenden Nichtvorlagebeschwerde⁵⁹ für die Fälle der offensichtlichen oder willkürlichen Verletzung der Vorlagepflicht beschränken. Die vom EuGH verteidigten Beschränkungen des zentralen Rechtsschutzes bei Art. 230 Abs. 4 EG⁶⁰ wären nach der Einführung einer solchen, den dezentralen Individualrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht komplettierenden, Beschwerdemöglichkeit jedenfalls leichter hinzunehmen, als dies heute vielen erscheint.

58 Dabei wäre insbesondere die Frage der Zuordnung der Nichtvorlagebeschwerde zum EuGH bzw. zum EuG zu klären. Die entsprechenden primärrechtlichen Grundlagen dieser Zuordnung enthält schon heute Art. 225 Abs. 3 EG. Für eine Zuordnung zum EuGH spricht dabei der in einer stattgebenden Entscheidung liegende Eingriff in die Rechtsprechungshoheit der mitgliedstaatlichen Gerichte, für eine Zuordnung zum EuG der vermutlich exzessionelle Charakter solcher Entscheidungen.

59 Einen weiteren Anlass zur Einführung einer Nichtvorlagebeschwerde und der mit ihr ermöglichten zentralen Kontrolle der Vorlagepraxis der nationalen Gerichte durch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit könnte eine nach Mitgliedstaaten (oder nach Gerichtszweigen) stark unterschiedliche Vorlagefreudigkeit der nationalen Gerichte bieten. Hinsichtlich beider Aspekte kann auf die vom Gerichtshof selbst veröffentlichten Statistiken zurückgegriffen werden, vgl. Jahresbericht 2006, abrufbar unter http://curia.europa.eu/de/instit/presentationfr/rapport/stat/06_cour_stat.pdf. Danach ergeben sich durchaus gewisse Auffälligkeiten (vergleichsweise große Vorlagezahlen aus den Benelux-Staaten und aus Österreich, vergleichsweise geringere Vorlagezahlen aus dem Vereinigten Königreich, keine Vorlagen des Bundesverfassungsgerichts). Inwieweit solchen Auffälligkeiten echte Defizite in der Vorlagepraxis entsprechen, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

60 Dazu bereits. o. S. 47 ff.

D. Der Numerus Clausus der Klagearten

Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte enthält der EG-Vertrag nur einen eng begrenzten „numerus clausus“ direkter Klagearten, die eine Kontrolle des Handelns der Gemeinschaftsorgane ermöglichen. Dazu gehören insbesondere die Nichtigkeits-, die Untätigkeits- und die Schadensersatzklage.

Es fehlen demnach eine ganze Reihe der aus dem deutschen Recht vertrauten Klagearten. Das gilt für die Verpflichtungs- und die allgemeine Leistungsklage, sowie für die Feststellungsklage hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses.

I. Eine vernachlässigte Schwäche

In der Literatur wird dieser Mangel als solcher allerdings kaum gewürdigt.⁶¹ Kaum jemand scheint diese weiteren Klagearten ernsthaft zu vermissen.⁶² Ihr Fehlen wird mit dem Hinweis auf die entsprechende französische – inzwischen ihrerseits aber weithin überholte⁶³ – Tradition zwar erklärt,⁶⁴ aber nicht weiter problematisiert. Mehr als die tröstend gemeinte – in der Sache aber sehr begrenzt überzeugende – Bemerkung, als Ersatz für die Verpflichtungsklage diene die Untätigkeitsklage nach Art. 232 EG,⁶⁵ findet sich nicht. Im Gegenteil wird der europäische Verzicht auf die Verpflichtungsklage gelegentlich als sinnvoll und nachahmenswert ausdrücklich gelobt. Positiv Lösungen für ein Problem zu finden, sei Sache der Verwaltung. Wenn der Richter insoweit einen rechtlichen Rahmen abstecken oder gar „Spruchreife“ herstellen solle, so gerate er allzu leicht in die Versuchung, eine „richtige“ Lösung gleich mitzuliefern.⁶⁶

II. Negative praktische Konsequenzen

Gegenüber einer solchen, das Problem verharmlosenden Darstellung ist auf die erheblichen negativen Folgen der Beschränkung der Klagearten im Gemein-

61 Kritische Anmerkungen finden sich kaum. Der Hinweis von *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht, 1996, S. 178, Fn. 362 auf eine solche Kritik bei *Adam*, Die Kontrolldichte-Konzeption des EuGH und der deutschen Gerichte, 1993, S. 39 f. (S. 43); geht fehl.

62 So fehlen entsprechende Hinweise etwa in den Standardlehrbüchern von *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 2006 und von *Koenig/Pechstein/Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, 2002.

63 Näher dazu u. S. 68.

64 Vgl. zur französischen Tradition: *Koch*, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 102; *Classen*, (o. Fn. 61), S. 21 f., S. 24 f.

65 *Schwarze*, Der Rechtsschutz Privater vor dem Europäischen Gerichtshof: Grundlagen, Entwicklungen und Perspektiven des Individualrechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2002, S. 1297 (S. 1299); ihm folgend aber *Fredriksen* (S. 123); in der Sache kann der Hinweis nicht überzeugen, weil die Untätigkeitsklage zum einen allein im Fall völliger Untätigkeit von EG-Organen statthaft ist und zum anderen auch nach dieser Klageart allein eine Entscheidung über das „Ob“, nicht aber über das genaue „wie“ der zu treffenden Verwaltungsmaßnahme zu erreichen ist.

66 So *Classen*, (o. Fn. 61), S. 178.

schaftsrecht hinzuweisen. Solche negativen Folgen zeigen sich – anders als man zunächst vermuten könnte – nicht allein im Bereich der Leistungsverwaltung, sondern auch bei der schlichten Rechtmäßigkeitskontrolle, also auf dem klassischen Feld der Nichtigkeitsklage.

1. Rechtsschutzdefizite gegenüber der EU-Leistungsverwaltung

Wie nachteilig – man könnte auch sagen: wie rechtsstaatlich bedenklich⁶⁷ – sich das Fehlen der Verpflichtungs- bzw. der allgemeinen Leistungsklage auswirken kann, zeigt sich naturgemäß besonders deutlich im Bereich der Leistungsverwaltung. Zwar ist der Bereich, in dem natürliche und juristische Personen Leistungsansprüche unmittelbar gegenüber der EU-Verwaltung durchsetzen müssen, noch recht schmal. Die Zahl entsprechender Verfahren nimmt aber etwa im Bereich des Markenrechtsschutzes, der Agrarmarktordnungen und durch die Einrichtung zentraler Zulassungsverfahren (z. B. für gentechnisch veränderte Organismen⁶⁸) ständig zu. Den von dieser (kaum immer „guten“⁶⁹) Verwaltung abhängigen Einzelnen steht bis heute kein Rechtsschutzinstrument zur Verfügung, mit dem sie die Missachtung der ihnen zustehenden Ansprüche effektiv durchsetzen könnten.

Nur beispielhaft sei dies hier anhand von Verurteilungen des Rates wegen der Verletzung von Informationszugangsansprüchen Einzerner⁷⁰ aufgezeigt. In den Rechtssachen Kuijzer/Rat⁷¹ beantragte der Kläger, der an der Universität Utrecht zu Fragen des Asyl- und Einwanderungsrechts lehrt und forscht, Zugang zu Dokumenten in denen die politische und menschenrechtliche Situation in einer Reihe von Drittländern beschrieben und Fragen wie die nach der Lage der in diese Länder abgeschobenen Asylbewerber und die diesen ggfs. zur Verfügung stehenden inländischen Fluchtalternativen beantwortet wurden. Der Rat lehnte den Zugang zu den betreffenden Dokumenten unter Hinweis auf den Schutz der internationalen Beziehungen der Gemeinschaft teilweise ab.

Auf die erste vom Kläger erhobene Nichtigkeitsklage hin erklärte das EuG die ablehnende Entscheidung des Rates für nichtig. Sie genüge zum einen nicht den Begründungserfordernissen des Art. 253 EG und beruhe zum anderen insoweit auf einer unverhältnismäßigen Anwendung einer Ausnahmebestimmung zum

67 Everling, Das Verfahren der Gerichte der EG im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Mitgliedstaaten, in: Grote u.a. (Hrsg.), Die Ordnung in Freiheit, FS Starck 2007, S. 535 (S. 550) spricht insoweit zu Recht davon, dass Leistungs- und Feststellungsansprüche gegenüber der Gemeinschaftsverwaltung nach dem System des Vertrages in einer „geradezu archaischen Form durchgesetzt werden“ müssten.

68 Vgl. dazu Wegener, Das neue deutsche Gentechnikrecht in der Landwirtschaft – Zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in Deutschland, in: Calliess/Härtel/Veit (Hrsg.), Neue Haftungsrisiken in der Landwirtschaft, 2007, S. 79 ff.

69 Zum Recht auf „gute“ Verwaltung aus Art. 41 GRCh bzw. Art. II-101 VV, vgl. Galetta/Grzeszick, in: Tettlinger/Stern, GRCh, 2006, Art. 41; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 41 GRCh.

70 Kritisch zu den Schwächen des Rechtsschutzes vor den Gemeinschaftsgerichten (auch mit Blick auf die Verfahrensdauer) insoweit auch Castenholz, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 187.

71 EuG, Rs. T-188/98 2000 (Kuijzer I); Rs. T-211/00 (Kuijzer II). Die Rechtssachen Kuijzer bilden keine Einzelfälle; vgl. daneben etwa EuG, Rs. T-124/96 (Interporc I), Slg. 1998, II-231; Rs. T-92/98 (Interporc II).

Recht auf freien Informationszugang, als der Rat es abgelehnt habe, Zugang wenigstens zu solchen Teilen der Dokumente zu gewähren, die für den Schutz der internationalen Beziehungen der Gemeinschaft ohne Bedeutung seien.

In Reaktion auf dieses Urteil erließ der Rat eine erneute Entscheidung, in der er dem Antrag des Klägers in geringfügig erweitertem Umfang stattgab, seine Ablehnung des Zugangs aber wesentlichen mit gleichfalls geringfügig ergänzter Begründung aufrechterhielt.

Auf die erneute Klage Kuijers erklärte das Gericht erster Instanz die erneute Ablehnung wiederum für nichtig. In Ansehung der fraglichen Dokumente (die das Gericht *in camera* beurteilt hatte)⁷² erscheine auch die ergänzte Begründung des Rates als nicht tragfähig und die Anwendung des Ausnahmetatbestandes des Schutzes der internationalen Beziehungen mit Blick auf den Inhalt der fraglichen Dokumente im wesentlichen „offenkundig“ überzogen. Auch der Umstand, dass die Dokumente Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten erkennen ließen, rechtfertige keine andere Beurteilung. Lediglich hinsichtlich der gelegentlichen Nennung von Informanten mochte das EuG eine Geheimhaltungsbedürftigkeit einzelner Dokumentpassagen anerkennen.

Auch nach zwei erfolgreichen Klageverfahren in gleicher Sache und mehr als vier Jahre nach dem ursprünglichen Informationszugangsbegehren blieb der Kläger nach dieser erneuten Verurteilung des Rates auf eine entsprechende positive Bescheidung seines Antrages durch das verurteilte Organ angewiesen.

2. Rechtsschutzdefizite bei der Rechtmäßigkeitskontrolle

Rechtsschutzdefizite ergeben sich aus dem „numerus clausus“ der Klagearten aber auch bei der an sich durch die Nichtigkeitsklage geleisteten Rechtmäßigkeitskontrolle.

Hierfür sei beispielhaft auf das Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Sache Volksmudschaheddin/Rat hingewiesen. Die Volksmudschaheddin, eine das iranische Regime bekämpfende Organisation mit Hauptsitz in Paris, wandten sich mit einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG gegen einen Beschluss des Rates, mit dem dieser die Organisation auf eine Liste terroristischer Vereinigungen gesetzt hatte. Die Listung bewirkt die Einfrierung aller Konten der Organisation und aller sonstigen ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel. Jede Form öffentlicher Unterstützung oder privatwirtschaftlicher Beziehungen, jeglicher Geschäftsverkehr mit den Volksmudschaheddin ist allen Institutionen und Privatpersonen innerhalb der Union damit untersagt. Hinzu kommen staatliche Überwachungsmaßnahmen, Passentzug und Reiseverbote. Den Anhängern drohen der Widerruf ihres Asylstatus sowie die Verweigerung von Einbürgerungen.

72 Vgl. Rn. 69 des Urt. in der Rs. T-211/00 (Kuijer II).

Auf die bereits 2002 erhobene Klage hin verwarf das EuG den Beschluss des Rates im Dezember 2006 als nichtig. Er genüge nicht den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren, die Begründung und die Ermöglichung effektiver gerichtlicher Kontrolle belastender Hoheitsakte.⁷³

Unter Missachtung der Nichtigkeitswirkung des EuG-Urteils beließ der Rat die Organisation einstweilen auf der Liste und leitete ein erneutes Prüfverfahren und eine Anhörung der Organisation ein. Inzwischen hat der Rat die für seine Listung gegebene Begründung nachgebessert. Die Volksmudschaheddin werden danach – trotz öffentlicher Zweifel an den Motiven für diese Entscheidung⁷⁴ – weiterhin auf der Liste terrorverdächtiger Organisationen geführt. Den Anlass für dieses ungewöhnliche und rechtswidrige Vorgehen dürften die Regularien des für die Listungsentscheidungen zuständigen Ratsausschusses gegeben haben. Ein erneutes „Listing“ der Volksmudschaheddin hätte danach nämlich nur einstimmig erfolgen können. Ein entsprechender Konsens der Mitgliedstaaten soll nach Presseberichten zwischenzeitlich aber nicht mehr vorhanden sein.⁷⁵ Die Volksmudschaheddin haben gegen die Nichtbeachtung der Nichtigerklärung durch das EuG wiederum Nichtigkeitsklage erhoben.⁷⁶

III. Die Notwendigkeit weiterer Klagearten

Beide Beispiele zeigen die eklatanten Schwächen eines auf die Nichtigkeits-, Untätigkeits- und Schadensersatzklage beschränkten Rechtsschutzsystems. Effektiver Rechtsschutz ist in diesem System vielfach nicht zu erreichen. So fehlt es

- 73 EuG, Rs. T-228/02 (Volksmudschaheddin), Rn. 160 ff. Im Unterschied zu den Verfahren in den Rs. Yusuf und Kadi [EuG, Rs. T-306/01 (Yusuf u. a./Rat u. Kommission), Slg. 2005, II-3533 und Rs. T-315/01 (Kadi/Rat u. Kommission), Slg. 2005, II-3649] beschränkte sich das Gericht vorliegend nicht auf eine Überprüfung der Listungsentscheidung am Maßstab der Verletzung völkerrechtlichen *ius cogens*, weil die Listungsentscheidung des Rates hinsichtlich der Volksmudschaheddin nicht durch eine entsprechende Entscheidung des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen präjudiziert war. Das EuG hat inzwischen mit gleichlautender Begründung weitere Listungsentscheidungen des Rates aufgehoben, vgl. dazu EuG, Rs. T-47/03 (Sison/Rat); Rs. T-327/03 (Al Aqsa/Rat).
- 74 Der Spiegel 23/2007, S. 124 f. berichtet von mehr als hundert Mitgliedern des Europäischen Parlaments, die gegen die Entscheidung protestiert hätten und vermutet, die Volksmudschaheddin würden nur deshalb weiterhin auf der Liste terrorverdächtiger Organisationen geführt, weil wichtige Mitgliedstaaten dies als ein strategisch und wirtschaftspolitisch wertvolles Entgegenkommen gegenüber den Machthabern in Teheran ansahen.
- 75 Soweit der Spiegel 23/2007, S. 124 f. davon berichtet, dass eine Reihe von Mitgliedstaaten ein „De-listing“ der Volksmudschaheddin forderten, sich wegen des Einstimmigkeitserfordernisses gegen eine entsprechenden Weigerung insbesondere des Vereinigten Königreichs nicht durchzusetzen vermöchten, so wird damit der rechtlichen Wirkung der EuG-Entscheidung nicht hinreichend Rechnung getragen: Die Entscheidung bewirkt die Nichtigkeit des Listungsbeschlusses soweit er die Volksmudschaheddin betrifft. Ein „De-Listing“ der Organisation ist deshalb nicht erforderlich. Im Gegenteil müsste – soll es bei einer Listung der Organisation „bleiben“ – eine erneute Listungsentscheidung getroffen werden. Weil hierfür wiederum Einstimmigkeit erforderlich ist, liegt es in der Macht der gegenüber der Listung der Volksmudschaheddin kritischen Mitgliedstaaten, eine entsprechende Entscheidung zu verhindern.
- 76 EuG, Rs. T-157/07. Anhängig sind nach Der Spiegel 23/2007, S. 124 außerdem noch drei weitere ähnliche Klagen, darunter die der kurdischen PKK. Die Klage der letzteren ist vom EuG, Rs. T-229/02 (PKK u. KNK/Rat), Slg. 2005, II-239 zwar zunächst als unzulässig verworfen worden. Auf das gegen dieses Urteil eingelegte Rechtsmittel hin hat der EuGH, Rs. C-229/05 P, Rn. 107 ff. die Klage aber in weiten Teilen für zulässig erachtet und zur Entscheidung in der Sache an das EuG zurückverwiesen.

nicht nur an der Möglichkeit, die Gemeinschaftsorgane auf ein bestimmtes zukünftiges Handeln oder auf eine sonstige Leistung zu verpflichten. Auch das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses lässt sich nicht gerichtlich feststellen. Allein die Einführung einer allgemeinen Leistungs-/Verpflichtungsklage könnte hier Abhilfe schaffen.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass auch die Leistungs-/Verpflichtungsklage nicht notwendig zu einer Verurteilung der Gemeinschaftsorgane zu einem bestimmten Tun führe. Insbesondere dort wo den Organen ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt, werden die Gerichte zwar mitunter nicht zu einer Letzentscheidung in der Lage sein, die die Organentscheidung ersetzt. Die entsprechenden Grenzen des Inhalts einer Verpflichtungentscheidung der Gerichte sind aus § 113 Abs. 3 und Abs. 5 VwGO bekannt. Wo Spruchreife nicht hergestellt werden kann, sind auch die deutschen (Verwaltungs-) Gerichte darauf beschränkt, die Behörde zu einer erneuten Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung der Auffassung des Gerichts zu verurteilen.

Solches lässt sich grundsätzlich auch mit der Nichtigkeitsklage erreichen. Die oben referierte Entscheidung in der Sache Kuijers II bietet einen eindrucksvollen Beleg für die Bemühungen der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, ein wenig einsichtig handelndes Gemeinschaftsorgan auf die sich auch aus einem Nichtigkeitsurteil ergebende Verpflichtung zur Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts hinzuweisen. Zwar sei es, heißt es in der Entscheidung mit Blick auf die beschränkte Wirkung des Nichtigkeitsurteils, „nicht Sache des Gerichts, sich an die Stelle des Rates zu setzen und anzugeben, bei welchen Passagen [der streitbefangenen Dokumente] es gegebenenfalls einen offensichtlichen Beurteilungsfehler darstellt, den Antrag auf Zugang mit den in der angefochtenen Entscheidung angegebenen Gründen abzulehnen.“ Der Rat müsse „jedoch bei der Durchführung dieses Urteils die vom Gericht hierzu gegebenen Hinweise berücksichtigen“.⁷⁷

Der entscheidende Unterschied zur Nichtigkeitsklage liegt aber auch nur zum Teil im möglichen Inhalt des Urteilstenors. Zwar hat schon die Pauschalität des Nichtigkeitstenors – wie die Sache Volksmudschaheddin zeigt – den nicht gering zu achtenden Nachteil, den Gemeinschaftsorganen ihre offenkundige Ignoranz gegenüber den eigentlichen Urteilstwicklungen zu erleichtern. Wichtiger erscheint aber das erweiterte Prüfprogramm der Gerichte, das die Leistungs-/Verpflichtungsklage gegenüber der Nichtigkeitsklage bringt. Der Nichtigkeitskläger und damit zugleich das ihm Recht gebende Gericht sind darauf beschränkt, die Fehlerhaftigkeit des vom beklagten Organ konkret durchgeführten Verfahrens und der konkret gegebenen Begründungen zu rügen bzw. festzustellen. Diese Beschränkung wird noch dadurch verschärft, dass die Gemeinschaftsgerichte sich in ihrer Prüfung regelmäßig nicht mit allen vorgebrachten Nichtigkeitsgründen auseinandersetzen. Im Gegenteil stellen sie die entsprechende Prüfung regelmäßig schon dann ein,

77 EuG, Rs. T-211/00, Rn. 72.

wenn sich die Nichtigkeit der angegriffenen Maßnahme aus einem der vorgebrachten Gründe ergibt.⁷⁸

Demgegenüber weitet die Leistungs-/Verpflichtungsklage dieses Prüfprogramm hinsichtlich aller dem Gericht und den Prozessparteien zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung zur Verfügung stehenden Informationen aus. Das Gericht wird – wie bereits erwähnt – verpflichtet mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln „Spruchreife“ herzustellen⁷⁹ und sich deshalb mit allen im Zeitpunkt der Entscheidung denkbaren Einwänden gegen den klägerischen Anspruch auseinanderzusetzen. Auch dort, wo ausnahmsweise nicht „durchentschieden“ werden kann, ist es den Gerichten möglich, den entscheidungsbefugten Organen Vorgaben für die zu treffenden Zweitentscheidungen zu machen. Die Verpflichtungsklage vermeidet damit weitestgehend das potentiell unbegrenzte „try and error“-Verfahren, das sich aus der Beschränkung auf die Nichtigkeitsklage ergeben kann.

IV. Vorbild Frankreich??!

Gegenüber dieser Analyse der rechtsstaatlichen Schwächen des „numerus clausus“ der Klagarten im Gemeinschaftsrecht kann auch der Hinweis auf die französische Rechtsordnung nur noch sehr eingeschränkt verfangen.⁸⁰

In Frankreich hat man nämlich 1995⁸¹ die Nichtigkeitsklage – den sog. „*recours pour excès de pouvoir*“ – nach intensiver Diskussion der rechtsstaatlichen Schwächen des eng begrenzten Aktionensystems⁸² um die Möglichkeit sog. „injonctions“ ergänzt. Sie erlauben es den Gerichten, auf Antrag die zur Vollstreckung ihrer Entscheidungen erforderlichen Maßnahmen vorzuschreiben.⁸³ Auch wenn im theoretischen Ausgangspunkt wie im Detail noch Unterschiede bestehen, so zeigt das neuere französische Recht doch eine deutliche Annäherung an das Modell der Verpflichtungsklage. In der Praxis stehen den französischen (Verwaltungs-) Gerichten heute weitgehend die gleichen Möglichkeiten zur Verpflichtung der Verwaltung auf ein bestimmtes Tun zu, wie sie aus dem deutschen Recht vertraut sind.⁸⁴

78 Vgl. etwa EuG, Rs. T-92/98 (Interporc II), Rn. 49. Somit ist die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, [...] ohne dass die übrigen dafür von der Klägerin vorgetragenen Klagegründe untersucht zu werden brauchten“.

79 Zu dieser grundlegenden Verpflichtung: *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *VwGO*, § 113, Rn. 46 ff.; *Classen*, (o. Fn. 62), S. 11 f.; *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2003, § 26, Rn. 20; wg. der Verbindung mit dem Amtsermittlungsgrundsatz, vgl. § 86 *VwGO* und *BVerwG* 10, 202 (204); 63, 356 (357 f.); 69, 202 (208 f.).

80 Zu der Problematik dieses Hinweises angesichts des von der Gemeinschaftsrechtsordnung bis heute nicht hinreichend nachvollzogenen rechtsstaatlichen Wandels des französischen Prozessrechts eingehend: *Everling*, (o. Fn. 67), S. 535 ff. (insbesondere S. 546 ff.).

81 Gesetz Nr. 95-125 v. 8.2.1995, J.O. v. 9.2.1995, S. 2175.

82 Vgl. die N. bei *Koch*, (o. Fn. 64), u. a. auf S. 197, Fn. 612.

83 Vgl. zum Ganzen eingehend: *Koch*, (o. Fn. 64), S. 189 ff.; sowie (knapper und vor allem mit Blick auf die vor 1995 bestehenden Rechtslage) *Classen*, (o. Fn. 61), S. 19 f.

84 In der Wertung wie hier: (o. Fn. 64) *Koch*, S. 196 ff.

Diese französischen Entwicklungen hin zu einem umfänglicheren System der Klagearten bzw. zu einer ausgebauten Entscheidungsmacht der Gerichte gegenüber der Verwaltung finden ihre Entsprechung im Übrigen in der Rechtsentwicklung einer ganzen Reihe weiterer Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Insbesondere die einschlägigen traditionellen Beschränkungen der Rechtsordnungen des romanischen Rechtskreises sind inzwischen erheblich relativiert worden.⁸⁵

V. Systemerweiterung de lege lata oder (nur) de lege ferenda?

Für das Gemeinschaftsrecht stellt sich nach alldem die Frage, wie die notwendige Ergänzung des Rechtsschutzsystems um weitere Klagearten erreicht werden kann. Dabei soll es hier allein darum gehen, ob eine solche Ausweitung bereits nach geltendem EG-Vertragsrecht zulässig wäre oder ob sie sich allein im Wege der Vertragsänderung erreichen ließe.

Blickt man für die Beantwortung dieser Frage zunächst einmal auf die parallele Diskussion im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsprozessrecht, so scheint eine richterrechtlich in Szene zu setzende Ausweitung de lege lata durchaus naheliegend. Nach ganz herrschender Meinung stehen nach deutschem Recht nämlich das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG und die umfassende Rechtswegeröffnung durch § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Annahme eines „*numerus clausus*“ der (verwaltungsprozessualen) Klagearten entgegen. Für jede hoheitliche Handlung, die in die Rechte eines Bürgers eingreife, muss danach eine statthafte Klageart zur Verfügung stehen.⁸⁶ Die auch in der deutschen Diskussion nachweisbare Vorstellung eines geschlossenen verwaltungsprozessualen Systems enumerativ aufgezählter Klagearten wird mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben mit Recht zurückgewiesen.⁸⁷

Eine ähnliche Argumentation ließe sich auch für das Gemeinschaftsrecht ohne weiteres entwickeln. Auch hier ist – wie bereits gezeigt werden konnte – das Gebot effektiven Rechtsschutzes als ein konstitutionelles Prinzip der europäischen Rechtsgemeinschaft anerkannt. Der Europäische Gerichtshof hat aus diesem Gebot darüber hinaus konkrete Forderungen für die Bereitstellung effektiver Klagearten im mitgliedstaatlichen Prozessrecht abgeleitet. Nach dieser durch den Verfassungsvertrag aufgegriffenen Rechtsprechung müssen die Mitgliedstaaten, um die Gewährleistung der durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechte Einzelner sicherzustellen, ggf. auch neue, ihren Prozessrechten bislang unbekannte Rechtsschutzmöglichkeiten schaffen.⁸⁸ Was hiermit von den Mitgliedstaaten ver-

85 Vgl. dazu nur *Everling*, (o. Fn. 67), S. 535 (S. 543 ff.) mit Hinweisen auf entsprechende Entwicklungen in Spanien und Portugal sowie in den Niederlanden und Großbritannien.

86 *Hufen*, (o. Fn. 79), S. 219 f. Zum Gebot lückenlosen Rechtsschutzes auch *BVerfGE* 22, 106 (110); 58, 1 (40).

87 Vgl. dazu auch *Huber*, *JZ* 1996, S. 893 mit kritischer Anm. zu insoweit missverständlichen Formulierungen in *BVerwGE* 100, 262 (Mietspiegel).

88 Vgl. dazu bereits o. S. 49 ff.

langt wird, müsste – so ließe sich vertreten – im Bereich der Direktklagen auch das Gemeinschaftsrecht selbst zu leisten in der Lage sein.

Den Ansatzpunkt für eine erweiternde Rechtsprechung zu weiteren direkten Klagearten vor den Gemeinschaftsgerichten könnte dabei Art. 233 EG bieten. Wenn die Gemeinschaftsorgane danach die sich aus einem Urteil der Gemeinschaftsgerichte „ergebenden Maßnahmen zu ergreifen“ haben, so ließe sich hieraus durchaus ein Auftrag der Gemeinschaftsgerichte ableiten, entsprechende Vorgaben auch tatsächlich zu entwickeln und ihr (noch) auf eine rein kassatorische Kontrolle ausgerichtetes Prüfprogramm zu erweitern.

Derzeit verstehen die Gemeinschaftsgerichte – ungeachtet der bereits angedeuteten tastenden Versuche zu einer Umorientierung – Art. 233 EG aber eher in einem gegenteiligen Sinne. Folgerichtig haben sie klägerische Versuche, mit dem Mittel der Nichtigkeitsklage eine mehr als nur kassatorische Entscheidung zu erreichen, bislang gerade unter Berufung auf Art. 233 EG durchweg als unzulässig zurückgewiesen.⁸⁹

In der Tat sprechen denn auch eine ganze Reihe von – hier im einzelnen noch nicht abschließend zu beurteilenden – Gründen gegen eine Ergänzung des Systems der direkten Klagen im Gemeinschaftsrecht allein durch richterliche Rechtsfortbildung. Schon Art. 220 EG erklärt den Gerichtshof und das Gericht erster Instanz zur Wahrung des Rechts nur insoweit für berufen, als sie dabei „im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten“ handeln.⁹⁰ Dafür, dass die Vorschrift die Gemeinschaftsgerichte auf eine Judikatur in den Grenzen der vom EG-Vertrag ausdrücklich vorgesehenen Klagearten begrenzt, spricht auch das in Art. 7 Abs. 1 S. 2 EG normierte Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung. Schon nach dem Wortlaut der Bestimmung gilt es auch für den Gerichtshof und verwehrt diesem grundsätzlich eine eigenmächtige Erweiterung seiner Zuständigkeiten.

Vor diesem Hintergrund hat sich der EuGH bislang lediglich zu punktuellen interpretatorischen Erweiterungen seiner Rechtsprechungsbefugnisse bereit gefunden und erst unlängst in seiner – oben skizzierten – Rechtsprechung zur Nichtigkeitsklage Einzelner nach Art. 230 Abs. 4 EG die Grenzen einschlägiger Rechtsfortbildung betont.⁹¹ Allerdings wurde dem Gerichtshof in den dort entschiedenen Fällen die Abweisung der Kläger durch den Verweis auf den vor nationalen Gerichten zu erreichenden Rechtsschutz erleichtert bzw. – mit Blick auf das EU-Verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes – überhaupt erst ermöglicht. Diese Möglichkeit des Verweises besteht hinsichtlich der sich aus dem „numerus clausus“ der Direktklagen zu den Gemeinschaftsgerichten ergebenden

89 St. Rspr., vgl. nur EuGH, verb. Rs. 142 u. 156/84 (BAT u. Reynolds), Slg. 1987, 4487 (4571) Rn. 13; Rs. 294/81 (Control Data), Slg. 1983, 911 (Ls. 3); Rs. C-314/91 (Weber), Slg. 1993, I-1093 (1110), Rn. 13 f.; Rs. C-199/91 (Sart-Tilman), Slg. 1993, I-2667 (2693), Rn. 17 f.; Rs. C-412/92 P (Meskens), Slg. 1994, I-3757 (3775 f.), Rn. 27 ff.; Rs. C-353/01 P (Mattila), Slg. 2004, I-1073, Rn. 15 f.; EuG, Rs. T-450/93 (Lisrestal), Slg. 1994, II-1177, Rn. 54 f.

90 Dazu auch Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2007, Art. 220 EGV Rn. 2, 18 f.

91 Vgl. dazu bereits o. S. 47 ff.

Rechtsschutzbeeinträchtigungen regelmäßig nicht. Eine richterrechtliche Erweiterung des Systems der Direktklagen zu den Gemeinschaftsgerichten erscheint deshalb zwar nicht unbedingt wahrscheinlich, aber auch nicht ausgeschlossen.

Die bessere Lösung bestünde dennoch in einer entsprechenden ausdrücklichen Ergänzung des EG-Rechtsschutzsystems durch eine von den Mitgliedstaaten als den Herren der Verträge vorzunehmenden Vertragsänderung. Trotz der hier aufgezeigten Notwendigkeit einer Ergänzung des EU-Rechtsschutzsystems stehen die Chancen eines solchen Unterfangens angesichts eines noch laufenden Reformprozesses, in dem eine Ausweitung der Klagearten bislang keine Rolle spielt, allerdings mehr als schlecht.

Einstweiliger Rechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht

von Alina-Maria Lengauer*

A. Einleitende Bemerkungen

Der Versuch, die Praxis einstweiliger Anordnung auf Grundlage des Gemeinschaftsrechts durch nationale Gerichte sowie durch die europäischen Gerichtshöfe selbst anhand der Anforderungen von Rechtsstaatlichkeit untersuchen zu wollen, führt zunächst zu der Suche nach den Konturen des rechtsstaatlichen Prinzips im Gemeinschaftsrecht.

Auf der Suche nach diesen Konturen bietet sich zunächst die Heranziehung der Vorschrift des Art. 220 EG an: Diese bildet die Grundlage für die Qualifikation der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft; diese Bestimmung sieht in ihrem Kernsatz vor, „dass der Gerichtshof und das Gericht der Europäischen Gemeinschaft die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages im Rahmen ihrer Zuständigkeit sichern.“

Daher wird diese Vorschrift als Fundament für die Verfassungsordnung der Europäischen Gemeinschaft angesehen.¹

Art. 220 EG weist in seiner Gesamtheit eine organisationsrechtliche und eine materiellrechtliche Komponente auf. Während im Rahmen der organisationsrechtlichen Komponente diese Bestimmung gemeinsam mit Art. 4 EG die Zuständigkeit des EuGH als Verfassungsorgan der Gemeinschaft festlegt, richtet die materiellrechtliche Komponente des Art. 220 EG wiederum an sämtliche Organe und Institutionen der EG sowie an ihre Mitgliedstaaten den Auftrag der „Wahrung des Rechts“, soweit diese mit der Auslegung und mit der Anwendung des EG-Vertrages befasst sind.

B. Das Rechtsstaatsprinzip im Gemeinschaftsrecht: Versuch einer Skizze

Die Suche nach den Anforderungen des Verfassungsprinzips der Rechtsstaatlichkeit lässt jedenfalls bei zwei grundsätzlichen, jedoch eher grob gefassten Anforderungen Einhelligkeit in Judikatur und Literatur aufkommen. Diese Anforderungen lauten: Die Europäische Gemeinschaft müsse den Schutz von Grund- und Menschenrechten ermöglichen und garantieren sowie umfassenden Rechtsschutz

* Prof. Dr. Alina-Maria Lengauer, Abteilung Europarecht des Instituts für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung an der Universität Wien.

1 EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts gegen Europäisches Parlament), Slg 1986, 1357, 1365; EuGH, Gutachten 1/91 („EWR I“), I-6079, I-6105.

für Organe der Gemeinschaft, ihre Mitgliedstaaten und natürliche und juristische Personen gewährleisten.²

Bei einer näheren Betrachtung der ersten, oben genannten Anforderung an das Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit fällt sogleich auf, dass diese in der Rechtsprechung des EuGH³ frühe Verankerung findet. Die Ableitung von Grund- und Menschenrechten als allgemeine Rechtsgrundsätze findet unter Hinweis auf das Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit statt.⁴

Während dies einen Hinweis für die Bedeutung des Verfassungsprinzips der Rechtsstaatlichkeit darstellt, so lässt sich dennoch der Spruchpraxis und der Argumentation des EuGH nicht ein Standard entnehmen, dem der Schutz von Grund- und Menschenrechten in der Gemeinschaft genügen müsse, um rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden. Der Schutz von Grund- und Menschenrechten und der in diesem Bereich zu wahrnehmende Standard wird vielmehr vom EuGH aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowie den völkerrechtlichen Verträgen, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, erschlossen.⁵ Der EuGH erachtet sich in dieser Aufgabe als nicht an das grundrechtliche Schutzniveau eines einzelnen Mitgliedstaates gebunden; Grundrechte müssen zwar von der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen werden, sich jedoch in Ziele und Strukturen der EG einfügen.⁶

Die Anforderung der Wahrung eines umfassenden Rechtsschutzes kann ebenfalls auf die Vorschrift des Art. 220 EG zurückgeführt werden. Nach Ansicht des EuGH garantiert Art. 220 EG im Rahmen des EG-Vertrages ein umfassendes Rechtsschutzsystem, innerhalb dessen dem EuGH die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe obliegt.⁷

Während auch der Anforderung der Gewährung eines umfassenden Rechtsschutzes nicht ein allgemeiner Standard entnommen werden kann, so kann jedenfalls der wörtlichen Bedeutung dieses Prinzips jedenfalls entnommen werden, dass die Nichtgewährung von Rechtsschutz gegen das Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit verstöße.

Bisweilen werden in der Literatur zusätzliche Anforderungen an das Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit gestellt: Es sind dies die Anforderung demokratische Legitimation an gemeinschaftsrechtliche Willensbildungs- und Ent-

2 Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545; Frowein, Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, S. 316 ff.

3 EuGH, Rs. 29/69 (Erich Stauder gegen Stadt Ulm), Slg. 1969, 419; EuGH, Rs. 4/73 (Nold gegen Kommission), Slg. 1974, 491; EuGH, Rs. 804/79 (Kommission gegen Vereinigtes Königreich), Slg. 1981, 1045.

4 EuGH, Rs. 4/73 (Nold gegen Kommission), Slg. 1974, 491.

5 EuGH, Rs. 29/69 (Stauder/Stadt Ulm), Slg. 1969, 419; EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1970, 1125; EuGH, Rs. 44/79 (Liselotte Hauer/Land Rheinland Pfalz), Slg. 1979, 3727.

6 EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1970, 1125.

7 EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts/Europäisches Parlament), Slg. 1986, 1357, 1365.

scheidungsprozesse⁸ und Teilung der Gewalten.⁹ Um der Gefahr der Überfrachtung des Verfassungsprinzips der Rechtsstaatlichkeit und, damit notwendigerweise verbunden, der Gefahr eines zusätzlichen Verlustes an Präzision vorzubeugen, sollen diese Strukturmerkmale und Strukturanforderungen dem demokratischen Grundprinzip zugeordnet werden.

Schließlich vertreten manche Autoren die Auffassung, das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit lasse sich im Allgemeinen nicht präzise definieren – höchstens sei es möglich, einen Rechtsstaat strukturell zu beschreiben: Nämlich als Gesetzesstaat, Verfassungsstaat und Rechtsschutzstaat.¹⁰

Daher soll im Folgenden im Hinblick auf das Thema dieser Untersuchung an dem Begriff „Rechtsschutzstaat“ angesetzt werden, und damit an dem Erfordernis der Gewährung umfassenden Rechtsschutzes nach Art. 220 EG. Hierfür erscheint eine nähere Betrachtung des Speziellen, nämlich der Voraussetzungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht, erforderlich.

C. Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsrecht

I. Einleitende Bemerkungen

Die in Art. 242 EG und 243 EG für den EuGH vorgesehene Möglichkeit, einstweilige Anordnungen zu erlassen, ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundatzes sämtlicher Mitgliedstaaten; dieser besagt, dass während laufenden Verfahren nicht bereits vollendete Tatsachen geschaffen werden sollen, welche nach Ablauf des Verfahrens in der Hauptsache zu nicht wiedergutzumachenden Schäden führen können.¹¹

In Verbindung mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des *effet utile* des Gemeinschaftsrechts soll mittels einstweiliger Anordnung sichergestellt werden, dass eine Endentscheidung von EuG oder EuGH volle Wirksamkeit entfalten kann.

Die Anzahl der Anträge zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes verzeichnet seit Mitte der neunziger Jahre einen sprunghaften Anstieg.¹² Dieser Anstieg geht vermutlich Hand in Hand mit einer Ausweitung der Tätigkeiten der Gemeinschaft auf rechtlichem Gebiet.

8 Frowein, Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, S. 316 (S. 323); Seeler, Die rechtsstaatliche Fundierung der EG-Entscheidungsstrukturen, EuR 1990, S. 99 (S. 101).

9 Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006, S. 75.

10 Schäffer, Entwicklungsperspektiven des Rechtsstaates, in Magiera/Sommermann (Hg.), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa, Forschungssymposium Detlef Mertens, S. 18 (S.19).

11 EuGH, Rs. C-393/96 P (R) (Antonissen/Rat und Kommission), Slg. 1997, I-441; EuG, Rs. T-179/96 R (Antonissen/Kommission und Rat), Slg. 1996, II-425.

12 Castillo de la Torre, Interim Measures in Community Courts: Recent Trends, CMLR 2007, S. 273 (S. 274).

II. Das System des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Europäischen Gerichten

Da die Einbringung einer Klage beim EuGH nicht mit Suspensiveffekt ausgestattet ist, sieht Art. 242 EG die Aussetzung der Durchführung der angefochtenen Gemeinschaftshandlung durch einstweilige Anordnung vor. Art. 242 EG ermöglicht damit zunächst die Aussetzung der Durchführung einer Maßnahme eines Gemeinschaftsorgans, die Rechtswirkungen entfaltet und vollziehbar ist.

Lex specialis zu Art. 242 EG ist Art. 256 Abs. 4 EG; diese Bestimmung ermöglicht die Aussetzung einer Zwangsvollstreckung einer auf Zahlung gerichteten Entscheidung des Rates oder der Kommission. *Lex generalis* zu Art. 242 EG und zur Art. 256 Abs. 4 EG ist Art. 243 EG. Diese Bestimmung sieht den Erlass einer einstweiligen Anordnung als Leistungsanordnung vor. Wenn die Aussetzung der Durchführung einer angefochtenen Handlung nach Art. 242 EG für einen effektiven Rechtsschutz des Klägers nicht ausreichend erscheint, ist die parallele Einbringung eines Antrags auf einstweilige Anordnung nach Art. 243 EG zulässig und förderlich.¹³

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach Art. 242 EG und nach Art. 243 EG werden seitens des Gerichtshofes jedoch gemeinsam geprüft.¹⁴

Der EuGH kann grundsätzlich eine einstweilige Anordnung nur dann erlassen, wenn er auch für das Verfahren in der Hauptsache zuständig ist; ein Antrag auf eine einstweilige Anordnung kann daher nur gemeinsam mit einer Klage in der Hauptsache eingebbracht werden. Sowohl ein Antrag auf Aussetzung der Durchführung einer Maßnahme der Gemeinschaft als auch ein Antrag auf einstweilige Anordnung sind als *akzessorische Rechtsbehelfe* zu der Klage im Hauptverfahren zu betrachten.

Folglich können Gegenstand des Verfahrens in der Hauptsache für einstweilige Anordnungen nach Art. 242 EG und nach Art. 243 EG bloß Maßnahmen der Gemeinschaft sein, welche mittels der in Art. 230 EG, 234 EG oder 236 EG vorgesehenen Klagen bekämpft werden.

III. Zuständigkeit zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Nun zu Fragen der Zuständigkeit: Aufgrund der akzessorischen Natur des Rechtsbehelfs der einstweiligen Anordnung erlässt der EuGH dann eine einstweilige Anordnung, wenn der Gerichtshof sich für die Klage im Hauptverfahren für zuständig erachtet.

Die Prüfung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung beschränkt sich auf eine *prima facie* Prüfung der Zuständigkeit des EuGH in der Hauptsache; eine eingehende

13 EuGH, Rs. C-257/93 R (Van Parijs/Rat und Kommission), Slg. 1993, I-3917.

14 EuGH, Rs. 792/79 R (Camera Care/Kommission), Slg. 1980, 119.

Prüfung der Zuständigkeit wird mit Hinweis auf den provisorischen Charakter einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.¹⁵

Der EuGH beschränkt sich dabei auf eine Grobprüfung bzw. auf eine Prüfung der offensichtlichen Unzulässigkeit. Der EuGH lässt daher einen Antrag auf einstweilige Anordnung zu, wenn die Klage mit großer Wahrscheinlichkeit den Schluss auf Zulässigkeit nahe legt.¹⁶

IV. Klageberechtigung

Die Befugnis, einen Antrag auf einstweilige Anordnung zu stellen, entspricht folglich der Klageberechtigung im Hauptsacheverfahren. Antragsberechtigt sind daher Organe der EG, Mitgliedstaaten sowie natürliche und juristische Personen, sofern sie im Verfahren der Hauptsache klageberechtigt sind.

Aufgrund der Akzessorietät der Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bedürfen privilegierte Klageberechtigte, *i.e.* Organe der Gemeinschaft und Mitgliedstaaten keines Nachweises eines Rechtsschutzinteresses. Während sich dies für die Organe der Gemeinschaft aus den jeweiligen Vertragsbestimmungen ergibt – etwa für die Europäische Kommission aus Art. 226 EG – sind die Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Mitgliedschaft im Rat für die Wahrung der wesentlichen Interessen der Gemeinschaft und des öffentlichen Interesses verantwortlich. Daher kann diese Gruppe von Klägern einen Antrag auf einstweilige Anordnung auch zum Schutze der Rechte Dritter erheben.¹⁷

Semi-privilegierte Kläger sowie natürliche und juristische Personen (nicht privilegierte Kläger) müssen glaubhaft machen, dass sie zur Erhebung der Klage im Hauptsacheverfahren befugt sind.¹⁸

Der EuGH prüft, ob der Antrag auf einstweilige Anordnung Anhaltspunkte enthält, die auf eine vorläufige Zulassung der Klage schließen lassen; diese Prüfung soll verhindern, dass eine Maßnahme der Gemeinschaft im Wege einer einstweiligen Anordnung ausgesetzt wird, und anschließend im Hauptsacheverfahren die Klage als unzulässig zurückgewiesen wird.¹⁹

V. Gegenstand einer einstweiligen Anordnung

Nun zu dem Gegenstand eines Antrags auf eine einstweilige Anordnung: Art. 83 § 1 Abs. 2 VerfO EuGH und Art. 104 § 1 VerfO EuG sehen einen unmittelbaren

15 Borchardt, Award of Interim Measures, S. 209; EuGH, Rs. 160/88 R (Fedesa/Rat), Slg. 1988, 4121.

16 EuGH, Rs. 65/87 R (Pfizer/Kommission), Slg. 1987, 1691; EuGH, Rs. C-106/90 R (Emerald Meats/Kommission), Slg. 1990, I-3377; EuGH, Rs. C-117/91 (Bosman/Kommission), Slg. 1991, 3353; EuG, T-10/92 R, T-11/92 R, T-12/92 R, T-14/92 R, T-15/92 R (Cimenteries/Kommission), Slg. 1992, II-1571; EuG, T-310/97 R (Niederländische Antillen/Rat), Slg. 1998, II-455.

17 EuGH, Rs. 42/82 R (Kommission/Frankreich), Slg. 1982, 199.

18 EuGH, Rs. 1/84 R (Ilford/Kommission), Slg. 1984, 423; EuGH, Rs. 160/88 R (Fedesa/Rat), Slg. 1988, 4121.

19 EuGH, Rs. 160/88 R (Fedesa/Rat), Slg. 1988, 4121.

Zusammenhang zwischen dem Gegenstand des Antrags auf einstweilige Anordnung und dem Verfahren in der Hauptsache vor.

Mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung kann daher nicht ein Ergebnis begehr werden, das bei Obsiegen im Verfahren zur Hauptsache nicht erlangt werden könnte²⁰ oder ein Vorteil, welcher mit dem Gegenstand der Klage im Hauptsacheverfahren nicht unmittelbar verknüpft ist.²¹

Gegenstand eines Antrages auf einstweilige Aussetzung des Vollzugs einer Maßnahme nach Art. 242 EG kann jede Maßnahme der Gemeinschaft sein, welche geeignet ist, Rechtswirkungen zu erzeugen und vollzogen werden kann.²²

Das Kriterium der Notwendigkeit der Erzeugung von Rechtswirkungen ergibt sich aus der Akzessorietät des einstweiligen Rechtsschutzes zu dem Verfahren in der Hauptsache. So ist etwa für die Anfechtbarkeit eines Rechtsaktes nach Art. 230 EG die Erzeugung von Rechtswirkungen erforderlich.²³

D. Einstweiliger Rechtsschutz vor nationalen Gerichten

Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach Art. 242 EG sind sowohl der EuGH als auch nationale Gerichte zuständig; letztere dürfen mittels einstweiligen Rechtsschutzes die Vollziehung eines nationalen Verwaltungsaktes aussetzen, der etwa aufgrund einer EG-Verordnung erlassen wurde. Eine derartige einstweilige Anordnung ist dann zulässig, wenn das nationale Gericht erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung hat und ein Vorabentscheidungssuchen an den EuGH gemäß Art. 234 EG richtet.

Weiters muss die Entscheidung des nationalen Gerichts dringlich sein und dem Antragsteller ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden drohen. Schließlich muss das Interesse der Gemeinschaft angemessen berücksichtigt werden; entsprechend dem Grundsatz des *effet utile* darf der Verordnung der Gemeinschaft nicht jede praktische Wirksamkeit genommen werden, wenn diese nicht sofort angewandt wird.

Wenn die Aussetzung der Vollziehung des nationalen Verwaltungsrechtsaktes ein finanzielles Risiko für die Gemeinschaft darstellt, so muss das nationale Gericht bei Bedarf finanzielle Sicherheiten fordern.²⁴

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung im nationalen Recht eines Mitgliedstaates richten sich nach jenen Voraussetzungen, die für einstweiligen Rechtsschutz vor den Gemeinschaftsgerichten anzuwenden sind.

20 EuGH, Rs. 16/63 (Leroy/Hohe Behörde), Slg. 1963, 461; EuGH, Rs. C-313/90 R (CIRFS ua/Kommission), Slg. 1991, I-2557.

21 EuGH, Rs. 88/76 R (Société pour l'Exportation des Sucres/Kommission), Slg. 1976, 1585.

22 EuGH, Rs. 136/79 (National Panasonic/Kommission), Slg. 1980, 2033.

23 EuGH, Rs. 60/81 (IBM/Kommission), Slg. 1981, 2639.

24 EuGH, Rs. C-143/88 und C-92/89 (Zuckerfabrik Süderedithmarschen und Zuckerfabrik Soest/Hauptzollamt Itzehoe und Hauptzollamt Paderborn), Slg. 19991, I-415; EuGH, Rs. C-465/93 (Atlanta u.a./Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft), Slg. 1995, I-3761.

E. Begründetheit eines Antrags auf einstweilige Anordnung: Zu den Voraussetzungen im Einzelnen

Art. 83 § 2 VerfO EuGH und Art. 104 § 2 VerfO EuG enthalten Präzisierungen zu der Formulierung der Art. 242 EG und 243 EG, welche dem EuGH einen Ermessensspielraum für die Aussetzung des Vollzugs einer angefochtenen Handlung oder den Erlass einer einstweiligen Anordnung zusprechen. Diese Bestimmungen sehen vor, dass ein Antrag auf einstweilige Anordnung den Streitgegenstand bezeichnen muss und somit einen Hinweis auf ein rechtsanhängiges Verfahren in der Hauptsache enthalten muss. Weiters müssen die Umstände angeführt werden, aus denen sich die Dringlichkeit und die Notwendigkeit der beantragten Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ergibt.²⁵

I. Zur Voraussetzung „Dringlichkeit“

Die Voraussetzung der Dringlichkeit eines Antrags auf einstweilige Aussetzung des Vollzugs einer Gemeinschaftsmaßnahme oder auf Erlass einer einstweiligen Anordnung liegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dann vor, wenn eine einstweilige Entscheidung notwendig ist, um zu verhindern, dass dem Antragsteller ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entsteht.²⁶

Der Antragsteller trägt die Beweislast, dass er die Entscheidung im Verfahren zur Hauptsache nicht abwarten kann, ohne einen Schaden zu erleiden, der schwere und nicht wiedergutzumachende Folgen hat.²⁷

II. Der Schadensbegriff als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung

Ein von dem Antragsteller geltend gemachter Schaden kann dann als schwerer und nicht wieder gutzumachender Schaden gewertet werden, wenn der dem Antragsteller drohende Schaden schwere und nicht wiedergutzumachende Folgen nach sich zieht.²⁸

Der Antragsteller hat die Gefahr eines hinreichend gegenwärtigen Schadenseintrittes glaubhaft zu machen. Dies schließt aus, dass der Antragsteller sich bloß auf einen ungewissen und vom Zufall abhängigen Schaden beruft,²⁹ Art und Ausmaß

25 Für einen Überblick vgl. Burianski, Vorläufiger Rechtsschutz gegen belastende EG-Rechtsakte – Lasset alle Hoffnung fahren?, EWS 2006, S. 304 (S. 307).

26 EuGH, Rs. C-257/90 R (Italsolar/Kommission), Slg. 1990, I-3841; EuGH, Rs. C-313/90 R (CIRFS u.a./Kommission), Slg. 1991, I-2557.

27 EuGH, Rs. 152/88 R (Sofrimport/Kommission), Slg. 1988, 2931; EuGH, Rs. T-79/95 R und T- 80/95 R (SNCF und British Railways Board/Kommission), Slg. 1995, II-1433.

28 EuGH, Rs. 20/81 R (Arbed/Kommission), Slg. 1981, 721; EuGH, Rs. 120/83 (Raznoimport/Kommission), Slg. 1983, 2573; Castillo de la Torre, Interim Measures in Community Courts: Recent Trends, CMLR 2007, S. 273 (S. 288).

29 EuG, Rs. T-168/95 R (Eridania/Rat), Slg. 1995, II-2817.

des drohenden Schadens sind konkret glaubhaft zu machen.³⁰ Ein ausschließlich finanzieller Schaden kann nur unter besonderen Umständen als ein nicht wieder gutzumachender Schaden angesehen werden, da ein solcher Schaden nach Obsiegen des Antragstellers im Verfahren zur Hauptsache grundsätzlich Gegenstand eines finanziellen Ausgleichs sein kann.³¹

Ein finanzieller Schaden ist jedoch dann als schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden zu werten, wenn der Antragsteller Gefahr läuft, seine Tätigkeit aufgrund von Verlusten, welche bis zur Entscheidung im Verfahren zur Hauptsache hinzunehmen wären, einstellen zu müssen.³²

Schadenersatzleistung käme nämlich nach Obsiegen im Verfahren zur Hauptsache zu spät, wenn mittlerweile Konkurs des Antrag stellenden Unternehmens eintritt.³³ Handelt es sich bei dem Antragsteller um ein Unternehmen, so sind neben der materiellen Lage des Antragstellers insbesondere auch die Merkmale des Konzerns zu berücksichtigen, zu dem der Antragsteller (gegebenenfalls) gehört.³⁴

III. Interessenabwägung

Die Interessen des Antragstellers an der einstweiligen Aussetzung des Vollzugs oder am Erlass einer einstweiligen Anordnung ist gegen die Interessen des Antragsgegners am sofortigen Vollzug der Maßnahme oder dem *status quo* abzuwegen.³⁵

Die vom EuGH vorzunehmende Interessenabwägung zwischen den widerstrebenden Interessen von Antragsteller und Antragsgegner erfolgt anhand der Wichtigkeit der geltend gemachten Schutzgüter.³⁶

Darüber hinaus sehen Art. 83 § 2 VerfO EuGH und Art. 104 § 2 VerfO EuG vor, dass ein Antragsteller die Notwendigkeit der Aussetzung des Vollzugs einer Maßnahme und einer einstweiligen Anordnung in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht glaubhaft zu machen hat.

Das Kriterium der Notwendigkeit einer einstweiligen Anordnung wird vom EuGH im Sinne einer summarischen Prüfung der Klagegründe gehandhabt, welche die Klage in der Hauptsache begründet erscheinen lassen.³⁷

30 EuG, Rs. T-86/96 R (Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen und Hapag Lloyd/Kommission), Slg. 1998, II-641.

31 EuG, Rs. T-168/95 R (Eridania/Rat), Slg. 1995, II-2817.

32 EuGH, Rs. 20/81 R (Arbed/Kommission), Slg. 1981, 721; EuGH, Rs. 120/83 (Raznoimport/Kommission), Slg. 1983, 2573; EuGH, Rs. 152/88 R (Sofrimport/ Kommission), Slg. 1988, 2931.

33 EuGH, Rs. 92/78 R (Simmenthal/Kommission), Slg. 1978, 1129; EuGH, Rs. 152/88 R (Sofrimport/ Kommission), Slg. 1988, 293.

34 EuGH, Rs. C-43/98 (Camar/Kommission und Rat), Slg. 1998, I-1815.

35 EuGH, Rs. C-195/90 R (Kommission/BRD), Slg. 1990, I-2715.

36 EuGH, Rs. C-180/96 R (Vereinigtes Königreich/Kommission „BSE“), Slg. 1996, I-3903.

37 EuGH, Rs. 246/82 R (Favre/Kommission), Slg. 1983, 199; EuG, Rs. T-79/95 R und T-80/95 R (SNCF und British Railways Board/Kommission), Slg. 1995, II-1433; EuGH, Rs. C-180/96 R (Vereinigtes Königreich/Kommission „BSE“), Slg. 1996, I-3903.

Art. 86 VerfO EuGH sieht vor, dass die Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Aussetzung des Vollzugs einer Maßnahme der Gemeinschaft durch einen mit Gründen versehenen Beschluss ergeht. Dieser Beschluss ist unanfechtbar. Art. 105 § 2 VerfO EuG normiert einstweilige Anordnungen des EuG in ähnlicher Weise; dessen Beschlüsse können jedoch nach Art. 50 Abs. 2 der Satzung EuGH binnen zwei Monaten angefochten werden.³⁸

Ein Beschluss im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt durch die Präsidenten von EuGH und EuG. Diese können die Beschlussfassung gem. Art. 85 Satzung EuGH und Art. 106 Satzung EuG jedoch auf die zuständigen Spruchkörper übertragen.

Eine Entscheidung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes kann gem. Art. 84 § 2 VerfO EuGH und Art. 105 § 2 VerfO EuG von Amts wegen abgeändert oder aufgehoben werden.

Bei Erlass einer einstweiligen Verfügung besitzt der EuGH einen weiten Ermessensspielraum: Während der Wortlaut des Art. 242 EG bloß die Aussetzung oder Nicht-Aussetzung der Durchführung einer Maßnahme der Gemeinschaft vorsieht, ist ständige Rechtsprechung von EuGH und EuG, dass einer einstweiligen Anordnung nach Art. 242 EG Bedingungen und Auflagen beigefügt werden können.³⁹

Art. 86 § 3 VerfO EuGH und Art. 107 § 3 VerfO EuG sehen vor, dass eine Entscheidung des EuGH im Wege einer einstweiligen Anordnung (spätestens) mit der Verkündung des Endurteils außer Kraft tritt.

F. Praxis und Wertung

Die Anforderungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vor den Gemeinschaftsgerichten sowie vor nationalen Gerichten betreffend der Aussetzung der Vollziehung eines auf einer EG-Verordnung gründenden Rechtsakt des nationalen Rechts können daher in grober Weise wie folgt umrissen werden:

Zunächst muss die Notwendigkeit der Anordnung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht glaubhaft gemacht werden. Diese Anforderung wird bisweilen auch als *fumus boni iuris* bezeichnet.

Des Weiteren muss den Interessen des Antragstellers ein schwerer und nicht wieder gutzumachender Schaden drohen, der es erfordert, in dringlicher Weise eine einstweilige Anordnung zu erlassen, welche vor der Entscheidung in der Haupt- sache ihre Wirkungen entfaltet. Falls der Eintritt des Schadens von mehreren

38 EuGH, Rs. C-149/95 P (R) (Kommission/Atlantic Container Line), Slg. 1995, I-2165.

39 Vgl. etwa in Bezug auf Erlag einer Sicherheitsleistung Art. 86 § 2 VerfO EuGH und Art. 107 § 2 VerfO EuG: EuGH, Rs. 86/82 R (Hasselblad/Kommission), Slg. 1982, 1555; EuG, Rs. T-308/94 R (Cascades/ Kommission), Slg. 1995, II-265.

Faktoren abhängt, so genügt es, dass der Schadenseintritt mit einem hinreichen- den Grad an Wahrscheinlichkeit vorhersehbar ist.⁴⁰

Gegebenenfalls verfügt der Richter im Verfahren zur einstweiligen Anordnung über die Berechtigung und die Verpflichtung, eine Abwägung der bestehenden Interessen vorzunehmen.⁴¹

Die Abwägung der von einer vorläufigen Entscheidung betroffenen Interessen hat sich an der Sach- und Rechtslage des Einzelfalles zu orientieren. Daher fließen in eine Interessenabwägung Erwägungen rechtlicher Natur mit ein: So wird im Rahmen eines Beschlusses des Präsidenten des Gerichts festgehalten, dass das Interesse der Gemeinschaft an der Rückzahlung einer rechtswidrigen Beihilfe und an der Beendigung einer faktisch vorliegenden Wettbewerbsverzerrung normalerweise überwiegen, sofern nicht außergewöhnliche Umstände für ein anderes Ergebnis sprechen.⁴²

Allzu präzise erscheinen diese Voraussetzungen nicht, zumal festzuhalten ist, dass der Richter im Rahmen einer Gesamtprüfung im Verfahren der einstweiligen Anordnung über ein weites Ermessen verfügt. Im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalles steht es dem beurteilenden Richter frei, die Art und Weise, in der diese Voraussetzungen geprüft werden und die Reihenfolge der Prüfung selbst zu bestimmen. Der EuGH fügt hierzu an: „[...] da keine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts ihm ein feststehendes Prüfungsschema für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer vorläufigen Entscheidung vorschreibt.“⁴³

Aufgrund der nur lückenhaft existierenden Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes im Gemeinschaftsrecht sind die europäischen Gerichte auf die Erarbeitung der Voraussetzungen für diesen auf die Verfahrensordnungen der Mitgliedstaaten angewiesen; aus diesen wiederum soll der EuGH die jeweils für die generelle Anwendung oder aber für den Einzelfall anwendbare Norm durch Ermittlung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes erschließen.

Aufgabe dieser Untersuchung ist nicht, die Tauglichkeit dieser so erschlossenen allgemeinen Rechtsgrundsätze für die Praxis zu beleuchten, sondern vielmehr an den Erfordernissen einer rechtsstaatlichen Ordnung zu messen:

Im Hinblick auf Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit – nämlich der Gewährung eines umfassenden Rechtsschutzes – erscheint eine gesetzgeberische Regelung für den einstweiligen Rechtsschutz vor nationalen Gerichten und vor den Gemein-

40 EuGH, Rs. T-31/07 R (Du Pont de Nemours SAS u.a. gegen Kommission), Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 19. Juli 2007, noch nicht in amt. Slg. veröffentlicht, Rn. 144 mwN.

41 EuGH, Rs. C-377/98 R (Königreich der Niederlande gegen Parlament und Rat), Slg. 2000, I-6229, I-6243; EuGH, Rs. C-445/00 R (Österreich gegen Rat), Slg. 2001, I-1461, I-1488; EuGH, Rs. T-238/07 R (Ristic AG u.a. gegen Kommission), Beschluss des Richters im Verfahren der einstweiligen Anordnung vom 18. Oktober 2007, noch nicht in amt. Slg. erschienen, Rn. 42.

42 EuGH, Rs. T-198/01 R (Technische Glaswerke Illmenau GmbH gegen Kommission), Slg. 2001, II-2153.

43 EuGH, Rs. C-149/95 P (R) (Kommission gegen Atlantic Container Line AB u.a.), Slg. 1995, I-2165, I-2178; EuGH, Rs. C-364/98 P (R) (Emesa Sugar (Free Zone) NV gegen Kommission), Slg. 1998, I-8815, I-8836; EuGH, Rs. T-238/07 R (Ristic AG u.a. gegen Kommission), Beschluss des Richters im Verfahren der einstweiligen Anordnung vom 18. Oktober 2007, noch nicht in amt. Slg. erschienen, Rn. 43.

schaftsgerichten dringend erforderlich. Im Zuge dieser Neuregelung sollte dem Erfordernis des Eintritts eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens sowie dem Bereich der Interessenabwägung das Augenmerk geschenkt werden. Schließlich muss der Normunterworfene die Möglichkeit haben, eine Abschätzung seiner rechtlichen und faktischen Lage vornehmen zu können, ohne auf Einzelfallgerechtigkeit hoffen zu müssen.

Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Gemeinschaftsgerichte aus mitgliedstaatlicher Sicht

von Andreas Haratsch*

A. Einleitung

Die Europäische Union beruht nach Art. 6 EU auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Diese rechtsstaatliche Ausrichtung fordert sie auch von ihren Mitgliedstaaten ein.¹ Art. 49 Abs. 1 Satz 1 EU macht die in Art. 6 Abs. 1 EU genannten Grundsätze und damit auch die innerstaatliche Beachtung des Rechtsstaatsprinzips zur Voraussetzung für den Beitritt zur Europäischen Union.² An die beharrliche und schwerwiegende Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze knüpfen Art. 7 EU und Art. 309 EG die Möglichkeit, Sanktionen gegen einen Mitgliedstaat in Form einer Suspendierung von Mitgliedschaftsrechten zu verhängen. Im Gegenzug enthält das Grundgesetz Vorgaben für die Ausgestaltung der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften. Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die u. a. rechtsstaatlichen Grundsätzen folgt. Die wechselseitig eingeforderte Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze gilt dabei jeweils auch komplementär für die Bereiche, die nicht von der jeweils eigenen Rechtsordnung umfasst sind.³ So gilt die Forderung nach Rechtsstaatlichkeit aus mitgliedstaatlicher Sicht gerade für den Bereich der an die Gemeinschaft übertragenen Kompetenzen.⁴ Das an die Mitgliedstaaten gerichtete Postulat nach Rechtsstaatlichkeit wirkt auch für das Handeln der Mitgliedstaaten jenseits der Unions- und der Gemeinschaftsrechtsordnung. Ein Mitgliedstaat der Union muss insgesamt rechtsstaatlich organisiert sein, nicht allein in den Teilbereichen, die im Anwendungsbereich des Unions- oder Gemeinschaftsrechts liegen.⁵

Trotz dieser wechselseitig explizit ausgesprochenen rechtsstaatlichen Verpflichtung von Europäischer Union/Gemeinschaft und Mitgliedstaaten wird gerade die Geltung rechtsstaatlicher Garantien durch die europäische Integration als gefähr-

* Univ.-Prof. Dr. Andreas Haratsch, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht sowie Völkerrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der FernUniversität in Hagen.

1 *F. Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union, 2000, S. 101 f.; *Ch. Calliess*, in: *Ch. Calliess/ M. Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV Rn. 1; *T. Stein*, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, in: *V. Götz/P. Selmer/R. Wolfrum* (Hrsg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, 1998, S. 871 (S. 874 ff., S. 893 f.).

2 *Schorkopf* (Fn. 1), S. 95; *A. Haratsch*, Der Grundsatz der Gewaltenteilung als rechtsordnungsübergreifender Rechtssatz, in: *M. Demel* u. a. (Hrsg.), *Funktionen und Kontrolle der Gewalten*, 2001, S. 199 (S. 214).

3 *Haratsch*, in: *Demel* u. a. (Fn. 2), S. 199 (S. 214 f.).

4 *Haratsch*, in: *Demel* u. a. (Fn. 2), S. 199 (S. 215).

5 *Schorkopf* (Fn. 1), S. 148.

det angesehen. Der Befund, dass aufgrund des mit Anwendungsvorrang ausgestatteten und nach effektiver Durchsetzung heischenden Gemeinschaftsrechts rechtsstaatliche Sicherungen – wie etwa der Grundsatz des Vertrauenschutzes – innerstaatlich nicht mehr zum Zuge kommen, hat immer wieder Kritiker auf den Plan gerufen, die die Fundamente der nationalen Verfassungsordnung gemeinschaftsrechtlich unterspült sehen.⁶ Die deutschen Gerichte werden in diesen Fällen, beispielhaft ist hier die Rechtssache „*Alcan*“ zu nennen,⁷ fast reflexhaft aufgefordert, dem vermeintlich eklatant verfassungswidrigen Treiben der Gemeinschaftsorgane, insbesondere des EuGH, entschlossen entgegenzutreten.⁸

Im Folgenden soll nach einer Antwort auf die Frage gesucht werden, in welcher Weise die mitgliedstaatlichen, konkret die deutschen Gerichte, zur Sicherung rechtsstaatlicher Garantien im Europäischen Verfassungs- und Rechtsprechungsverbund beitragen. Dabei soll auch der Frage nachgegangen werden, ob aus der Kooperation der Gerichtsebenen tatsächlich rechtsstaatliche Defizite entstehen und wie sie – gegebenenfalls auf mitgliedstaatlicher Ebene – auszugleichen sind.

B. Der duale Rechtsschutz im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung

Rechtsschutz im Europäischen Verfassungsverbund ist dual strukturiert.⁹ Die Gemeinschaftsgerichte stehen in einem Kooperationsverhältnis nicht nur zu den mitgliedstaatlichen Verfassungs-, sondern auch zu den Fachgerichten. Dies hat seinen Grund in der dualen Vollzugsstruktur des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Gemeinschaftsrechtliche Normen werden entweder von den Gemeinschaftsorganen selbst (direkter Vollzug) oder durch die Behörden der Mitgliedstaaten vollzogen (indirekter Vollzug).¹⁰ Da die EG nicht über einen eigenen flächendeckenden Verwaltungsunterbau verfügt, ist der indirekte Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch die mitgliedstaatlichen Behörden der Regelfall. Bei diesem indirekten Vollzug kommt regelmäßig das mitgliedstaatliche Verwaltungsverfahrensrecht zur Anwendung, allerdings in seiner Modifikation durch das vorrangige Gemeinschaftsrecht.¹¹ Ungeachtet dieser gemeinschaftsrechtlichen Determinierung sind die Akte des mitgliedstaatlichen Vollzugs den Mitgliedstaat-

6 Vgl. etwa *R. Scholz*, Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht, DÖV 1998, S. 261 ff.; *ders.*, Frauen an die Waffen kraft Europarechts? – Zum Verhältnis von Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG zur EU-Gleichbehandlungsrichtlinie –, DÖV 2000, S. 417 ff.; *F. Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, DVBl. 1997, S. 289 (S. 293 ff.).

7 EuGH, Rs. C-24/95 (*Alcan Deutschland*), Slg. 1997, I-1591 Rn. 43; BVerfG, NJW 2000, S. 2015 (S. 2015 f.).

8 So etwa *Scholz* (Fn. 6), DÖV 1998, S. 261 (S. 266 f.); *ders.* (Fn. 6), DÖV 2000, S. 417 (S. 420).

9 O. Dörr, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, in: H. Soden/J. Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. 2006, S. 29, Rn. 178.

10 Vgl. dazu *A. Haratsch/Ch. Koenig/M. Pechstein*, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 395 ff.

11 *W. Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1), Art. 10 EGV Rn. 30 f.; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 403.

ten und nicht etwa der Europäischen Gemeinschaft zuzurechnen.¹² Aus der dualen Struktur des Vollzugs ergibt sich die Zweigleisigkeit der gerichtlichen Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht. Während gegen Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane der Rechtsweg zu den Gemeinschaftsgerichten nach Maßgabe des EG-Vertrags eröffnet ist, steht gegen staatliche Akte des indirekten Vollzugs der Zugang zu den nationalen Gerichten offen.

C. Die Funktion der mitgliedstaatlichen Gerichte

Den mitgliedstaatlichen Gerichten kommt im Anwendungsbereich des Europäischen Gemeinschaftsrechts eine doppelte Funktion zu. Zum einen geht es um die Durchsetzung von EG-Recht, was den nationalen Richter zum Gemeinschaftsrichter im funktionellen Sinn macht.¹³ Zum anderen ist den mitgliedstaatlichen Gerichten die Sicherung und Durchsetzung subjektiver Rechte übertragen, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht herleiten. Diese doppelte „Indienstnahme“ der mitgliedstaatlichen Gerichte durch das Gemeinschaftsrecht betrifft die Fachgerichte, vor allem die Verwaltungsgerichtsbarkeit, aber auch in großem Umfang die ordentliche Gerichtsbarkeit.

Für das Bundesverfassungsgericht gilt dies in dieser Form nicht. Aus seiner von den Fachgerichten verschiedenen Stellung und aus der Tatsache, dass es weder regelmäßig zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung berufen ist noch das Gemeinschaftsrecht zu seinem Prüfungsmaßstab zählt, ergeben sich Besonderheiten. Doch stehen auch das Bundesverfassungsgericht und die Gemeinschaftsgerichte keineswegs beziehungslos nebeneinander, sondern nehmen vielfältig aufeinander Bezug und erfüllen ihre jeweiligen Rechtsschutzaufgaben – teils komplementär, teils überlappend – in einem „Kooperationsverhältnis“.¹⁴

12 *R. Streinz*, Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII (HStR VII), 1993, § 182 Rn. 5; *Dörr*, in: *Sodan/Ziekow* (Fn. 9), Rn. 178.

13 *M. Burgi*, *Verwaltungsprozessrecht und Europarecht*, 1996, S. 58; *G. Hirsch*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, *NJW* 2000, S. 1817 (S. 1819); *ders.*, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der europäischen Integration, *JöR N.F.* 49 (2001), S. 79 (S. 83); *I. Pernice*, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, S. 27 (S. 33); *ders.*, *Europäisches Verfassungsrecht im Werden*, in: H. Bauer u. a. (Hrsg.), *Ius Publicum im Umbruch*, 2000, S. 25 (S. 36); *ders.*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), S. 148 (S. 177); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die staatliche Integration der Europäischen Union, in: W. Blomeyer/K. A. Schachtschneider (Hrsg.), *Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft*, 1995, S. 75 (S. 100).

14 So *BVerfGE* 89, 155 (175, 178) (Maastricht).

D. Die Sicherung der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG)

I. Die Anwendung und Auslegung des unmittelbar wirksamen Gemeinschaftsrechts

Die rechtsprechende Gewalt ist selbst gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden und sichert ihrerseits die Gesetzesbindung der vollziehenden Gewalt. Die unmittelbar wirksamen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts gehören zu „Recht und Gesetz“ im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG und zählen somit auch zum Prüfungsmaßstab des nationalen Richters.¹⁵ Die mitgliedstaatlichen Gerichte haben das einschlägige Gemeinschaftsrecht zu ermitteln und auf den Streitfall anzuwenden. Die Pflicht zur Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts schließt das Recht und die Pflicht der staatlichen Gerichte ein, dieses Recht eigenständig auszulegen.¹⁶ Es ist keineswegs so, dass der Europäische Gerichtshof und das Europäische Gericht erster Instanz insoweit ein Auslegungsmonopol besäßen. Zum Gemeinschaftsrecht, welches die Gerichte der Mitgliedstaaten anzuwenden und durchzusetzen haben, zählen auch die rechtsstaatlichen Gebote des Europäischen Gemeinschaftsrechts, wie etwa der Vorbehalt des Gesetzes, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Rechtssicherheit, die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit sowie die Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes.¹⁷

II. Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts

Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind nicht nur verpflichtet, Gemeinschaftsrecht anzuwenden, sondern – daraus folgend – ebenso gehalten, jede relevante innerstaatliche Norm auf ihre Vereinbarkeit mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht zu überprüfen. Hat ein Gericht den Regelungsgehalt der einschlägigen Gemeinschaftsrechtsnormen ermittelt, muss es zur Vermeidung von Normkollisionen die maßgeblichen nationalen Bestimmungen im Lichte des vorrangigen Gemein-

15 *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 143; *H.-U. Erichsen*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, *Jura* 1995, S. 550 (S. 550); *Pernice* (Fn. 13), *EuR* 1996, S. 27 (S. 33); *K.-E. Hain*, Zur Frage der Europäisierung des Grundgesetzes – Eine kritische Analyse –, *DVBl.* 2002, S. 148 (S. 155); *V. Nefler*, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, S. 96.

16 *J. Endler*, in: *W. Kuhla/J. Hüttenbrink/J. Endler*, Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl. 2002, L Rn. 58; *Dörr*, in: *Sodan/Ziekow* (Fn. 9), Rn. 196, 210.

17 Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 1), Art. 6 EUV Rn. 19 ff.; *M. Pechstein*, in: *R. Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 6 EUV Rn. 7; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 10), Rn. 379.

schaftsrechts auslegen.¹⁸ Dieser Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts, dessen Unterfall die richtlinienkonforme Auslegung ist, wird aus Art. 10 EG abgeleitet.¹⁹ Lässt eine Vorschrift des mitgliedstaatlichen Rechts mehrere Deutungen zu, ist diejenige Auslegung zu wählen, die dem europäischen Gemeinschaftsrecht entspricht.²⁰ Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung gilt für die gesamte Rechtsordnung des Mitgliedstaates und spart auch das Verfassungsrecht nicht aus.²¹

III. Die Nichtanwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts findet nach den allgemeinen Auslegungsregeln ihre Grenze dort, wo Wortsinn und Bedeutungsgehalt der nationalen Norm über den Rahmen dessen hinaus verändert würden, was als Auslegung noch zulässig ist.²² Scheitert eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung einer nationalen Bestimmung, kann die Übereinstimmung des mitgliedstaatlichen Rechts mit dem EG-Recht nur noch durch ihre Nichtanwendung erreicht werden.²³ Exemplarisch hat der EuGH dies in der Rechtssache „Simmenthal“ ausgeführt, wo es heißt, dass der „im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es dem Einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig, ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsrechtsnorm ergangen ist, unangewendet lässt“.²⁴ Der Anwendungsvorrang des Gemein-

18 EuGH, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891 Rn. 26; EuGH, Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rn. 8, 13; *H. D. Jarass*, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, S. 211 ff.; *G. Ress*, Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, S. 489 ff.; *B. Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1), Art. 220 EGV Rn. 32; *A. Hatje*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 10 EGV Rn. 29; *E. Klein*, Objektive Wirkungen von Richtlinien, in: *O. Due/M. Lutter/J. Schwarze* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, S. 641 (S. 646 ff.); *M. Kenntner*, Rechtsschutz in Europa, in: *J. Bergmann/M. Kenntner* (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 2002, S. 63 (S. 73); *S. Jutzi*, Landesverfassungsrecht im Bundesstaat des Grundgesetzes und Staatenverband der Europäischen Union, JA 1999, S. 901 (S. 906).

19 EuGH, Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891 Rn. 26; EuGH, Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rn. 26; *M. Zuleeg*, Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung und Fortbildung mitgliedstaatlichen Rechts, in: *R. Schulze* (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1999, S. 163 (S. 167).

20 EuGH, Rs. 157/86 (Murphy), Slg. 1988, 673 Rn. 11; *Zuleeg*, in: *Schulze* (Fn. 19), S. 163 (S. 171); *ders.*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, in: *Blomeyer/Schachtschneider* (Fn. 13), S. 9 (S. 23); *C. Stahn*, Streitkräfte im Wandel – Zu den Auswirkungen der EuGH-Urteile Sirdar und Kreil auf das deutsche Recht, EuGRZ 2000, S. 121 (S. 130, S. 131 f.); *Jarass* (Fn. 18), EuR 1991, S. 211 ff.; *M. Nettesheim*, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), S. 261 (S. 270).

21 *R. Streinz*, Frauen an die Front – Bewertung und Folgen der Urteile des EuGH, Rs. C-273/97 (Angela Maria Sirdar) und Rs. C-285/98 (Tanja Kreil), DVBl. 2000, S. 585 (S. 593); *Zuleeg*, in: *Schulze* (Fn. 19), S. 163 (S. 170); *C. O. Lenz*, Frauen im Dienst mit der Waffe – nationales Reservat oder europäische Gleichberechtigung? Zum Urteil Kreil gegen Bundesrepublik Deutschland, ZRP 2000, S. 265 (S. 267).

22 Vgl. BVerwGE 100, 238 (240); BVerwGE 106, 90 (95); siehe auch *E. Klein*, in: Festschrift für Everling (Fn. 18), S. 641 (S. 646, Fn. 28).

23 *Dörr*, in: *Sodan/Ziekow* (Fn. 9), Rn. 199.

24 EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rn. 21/23.

schaftsrechts relativiert somit die innerstaatliche Gesetzesbindung des Richters und überlagert den Vorrang des Gesetzes. Der nationale Richter besitzt insoweit gegenüber dem nationalen Recht eine umfassende Prüfungs- und Nichtanwendungskompetenz, die in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht deutlich weiter geht als in Bezug auf das nationale Verfassungsrecht.²⁵ Während Gerichte ein Gesetz, welches sie für verfassungswidrig halten, gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorlegen müssen, dürfen und müssen die Fachgerichte selbstständig entscheiden, eine als gemeinschaftsrechtswidrig erkannte Regelung des nationalen Rechts – gleich welcher Rangstufe – nicht anzuwenden.²⁶

Von besonderer Bedeutung erweist sich der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf das nationale Vollzugsrecht. Es darf weder die praktische Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung vereiteln oder erheblich einschränken noch darf die Anwendung von nationalem Vollzugsrecht zu Diskriminierungen von Teilnehmern des Gemeinsamen Marktes gegenüber solchen des rein innerstaatlichen Wirtschaftsverkehrs führen.²⁷ Dem effektiv durchzusetzenden, mit Anwendungsvorrang ausgestatteten Gemeinschaftsrecht fallen auch vollzugshemmende rechtsstaatliche Sicherungen des nationalen Rechts scheinbar zum Opfer. Beklagt wird dies etwa für den in § 48 Abs. 2 VwVfG normierten Grundsatz des Vertrauenschutzes, der von den Verwaltungsgerichten bei der Überprüfung von Rücknahme- oder Rückforderungsbescheiden deutscher Behörden hinsichtlich gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen nicht mehr zur Anwendung gelangen darf.²⁸ In diesen Fällen manifestiert sich das arbeitsteilige Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsschutzebenen. Die Geltung des Vertrauenschutzgrundsatzes wird durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts nämlich keineswegs ausgeschaltet. Vielmehr wird die Garantie auf nationaler Ebene durch eine Gewährleistung auf Gemeinschaftsebene substituiert.²⁹ Im konkreten Fall eröffnet das Gemeinschaftsrecht den von einer Rückforderung betroffenen Unternehmen eine Klagemöglichkeit gem. Art. 230 Abs. 1 und 4 EG gegen die Rückforderungsentscheidung der Kommission.³⁰ Die Kommission hat bei dieser Entscheidung die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen,³¹ zu denen auch der gemeinschaftsrechtliche

25 Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 9), Rn. 211.

26 BVerfGE 31, 145 (174 f.); BVerfGE 82, 159 (191); BVerfGE 85, 191 (205).

27 EuGH, Rs. C-5/89 (Kommission/Deutschland), Slg. 1990, I-3437 Rn. 12 ff.; EuGH, Rs. 94/87 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 175 Rn. 12; EuGH, verb. Rs. 205-215/82 (Deutsche Milchkontor), Slg. 1983, 2633 Rn. 15 ff.

28 Vgl. etwa E. Pache, Rechtsfragen der Aufhebung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfbescheide, NVwZ 1994, S. 318 (S. 322 ff., S. 324).

29 So auch Ch. Engel, Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), S. 437 (S. 448).

30 Engel (Fn. 29), Die Verwaltung 25 (1992), S. 437 (S. 448).

31 Vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. EG 1999 L 83/1.

Grundsatz des Vertrauensschutzes zählt.³² Die gerichtliche Überprüfung und die rechtsstaatliche Sicherung obliegen dann jedoch nicht mehr den Gerichten der Mitgliedstaaten, sondern der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit. Beide Rechtsschutzebenen ergänzen sich insoweit komplementär. Inwieweit im Nachgang dann von den Gerichten der Mitgliedstaaten doch noch überprüft werden kann, ob der gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz den rechtsstaatlichen Anforderungen des nationalen Verfassungsrechts, etwa in Bezug auf Art. 79 Abs. 3 GG, entspricht, wird an späterer Stelle noch zu erörtern sein.³³

Diese beschriebenen Grundsätze gelten nicht nur für das materielle Recht, sondern auch für das mitgliedstaatliche Prozessrecht, das in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zur Anwendung gelangt.³⁴ Die nationalen Prozessordnungen dürfen den gerichtlichen Schutz gemeinschaftsrechtlich gewährleister Rechte nicht ungünstiger gestalten als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit), und sie dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).³⁵ Um diesem *effet utile*-Postulat des EuGH gerecht zu werden, haben beispielsweise deutsche Gerichte im Rahmen von Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO primäres Gemeinschaftsrecht als Prüfungsmaßstab herangezogen.³⁶ Umstritten ist allerdings, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht ein Oberverwaltungsgericht berechtigt, die streitbefangene untergesetzliche Norm für nichtig zu erklären³⁷ oder nicht vielmehr – in Anbetracht des bloßen Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts – in analoger Anwendung von § 47 VwGO eine Unanwendbarkeitserklärung auszusprechen ist.³⁸

Besonders einschneidend ist die gemeinschaftsrechtliche Umformung des mitgliedstaatlichen Prozessrechts im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes. Geht es um die Aussetzung der Vollziehung von auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden Verwaltungsakten, müssen nach der Rechtsprechung des EuGH in allen Mitgliedstaaten einheitliche Regeln gelten. Die Vollziehung kann daher nur

32 E. Kruse, Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensordnung für die Beihilfekontrolle, NVwZ 1999, S. 1049 (S. 1053); A. Sinnaeve, Die neue Verfahrensordnung in Beihilfensachen, EuZW 1999, S. 270 (S. 275); Ch. Koenig/J. Kühling, Grundfragen des EG-Beihilferechts, NJW 2000, S. 1065 (S. 1073 f.).

33 Dazu u. IV. 4.

34 EuGH, Rs. 265/78 (Ferwerda), Slg. 1980, 617 Rn. 10; EuGH, Rs. C-120/97 (Upjohn), Slg. 1999, I-223 Rn. 32; Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 9), Rn. 180.

35 EuGH, Rs. 33/76 (Rewe), Slg. 1976, 1989 Rn. 5; EuGH, verb. Rs. C-6 u. C-9/90 (Francovich u. Bonifaci), Slg. 1991, I-5357 Rn. 43.

36 BVerwG, NVwZ-RR 1995, S. 358 (S. 359); VGH Baden-Württemberg, VBIBW 1992, S. 333 (S. 335); VGH Baden-Württemberg, VBIBW 1994, S. 361 (S. 363); HessVGH, GewArch 1996, S. 233 (S. 237 f.); a. A. BayVGH, BayVBl. 1996, S. 240 (S. 243); J. Rinze, Europarecht als Prüfungsmaßstab im Rahmen der Normenkontrolle nach § 47 VwGO, NVwZ 1996, S. 458 (S. 459 f.).

37 So BayVGH, BayVBl. 1994, S. 593 (S. 594).

38 So E. Pache/F. Burmeister, Gemeinschaftsrecht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, NVwZ 1996, S. 979 (S. 980 f.); S. Huber, Kommunale Satzungen und ihre verwaltungsgerichtliche Überprüfung unter dem Einfluss von EG-Richtlinien, BayVBl. 1998, S. 584 (S. 589 f.); F. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 30 Rn. 16; M. Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 47.

unter den Voraussetzungen ausgesetzt werden, die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch den EuGH gelten.³⁹ Die Maßstäbe des mitgliedstaatlichen Prozessrechts für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes werden insoweit durch das vorrangige gemeinschaftliche Prozessrecht substituiert. Geht es hingegen um die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Vollziehung einer mitgliedstaatlichen Norm, deren Gemeinschaftsrechtstreitigkeit in Zweifel gezogen wird, wird das mitgliedstaatliche Prozessrecht nicht vollständig verdrängt. Der einstweilige Rechtsschutz wird auf der Grundlage des nationalen Rechts gewährt, jedoch nach Maßgabe der beschriebenen Grundsätze der Gleichwertigkeit und Effektivität.⁴⁰

Die Umformung oder gar Verdrängung des mitgliedstaatlichen Prozessrechts muss freilich nicht zu der teilweise befürchteten Aushöhlung der mit den verdrängten nationalen Prozessrechtsvorschriften verfolgten materiellen rechtsstaatlichen Standards führen. Das insoweit an die Stelle des nationalen Rechts tretende Gemeinschaftsrecht enthält seinerseits ebenfalls wesentliche Grundsätze des Verfahrensrechts, wie z. B. den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes sowie die Grundsätze der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und das Rückwirkungsverbot. So hatte der EuGH etwa im Hinblick auf die auch gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundsätze des Rechtsfriedens und der Rechtskraft entschieden, dass aus dem in Art. 10 EG niedergelegten Effektivitätsgesetz grundsätzlich nicht die Verpflichtung folgt, von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften abzusehen, aufgrund deren eine gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung Rechtskraft erlangt hat.⁴¹ Doch scheint der EuGH an dieser Rechtsprechung neuerdings nicht mehr ausnahmslos festhalten zu wollen, wie die Entscheidung der Großen Kammer in der Rechtssache „Lucchini“ zeigt. Danach findet zumindest dann eine Rechtskraftdurchbrechung statt, wenn eine nationale Gerichtsentscheidung im Widerspruch zur einer bestandskräftigen Kommissionsentscheidung steht.⁴² Auch die Bestandskraft nationaler Verwaltungsentscheidungen hat der EuGH zwar grundsätzlich anerkannt, gleichwohl hat er die Aufhebbarkeit bestandskräftiger Verwaltungsakte unter bestimmten Voraussetzungen aus Art. 10 EG abgeleitet.⁴³

39 EuGH, verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen u. Zuckerfabrik Soest), Slg. 1991, I-415 Rn. 27, 33; EuGH, Rs. C-465/93 (Atlanta Fruchthandelsgesellschaft), Slg. 1995, I-3761 Rn. 24, 28; EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Slg. 2007, I-2271 Rn. 79.

40 EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Slg. 2007, I-2271 Rn. 81 f.

41 EuGH, Rs. C-126/97 (Eco Swiss), Slg. 1999, I-3055 Rn. 46; EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239 Rn. 38; EuGH, Rs. C-234/04 (Kapferer), Slg. 2006, I-2585 Rn. 21.

42 EuGH, Rs. C-119/05 (Lucchini), Slg. 2007, I-6199 Rn. 63; vgl. dazu D. Poelzig, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007, S. 858 (S. 861 f.).

43 EuGH, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), Slg. 2004, I-837 Rn. 23 ff., 28.

IV. Die Nichtanwendung grundgesetzwidrigen Gemeinschaftsrechts

Vor dem Hintergrund der *Maastricht*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellt sich für die deutschen Fachgerichte aber nicht allein die Frage nach der Nichtanwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts, sondern auch die Frage, ob es ihnen zusteht oder ob sie gar von Verfassungs wegen verpflichtet sein könnten, verfassungswidriges Gemeinschaftsrecht unangewendet zu lassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Rechtsakte, die daraus resultieren, dass Gemeinschaftsorgane das Gemeinschaftsrecht in einer Weise fortbilden, die vom Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt ist, im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane seien, so das Bundesverfassungsgericht, gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden.⁴⁴ Vor dem Hintergrund der *Maastricht*-Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 26. April 2006 eingehend geprüft, ob sich die im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens durch den EuGH⁴⁵ gefundene Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG⁴⁶ im Rahmen der auf die Gemeinschaft gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG übertragenen Kompetenzen hält und daher innerstaatlich überhaupt verbindlich ist.⁴⁷ In seitenlangen Ausführungen werden vom Bundesarbeitsgericht die Bestimmungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts ausgelegt und auf ihre Tauglichkeit als Rechtsgrundlage für die fragliche Gemeinschaftsrichtlinie und deren Auslegung durch den EuGH untersucht. Sogar die Methode, nach welcher der Gerichtshof allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelt, wird auf den Prüfstand gestellt.⁴⁸ Letztlich gelangt das Bundesarbeitsgericht zum Ergebnis, dass sich sowohl die Richtlinie als auch das EuGH-Urteil innerhalb der Kompetenzgrenzen der Europäischen Gemeinschaft bewegen und daher sehr wohl verbindlich sind. Bereits der Ansatz des Bundesarbeitsgerichts für die von ihm vorgenommene Prüfung ist verfehlt. Der Ausgangspunkt für das Gericht hätte nicht die Frage nach der innerstaatlichen Unverbindlichkeit von Richtlinie und EuGH-Urteil sein dürfen, sondern, ob es die Frage nach deren Unverbindlichkeit im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens analog Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorlegen muss.⁴⁹ In seiner *Solange I*-Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht seinerzeit ausführlich dargelegt, dass das Verfahren der konkreten Normenkontrolle entsprechende Anwendung auf die Prüfung der Ver-

44 BVerfGE 89, 155 (188) (*Maastricht*).

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

46 Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG 2000 L 303/16.

47 BAG, NZA 2006, S. 1162 (S. 1164 ff.).

48 BAG, NZA 2006, S. 1162 (S. 1166).

49 Anders aber wohl *Dörr* (Fn. 15), S. 254 ff., der die Befugnis der Fachgerichte zur Prüfung der Kompetenzmäßigkeit von EG-Rechtsakten durch das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nur beschränkt sieht, sofern es um die Einhaltung der Grenze des Übertragbaren geht, nicht hingegen wenn eine Kontrolle an der Grenze des Übertragenen erfolgen soll. – Vgl. dazu auch u. im Text bei Fn. 134.

einbarkeit von sekundärem Gemeinschaftsrecht mit den Bestimmungen des Grundgesetzes finden kann.⁵⁰ Auch wenn der *Solange I*-Vorbehalt längst aufgegeben worden ist, geht auch die *Solange II*-Entscheidung grundsätzlich davon aus, dass ein entsprechendes Vorgehen möglich sein muss.⁵¹ Die *Maastricht*-Entscheidung stützt diese Sicht. Zwar heißt es dort, dass die deutschen Staatsorgane, also wohl auch Gerichte, aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert seien, *ultra vires*-Akte in Deutschland anzuwenden, doch wird bereits im nächsten Satz unmissverständlich deutlich, wer nur zur Entscheidung über die Frage der Einhaltung der Kompetenzgrenzen berufen ist. Die Entscheidung fährt nämlich fort, dass dementsprechend das Bundesverfassungsgericht prüfe, ob Rechtsakte aus den Grenzen der übertragenen Hoheitsbefugnisse ausbrechen.⁵² Die Fachgerichte sind daher nicht befugt, selbst über die Nichtanwendbarkeit von Gemeinschaftsakten zu entscheiden.⁵³ Vielmehr sind sie, stellt sich ihnen eine derartige Frage, zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht, das insoweit ein Entscheidungsmonopol besitzt, verpflichtet.⁵⁴ Voraussetzung für die Zulässigkeit einer derartigen Vorlage ist freilich, dass das vorlegende Gericht davon überzeugt ist, dass es sich um einen ausbrechenden Rechtsakt handelt.

E. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)

Nicht nur der Begriff „Recht und Gesetz“ aus Art. 20 Abs. 3 GG wird gemeinschaftsrechtlich aufgeladen. Entsprechendes gilt auch für die grundgesetzliche Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes erfasst nicht mehr allein aus dem nationalen Recht herrührende Individualrechte, sondern ist gemeinschaftsrechtlich erweitert und schließt aus dem Gemeinschaftsrecht fließende subjektive Rechte ein.⁵⁵ Der Zugang zu den Gerichten ist einer der wesentlichen Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips, dessen Geltung und Beachtung die Unions- wie die mitgliedstaatliche Rechtsordnung wechselseitig einfordern. Das Gemeinschaftsrecht konstituiert gemäß der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte eine Rechtsgemeinschaft, die sich durch ein vollständiges Rechtsschutzsystem auszeichnet.⁵⁶ Das Recht auf einen wirksamen

50 BVerfGE 37, 271 (285) (*Solange I*).

51 BVerfGE 73, 339 (387) (*Solange II*).

52 BVerfGE 89, 155 (188) (*Maastricht*).

53 So bereits BVerfG, NJW 1986, S. 3077; anders jedoch *Ch. Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, S. 489 (S. 494), der sich dabei auf die *Maastricht*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezieht.

54 So auch *U. Everling*, Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem *Maastricht*-Urteil, in: A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 57 (S. 68); *R. Zuck*, Das Gerede vom gerichtlichen Kooperationsverhältnis, NJW 1994, S. 978 (S. 979); *V. Götz*, Das *Maastricht*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, S. 1081 (S. 1086); *M. Schröder*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozeß der europäischen Integration, DVBl. 1994, S. 316 (S. 324); *K. Schlaich/S. Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 361.

55 *Dörr* (Fn. 15), S. 168.

56 EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339 Rn. 23; EuG, Rs. T-177/01 (Jégo-Quéré), Slg. 2002, II-2365 Rn. 41, 50.

Rechtsbehelf ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts seit langem anerkannt⁵⁷ und gebietet auch für die Mitgliedstaaten und deren Gerichte, dass Einzelne „einen effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können, die sie aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten“.⁵⁸

I. Rechtsschutz gegen mitgliedstaatliche Umsetzungs- und Vollzugsakte

Dieses gemeinschafts- wie verfassungsrechtliche Postulat nach effektivem Individualrechtsschutz bedeutet eine Garantie lückenlosen Schutzes vor der Gemeinschaftsgewalt und vor den Organen der Mitgliedstaaten, soweit diese Gemeinschaftsrecht vollziehen. Wendet sich der Einzelne also nicht gegen eine Gemeinschaftsmaßnahme, sondern greift eine mitgliedstaatliche Maßnahme an, die Gemeinschaftsrecht umsetzt oder vollzieht, muss ihm eine Klagemöglichkeit vor einem mitgliedstaatlichen Gericht eröffnet sein.⁵⁹ Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet sicherzustellen, dass den Betroffenen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, um die durch das Primär- oder Sekundärrecht gewährten Rechte durchsetzen zu können.⁶⁰ Dies kann im Extremfall sogar bedeuten, dass die Mitgliedstaaten den Zugang zu ihren Gerichten einräumen müssen, selbst wenn dies vom nationalen Verfahrensrecht nicht vorgesehen ist.⁶¹ Auch das deutsche Verwaltungsprozessrecht erfährt aufgrund dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben Modifikationen. So sind etwa die innerstaatlich geltenden Sachentscheidungsvoraussetzungen nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden, um eine Geltendmachung von aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Positionen zu ermöglichen.⁶² Insbesondere bedeutet dies eine Aufladung der vom deutschen Verwaltungsprozessrecht in § 42 Abs. 2 VwGO geforderten Klagebefugnis.⁶³ Die Rechtsprechung des EuGH ist bei der Ableitung subjektiver Rechtspositionen aus dem Gemeinschaftsrecht zum Teil großzügiger als die deutsche Schutznormlehre und orientiert sich am Schutzziel der Norm, an der Berührung wirtschaftlicher

57 Vgl. EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651 Rn. 18 f.; EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), Slg. 1987, 4097 Rn. 14; EuG, Rs. T-77/01 (Diputación Foral de Álava), Slg. 2002, II-81 Rn. 35; EuG, Rs. T-177/01 (Jégo-Quéré), Slg. 2002, II-2365 Rn. 41; L. Allkemper, Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag, 1995, S. 41 ff.; M. Tonne, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997, S. 200 ff.

58 EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, I-6677 Rn. 39.

59 EuG, Rs. T-177/01 (Jégo-Quéré), Slg. 2002, II-2365 Rn. 44 f.

60 A. Knapp, Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes durch den EuGH im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, DÖV 2001, S. 12 (S. 19); Pechstein (Fn. 38), Rn. 41.

61 EuGH, Rs. C-97/91 (Oleificio Borelli/Kommission), Slg. 1992, I-6313 Rn. 13; EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, I-6677 Rn. 42.

62 Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 9), Rn. 233.

63 Dörr, in: Sodan/Ziekow (Fn. 9), Rn. 234 ff.

Interessensphären und an der Betroffenheit des Einzelnen.⁶⁴ So wird etwa die Festsetzung bestimmter umweltschutzrechtlicher Grenzwerte, die dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen sollen, vom EuGH als individualschützend angesehen.⁶⁵

II. Die Ergänzung des mitgliedstaatlichen Rechtsschutzes durch das Vorabentscheidungsverfahren

Der von den mitgliedstaatlichen Gerichten gewährte Individualrechtsschutz würde für sich allein genommen jedoch lückenhaft bleiben, wenn in einem Gerichtsverfahren die Rechtswidrigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts geltend gemacht wird, der der angegriffenen staatlichen Maßnahme zugrunde liegt. Denn die nationalen Gerichte sind nicht befugt, die Ungültigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane selbst festzustellen.⁶⁶ Der Europäischen Gerichtsbarkeit kommt insoweit ein Verwerfungsmonopol zu.⁶⁷ Hält ein mitgliedstaatliches Gericht einen EG-Rechtsakt für gemeinschaftsrechtswidrig und will ihn unangewendet lassen, ist es verpflichtet, die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung gem. Art. 234 EG vorzulegen. Entsprechendes gilt im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, wenn ein Gericht einen mitgliedstaatlichen Akt, der Gemeinschaftsrecht vollzieht, vorläufig aussetzen will.⁶⁸ Das Vorabentscheidungsverfahren dient somit nicht allein der Wahrung der Rechtseinheit, indem es gewährleisten soll, dass das Gemeinschaftsrecht von den mitgliedstaatlichen Gerichten einheitlich ausgelegt und angewendet wird, sondern verstärkt maßgeblich den Individualrechtsschutz.⁶⁹ Das Vorlageverfahren bietet dem Einzelnen die Möglichkeit, eine inzidente Kontrolle der Gültigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten zu erreichen, und schafft damit einen Ausgleich für das nach Art. 230 Abs. 4 EG nur begrenzte direkte Klagerecht des Einzelnen gegen Gemeinschaftsrechtsakte.⁷⁰

Unterlässt ein unterinstanzliches Fachgericht eine Vorlage an den EuGH trotz bestehender Vorlagepflicht, muss das nationale Recht die Möglichkeit bieten, eine Vorlage an den EuGH zu erzwingen. Die rechtswidrig unterlassene Vorlage

⁶⁴ Vgl. dazu *M. Gellermann*, in: H.-W. Rengeling/A. Middecke/M. Gellermann (Hrsg.), *Handbuch des Rechtschutzes in der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2003, § 36 Rn. 13 ff.; *Endler*, in: Kuhla/Hüttenbrink/Endler (Fn. 16), L Rn. 81; *C. D. Classen*, in: R. Schulze/M. Zuleeg (Hrsg.), *Europarecht*, 2006, § 4 Rn. 120; *Ch. Calliess*, Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz, *NJW* 2002, S. 3577 (S. 3578 f.).

⁶⁵ EuGH, Rs. 361/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-2567 Rn. 16; EuGH, Rs. C-59/89 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-2607 Rn. 19.

⁶⁶ EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, 4199 Rn. 15; vgl. dazu auch *V. Neßler*, Europäisches Gemeinschaftsrecht vor deutschen Gerichten, *DVBl.* 1993, S. 1240 (S. 1241 f.).

⁶⁷ EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, 4199 Rn. 17; EuGH, Rs. C-344/04 (IATA u. ELFAA), Slg. 2006, I-403 Rn. 27.

⁶⁸ EuGH, verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen u. Zuckerfabrik Soest), Slg. 1991, I-415 Rn. 24.

⁶⁹ *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 1), Art. 234 EGV Rn. 1; *Pechstein* (Fn. 38), Rn. 778.

⁷⁰ *K.-D. Borchardt*, in: C. O. Lenz/K.-D. Borchardt (Hrsg.), *EU- und EG-Vertrag*, 4. Aufl. 2006, Art. 234 Rn. 2; *U. Ehricke*, in: *Streinz* (Fn. 17), Art. 234 EGV Rn. 6.

kann verwaltungsprozessual zur Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO führen, da entscheidungserhebliche Fragen regelmäßig von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne dieser Vorschrift sind.⁷¹ Entsprechendes gilt im Zivilprozess für die Revisionsmöglichkeit nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO.⁷² Auch im Strafprozess kann eine unterlassene Vorlage einen Revisionsgrund gem. § 337 StPO darstellen, sofern das ergangene Strafurteil auf der Verletzung der Vorlagepflicht beruht.⁷³ Verfassungsgerechtlich abgesichert wird die Einhaltung der Vorlagepflicht durch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf das Recht auf den gesetzlichen Richter.⁷⁴

III. Rechtsschutz gegen Gemeinschaftsrechtsakte, die keines Ausführungsaktes bedürfen

1. Die Lückenhaftigkeit des Rechtsschutzes auf Gemeinschaftsebene

So einleuchtend und harmonisch das arbeitsteilige Zusammenspiel von mitgliedstaatlichen Gerichten und Gemeinschaftsgerichtsbarkeit auch anmutet, herrscht gleichwohl in bestimmten Konstellationen Streit über die Kompetenzabgrenzung zwischen beiden Gerichtsebenen.

Die gerichtliche Durchsetzung subjektiver Rechte im Rahmen einer Nichtigkeitsklage zum Europäischen Gericht erster Instanz ist nur nach Maßgabe des Art. 230 Abs. 4 EG bei Vorliegen einer individuellen und unmittelbaren Betroffenheit des Klägers möglich. Der Kläger kann nach Ansicht des EuGH – und unter ausdrücklicher Zurückweisung der zwischenzeitlichen Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache „Jégo-Quéré“⁷⁵ – nur geltend machen, individuell betroffen zu sein, wenn die streitige Vorschrift ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten einer Entscheidung.⁷⁶ Diese restriktive Auslegung von Art. 230 Abs. 4 EG hat zur Folge, dass Individuen regelmäßig keinen unmittelba-

71 BVerwG, NJW 1988, S. 664 (S. 664); *G. Mutke*, Die unterbliebene Vorlage an den Europäischen Gerichtshof als Revisionsgrund im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1987, S. 403 (S. 403 ff.); *H. A. Petzold*, Wechselwirkungen zwischen § 124 VwGO n. F. und Art. 177 EGV, NJW 1998, S. 123 (S. 124); *Kenntner*, in: Bergmann/Kenntner (Fn. 18), S. 63 (S. 84); *R. Pietzner*, in: F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: 14. Erg.Lfg., März 2007, § 132 Rn. 40, 49.

72 Vgl. BVerfG, NJW 1988, S. 1456 (S. 1457 ff.); BVerfG, NJW 1994, S. 2017 (S. 2017); *Kenntner*, in: Bergmann/Kenntner (Fn. 18), S. 63 (S. 84); *G. Meier*, Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, EuZW 1991, S. 11 (S. 12 f.); *B. Heß*, Die Einwirkungen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EGV auf das deutsche Zivilprozeßrecht, ZZP 108 (1995), S. 59 (S. 99).

73 *G. Dannecker*, in: Rengeling/Middecke/Gellermann (Fn. 64), § 38 Rn. 59.

74 Vgl. dazu u. VI. 1.

75 EuG, Rs. T-177/01, Jégo-Quéré, Slg. 2002, II-2365 Rn. 51.

76 EuGH, (Plaumann), Slg. 1963, 211 Rn. 8; EuGH, Rs. C-309/89 (Codorniù), Slg. 1994, I-1853 Rn. 20; EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2002, I-6677 Rn. 32 ff.; EuGH, Rs. C-263/02 P (Kommission/Jégo-Quéré), Slg. 2004, I-3425 Rn. 29 ff.

ren Rechtsschutz durch die Gemeinschaftsgerichte gegen einen Gemeinschaftsrechtsakt mit allgemeiner Geltung erlangen können, sofern dieser Gemeinschaftsrechtsakt keines weiteren Ausführungsaktes bedarf. Dies betrifft z. B. EG-Verordnungen, die unmittelbar Gebote oder auch Verbote aussprechen. Der EuGH sieht eine Rechtsschutzlücke dadurch vermieden, dass Individuen, die einen Gemeinschaftsrechtsakt mit allgemeiner Geltung nicht unmittelbar anfechten können, die Möglichkeit haben, die Ungültigkeit von solchen Handlungen vor den nationalen Gerichten geltend zu machen. Die nationalen Gerichte sind dann verpflichtet, die Frage der Gültigkeit des Gemeinschaftsrechtsakts dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.⁷⁷ Es sei somit Sache der Mitgliedstaaten, ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden können.⁷⁸

2. Der komplementäre Rechtsschutz auf mitgliedstaatlicher Ebene

Dies klingt plausibel. Es fragt sich aber, in welcher Weise der Individualrechtschutz auf mitgliedstaatlicher Ebene gewährleistet werden kann. Bedarf ein Gemeinschaftsrechtsakt keiner mitgliedstaatlichen Umsetzung und greift er unmittelbar in Individualrechte ein, indem er ein Ge- oder Verbot aufstellt, besteht zunächst keine Möglichkeit, einen nationalen Ausführungssakt verwaltungsgerichtlich anzugreifen. Nachträglicher verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz wäre nur in der Weise möglich, dass der Einzelne das gemeinschaftsrechtliche Ge- oder Verbot zunächst ignorierte und anschließend gegen Maßnahmen im Rahmen etwa der Verwaltungsvollstreckung, z. B. gegen die behördliche Androhung eines Zwangsmittels, gerichtlich mittels einer Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO vorgeinge. Dies zu verlangen, wäre dem Einzelnen jedoch kaum zuzumuten.⁷⁹ Er wäre nämlich, um überhaupt Rechtsschutz erlangen zu können, darauf verwiesen, zum Rechtsbrecher zu werden. Noch gravierender erscheint dies, wenn ein Verstoß gegen eine gemeinschaftsrechtliche Norm innerstaatlich als Ordnungswidrigkeit oder gar als Straftat zu qualifizieren ist. Hier wäre Rechtsschutz erst in einem Bußgeld- oder Strafverfahren zu erlangen. Dies kann von einem Rechtsschutzsuchenden keinesfalls verlangt werden.⁸⁰

Einen Ausweg weist hier innerstaatlich allein die Möglichkeit des vorbeugenden Rechtsschutzes.⁸¹ Es stehen dem Einzelnen dabei grundsätzlich zwei Klagearten zu Gebote, die vorbeugende Feststellungsklage (§ 43 VwGO) sowie die allgemei-

77 Vgl. EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, 4199 Rn. 15 ff.

78 EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2002, I-6677 Rn. 40 f.

79 Zur Zumutbarkeit der Einholung fachgerichtlichen Rechtsschutzes vgl. BVerfGE 71, 305 (336); BVerfGE 79, 275 (279); BVerfGE 81, 70 (82 f.); BVerfGE 97, 157 (165).

80 Vgl. BVerfGE 97, 157 (165); BVerfGE 98, 265 (296); BVerfG, NVwZ 2004, S. 977 (S. 987 f.); vgl. H. Lechner/R. Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 5. Aufl. 2006, § 90 Rn. 168.

81 Calliess (Fn. 64), NJW 2002, S. 3577 (S. 3581).

ne Leistungsklage in Form der (vorbeugenden) Unterlassungsklage.⁸² Klagegegner ist dabei jeweils der Rechtsträger der innerstaatlichen Behörde, die mit der Überwachung der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts oder der Sanktionierung von Gemeinschaftsrechtsverstößen betraut ist, oder – abhängig von der landesrechtlichen Rechtslage⁸³ – die Behörde selbst.⁸⁴ Eine Feststellungsklage könnte etwa darauf gerichtet sein, dass es dem Kläger gestattet ist, sich weiterhin in einer bestimmten Weise zu verhalten, obwohl dieses Verhalten nach den Bestimmungen einer Verordnung untersagt ist.⁸⁵ Das streitgegenständliche Rechtsverhältnis besteht dann in der Befugnis der Behörde, die in der fraglichen Verordnung statuierten Ge- oder Verbote durchzusetzen und gegebenenfalls Sanktionsmaßnahmen zu ergreifen.⁸⁶ Die Klagen setzen freilich das Vorliegen eines besonderen, qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses voraus, das darin bestehen muss, dass dem Kläger ein Abwarten und die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes nicht zugemutet werden darf. Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Erlass eines mit Strafe oder Bußgeld bewehrten Verwaltungsakts droht, vollendete Tat-sachen geschaffen würden oder ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstünde.⁸⁷ Das mitgliedstaatliche Verwaltungsgericht wäre dann im Rahmen eines solchen Verfahrens gemeinschaftsrechtlich gehalten, die Frage nach der Gültigkeit des einem drohenden Verwaltungsakt zugrundeliegenden EG-Rechtsakts dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen.⁸⁸ Dies gilt auch und erst recht für den Fall des vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutzes nach § 123 VwGO, dessen Beantragung im nationalen Rechtsschutzverfahren regelmäßig angezeigt sein dürfte, hält man sich die durchschnittliche Dauer von Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH vor Augen.⁸⁹

Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt vorbeugender Rechtsschutz begeht werden kann. Man könnte zunächst an den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gemeinschaftsrechtsaktes denken, da erst dann der Erlass einer nationalen Durchsetzungsmaßnahme aktuell droht. Vorzugswürdig erscheint aber bereits der Zeitpunkt der Veröffentlichung des EG-Rechtsaktes im Amtsblatt der Europäischen Union oder seiner Bekanntgabe gem. Art. 254 EG, sofern feststeht, dass den Betroffenen die in diesem Rechtsakt niedergelegte Rechtspflicht mit an Sicherheit

82 *J. Gundel*, Rechtsschutzlücken im Gemeinschaftsrecht?, *VerwArch* 92 (2001), S. 81 (S. 100, S. 108); *C. D. Classen*, Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverband, *JZ* 2006, S. 157 (S. 160); *A. Middeke*, in *Rengeling/Middecke/Gellermann* (Fn. 64), § 10 Rn. 41. – Zum vorbeugenden Rechtsschutz vgl. *D. Lorenz*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2000, § 24 Rn. 10.

83 Vgl. etwa § 8 Abs. 2 des Brandenburgischen Verwaltungsgerichtsgesetzes i.d.F. der Bek. v. 22. November 1996, GVBl. 1996 I S. 317, zul. geänd. GVBl. 2004 I S. 281.

84 *S. Lenz/S. Staeglich*, Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? Europäische Rechtsschutzdefizite und ihr Ausgleich durch die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, *NVwZ* 2004, S. 1421 (S. 1425).

85 Vgl. *Gundel* (Fn. 82), *VerwArch* 92 (2001), S. 81 (S. 100).

86 *Lenz/Staeglich* (Fn. 83), *NVwZ* 2004, S. 1421 (S. 1426).

87 *Lorenz* (Fn. 82), § 24 Rn. 7 ff.

88 Vgl. die Vorlage des VG Mainz, *ZLR* 1994, S. 153, und die Vorabentscheidung des EuGH, Rs. C-306/93 (SMW Winzersekt/Land Rheinland-Pfalz), *Slg.* 1994, I-5555.

89 Im Jahr 2006 betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer bei Vorabentscheidungsersuchen 19,8 Monate; vgl. *Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften* (Hrsg.), *Jahresbericht 2006, 2007*, S. 93.

grenzender Wahrscheinlichkeit treffen wird. Mit der Verkündung oder Bekanntgabe wird der Akt rechtlich existent⁹⁰ und damit – auch inzident – anfechtbar. Da im Zeitraum zwischen Verkündung und Inkrafttreten der Erlass nationaler Sanktionsmaßnahmen noch nicht unmittelbar zu befürchten ist, scheidet eine Unterlassungsklage allerdings zunächst aus. Möglich ist allein eine vorbeugende Feststellungsklage, die auf das mit Inkrafttreten künftig zur Entstehung gelangende Rechtsverhältnis gerichtet ist.⁹¹ Sofern das Vorlageverfahren vom innerstaatlich befassten Gericht zeitnah eingeleitet wird und die Zeitspanne zwischen Verkündung des Gemeinschaftsrechtsakts und dessen Inkrafttreten großzügig bemessen ist, muss sich der EuGH in seiner Vorabentscheidung gegebenenfalls mit der Frage nach der Gültigkeit des zwar verkündeten, aber noch nicht in Kraft getretenen Gemeinschaftsrechtsakts befassen.

IV. Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht

Den mitgliedstaatlichen Gerichten fällt nicht nur die Aufgabe der Gewährung primären Rechtsschutzes zu. Auch sekundäre Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen des Staatshaftungsrechts müssen den Individuen offen stehen. Dies betrifft in erster Linie die gerichtliche Durchsetzung von Haftungsansprüchen bei der mitgliedstaatlichen Verletzung von Gemeinschaftsrecht.⁹² Das vom EuGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitete Institut der „außervertraglichen Staatshaftung“⁹³ findet seine Begründung zwar vornehmlich im Effektivitätsgebot des Art. 10 EG, doch dient es zugleich dem effektiven Schutz der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte.⁹⁴ Der Schadensersatzanspruch findet seine Grundlage zwar unmittelbar im Gemeinschaftsrecht. Ein Mitgliedstaat hat die Folgen eines von ihm verursachten Schadens jedoch „im Rahmen des nationalen Haftungsrechts“ zu beheben.⁹⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die Anwendung der vom EuGH aufgestellten Grundsätze mangels einer einschlägigen innerstaatlichen Rechtsgrundlage zu einem gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruch,⁹⁶ der eigenständig neben der Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu prüfen ist. Die mitgliedstaatliche Staatshaftung ist daher als ein in

90 J. Schoo, in: Schwarze (Fn. 18), Art. 254 Rn. 5; M. Gellermann, in: Streinz (Fn. 17), Art. 254 EGV Rn. 4, 9. – Vgl. auch EuGH, Rs. 185/73 (Hauptzollamt Bielefeld), Slg. 1984, 607 Rn. 6; EuG, verb. Rs. T-79, 84-86, 89, 91, 92, 94, 96, 98, 102, 104/89 (BASF/Kommission), Slg. 1992, I-315 Rn. 96.

91 Vgl. Lorenz (Fn. 82), § 24 Rn. 18.

92 Grundlegend EuGH, verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90 (Francovich u. Bonifaci), Slg. 1991, I-5357.

93 Zur Herausbildung des Begriffs durch den EuGH vgl. A. Haratsch, Anm. zu EuGH, Rs. C-173/03, JZ 2006, S. 1176 (S. 1176).

94 EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93 (Brasserie du pêcheur), Slg. 1996, I-1029 Rn. 39.

95 EuGH, verb. Rs. C-6 u. C-9/90 (Francovich u. Bonifaci), Slg. 1991, I-5357 Rn. 42; EuGH, Rs. C-66/95 (Sutton), Slg. 1997, I-2163 Rn. 33.

96 BGHZ 134, 30 (33).

das nationale Recht implantiertes gemeinschaftsrechtliches Haftungsinstitut zu charakterisieren.⁹⁷

Seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „*Köbler*“⁹⁸ ist anerkannt, dass die Mitgliedstaaten nicht nur für gemeinschaftsrechtswidrige Exekutiv- und Legislativakte haften, sondern auch für fehlerhafte Urteile ihrer Gerichte, sofern einem letztinstanzlichen Gericht ein qualifizierter Verstoß gegen eine individualschützende Norm des Gemeinschaftsrechts zur Last gelegt werden kann. Ein solcher Verstoß ist anzunehmen, wenn der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht offenkundig ist. Maßgebliche Kriterien für die Bestimmung der Offenkundigkeit sind das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG durch das mitgliedstaatliche Gericht.⁹⁹ Der EuGH hat jedoch noch nicht dazu Stellung bezogen, ob die Verletzung der Vorlagepflicht für sich genommen eine außervertragliche Staatshaftung auslösen kann. Dass Art. 234 Abs. 3 EG selbst keine individualschützende Funktion besitzt,¹⁰⁰ schließt eine Haftung nicht aus,¹⁰¹ da die Nichtvorlage eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter bedeuten kann.¹⁰² Dieses Recht ist einerseits in Art. 47 Abs. 2 der Grundrechtecharta niedergelegt und angesichts seiner Verbürgung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen¹⁰³ ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts.¹⁰⁴ Für die im Gemeinschaftsrecht – anders als in der deutschen Rechtsordnung¹⁰⁵ – fehlende Möglichkeit, eine Vorlage an den EuGH erzwingen zu können, stellen sekundäre Haftungsansprüche freilich nur einen unvollkommenen Ausgleich dar.¹⁰⁶ Zudem könnten unterinstanzliche Gerichte in einem Staatshaftungsprozess in die missliche Lage geraten, über die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer höchstrichterlichen Entscheidung judizieren zu müssen.

97 Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 546.

98 EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239.

99 EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239 Rn. 53; EuGH, Rs. C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo), Slg. 2006, I-5177 Rn. 32.

100 B. W. Wegener, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte, EuR 2002, S. 785 (S. 788); ders., (Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, EuR 2004, S. 84 (S. 90); J. Gundel, Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht – Konsequenzen für die Rechtskraft und das deutsche „Richterprivileg“ (§ 839 Abs. 2 BGB), EWS 2004, S. 8 (S. 9).

101 C. R. Beul, Kein Richterprivileg bei unterlassener Vorlage gem. Art. 177 EGV, EuZW 1996, S. 748 (S. 748 f.).

102 W. Obwexer, Anm. zu EuGH, Rs. C-224/01, EuZW 2003, S. 726 (S. 727).

103 Vgl. die umfangreichen Nachweise bei H.-W. Rengeling/P. Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, Rn. 1158, sowie bei A. Weber, Menschenrechte, 2004, S. 971 ff.

104 Haratsch (Fn. 93), JZ 2006, S. 1176 (S. 1177 f.).

105 Vgl. dazu u. VI. 1.

106 H. Krieger, Haftung des nationalen Richters für Verletzung des Gemeinschaftsrechts, JuS 2004, S. 855 (S. 857); Haratsch (Fn. 93), JZ 2006, S. 1176 (S. 1178); Wegener (Fn. 100), EuR 2004, S. 84 (S. 91).

F. Die besondere Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts

I. Die Sicherung der Vorlage an den EuGH

Der durch die mitgliedstaatlichen Fachgerichte gewährleistete Rechtsschutz wird durch Vorlagen an den EuGH vervollständigt. Allerdings fehlt im Gemeinschaftsrecht eine Rechtsschutzmöglichkeit, eine rechtswidrig unterlassene Vorlage gerichtlich erzwingen zu können. Allein die Kommission besitzt – neben den Mitgliedstaaten – die Möglichkeit, einen Mitgliedstaat wegen einer rechtswidrig unterlassenen Vorlage vor dem EuGH zu rügen.¹⁰⁷ Auch hier schließt die nationale Rechtsordnung Lücken im Individualrechtsschutz.

Nach erfolgloser Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs ist gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG möglich, da in der Verletzung der Vorlagepflicht eine Verletzung des grundgesetzlich garantierten Anspruchs auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu sehen ist.¹⁰⁸ Der Begriff des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wird unter dem Eindruck der europäischen Integration und dem Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, gemeinschaftsrechtlich aufgeladen und um den EuGH ergänzt.¹⁰⁹ Eine Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG hat jedoch nur im Falle von „willkürlichen“ Nichtvorlagen Erfolg.¹¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht überprüft lediglich, ob die Vorlagepflicht nach Art. 234 EG vom jeweiligen Gericht „in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt worden ist“.¹¹¹ Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das Gericht die Vorlageverpflichtung übersehen hat, bewusst von einer Entscheidung des EuGH abgewichen ist oder seinen Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.¹¹²

II. Das Einfangen „ausbrechender Gemeinschaftsrechtsakte“

Eine weitere Aufgabe bei der Sicherung von Rechtsstaatlichkeit fällt dem Bundesverfassungsgericht bei der Überwachung so genannter „ausbrechender Rechtsakte“ der Europäischen Gemeinschaft zu. Die Gemeinschaft ist kein Hoheitsträger mit Allzuständigkeit. Die beschränkte Kompetenz der Gemeinschaft und ihrer Organe findet Ausdruck im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.¹¹³ Bei

107 Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein (Fn. 10), Rn. 502.

108 BVerfGE 73, 339 (366 f.); BVerfGE 75, 223 (233 f.); BVerfGE 82, 159 (192); BVerfG, EuGRZ 1998, S. 537 (S. 538 f.); BVerfG, DVBL 2001, S. 720 (S. 720); BVerfG, EuR 2006, S. 814 (S. 817 f.); BVerfG, NJW 2007, S. 1521 (S. 1521).

109 Vgl. BVerfGE 73, 339 (366); BVerfGE 75, 223 (233 f.); BVerfGE 82, 159 (192).

110 Vgl. BVerfGE 73, 339 (366); BVerfGE 75, 223 (245); BVerfG, DVBL 2001, S. 720 (S. 720).

111 BVerfG, NZG 2006, S. 781 (S. 781); BVerfG, NJW 2007, S. 1521 (S. 1521).

112 BVerfG, NZG 2006, S. 781 (S. 781); BVerfG, NJW 2007, S. 1521 (S. 521).

113 Vgl. dazu beispielsweise EuGH, Gutachten 2/94 v. 28. März 1996 (EMRK-Beitritt), Slg. 1996, I-1759 Rn. 23 ff.

Zweifeln über die Einhaltung des Kompetenzrahmens hat der EuGH zu entscheiden.¹¹⁴ Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Gemeinschaft sieht für den Europäischen Gerichtshof die abschließende Befugnis zur Kontrolle des organeschaffenen Sekundärrechts am Maßstab des vertraglichen Primärrechts, also auch am Maßstab der Kompetenznormen des EG-Vertrags, vor. Diese Letztentscheidungsbefugnis schließt konkurrierende innerstaatliche Kontrollrechte mitgliedstaatlicher Gerichte aus.¹¹⁵ Dieses dem EuGH sowie dem Europäischen Gericht Erster Instanz gem. Art. 220 EG zugewiesene Recht, über die Gültigkeit und Anwendbarkeit sekundären Gemeinschaftsrechts zu judizieren, ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unbestritten.¹¹⁶ Sofern der EuGH die Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts bejaht, ist der Rechtsakt in allen Mitgliedstaaten ebenso verbindlich wie das zugrundeliegende Urteil des EuGH.¹¹⁷ Mitgliedstaatliche Organe, auch die Gerichte, sind verpflichtet, Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane einschließlich der Urteile des Gerichtshofs anzuwenden. Selbst fehlerhafte Gemeinschaftsakte entfalten Rechtswirkungen, solange sie nicht aufgehoben oder zurückgenommen sind.¹¹⁸

Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist ein Letztentscheidungsrecht des EuGH anzuerkennen, da dieses Gegenstand des innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehls ist.¹¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht respektiert grundsätzlich den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht.¹²⁰ Es hat jedoch in seinem *Maastricht*-Urteil ausgeführt, dass es sich eine Kontrolle darüber vorbehalte, ob die Rechtsakte der Gemeinschaft tatsächlich noch von den jeweiligen innerstaatlichen Zustimmungsgesetzen zu den Gemeinschaftsverträgen gedeckt seien. Würde sich das sekundäre Gemeinschaftsrecht jenseits der konsentierten Grundlage bewegen, wären die deutschen Staatsorgane gehindert, diese Rechtsakte anzuwenden.¹²¹ Diesen Ausführungen liegt die so genannte „Brückentheorie“ zugrunde. Das von den Gemeinschaftsorganen erlassene Recht dringt über die „Brücke“ des deutschen Zustimmungsgesetzes in die deutsche Rechtsordnung ein und gewinnt dadurch seinen Vorrang vor innerstaatlichem Recht.¹²² Dort, wo diese Brücke nicht trägt, weil es sich um einen *ultra vires*-Akt handelt, soll das

114 Everling, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 69); E. Klein, Grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Überlegungen zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, 1995, S. 271 (S. 281); ders., Zum Geltungs- und Wirkungsbereich des Grundgesetzes, in: P. Kirchhof u. a. (Hrsg.), Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel, 2000, S. 277 (S. 286); U. Goll/M. Kenntner, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten, EuZW 2002, S. 101 (S. 102).

115 Dörr (Fn. 15), S. 255.

116 Vgl. EuGH, Rs. 314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, 4199 Rn. 15 ff.; EuGH, verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen u. Zuckerfabrik Soest), Slg. 1991, I-415 Rn. 17.

117 Everling, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 69).

118 EuGH, Rs. C-137/92 P (BASF), Slg. 1994, I-2555 Rn. 48.

119 Dörr (Fn. 15), S. 255.

120 BVerfGE 73, 339 (374 f.) (Solange II); BVerfGE 85, 191 (204).

121 BVerfGE 89, 155 (188, 210) (Maastricht).

122 Vgl. P. Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: HStR VII, § 183 Rn. 64 f.

Gemeinschaftsrecht jedenfalls in Deutschland keine Rechtsverbindlichkeit entfallen.¹²³

Man mag geteilter Meinung sein, ob bereits jeder rechtswidrige Gemeinschaftsrechtsakt die Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft überschreitet, da sie über keine Kompetenz zur Setzung rechtswidriger Akte verfügt.¹²⁴ Die These, dass jeder rechtswidrige Gemeinschaftsakt keine Bindungswirkung für innerstaatliche Behörden und Gerichte entfalten soll, kann jedenfalls in dieser Absolutheit nicht aufrechterhalten werden. In letzter Konsequenz würde die *Maastricht*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anwendbarkeit eines Gemeinschaftsaktes von der Entscheidung der einzelnen Mitgliedstaaten abhängig machen und dadurch die Einheit des Gemeinschaftsrechts gefährden,¹²⁵ die eines der tragen den Prinzipien der europäischen Integration ist.¹²⁶ Würden die obersten und die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in ihrem Hoheitsgebiet nach ihren jeweils unterschiedlichen Verfassungsgrundsätzen, Wertvorstellungen und Auslegungsmethoden überprüfen und zur Disposition stellen, würde das Gemeinschaftsrecht nicht mehr in allen Mitgliedstaaten gleichmäßig angewendet werden. Dies würde die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft massiv gefährden.¹²⁷ Hinzu treten rechtsstaatliche Bedenken, da bei einer von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts dessen materieller Gehalt für die Adressaten nur schwer vorhersehbar wäre und nicht die erforderliche Rechtssicherheit bestünde.¹²⁸

Das Bundesverfassungsgericht vernachlässigt bei seinen Überlegungen zudem, dass die Vertragsparteien die Überwachung der Verträge und der auf ihnen beru

123 *Kirchhoff* (Fn. 122), HStR VII, § 183 Rn. 65; ebenso *H. H. Rupp*, Ausschaltung des Bundesverfassungsgerichts durch den Amsterdamer Vertrag?, JZ 1998, S. 213 (S. 214); *Scholz* (Fn. 6), DÖV 1998, S. 261 (S. 266).

124 So etwa *F. C. Mayer*, Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das BVerfG: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, EuZW 2000, S. 685 (S. 688).

125 *K. Hesse*, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1995, S. 265 (S. 270); *W. Graf Vitzthum*, Gemeinschaftsgericht und Verfassungsgericht – rechtsvergleichende Aspekte, JZ 1998, S. 161 (S. 162); *G. G. Sander*, Europäischer Gerichtshof und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, DÖV 2000, S. 588 (S. 588 f.); *ders.*, Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, ThürVBl. 2001, S. 265 (S. 268 f.); *Everling*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 71); *Th. Trautwein*, Zur Rechtsprechungskompetenz des BVerfG auf dem Gebiet des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JuS 1997, S. 893 (S. 895); *G. Nicolaysen*, Der Streit zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, S. 495 (S. 505); *D. König*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht – ein Stolperstein auf dem Weg in die europäische Integration?, ZaGRV 54 (1994), S. 17 (S. 44); *H. Gersdorf*, Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, DVBl. 1994, S. 674 (S. 684); *Hirsch* (Fn. 13), Jör N.F. 49 (2001), S. 79 (S. 82); *K. M. Meessen*, Maastricht nach Karlsruhe, NJW 1994, S. 549 (S. 552); zweifelnd *H. H. Rupp* (Fn. 123), JZ 1998, S. 213 (S. 217).

126 Vgl. *G. Nicolaysen*, Tabakrauch, Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz. Zum BVerfG-Beschluß vom 12.5.1989, EuR 1989, S. 215 (S. 224).

127 *Everling*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 71); *J. Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: *J. Burmeister* (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit, Festchrift für Klaus Stern, 1997, S. 1239 (S. 1242).

128 *Sander* (Fn. 125), DÖV 2000, S. 588 (S. 594); *ders.* (Fn. 125), ThürVBl. 2001, S. 265 (S. 269); *R. Winkler*, Das „Alcan“-Urteil des EuGH – eine Katastrophe für den Rechtsstaat?, DÖV 1999, S. 148 (S. 151 f.); *J. Kottkott*, Deutschland im Rahmen der Europäischen Union – zum Vertrag von Maastricht, AöR 119 (1994), S. 207 (S. 220).

henden Rechtsakte der Gemeinschaft bewusst einer gemeinschaftlichen Gerichtsinstanz, dem Europäischen Gerichtshof, übertragen haben.¹²⁹ Die Zurücknahme des ausschließlichen Herrschaftsanspruchs der innerstaatlichen Rechtsordnung gilt für alle Verfassungsorgane, auch für das Bundesverfassungsgericht selbst.¹³⁰ Es muss sich wie alle Staatsorgane damit abfinden, dass die Eingliederung Deutschlands in die Europäischen Gemeinschaften seine Zuständigkeiten beschränkt.¹³¹ Das Grundgesetz hat sich für die Integrationsoffenheit entschieden und die Mitwirkung bei der Entwicklung der Europäischen Union zum Staatsziel erhoben. Die Übertragung von Rechtsprechungskompetenzen auf den EuGH nimmt zugleich die Möglichkeit einer fehlerhaften Auslegung der vertraglichen Grundlagen durch den Gerichtshof in Kauf.¹³² Im Übrigen ist die Gefahr einer Fehlinterpretation von Normen keine genuin europäische, sondern gilt gleichermaßen für nationale Gerichte, also auch für das Bundesverfassungsgericht selbst.¹³³

Die Wächterfunktion des Bundesverfassungsgerichts kann sich vor dem Hintergrund dieser Überlegungen daher nur darauf erstrecken, ob grundsätzlich die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Ge-

129 Ebenso *E. Klein*, in: E. Benda/E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 80; *ders.*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 114), S. 271 (S. 281); *Everling*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 70); *M. Simm*, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt, 1998, S. 27; *Nicolaysen* (Fn. 125), EuR 2000, S. 495 (S. 505); *K.-P. Sommermann*, Staatsziel „Europäische Union“ – Zur normativen Reichweite des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG n. F. –, DÖV 1994, S. 596 (S. 602).

130 *Everling*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 69).

131 *Everling*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 69).

132 *W. Schroeder*, Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, S. 452 (S. 463 f.); *P. M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210 (S. 226 f.); *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 56 (S. 66); *ders.*, in: Benda/Klein (Fn. 129), Rn. 80; *J. Abr. Frowein*, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 54 (1994), S. 1 (S. 9); *M. Heintzen*, Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?, AöR 119 (1994), S. 564 (S. 585 f.); *G. Nicolaysen/C. Nowak*, Teirlückzug des BVerfG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte: Neuere Entwicklungen und Perspektiven, NJW 2001, S. 1233 (S. 1237). Anders *Th. Schilling*, Artikel 24 Absatz 1 des Grundgesetzes, Art. 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung, Der Staat 29 (1990), S. 161 (S. 163 f., S. 168 ff.).

133 *E. Klein*, in: Benda/Klein (Fn. 129), Rn. 80; *Nicolaysen/Nowak* (Fn. 132), NJW 2001, S. 1233 (S. 1237); *Meessen* (Fn. 125), NJW 1994, S. 549 (S. 553).

meinschaft eingehalten sind.¹³⁴ Seine Kontrollbefugnis greift erst, wo der einer Hoheitsübertragung verschlossene Bereich gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG beginnt,¹³⁵ d. h. die Grenze des Übertragbaren überschritten wird.¹³⁶ Innerstaatliche Rechtsanwender dürfen einem die vertraglichen Ermächtigungsgrundlagen des EGV auslegenden Urteil des EuGH erst entgegentreten, sofern ein Gemeinschaftsrechtsakt die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG überschreiten würde,¹³⁷ d. h. die Verbandskompetenz der Gemeinschaft in Bereiche erstrecken würde, die integrationsfest sind.¹³⁸ Einem Fachgericht wäre es gleichwohl verwehrt, einen Gemeinschaftsrechtsakt in der vom EuGH gefundenen Auslegung eigenverantwortlich zu verwerfen oder nicht anzuwenden, selbst wenn es den integrationsfesten Kern des Grundgesetzes, etwa grundlegende rechtsstaatliche Garantien, angetastet sähe.¹³⁹ Vielmehr wäre es nach den Grundsätzen der *Solange*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in analoger Anwendung des konkreten Normenkontrollverfahrens gem. Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet, die Frage nach der innerstaatlichen Verbindlichkeit des fraglichen Gemeinschaftsrechtsakts dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.¹⁴⁰

Schlägt das mit Anwendungsvorrang ausgestattete Gemeinschaftsrecht den mitgliedstaatlichen Gerichten grundgesetzliche Prüfungsmaßstäbe, etwa die rechtsstaatlichen Gebote des Vertrauensschutzes oder der Rechtssicherheit im Einzelfall aus der Hand, ist dies für sich genommen noch kein hinreichender Anlass, den änderungs- und übertragungsfesten Verfassungskern angetastet zu sehen und eine konkrete Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht in die Wege zu leiten. Vielmehr müssen hier die vom Bundesverfassungsgericht in seiner *Solange*-

134 *R. Streinz*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 23 Rn. 88; *H. D. Jarass*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. 2007, Art. 23 Rn. 35; *Klein* (Fn. 132), VVDStRL 50 (1991), S. 56 (S. 68 ff.); *A. Weber*, Zur Kontrolle grundrechts- bzw. kompetenzwidriger Rechtsakte der EG durch nationale Verfassungsgerichte, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, S. 1625 (S. 1637, S. 1639); *Everling*, in: Gedächtnisschrift für Grabitz (Fn. 54), S. 57 (S. 70 f.); *M. Selmayr/N. Prowald*, Abschied von den „Solange“-Vorbehalten – Die wahre Bedeutung des „Kooperationsverhältnisses“ des BVerfG zum EuGH –, DVBl. 1999, S. 269 (S. 274). – Ähnlich *M. F. Commichau*, Nationales Verfassungsrecht und europäische Gemeinschaftsverfassung, 2. Aufl. 1998, S. 100, und auch *Trautwein* (Fn. 125), JuS 1997, S. 893 (S. 896), der meint, die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts bleibe auf eine „äußerste, letzte Evidenzkontrolle“ beschränkt; ebenso *Th. Oppermann*, Nationale Verfassungsautonomie und supranationale Bindung innerhalb der Europäischen Union, in: U. Battis u. a. (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, S. 117 (S. 124). Nach *Kokott* (Fn. 128), AÖR 119 (1994), S. 207 (S. 220), greift die verfassungrechtliche Anwendungssperre nur bei „erheblichen … Kompetenzüberschreitungen“. – Anders jedoch *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts, 1996, S. 88 f.

135 Grundlegend *Klein* (Fn. 132), VVDStRL 50 (1991), S. 56 (S. 68 ff.).

136 *Dörr*, in: *Sodan/Ziekow* (Fn. 9), Rn. 203 ff.

137 So wohl auch *R. Hofmann*, Zurück zu Solange II! Zum Bananenmarktordnungs-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: H.-J. Cremer u. a. (Hrsg.), Tradition und Weltöffnenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 1207 (S. 1214); *R. Zuck*, Kooperation zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof, in: B. Guggenberger/Th. Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, 1998, S. 121 (S. 124).

138 *Klein*, in: Festschrift für Vogel (Fn. 114), S. 277 (S. 286); *Gellermann*, in: *Rengeling/Middecke/Gellermann* (Fn. 64), § 36 Rn. 32.

139 S. o. Fn. 53.

140 Vgl. BVerfGE 37, 271 (285 ff.) (Solange I), s. auch o. Fn. 54.

ge-Rechtsprechung in Bezug auf die Grundrechte entwickelten Grundsätze entsprechend herangezogen werden. Für eine Überprüfung am Maßstab des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips besteht kein Anlass, solange der Europäische Gerichtshof und das Gericht erster Instanz rechtsstaatliche Grundsätze in einer Weise schützen, die dem vom Grundgesetz geforderten Schutz im Wesentlichen entspricht.

III. Die *Solange*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Im Bereich des Grundrechtsschutzes nimmt das Bundesverfassungsgericht seine rechtsstaatliche Wächterrolle mit besonderem Nachdruck wahr. Hatte sich das Gericht in seiner *Solange I*-Entscheidung die Überprüfung sekundären Gemeinschaftsrechts am Maßstab der grundgesetzlichen Grundrechte noch ausdrücklich vorbehalten,¹⁴¹ gab es, nachdem der EuGH selbst eine gefestigte Grundrechtsrechtsprechung entwickelt hatte, diesen Vorbehalt auf, „solange“ die Rechtsprechung des EuGH einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleistet, der dem vom Grundgesetz gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichzuziehen ist.¹⁴² Das Grundgesetz verlangt dabei keinen deckungsgleichen Grundrechtsschutz auf EG-Ebene. Der zu gewährleistende Grundrechtsschutz ist jedoch unterschritten, wenn dies für den betreffenden Lebenssachverhalt und das jeweilige Grundrecht nachgewiesen werden kann.¹⁴³ Generelle Defizite des EuGH, z. B. beim Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit, könnten also nicht mit einem gegenüber dem Grundgesetz stärkeren Schutz, etwa des Eigentums, ausgeglichen werden. Freilich darf der Grundrechtsschutz auf Gemeinschafts- bzw. Unionsebene auch in Bezug auf ein konkretes Grundrecht durchaus im Einzelfall hinter dem nationalen Grundrechtsschutz zurückbleiben. Der im Wesentlichen vergleichbare Grundrechtsschutzstandard würde erst dann unterschritten, wenn der gemeinschaftliche Grundrechtsschutz in Bezug auf ein bestimmtes Grundrecht generell unter das unabdingbare Maß absinkt. Bloße „Ausreißer“ in einem ansonsten den Kernbestand eines Grundrechts wahrenen gemeinschaftlichen Grundrechtschutz reichen nicht aus. Es fragt sich, ob vor dem Hintergrund des zur *Maastricht*-Entscheidung Gesagten die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle im Grundrechtsbereich nicht erst dann wieder einsetzt, wenn die Grenze des Übertragbaren tangiert wird, wenn also die Rechtsprechung des EuGH unter den gem.

141 BVerfGE 37, 271 (Solange I).

142 BVerfGE 73, 339 (377) (Solange II).

143 BVerfGE 102, 147 (164) (Bananenmarktordnung).

Art. 79 Abs. 3 GG erforderlichen Grundrechtsstandard absinken sollte.¹⁴⁴ Die Prüfung am Maßstab deutscher Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht könnte nur dann erfolgen, wenn ein Rechtszustand drohte, an dessen Schaffung sich die Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich nicht beteiligen dürfte, weil gem. Art. 79 Abs. 3 GG unabänderliche Essentialia des Grundgesetzes in Frage stehen.¹⁴⁵

Die Zurücknahme der Grundrechtsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht durch den *Solange*-Vorbehalt gilt nicht nur im Hinblick auf Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane, sondern auch für nationale Hoheitsakte, die der Umsetzung von sekundärem Gemeinschaftsrecht dienen oder anderweitig gemeinschaftsrechtlich determiniert sind. Soweit die mitgliedstaatliche Normsetzung zwingend dem Gemeinschaftsrecht zu folgen hat, ist sie nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte zu prüfen. Sie unterliegt vielmehr der Grundrechtskontrolle durch den EuGH.¹⁴⁶

Dieses Zusammenspiel von mitgliedstaatlicher und gemeinschaftlicher Grundrechtsgewährleistung zeigt sich exemplarisch bei der Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft. Soweit eine Richtlinie den Mitgliedstaaten Spielräume bei der Umsetzung beläßt, ist der Gesetzgeber an die nationalen Grundrechte gebunden.¹⁴⁷ Der mitgliedstaatliche Umsetzungsakt unterliegt insoweit dann auch der verfassungsgerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Grundgesetzes, etwa im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde.¹⁴⁸ Grundrechtsschutz unmittelbar gegen eine EG-Richtlinie selbst kann nur durch den EuGH, etwa im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, erfolgen. Bei der Umsetzung von Richtlinien ist der nationale Gesetz- oder Verordnungsgeber insoweit an Gemeinschaftsgrundrechte gebunden, als der nationale Umsetzungsakt durch Vorgaben der Richtlinie determiniert ist. Auch dann sind also die Gemeinschaftsgrundrechte

144 Vgl. BVerfGE 102, 147 (161 ff.) (Bananenmarktordnung). Vgl. auch J. Limbach, Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur. Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2000, S. 417 (419 f.); S. Schmahl, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 6. Juni 2000, 2 BvL 1/97, EG-Bananenmarktordnung, WuB VII D. Art. 100 GG 1.00, S. 1189 (S. 1191 f.); A. Emmerich-Fritzsche, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 7. Juni 2000 – 2 BvL 1/97 –, BayVBl. 2000, S. 755 ff.; J. F. Lindner, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 7. Juni 2000 – 2 BvL 1/97 –, BayVBl. 2000, S. 758 f.

145 Siehe Selmayr/Prowald (Fn. 134), DVBl. 1999, S. 269 (S. 271 f.); G. Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, S. 2457 (S. 2465 f.); ders. (Fn. 13), NJW 2000, S. 1817 (S. 1819); ders. (Fn. 13), JöR N.F. 49 (2001), S. 79 (S. 82); Nicolaysen/Nowak (Fn. 132), NJW 2001, S. 1233 (S. 1237 f.); Meessen (Fn. 125), NJW 1994, S. 549 (S. 553); vgl. auch BVerfG, EuGRZ 1989, S. 339 (S. 340); BVerfG, DÖV 1992, S. 1010 (S. 1010); anders J. Caspar, Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht, DÖV 2000, S. 349 (S. 353 f.).

146 BVerfG, DVBl. 2001, S. 720 (S. 720); BVerfGE 102, 147 (163) (Bananenmarktordnung).

147 Th. Kingreen, Die Gemeinschaftsgrundrechte, JuS 2000, S. 857 (S. 864); Klein (Fn. 132), VVDStRL 50 (1991), S. 56 (S. 83 f.); A. Weber, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, S. 537 (S. 542).

148 BVerfG, DVBl. 2001, S. 720 (S. 720).

alleiniger Prüfungsmaßstab. Das gemeinschaftsrechtlich determinierte Umsetzungsgesetz kann nicht mit einer auf Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, auch wenn dies in Teilen der Literatur für möglich gehalten wird. Im Hinblick auf eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG wird vorgetragen, der Gleichheitssatz verbiete die sogenannte „objektive Willkür“, also diejenige fehlerhafte Rechtsanwendung, die bei Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sei und sich daher der Schluss aufdränge, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhe.¹⁴⁹ Dies nimmt das Bundesverfassungsgericht etwa an, wenn Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention willkürlich nicht beachtet werden.¹⁵⁰ Diese Rechtsprechung im Hinblick auf die EMRK sei auf die objektiv willkürliche Missachtung von Gemeinschaftsgrundrechten zu übertragen.¹⁵¹ Eine Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG komme in Betracht, da nationale gegen Gemeinschaftsrecht verstößende Rechtsakte nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne dieser Vorschrift gehören.¹⁵²

Diese insbesondere zur EMRK entwickelte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann jedoch nicht auf den Bereich des Gemeinschaftsrechts und die Gemeinschaftsgrundrechte übertragen werden. Der durch die Grundrechte des Grundgesetzes vermittelte Grundrechtsschutz wird im Anwendungsbereich des mit supranationalem Anwendungsvorrang ausgestatteten Gemeinschaftsrechts verdrängt.¹⁵³ Das Gemeinschaftsrecht entfaltet – anders als in den völkerrechtlichen Zusammenhängen von EMRK oder UN-Menschenrechtspakten – eine Sperrwirkung gegenüber den innerstaatlichen Grundrechten.¹⁵⁴ Um in Fällen, in

149 Vgl. BVerfGE 42, 64 (72 f.); BVerfGE 58, 163 (167 f.); BVerfGE 59, 128 (160 f.); BVerfGE 62, 189 (192); BVerfGE 64, 389 (394); BVerfGE 80, 48 (51); BVerfGE 86, 59 (62 f.); BVerfGE 87, 273 (278 f.); BVerfGE 96, 189 (203); vgl. dazu *N. Weiß*, Objektive Willkür, 2000, S. 66 ff.

150 BVerfGE 64, 135 (157); BVerfGE 74, 102 (128); dazu *E. Klein*, Der Individualrechtsschutz in der Bundesrepublik Deutschland bei Verstößen gegen die Menschenrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *E. G. Mahrenholz/M. Hilf/E. Klein*, Entwicklung der Menschenrechte innerhalb der Staaten des Europarates, 1987, S. 43 (S. 58); *ders.*, in: *Benda/Klein* (Fn. 129), Rn. 68; *J. Abr. Frowein*, Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung, NVwZ 2002, S. 29 (S. 29); *R. Uerpemann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, 1993, S. 98 f.

151 So *S. Schmahl*, Die Verzahnung der deutschen, europäischen und internationalen Rechtsebenen bei der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten, in: *G. Bauschke u. a. (Hrsg.)*, Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen, 2003, S. 163 (S. 180).

152 *E. Klein*, Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: *J. Burmeister (Hrsg.)*, Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 1301 (S. 1309); vgl. dazu BVerfGE 31, 145 (173); BVerfGE 64, 135 (157); vgl. auch BVerfG, EuGRZ 1985, S. 654 ff. (Pakelli); *E. Klein*, in: *Mahrenholz/Hilf/Klein* (Fn. 150), Entwicklung der Menschenrechte innerhalb der Staaten des Europarates, 1987, S. 43 (S. 56); *ders.*, in: *Benda/Klein* (Fn. 129), Rn. 69 f.

153 Vgl. BVerfGE 89, 155 (177 f.) (Maastricht). – Anders jedoch *J. Cirkel*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2000, S. 239, der meint, der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bewirke keine Verdrängung der nationalen Grundrechtsgewährleistungen, sondern nur der Grundrechtsbeschränkungen.

154 *R. Störner*, Gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote versus nationale Grundrechte, AöR 123 (1998), S. 541 (S. 568 f.); a. A. *Th. Jürgensen/I. Schlünder*, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 200 (S. 223 f.), die meinen, der Unionsbürger genieße insoweit einen doppelten Grundrechtsschutz.

denen ein Richtlinienumsetzungsgesetz dem Einzelnen ohne weiteren dazwischenstehenden Akt eine Verpflichtung auferlegt, eine grundrechtliche Schutzlücke zu vermeiden, muss auch hier zum Mittel des vorbeugenden Verwaltungsrechtsschutzes gegriffen werden, sofern dem Betroffenen das Abwarten einer Durchsetzungsmaßnahme, etwa eines Bußgeldes, nicht zugemutet werden kann. Grundrechtsschutz erfolgt dann unmittelbar auf verwaltungsgerichtlicher Ebene, ergänzt durch die Vorlage an den EuGH gem. Art. 234 EG.

G. Fazit

Die Sicherung der Rechtsstaatlichkeit vollzieht sich im europäischen Rahmen in einem komplexen Zusammenspiel der mitgliedstaatlichen und der Gemeinschaftsgerichte. Die Sicherungsaufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte ist dabei einerseits erweitert, da ihnen die Aufgabe zufällt, die Bindung an Recht und Gesetz auch im Hinblick auf das Europäische Gemeinschaftsrecht zu überwachen, und da ihnen aufgegeben ist, effektiven Individualrechtsschutz auch im Hinblick auf Rechte zu gewährleisten, die aus dem Gemeinschaftsrecht fließen. Andererseits wird der rechtsstaatliche Sicherungsauftrag durch das Gemeinschaftsrecht deutlich beschnitten, soweit dieses innerstaatlich nach effektiver Durchsetzung verlangt und rechtsstaatliche, vollzugshemmende Garantien des nationalen Rechts aus dem Prüfungsmaßstab der mitgliedstaatlichen Gerichte herausnimmt. Dies kann aus mitgliedstaatlicher Sicht hingenommen werden, sofern die Gewährleistung rechtsstaatlicher Grundsätze durch die Gemeinschaftsgerichte übernommen wird und dies in einer Weise geschieht, die dem vom Grundgesetz eingeforderten Standard im Wesentlichen entspricht.

In den Bereichen, in denen dem Europäischen Gerichtshof und dem Gericht erster Instanz entsprechende Rechtsprechungskompetenzen nicht übertragen worden sind, etwa beim Individualrechtsschutz gegen allgemeine Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft, müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte in die Bresche springen, um den notwendigen Rechtsschutz selbst zu gewährleisten. Dieser mitgliedstaatliche Rechtsschutz muss allerdings durch Vorabentscheidungen des EuGH vervollständigt werden.

Verfügt die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit hingegen über ausreichende Kompetenzen, rechtsstaatliche Grundsätze selbst zu sichern, verfehlt sie ihren Auftrag jedoch und sinkt der Schutz rechtsstaatlicher Grundsätze unter ein Niveau, welches dem vom Grundgesetz geforderten Standard im Wesentlichen nicht mehr entspricht, wird das Bundesverfassunggericht als Wächter des grundgesetzlichen rechtsstaatlichen Fundaments aktiviert.

Dieses diffizile Wechselspiel von mitgliedstaatlichen und Gemeinschaftsgerichten bei der Sicherung rechtsstaatlicher Grundsätze mag als ausgeklügeltes und aus zahlreichen Verhandlungskompromissen im Zuge der verschiedenen Vertragsreformen gewachsenes System umfassenden Rechtsschutz garantieren. Einfach zu

durchschauen ist dieser kooperative, dialogische Rechtsschutz jedoch nicht. Es fragt sich daher, ob die rechtsordnungsübergreifende Gewährleistung des Rechtsstaatsprinzips ihrerseits das erforderliche Maß an Klarheit, Überschaubarkeit und Vorhersehbarkeit aufweist, um den rechtsstaatlichen Anforderungen der Rechtssicherheit selbst zu genügen.

Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Gemeinschaftsgerichte*

von Dieter Kraus **

I. Vorbemerkungen

Die Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union zu sichern ist eine Aufgabe, die sich allen, die an der Verwirklichung der großen Idee einer immer engeren Einheit der Völker Europas beteiligt sind, stets und – angesichts des dynamischen Charakters des Integrationsvorhabens – immer wieder von neuem stellt. Es sind somit auch die Gerichte, die mitgliedstaatlichen ebenso wie die Gemeinschaftsgerichte, aufgerufen, ihren Teil dazu beizutragen, dass das Handeln der Europäischen Union jederzeit rechtsstaatlichen Maßstäben genügt. Wenn dieses Referat, einer Vorgabe der Tagungsleitung folgend, eine spezifische Perspektive wählt, nämlich diejenige der europäischen Gerichtsbarkeit, bedeutet dies keine Gegenüberstellung im Sinne einer Gegensätzlichkeit oder eines Widerstreits zu der im Parallelreferat zugrunde gelegten „Perspektive der mitgliedstaatlichen Gerichte“. Vielmehr geht es um den Blick aus zwei Richtungen auf ein- und denselben Sachverhalt, mithin um eine wechselseitige Ergänzung oder auch, um einen zentralen Aspekt dieser Tagung aufzunehmen, um einen kooperativen Ansatz.

Im Folgenden soll zunächst dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht und insbesondere in der Rechtsprechung des EuGH nachgegangen werden. Anschließend kommen wichtige Mittel und Methoden der kooperativen Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union zur Sprache, um aufzuzeigen, auf welchen Wegen sich diese Sicherung vollzieht und welche Schwierigkeiten auftreten können. Dabei steht die Rolle der Gerichte und insbesondere diejenige des EuGH im Vordergrund, dessen Rechtsprechung auch die Beispiele entnommen sind.¹

* Schriftliche Fassung des Referates im Rahmen der Tagung des AEI zum Thema „Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit in der erweiterten Union“ am 13.07.2007 in Heidelberg. Die zum Ausdruck gebrachten Ansichten sind allein solche des Verfassers.

** Dr. Dieter Kraus, Kabinettschef des Präsidenten des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Luxemburg.

1 Bei der Vielzahl der nachfolgend angesprochenen Themen geht es nicht um deren Diskussion im Einzelnen, sondern darum, ihren Beitrag zu der Themenstellung des Referates aufzuzeigen.

II. Rechtsstaatlichkeit, Rechtsgemeinschaft und Gemeinschaftsrecht

1. Art. 6 Abs. 1 EU als Ausgangspunkt

Den primärrechtlichen Ausgangspunkt für den rechtsstaatlichen Charakter der Europäischen Union bildet Art. 6 Abs. 1 EU, der eine Reihe von Grundsätzen benennt, auf denen die Europäische Union „beruht“ und die allen Mitgliedstaaten „gemeinsam“ sind. Neben den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist demnach der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit für die Europäische Union konstituierend. Damit positiviert Art. 6 Abs. 1 EU, der durch den Vertrag von Maastricht (von 1992, in Kraft seit 1993) in das Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht eingeführt wurde, ungeschriebene Grundsätze, die sich in den vorangegangenen Jahrzehnten schrittweise in Rechtssetzung und Rechtspraxis herausgebildet hatten.

2. Zur Spruchpraxis des EuGH und ihrer Entwicklung

In der Spruchpraxis des EuGH hat der Begriff der Rechtsstaatlichkeit als solcher bisher keine besondere Prominenz erlangt. Immerhin findet er sich in jüngster Zeit einige Male in Urteilen der Grossen Kammer, und zwar im Zusammenhang mit Fragen des Rechtsschutzes im Bereich der Terrorismusbekämpfung sowie der Geldwäsche: Es heißt dort, dass die Europäische Union nach Art. 6 EU „auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit beruht und die Grundrechte, wie sie in der [EMRK] gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts achtet“ (Urteile *Gestoras pro amnistía e.a./Rat*, *Segi e.a./Rat* und *Advocaten voor de Wereld*).² Vertrauter ist demgegenüber die Rede von der „Rechtsgemeinschaft“ – einer Ausdrucksweise, die seit längerer Zeit in der Rechtsprechung des EuGH ihren festen Platz hat: „Die Europäische Gemeinschaft ist eine Rechtsgemeinschaft, in der die Handlungen ihrer Organe darauf hin kontrolliert werden, ob sie mit dem EG-Vertrag und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, zu denen auch die Grundrechte gehören, vereinbar sind“ (jüngst etwa im Urteil *PKK und KNK/Rat*).³ Die Betonung des Gemeinschaftsaspekts (vgl. im französischen Sprachgebrauch „communauté de droit“) entspricht auch besser dem nichtstaatlichen Charakter der Europäischen Union und weckt keine irreführenden Assoziationen. Gleichzeitig bringt diese Wortwahl den rechtsgebundenen Charakter der Handlungen der europäischen Organe zum Ausdruck und

2 EuGH, Rs. C-354/04 P (*Gestoras pro amnistía e.a./Rat*), Slg. 2007, I-1579, Rn. 51 und C-355/04 P (*Segi e.a./Rat*), Slg. 2007, I-1657, Rn. 51; EuGH, Rs. C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*), Slg. 2007, I-3633, Rn. 45.

3 St. Rspr., EuGH, Rs. C-229/05 P (*PKK und KNK/Rat*), Slg. 2007, I-439, Rn. 109; EuGH, Rs. C-50/00 P (*Unión de Pequeños Agricultores/Rat*), Slg. 2002, I-6677, Rn. 38; EuGH, Rs. 294/83 (*Les Verts/Parlament*), Slg. 1986, 1339, Rn. 23.

nimmt damit den für das Selbstverständnis der europäischen Gerichtsbarkeit zentralen Gedanken der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ der Verträge (vgl. Art. 220 EG) auf.

3. Prozessuale Konsequenzen

Die Rede von der Rechtsstaatlichkeit bzw. von der Rechtsgemeinschaft ist indes kein Selbstzweck, sondern steht typischerweise in engem Zusammenhang mit Rechtsschutzaspekten. So folgt auf die oben zitierte Passage der Urteile *Gestoras pro amnistia e.a./Rat*, *Segi e.a./Rat* und *Advocaten voor de Wereld* der Satz „Folglich unterliegen die Organe [der Europäischen Union] der Kontrolle, ob ihre Handlungen mit den Verträgen und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar sind; Gleiches gilt für die Mitgliedstaaten, wenn sie das Recht der Union durchführen.“⁴ Prozessuale Konsequenzen der Rechtsstaatlichkeit bzw. der Rechtsgemeinschaft im Hinblick auf den Individualrechtsschutz macht der Satz deutlich, der sich an das Zitat aus dem vorhin erwähnten Urteil *PKK und KNK/Rat* anschliesst: „Die Einzelnen müssen daher einen effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können, die sie aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten.“⁵

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit gemeinschaftsrechtlicher („rechtsstaatlicher“) Kontrolle der EG/EU-Akte anhand der EG/EU-Verträge sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu denen auch die Grundrechte zählen. Da die Bezugnahme auf das Vertragswerk auch das darauf gestützte Sekundärrecht umfasst, folgt aus dieser Aufzählung letztlich eine allgemeine resp. umfassende Kontrolle am Maßstab des Gemeinschaftsrechts. Die prozessuale Absicherung dieser Rechtskontrolle wird insbesondere dadurch geleistet, dass der Rechtsschutzzanspruch als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt ist.⁶

4. Zum gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatsbegriff

Nach dem Gesagten dürfte es nicht erstaunen, dass der gemeinschaftsrechtliche Rechtsstaatsbegriff weniger stark ausdifferenziert ist als sein Pendant in manchen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Es erfolgt auch keine strikte Trennung in einen formellen und einen materiellen Rechtsstaatsbegriff. Ebenso wenig lässt sich eine Gruppierung bzw. Zusammenfassung von Einzelementen zu einem gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip beobachten, wie es etwa in der deutschen Staatsrechtslehre der Fall ist.⁷

4 Siehe oben Anm. 2 (jeweils in der selben Rn.).

5 Siehe oben Anm. 3.

6 EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651, Rn. 18. Siehe auch EuGH, Rs. C-226/04 und C-228/04 (La Cascina), Slg. 2006, I-1347, Rn. 38.

7 Dazu *Philip Kunitz*, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986.

Nach diesen eher ‚negativen‘ Aussagen ließe sich, ins Positive gewendet, formulieren, dass der gemeinschafts- bzw. unionsrechtliche Rechtsstaatsbegriff durch eine kasuistische und anlassbezogene Entwicklung allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts charakterisiert ist. Allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sind grundlegende Rechtsprinzipien, wie insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit, des Verbots der Rückwirkung sowie eine Reihe von strafrechtlichen Garantien, darunter der Grundsatz *ne bis in idem* und der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des mildernden Strafgesetzes.⁸ Als ein zweites charakteristisches Element ließe sich die starke Betonung des Rechtsschutzaspekts nennen, wie die oben herangezogenen Urteile deutlich machen und was an späterer Stelle dieses Referates weiter vertieft werden soll.⁹

III. Kooperative justizielle Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union – Mittel und Methoden

Ebenso wie die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts sowohl den mitgliedstaatlichen als auch den Gemeinschaftsgerichten obliegt, erfolgt auch die justizielle Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union im Zusammenwirken dieser Gerichte. Interessanter als die bloße Tatsache dieses Zusammenwirkens, das sich im Grunde bereits aus den Regeln ergibt, welche die Zuständigkeit der beteiligten Gerichte bestimmen, erscheint die Frage, wie und in welcher Weise es sich konkret vollzieht. Wenngleich die hierbei angewandten Mittel und Methoden sehr vielfältig sind und in der Rechtspraxis kontinuierlich verfeinert bzw. um neue ergänzt werden, so dass ihre Darstellung stets nur vorläufig sein kann, entziehen sie sich dennoch nicht jeglicher Systematisierung. Für die Zwecke dieses Referates lässt sich formulieren, dass sie zunächst die Zuweisung von Aufgaben an die beteiligten Gerichte betreffen (dazu 1.), sodann die Zuordnung von Normebenen (dazu 2.), ferner die Ausgestaltung des Rechtsschutzes (dazu 3.) sowie schließlich die Einflussnahme auf das jeweils anwendbare Recht (dazu 4.).

1. Zuweisung von Aufgaben

a) Der nationale Richter als „juge communautaire de droit commun“

Im System der europäischen Verträge ist es der EuGH, der als Gemeinschaftsorgan mit der autoritativen Auslegung des Gemeinschafts- und Unionsrechts betraut

8 Dazu Dieter Kraus, Die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts in Privatrechtsbeziehungen, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Entwicklungen nicht-legislatorischer Rechtsangleichung im Europäischen Privatrecht, Berlin 2008, S. 40 ff.

9 Unten III. 3.

ist. Auch wenn es keinen Instanzenzug von den mitgliedstaatlichen Gerichten zu den Gemeinschaftsgerichten gibt, so stellt er gleichwohl ein oberstes Gericht in dem Sinne dar, als er im Rahmen seiner Zuständigkeiten dasjenige Gericht ist, das endgültig und mit bindender Wirkung für die Organe der Europäischen Union sowie für die Mitgliedstaaten entscheidet. Dies schmälert die Bedeutung der mitgliedstaatlichen Gerichte indes in keiner Weise. Im Gegenteil, ihre Stellung an der Schnittstelle von nationalem und Gemeinschaftsrecht, insbesondere auch mit Blick auf das Verfahrensrecht, weist ihnen eine besondere Verantwortung für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu.¹⁰ Es ist deshalb auch kein Spiel mit Worten, wenn der EuGH wiederholt zum Ausdruck gebracht hat, dass er sich nicht als allein für die Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zuständig ansieht, sondern diese Aufgabe – auch, wenn nicht sogar: zuallererst – den mitgliedstaatlichen Gerichten zukommt. Daraus erklärt sich die Rede von dem nationalen Richter als dem *juge communautaire de droit commun* – eine Bezeichnung, die besagt, dass die nationalen Richter Gemeinschaftsrichter sind, und zwar mit einer generellen bzw. umfassenden Zuständigkeit.¹¹

Diese Bezeichnung hat auch Eingang in die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte gefunden: „Das nationale Gericht handelt bei Anwendung des Art. 86 EG, insbesondere wenn es ihn auf ein nach Art. 85 Abs. 3 EG freigestelltes Verhalten anwendet, als Gericht, das normalerweise für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts zuständig ist.“¹² In der Sache kommt dieser Gedanke auch schon in früheren Urteilen zum Ausdruck, etwa im Urteil Simmenthal aus dem Jahr 1978: „Aus alledem folgt, dass jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig, ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsnorm ergangen ist, unangewendet lässt.“¹³

b) Die Rollenverteilung im Vorabentscheidungsverfahren

System und Struktur des Vorabentscheidungsverfahrens entsprechen dem Gedanken der „kooperativen justiziellen“ Sicherung der Rechtsstaatlichkeit in besonders

10 Vgl. Koen Lenaerts, The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union, CML Rev. 44 (2007), S. 1625 ff. (S. 1659).

11 Vgl. Vassilios Skouris, Höchste Gerichte an ihren Grenzen – Bemerkungen aus der Perspektive des EuGH, in: Meinhard Hilf, Jörn Axel Kämmerer, Doris König (Hrsg.), Höchste Gerichte an ihren Grenzen (Vortragsreihe an der Bucerius Law School), Berlin 2007, S. 37 f.

12 EuG, Rs. T-51/89 (Tetra Pak/Kommission), Slg. 1990, II-309, Rn. 42 (in der französischen Fassung des Urteils heißt es: „Au contraire, en appliquant l'article 86, notamment à un comportement exempté au titre de l'article 85, paragraphe 3, le juge national agit en qualité de juge communautaire de droit commun.“). Ein aktuelles Beispiel sind die Schlussanträge von Generalanwalt Bot vom 06.05.2008 in der Rs. C-455/06 (Heemskerk und Schaap), Rn. 5, 128.

13 EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rn. 21.

guter Weise. Ungeachtet seiner im Einzelnen unterschiedlichen Ausgestaltung bildet das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG das verfahrensrechtliche Instrument der Zusammenarbeit von mitgliedstaatlichen und Gemeinschaftsgerichten.¹⁴ Fragen des Gemeinschaftsrechts können, sofern und sobald sie entscheidungsrelevant sind bzw. werden, vor den EuGH gebracht werden, ohne dass der gesamte nationale Instanzenzug mit einem möglicherweise großen Aufwand an Zeit und Geld durchlaufen werden müsste.

Das Vorabentscheidungsverfahren wird von den mitgliedstaatlichen Gerichten in Gang gesetzt und bildet eine Etappe im Rahmen des vor diesen anhängigen Rechtsstreites. Die vorgelegten Fragen und damit der Gegenstand des Vorabentscheidungserorschens werden von den mitgliedstaatlichen Gerichten bestimmt, die infolgedessen die Verantwortung für eine sachdienliche Formulierung der Vorlagenfragen tragen. Dem EuGH obliegt es, eine Antwort auf diese Fragen zu finden, um so dem vorlegenden Gericht zu ermöglichen, eine verfahrensbeendigende und gemeinschaftsrechtskonforme Entscheidung zu treffen. Der EuGH wird mithin erst bzw. dann in das Verfahren eingeschaltet, wenn sich Fragen des Gemeinschaftsrechts stellen und ist zugleich auf dieses Verfahrensstadium beschränkt. Er entscheidet nicht über den Ausgang des Rechtsstreites, sondern nur über die vorgelegten Fragen, die zudem ausschließlich die Auslegung und Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts betreffen dürfen. Die Initiative des vorlegenden Gerichts gibt dem EuGH Gelegenheit, das Gemeinschaftsrecht auszulegen und ggf. fortzuentwickeln. Die dem vorlegenden Gericht gegebene Antwort muss sich alsdann in der Praxis bewähren und mag später Anlass zu weiteren Vorlagen anderer Gerichte geben, was den kooperativen Charakter des Vorabentscheidungsverfahrens noch unterstreicht.

2. Zuordnung von Normebenen

a) Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Zum *acquis communautaire* gehören die Grundsätze des Vorrangs und der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, deren prätorische Formulierung auf zwei Urteile des EuGH in der Anfangszeit der europäischen Integration zurückgeht.¹⁵ Mit dem Grundsatz des Vorrangs wird das Verhältnis der nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Normebenen zueinander bestimmt. Das Urteil *Costa/E.N.E.L.* begründet diesen Grundsatz unter Hinweis auf die Gemeinschaftsrechtsordnung als autonome Rechtsordnung und sieht ihn als gemeinschaftsrecht-

14 Im Rahmen der Art. 68 EG und Art. 35 EU sind die dort vorgesehenen Sonderregelungen zur Vorlageberechtigung zu beachten.

15 EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L), Slg. 1964, 1253; EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), Slg. 1963, 3. Zum Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit siehe unten III. 4 a.

lich notwendig an, um die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft zu sichern.¹⁶ Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind daher gehalten, für die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts Sorge zu tragen, indem sie erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen.¹⁷ Dazu brauchen sie nicht die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem oder anderem Wege abzuwarten.¹⁸ Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bezieht sich auch auf nationale Verfassungsbestimmungen.¹⁹

Der Grundsatz des Vorrangs wird ferner in der Weise relevant, dass die nationalen Gerichte ihrer Rechtsprechung diejenige Auslegung des Gemeinschaftsrechts zugrunde legen sollen, die der EuGH diesen Bestimmungen gegeben hat. Wenn sich im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens ergeben sollte, dass eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift auf nationaler Ebene bislang in unzutreffender Weise ausgelegt wurde, dann ist dies dort zu korrigieren, auch wenn das bedeutet, dass eine langjährige höchstrichterliche Rechtsprechung aufgegeben werden muss. Denn durch die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift durch den EuGH im Vorabentscheidungswege wird nur klargestellt, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen ist oder zu verstehen gewesen wäre.²⁰

b) Normebenenkonforme Auslegung

Zu den besonders wichtigen Mitteln und Methoden justizieller Sicherung rechtsstaatlicher Anforderungen zählt eine Auslegung der jeweils einschlägigen Bestimmungen, die Widersprüche mit anderen Normen möglichst vermeidet, und zwar nicht nur mit Vorschriften, die sich auf derselben rechtlichen Ebene befinden.

16 EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L), Slg. 1964, 1253 (1270): „Aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“.

17 Grundlegend EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rn. 21-24. Siehe auch EuGH, Rs. C-213/89 (Factortame e.a.), Slg. 1990, I-2433, Rn. 19-21; EuGH, Rs. C-119/05 (Lucchini), Slg. 2007, I-6199, Rn. 61; EuGH, Rs. C-435/06 (C), Slg. 2007, I-10141, Rn. 57.

18 EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rn. 24.

19 EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125. Siehe auch EuGH, Rs. C-285/98 (Kreil), Slg. 2000, I-69 (betrifft das in Art. 12 a a. F. GG enthaltene Verbot, dass Frauen Dienst mit der Waffe leisten).

20 EuGH, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), Slg. 2004, I-837, Rn. 21, 22; EuGH, Rs. C-292/04 (Meilicke), Slg. 2007, I-1835, Rn. 34. Als Beispiel aus neuerer Zeit siehe EuGH, Rs. C-188/03 (Junk), Slg. 2005, I-885, Rn. 31 ff. (zum Begriff der Entlassung im Rahmen der Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABI. EG 1998 L 225, S. 16) und der diesbezüglichen Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte; richtlinienkonform jetzt BAG AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, mit Anm. Karl Riesenhuber).

den, sondern auch im Hinblick auf Vorschriften, die einer anderen rechtlichen Ebene zugehören.²¹

Für das Verhältnis von Richtlinien und nationalem Recht wird in diesem Zusammenhang von richtlinienkonformer Auslegung gesprochen, für Rahmenbeschlüsse des Unionsrechts von rahmenbeschlusskonformer Auslegung. Das mitgliedstaatliche Recht ist in einer Weise auszulegen, dass ein Widerspruch zu einer Bestimmung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts, deren Umsetzung es dient oder in deren Anwendungsbereich es sich befindet, möglichst unterbleibt. Dementsprechend obliegt es den mitgliedstaatlichen Gerichten, sich bei der Anwendung nationalen Rechts und insbesondere auch der Gesetzesbestimmungen, mit denen eine Richtlinie oder ein Rahmenbeschluss umgesetzt wird, so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie bzw. des Rahmenbeschlusses auszurichten, um das gemeinschafts- bzw. unionsrechtlich verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 249 Abs. 3 EG bzw. Art. 34 Abs. 2 lit. b EU nachzukommen.²² Da die vorstehend genannten Grundsätze das Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht insgesamt betreffen, geht es letztlich um gemeinschaftsrechtskonforme bzw. unionsrechtskonforme Auslegung als Unterkategorien normebenenkonformer Auslegung.

Auf Seiten des nationalen Rechts ist ferner zu beachten, dass nicht nur sich direkt auf die betreffende gemeinschaftsrechtliche Norm beziehende nationale Vorschriften in die Bemühungen konformer Interpretation einbezogen werden, sondern dass ggfs. das gesamte nationale Recht in den Blick genommen wird.²³ Eine Grenze wird diesen Auslegungsbemühungen durch den Wortlaut der jeweiligen Norm gezogen: eine Auslegung *contra legem* bleibt außer Betracht.²⁴

Darüber hinaus ist zur Wahrung der Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung das abgeleitete Gemeinschaftsrecht möglichst so auszulegen, dass es mit dem EG-Vertrag und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist.²⁵ Gestattet eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts mehr als eine Auslegung, so ist die Auslegung, bei der die Bestimmung mit dem EG-Ver-

21 Dazu näher Dieter Kraus, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in: EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, Kap. 3, Rn. 37 ff.; Clemens Höpfner, Die systemkonforme Auslegung. Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, Tübingen 2008.

22 St. Rspr. seit EuGH, Rs. 14/83 (Von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891, Rn. 26; siehe auch EuGH, Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135, Rn. 8; EuGH, Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911, Rn. 20 f.; EuGH, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411, Rn. 40; EuGH, Rs. C-131/97 (Carbonari e.a.), Slg. 1999, I-1103, Rn. 48; EuGH, Rs. C-408/01 (Adidas-Salomon und Adidas Benelux), Slg. 2003, I-12537, Rn. 21. Das Gebot einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts ist dem EG-Vertrag „immanent“, EuGH, Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer e.a.), Slg. 2004, I-8835, Rn. 114. Für die rahmenbeschlusskonforme Auslegung siehe grundlegend EuGH, Rs. C-105/03 (Pupino), Slg. 2005, I-5285, Rn. 33 f., 42 f.

23 Vgl. EuGH, Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer e.a.), Slg. 2004, I-8835, Rn. 115.

24 EuGH, Rs. C-212/04 (Adeneler e.a.), Slg. 2006, I-6057, Rn. 110.

25 EuGH, Rs. 201/85 und 202/85 (Klensch e.a.), Slg. 1986, 3477, Rn. 21; EuGH, Rs. C-1/02 (Borgmann), Slg. 2004, I-3219, Rn. 30; EuGH, Rs. C-499/04 (Werhof), Slg. 2006, I-2397, Rn. 32.

trag und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar ist, derjenigen vorzuziehen, die zur Feststellung ihrer Unvereinbarkeit führen würde.²⁶

Das Erfordernis normebenenkonformer Auslegung ist bei jedem Auslegungsvor-
gang zu beachten. Für das Verhältnis von Richtlinien zu nationalem Recht bedeutet dies bspw., dass nicht nur das nationale Recht konform zu der Richtlinie, deren Umsetzung es dient, ausgelegt werden muss, sondern dass die nationalen Behörden darüber hinaus die einschlägigen Richtlinienbestimmungen ihrerseits so auszulegen haben, dass diese nicht mit den gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Grundrechten in Konflikt geraten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die betreffende Richtlinie den Mitgliedstaaten Umsetzungs- und Handlungsspielräume lässt oder Vorschriften enthält, die auf einen komplexen Interessenausgleich abzielen und daher notwendigerweise eher allgemein gehalten sind. Bezuglich der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG,²⁷ die ein grundrechtsgemäßes Gleichgewicht von Freiheit des Datenverkehrs und Schutz der Privatsphäre ins Werk setzen will und dabei den Mitgliedstaaten an vielen Stellen einen mehr oder weniger großen Spielraum einräumt, hat der EuGH folglich verlangt, dass die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit der Richtlinie auslegen, sondern auch darauf achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinie stützen, die mit den durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten oder anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert.²⁸ Entsprechendes gilt für Richtlinien, die ein angemessenes Gleichgewicht zwischen verschiedenen Rechten und Interessen im Rahmen der Informationsgesellschaft herstellen und gewährleisten sollen.²⁹ Es reicht mithin nicht aus, dass sich das nationale Recht im Rahmen des Umsetzungs- und Handlungsspielraums hält, wenn dabei eine Auslegung der Richtlinie zugrunde gelegt wird, mit der zwar das nationale Recht übereinstimmt, die aber ihrerseits mit den gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Grundrechten unvereinbar ist.³⁰

26 EuGH, Rs. 218/82 (Kommission/Rat), Slg. 1983, 4063, Rn. 15; EuGH, Rs. C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.), Slg. 2007, I-5305, Rn. 28.

27 Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (AbI. EG 1995 L 281, S. 31); jetzt Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (AbI. EG 2002 L 201, S. 37).

28 EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971, Rn. 87. Vgl. auch EuGH, Rs. C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.), Slg. 2007, I-5305, Rn. 28.

29 EuGH, Rs. C-275/06 (Promusicae), Urteil vom 29.01.2008, Rn. 66 ff. betreffend die Datenschutzrichtlinie 2002/58 (oben Anm. 27) sowie die Richtlinien 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (AbI. EG 2000 L 178, S. 1), 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (AbI. EG 2001 L 167, S. 10) und 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (AbI. EU 2004 L 157, S. 45, berichtigt AbI. EU 2004, L 195, S. 16).

30 Vgl. auch EuGH, Rs. C-20/00 und C-64/00 (Booker Aquaculture und Hydro Seafood), Slg. 2003, I-7411, Rn. 88.

3. Anforderungen an den Rechtsschutz

Aus gerichtlicher Sicht liegt es nahe, bei der Sicherung rechtsstaatlicher Anforderungen das Augenmerk auf den Rechtsschutz zu richten und zu fragen, welche spezifisch rechtsschutzbezogenen Mechanismen zur Erreichung dieses Ziels beitragen können. Dabei geht es sowohl um das Ob als auch um das Wie der Gewährung von Rechtsschutz, da das Zusammenwirken der mitgliedstaatlichen und der Gemeinschaftsgerichte bei der Rechtsschutzgewährung nicht auf die Gewährung irgendeines, sondern eines zeitnahen und effektiven Rechtsschutzes abzielt.

a) Rechtsschutzfreundlichkeit: Vermeidung von Rechtsschutzlücken durch geeignete Handhabe des nationalen Verfahrensrechts

Der EuGH hat wiederholt – und mit besonderem Nachdruck im Urteil *Unión de Pequeños Agricultores/Rat* – ausgeführt, dass der EG-Vertrag mit den Art. 230 und 241 EG einerseits und dem Art. 234 EG andererseits ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren geschaffen hat, das die Gemeinschaftsgerichte damit betraut, die Handlungen der EG/EU-Organe auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu kontrollieren.³¹ Dieses System ermögliche natürlichen oder juristischen Personen, die wegen Art. 230 Abs. 4 EG Gemeinschaftshandlungen allgemeiner Geltung nicht unmittelbar anfechten können, die Ungültigkeit solcher Handlungen entweder inzident nach Art. 241 EG oder aber vor den nationalen Gerichten geltend zu machen und diese Gerichte, die nicht selbst die Ungültigkeit jener Handlungen feststellen können, zu veranlassen, den EuGH ggf. um Vorabentscheidung zu ersuchen.³² Dabei haben die „nationalen Gerichte gemäß dem in Art. 10 EG aufgestellten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die nationalen Verfahrensvorschriften über die Einlegung von Rechtsbehelfen möglichst so auszulegen und anzuwenden, dass natürliche und juristische Personen die Rechtmäßigkeit jeder nationalen Entscheidung oder anderen Maßnahme, mit der eine Gemeinschaftshandlung allgemeiner Geltung auf sie angewandt wird, gerichtlich anfechten und sich dabei auf die Ungültigkeit dieser Handlung berufen können“.³³ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch das Urteil *Unibet*, in dem es u. a. um die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes vor nationalen Gerichten geht. Dieser Rechtssache lagen in Schweden anhängige Verfahren zugrunde, mit denen ein englischer Anbieter von Wetten die Feststellung der Rechtmäßigkeit seiner Wirtschaftstätigkeit in Schweden begehrte, dazu Schadensersatz sowie vorläufigen Rechtsschutz. An dieser

³¹ EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2002, I-6677, Rn. 40 (unter Hinweis insbes. auf EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339, Rn. 23).

³² Ebda.

³³ EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2002, I-6677, Rn. 42; ebenso EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras pro amnistia e.a./Rat), Slg. 2007, I-1579, Rn. 56 und Rs. C-355/04 P (Segi e.a./Rat), Slg. 2007, I-1657, Rn. 56.

Stelle sei nur auf die Aussage des EuGH hingewiesen, derzufolge die „nationalen Gerichte gehalten [sind], die Verfahrensmodalitäten für die bei ihnen anhängigen Klagen, wie z. B. das Erfordernis eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Staat, so weit wie möglich dahin auszulegen, dass sie zur Erreichung des [...] Ziels beitragen, einen effektiven Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten.“³⁴

b) Rechtsschutzbeschleunigung: Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes; Eilverlageverfahren

Oft kommt es nicht nur darauf an, dass überhaupt Rechtsschutz gewährt wird, sondern dass dies schnell, manchmal sogar sehr schnell geschieht. Aufgrund der Zahl der (möglichen) Beteiligten und der (nicht nur) daraus resultierenden Übersetzungsaufgaben benötigen Vorabentscheidungsverfahren jedoch eine nicht unerhebliche Zeit. Außerdem können die in der Verfahrensordnung vorgesehenen Verfahrensschritte und -fristen nicht beliebig übersprungen oder verkürzt werden.³⁵ Um auch angesichts dieser strukturellen Gegebenheiten Rechtsschutz erforderlichenfalls in sehr kurzer Zeit zu gewähren, können mehrere Wege beschritten werden.

Zum einen kommen Maßnahmen einstweiligen Rechtsschutzes durch die mitgliedstaatlichen Gerichte in Betracht. Sie können solche Maßnahmen zu jedem Zeitpunkt ergreifen, d. h. vor, anlässlich oder nach der Übermittlung des Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH. Auch nach dessen Eingang beim EuGH bleibt die Sache beim vorlegenden Gericht anhängig und es bestehen aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts keinerlei Gründe, die das nationale Gericht daran hindern würden, Maßnahmen betreffend das Verfahren zu treffen.³⁶ Eine solche Vorgehensweise kommt bspw. dann in Betracht, wenn es im Ausgangsverfahren um Leistungen geht, die vorübergehend zugesprochen und daher, je nach dem Ergebnis des Vorlageverfahrens, zurückgewährt werden können. Bei einem Streit um den Anspruch auf eine Geldleistung, die sich auf einen unmittelbar bevorstehenden Zeitraum bezieht, macht es keinen Sinn, das Ergebnis eines Vorlageverfahrens abzuwarten, das aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nur nach dem

34 EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Slg. 2007, I-2271, Rn. 44.

35 Immerhin ließ sich dank einer Reihe von Beschleunigungsmaßnahmen die durchschnittliche Dauer von Vorabentscheidungsverfahren in den letzten Jahren substantiell verkürzen, und zwar von 25,5 Monaten im Jahr 2003 auf 19,3 Monate im Jahr 2007. Für detaillierte Zahlenangaben siehe in den Jahresberichten des EuGH (verfügbar im Internet unter <http://curia.europa.eu>).

36 Inwieweit Regelungen des nationalen Prozessrechts dem „Zugriff“ des vorlegenden Gerichts auf das Verfahren nach Ergehen des Vorabentscheidungsersuchens entgegenstehen können, ist nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

betreffenden Zeitraum abgeschlossen werden kann und daher für das Ausgangsverfahren zu spät kommt.³⁷

Gemeinschaftsrechtlich gesehen ist es nicht nur wünschenswert, sondern unabdingbar, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte die Möglichkeit haben, vorläufige Maßnahmen zu treffen, sofern und soweit dies erforderlich ist, um die volle Wirksamkeit der späteren gerichtlichen Entscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.³⁸ Der Grundsatz effektiven gerichtlichen Individualrechtsschutzes verlangt solche Handlungsbefugnisse, wie der EuGH kürzlich präzisierte, auch in vergleichbaren Fallgestaltungen, in denen es nicht lediglich um die richtige Auslegung mitgliedstaatlicher Bestimmungen, sondern um deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht geht.³⁹

Es sind jedoch auch Situationen denkbar, in denen die vorläufige Sicherung bzw. Regelung eines Zustandes durch das mitgliedstaatliche Gericht nicht hinreicht und es einer sehr raschen Entscheidung durch den EuGH selbst bedarf. In solchen Fällen gab es bislang im Wesentlichen die Möglichkeit, auf Antrag des vorlegenden Gerichts ein Vorabentscheidungsersuchen im sog. beschleunigten Verfahren zu behandeln, „wenn sich aus den angeführten Umständen die außerordentliche Dringlichkeit der Entscheidung über die zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage ergibt“.⁴⁰ Dieses Verfahren zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass Fristen verkürzt und Verfahrensschritte nach Möglichkeit beschleunigt werden. Es erscheint jedoch nur wenig geeignet, um in einer grösseren Zahl von Fällen zur Anwendung zu gelangen, wie es im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts der Fall sein könnte, dessen Bedeutung in den letzten Jahren kontinuierlich angestiegen ist.⁴¹ Für Fallgestaltungen aus diesem Bereich (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr; justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen), die häufig eine besondere Dringlichkeit aufweisen (freiheitsentziehende Maßnahmen, Einreiseverweigerung oder Ausweisung aus dem Gebiet der Europäischen Union, familienrechtliche Streitigkeiten betreffend das

37 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193 (ein in Belgien studierender Franzose begehrte eine Sozialleistung, um während der Prüfungen im letzten Studienjahr nicht bzw. weniger zur Bestreitung des Lebensunterhalts jobben zu müssen; als er gegen die allein auf seine Staatsangehörigkeit gestützte Versagung seines Antrags gerichtlich vorging, sprach ihm das mit dem Fall befasste belgische Gericht die Leistung vorläufig zu, so dass er unter den gleichen Bedingungen wie seine belgischen Kommilitonen seine Studien abschliessen und der EuGH die ihm vorgelegten, komplizierten Fragen zur Unionsbürgerschaft ohne Verzicht auf bestimmte Verfahrensschritte beantworten konnte).

38 EuGH, Rs. C-213/89 (Factortame e.a.), Slg. 1990, I-2433, Rn. 19 ff.; EuGH, Rs. C-226/99 (Siples), Slg. 2001, I-277, Rn. 19.

39 EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Slg. 2007, I-2271, Rn. 77.

40 Siehe Art. 104a VerFO EuGH. Als Beispiele aus jüngerer Zeit seien genannt: EuGH, Rs. C-66/08 (Kozlowski), Urteil vom 17.07.2008 (Vorabentscheidungsersuchen eingegangen am 18.02.2008); EuGH, Rs. C-127/08 (Metock e.a.), Urteil vom 25.07.2008 (Vorabentscheidungsersuchen eingegangen am 25.03.2008).

41 Im derzeit geltenden Vertragswerk ist der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ in Titel VI des EU-Vertrages und in Titel IV des Dritten Teils des EG-Vertrages geregelt. Dazu siehe *Vassilios Skouris*, Rechtsschutz im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Schlussvortrag am 4. Europäischen Juristentag in Wien (3.-5. Mai 2007), Sammelband – Proceedings – Actes du Congrès. Reden – Referate – Generalberichte – Schlussvortrag, Wien 2008, S. 403 ff.

elterliche Erziehungs- und Sorgerecht etc.), ist jüngst das sog. Eilverlageverfahren geschaffen worden.⁴²

Drei wesentliche Merkmale unterscheiden dieses neue Verfahren von dem gewohnten Vorabentscheidungsverfahren und sollen dem EuGH ermöglichen, innerhalb von ca. drei Monaten zu entscheiden, und zwar ohne dass die Bearbeitung der anderen anhängigen Verfahren darunter leidet. Erstens beschränkt sich die schriftliche Phase des Verfahrens auf die Parteien des Ausgangsverfahrens, den Mitgliedstaat des vorlegenden Gerichts, die Europäische Kommission und, wenn einer ihrer Rechtsakte in Rede steht, den Rat und das Europäische Parlament, d. h. auf Akteure, welche die Verfahrenssprache beherrschen. Die sonstigen Beteiligten und insbesondere die übrigen Mitgliedstaaten können ihren Standpunkt während der mündlichen Verhandlung zu Gehör bringen. Zweitens werden Eilverlagen sofort nach Eingang einer bestimmten Kammer mit fünf Richtern zugewiesen, die für die Dauer jeweils eines Jahres mit der Bearbeitung solcher Eilverlagen betraut ist. Drittens werden Eilverlagen im Wesentlichen auf elektronischem Wege betrieben, insbesondere im Hinblick auf den Schriftverkehr mit den nationalen Gerichten, den Parteien des Ausgangsverfahrens sowie den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen.

c) *Rechtsschutzeröffnung: Umqualifizierung von rechtsschutzlosen restriktiven Maßnahmen*

Im Rahmen der Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus ist kürzlich ein juristisch wie justizpolitisch interessanter Anwendungsfall justizieller Kooperation am Horizont erschienen. Terrorismusbekämpfung ist ein Bereich, in dem die Europäische Union in den letzten Jahren verstärkt tätig geworden ist, und zwar vielfach mit Instrumenten der sog. zweiten und dritten Säule. Allerdings gibt es, wie der EuGH Anlass hatte hervorzuheben, im Bereich von Titel VI EU, d.h. der dritten Säule, „kein vollständiges Rechtsschutzsystem“⁴³ und reichen die Zuständigkeiten des EuGH im Rahmen von Titel V EU, d. h. in der zweiten Säule, „noch weniger weit“.⁴⁴

Diese Problematik gewann in den Rechtsmittelverfahren *Gestoras pro amnistía e.a./Rat* und *Segi e.a./Rat* Aktualität, in denen es um den Anspruch auf Ersatz des Schadens ging, der den beiden klageführenden Organisationen dadurch entstanden war, dass sie der Rat in eine Liste von an terroristischen Handlungen beteiligten Personen, Vereinigungen und Körperschaften aufgenommen hatte.⁴⁵ Jene

42 Siehe Art. 104b VerFO EuGH (in Kraft seit 01.03.2008). Das erste derartige Eilverfahren ist die Rs. C-195/08 (Rinau) (Vorabentscheidungsersuchen eingegangen am 14.05.2008, Urteil verkündet am 11.07.2008).

43 EuGH, Rs. C-105/03 (Pupino), Slg. 2005, I-5285, Rn. 35.

44 EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras pro amnistía e.a./Rat), Slg. 2007, I-1579, Rn. 50 und Rs. C-355/04 P (Segi e.a./Rat), Slg. 2007, I-1657, Rn. 50.

45 EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistía e.a./Rat), Slg. 2007, I-1579 und Rs. C-355/04 P (Segi e.a./Rat), Slg. 2007, I-1657.

Liste bildete den Anhang eines vom Rat im Jahre 2001 angenommenen gemeinsamen Standpunktes zur Terrorismusbekämpfung.⁴⁶ Vor dem EuGH machten die Klägerinnen u. a. geltend, dass sie über kein Mittel verfügten, um die Aufnahme in die betreffende Liste anzufechten und ihnen daher jeglicher Rechtsschutz verweigert werde, nachdem ihre Klage vor dem Gericht erster Instanz erfolglos geblieben war.⁴⁷

Gem. Art. 34 Abs. 2 lit. a EU wird durch gemeinsame Standpunkte „das Vorgehen der [Europäischen] Union in einer gegebenen Frage bestimmt“. Diese Formulierung deutet zwar darauf hin, dass es sich um in erster Linie politische Akte handelt, die einer weiteren Behandlung oder auch einer Umsetzung bedürfen. In der Tat führt Art. 35 EU gemeinsame Standpunkte nicht als zulässigen Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens auf und gibt dem EuGH daher keine Kompetenz, über deren Gültigkeit und Auslegung zu entscheiden. Gleichwohl erscheint es nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass ein gemeinsamer Standpunkt so abgefasst ist, dass er unmittelbar in die Rechtssphäre Privater eingreift. Gerade bei namentlicher Nennung einer Person oder Organisation scheint eine rechtliche Außenwirkung nahe liegend zu sein.⁴⁸

Der EuGH betonte, dass Art. 35 EU, der für seinen Anwendungsbereich Ziel und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, d. h. die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, sicherstellen soll, nicht eng ausgelegt werden darf. Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens nach dieser Vorschrift müssen daher alle Maßnahmen des Rates im Bereich von Titel VI EU sein können, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen sollen, und zwar unabhängig von ihrer Rechtsnatur oder Form. Ein gemeinsamer Standpunkt, der aufgrund seines Inhalts eine Tragweite hätte, die über diejenige hinausgeht, die dieser Art von Handlung vom EU-Vertrag zugewiesen ist, muss folglich dem EuGH zur Prüfung vorgelegt werden können. Wäre bei einem nationalen Gericht ein Rechtsstreit anhängig, der inzidenter die Frage der Gültigkeit oder der Auslegung eines gemeinsamen Standpunkts aufwirft, und hätte dieses Gericht ernsthafte Zweifel im Hinblick auf die Frage, ob dieser gemeinsame Standpunkt in Wirklichkeit Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen soll, so könnte es sich daher mit einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH wenden, wenn die übrigen Voraussetzungen von Art. 35 EU vorliegen. Es wäre dann Sache des

46 Gemeinsamer Standpunkt 2001/931/GASP des Rates vom 27.12.2001 über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus (ABl. EG 2001 L 344, S. 93). Die Liste wurde mit den Beschlüssen 2002/340/GASP des Rates vom 02.05.2002 und 2002/462/GASP des Rates vom 17.06.2002 aktualisiert; dabei wurde die Eintragung der klageführenden Organisationen beibehalten.

47 EuG, Rs. T-333/02 (Gestoras Pro Amnistía e.a./Rat) und T-338/02 (Segi e.a./Rat), Slg. 2004, II-1647.

48 Siehe aber EGMR, nos. 6422/02 und 9916/02, ECHR 2002-V (Segi and Gestoras Pro-Amnistía and Others v. Germany, Austria, Belgium, Denmark, Spain, Finland, France, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, the United Kingdom and Sweden) (dec.): „The mere fact that the names of two of the applicants (Segi and Gestoras Pro-Amnistía) appear in the list referred to in that provision as „groups or entities involved in terrorist acts“ may be embarrassing, but the link is much too tenuous to justify application of the Convention.“ (a. E.).

EuGH, ggf. festzustellen, dass der gemeinsame Standpunkt Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen soll, ihn dementsprechend richtig einzustufen und im Wege der Vorabentscheidung zu entscheiden.⁴⁹

Eine solche Umqualifizierung eines rechtsschutzlosen in einen vorabentscheidungsfähigen Akt schließt eine Rechtsschutzlücke bzw. lässt sie weniger problematisch erscheinen. Es ist jedoch zu bemerken, dass diese Konstruktion nur dann gelingen kann, wenn ein Verfahren vor einem nationalen Gericht realistischerweise anhängig gemacht werden kann, und zwar ohne sogleich als offensichtlich unzulässig abgewiesen zu werden. Immerhin aber wird so das Fehlen jedweden Rechtsschutzes verhindert.⁵⁰

d) Rechtsschutzerweiterung: Schaffung zusätzlicher Rechtsbehelfe?

Neben der rechtsschutzfreundlichen Handhabung des nationalen Verfahrensrechts, der rechtsschutzbeschleunigenden Gewährung vorläufiger bzw. einstweiligen Maßnahmen sowie der rechtsschutzeröffnenden Umqualifizierung rechtschutzloser restriktiver Maßnahmen ließe sich ferner daran denken, den Rechtsschutz durch Schaffung zusätzlicher Rechtsbehelfe zu erweitern. Eine solche rechtsschutzerweiternde Schaffung zusätzlicher Rechtsbehelfe kann ggf. auch prätorisch seitens der mitgliedstaatlichen Gerichte erfolgen.⁵¹ Allerdings zeigt sich das Gemeinschaftsrecht im Allgemeinen zurückhaltend gegenüber Forderungen, auf nationaler Ebene zusätzliche Rechtsbehelfe vorzusehen. So hat der EuGH im Urteil *Rewe* aus dem Jahr 1981 festgehalten, dass der EG-Vertrag zwar für Privatpersonen mehrere Direktklagemöglichkeiten zu den Gemeinschaftsgerichten eröffnet hat, dass er aber nicht zusätzlich zu den nach nationalem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen neue Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Gerichten schaffen wollte.⁵² Vielmehr tendiert die Rechtsprechung dahin, dass dem Einzelnen ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen muss, der einen effektiven gerichtlichen Schutz der im Gemeinschaftsrecht begründeten Rechte gewährleistet, und dass dieser Rechtsbehelf zulässigerst im Kreis der im nationalen Recht vorhandenen Rechtsbehelfe zu suchen ist, ggf. unter Ausschöpfung interpretatorischer Spielräume, die das jeweilige

49 EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras pro amnistia e.a./Rat), Slg. 2007, I-1579, Rn. 53 ff. und Rs. C-355/04 P (Segi e.a./Rat), Slg. 2007, I-1657, Rn. 53 ff.

50 Vgl. *Vassilios Skouris*, Entwicklungsperspektiven der europäischen Gerichtsbarkeit. Bemerkungen aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens der Römischen Verträge, in: Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten, hrsg. von Ferdinand Kirchhof, Hans-Jürgen Papier und Heinz Schäffer, Heidelberg 2007, S. 383 ff. (S. 390).

51 Vgl. die von der Rechtsprechung für Fälle „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ geschaffene „außerordentliche Beschwerde“ im deutschen Zivilprozessrecht (bis zur Neuregelung des Beschwerderechts durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27.07.2001 (BGBl. I S. 1887, 1902 ff.). Siehe auch BGH, BGHZ 150, 133 (Ende der außerordentlichen Beschwerde); BGH, MDR 2007, S. 1276 (ergänzende Zulassung der Rechtsbeschwerde entsprechend § 321a ZPO).

52 EuGH, Rs. 158/80 (Rewe), Slg. 1981, 1805, Rn. 44.

Verfahrensrecht bietet.⁵³ Erst wenn dies nicht möglich sein sollte und sich eine Rechtsschutzlücke ergibt, wäre an eine gemeinschaftsrechtlich begründete Pflicht zur Schaffung zusätzlicher Rechtsbehelfe zu denken.⁵⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Rechtsbehelf, der voraussetzt, dass sich jemand einem Verwaltungs- oder Strafverfahren aussetzt, für einen effektiven Rechtsschutz nicht hinreicht.⁵⁵

4. Einflussnahme auf das jeweils anwendbare Recht

Die kooperative justizielle Sicherung rechtsstaatlicher Anforderungen in der Europäischen Union erfolgt – neben den in den vorangegangenen Abschnitten dargestellten Mechanismen der Zuweisung von Aufgaben, der Zuordnung von Normebenen und der Ausgestaltung des Rechtsschutzes – auch im Wege der Einflussnahme auf das jeweils anwendbare Recht. Solche Einflussnahmen können in ganz unterschiedlicher Weise erfolgen und sowohl das mitgliedstaatliche als auch das Gemeinschaftsrecht betreffen. So kann das Gemeinschaftsrecht der Anwendung bestimmter Regelungen des mitgliedstaatlichen Rechts Grenzen setzen oder, umgekehrt, das Vorhandensein bestimmter Regelungen verlangen. Des Weiteren kann und soll die Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte, mit der diese (auch) Gemeinschaftsrecht auslegen, in die Arbeit des EuGH einfließen, wenn er mit Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts befasst ist, für die es bereits eine mehr oder weniger umfangreiche Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten gibt.

a) Unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts

Der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts beeinflusst das auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis anzuwendende Recht. Er wurde im Urteil *Van Gend & Loos* aus dem Jahr 1963 begründet und besagt, dass sich der Einzelne vor Behörden und Gerichten auf Gemeinschaftsrecht berufen kann, die ihrerseits berechtigt – aber auch verpflichtet – sind, Gemeinschaftsrecht anzuwenden.⁵⁶ Normhierarchisch wird dieses Einwirken durch den bereits behandelten Grundsatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts durchgesetzt und abgesichert.⁵⁷ Welche Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts unmittelbar anwendbar sind und wie weit diese Anwendbarkeit reicht bzw. wem gegenüber sie zum Zuge kommt, ist für die einzelnen Normkategorien des Gemeinschaftsrechts jeweils zu bestimmen. Es gibt dazu eine reiche Rechtsprechung, die insbesondere für Richtlinien eine differenzierende Betrachtungsweise entwickelt hat. Demnach kann sich der

53 EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Slg. 2007, I-2271, Rn. 59 ff., Rn. 65.

54 Vgl. auch EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2002, I-6677, Rn. 41: Es ist „Sache der Mitgliedstaaten, ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann“.

55 EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Slg. 2007, I-2271, Rn. 64.

56 EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), Slg. 1963, 3 (24/25).

57 Siehe oben III. 2. a.

Einzelne bei inhaltlich unbedingt und hinreichend genau gefassten Richtlinienbestimmungen vor den nationalen Behörden und Gerichten im Falle fehlender oder unzulänglicher Umsetzung einer solchen Bestimmung auf sie berufen, allerdings nur insofern, als dies nicht zu einer über eine bloße Reflexwirkung hinausgehenden Belastung anderer Privater führt.⁵⁸

b) Grenzen mitgliedstaatlicher Regelungs- und Verfahrensautonomie

Die Durchführung des Gemeinschaftsrechts ist grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, sofern nicht etwas anderes vorgesehen ist, wie es insbesondere im Wettbewerbsrecht der Fall sein kann. Das gilt auch für die Regelung des Verfahrens, das im Rahmen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts zur Anwendung kommt. Allerdings werden von diesem „Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“ genannten Grundsatz wichtige Ausnahmen gemacht, vor allem durch das Äquivalenz- und das Effektivitätsprinzip. In diesem Sinne obliegt es den mitgliedstaatlichen Gerichten, zum einen darauf zu achten, dass die im Rahmen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts herangezogenen Verfahrensmodalitäten nicht ungünstiger sind als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (Äquivalenzprinzip), und diese Verfahrensmodalitäten zum anderen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsprinzip).⁵⁹

Darüber hinaus sind den Mitgliedstaaten bestimmte Grenzen bei der Handhabung der Bestands- bzw. Rechtskraft nationaler Maßnahmen und Entscheidungen gezogen. Denn zum Rechtsstaatsprinzip gehört nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Richtigkeit. Diese Grundsätze können miteinander in Konflikt geraten, und dieser Konflikt wird ggf. noch akzentuiert, wenn sowohl die Ebene des Gemeinschaftsrechts als auch diejenige des mitgliedstaatlichen Rechts betroffen ist. Die Rechtsprechung des EuGH bietet gerade in jüngerer Zeit interessante Beispiele, welche Anforderungen sich daraus für die Rechtsanwender ergeben. Was die Bestandskraft von Rechtsakten der Verwaltung angeht, so besteht ein erhebliches Interesse daran, dass Verwaltungsentscheidungen nicht unbegrenzt in Frage gestellt werden können. Gemäß dem Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt das Gemeinschaftsrecht daher grundsätzlich nicht, dass eine Verwaltungsbehörde verpflichtet ist, eine Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen, die nach Ablauf angemessener Fristen oder durch Erschöpfung des Rechtswegs bestandskräftig geworden ist.⁶⁰ Für bestimmte Fallgestaltungen und

58 Siehe EuGH, Rs. C-6/90 und Rs. C-9/90 (Francovich e.a.), Slg. 1991, I-5357, Rn. 11; EuGH, Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325, Rn. 25; EuGH, Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723; EuGH, Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer e.a.), Slg. 2004, I-8835, Rn. 103.

59 EuGH, Rs. C-392/04 (i-21 Germany), Slg. 2006, I-8559, Rn. 57 (m. w. Nachw. zu dieser st. Rspr.).

60 Vgl. EuGH, Rs. C-310/97 P (Kommission/AssiDomän Kraft Products e.a.), Slg. 1999, I-5363, Rn. 61; EuGH, Rs. C-392/04 (i-21 Germany), Slg. 2006, I-8559, Rn. 52.

unter Berufung auf den Grundsatz der Gemeinschaftstreue hat der EuGH indes eine Ausnahme von dieser Regel anerkannt. Demnach ist die für den Erlass einer Verwaltungsentscheidung zuständige Behörde verpflichtet, ihre Entscheidung zu überprüfen und eventuell zurückzunehmen, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: (1) Die Behörde ist nach nationalem Recht befugt, ihre Entscheidung zurückzunehmen; (2) die Entscheidung ist infolge eines Urteils eines letztinstanzlich entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden; (3) das Urteil beruht, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des EuGH zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die erfolgt ist, ohne dass eine Vorabentscheidung eingeholt wurde, obwohl dazu nach Art. 234 Abs. 3 EG eine Pflicht bestanden hätte; (4) der Betroffene hat sich unmittelbar, nachdem er von der Entscheidung des EuGH Kenntnis erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt.⁶¹ In einem weiteren Urteil hat der EuGH zwei Aspekte dieser Ermessenssensreduzierung präzisiert. Zum einen ist es nicht nötig, dass sich der Betroffene bereits im Rechtsstreit um die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung auf Gemeinschaftsrecht berufen hat. Zum anderen beschränkt das Gemeinschaftsrecht die Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung zu stellen, nicht in zeitlicher Hinsicht, jedoch können die Mitgliedstaaten im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz angemessene Rechtsbehelfsfristen festlegen.⁶²

Auch mit den Grenzen der Rechtskraft nationaler Entscheidungen hatte sich der EuGH jüngst zu befassen, und zwar für den Bereich der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht. Ein Beihilfeempfänger hatte vor den nationalen Gerichten mit seiner Klage auf Auszahlung der ihm versprochenen Beihilfe obsiegt, obwohl die Kommissionsentscheidung, welche die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt hatte, in Bestandskraft erwachsen war. In dem von den höheren nationalen Instanzen bestätigten erstinstanzlichen Urteil hatte die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Beihilfe keine Rolle gespielt, doch schien es nicht ausgeschlossen, dass das nationale Verständnis von Rechtskraft, derzufolge auch Angriffs- und Verteidigungsmittel, die hätten aufgeworfen werden können, aber es nicht wurden, von der Rechtskraft umfasst sind, einer Rückzahlung der Beihilfe entgegensteht. Dies wurde vom EuGH nicht akzeptiert. Unter Hinweis auf die Zuständigkeit der Kommission zur Beurteilung von Beihilfemaßnahmen sowie auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts entschied er, dass damit ein Verständnis von Rechtskraft unvereinbar ist, das die Rückforderung einer staatlichen Beihilfe behindert, deren Gemeinschaftsrechtswidrigkeit bestandskräftig von der Kommission festgestellt worden ist.⁶³

Die Liste solcher Beispiele ließe sich noch weiter fortsetzen und ein Blick in die Rechtsprechung des EuGH zeigt, wie jeweils unter genauer Beachtung der Um-

61 EuGH, Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), Slg. 2004, I-837, Rn. 28.

62 EuGH, Rs. C-2/06 (Kempter), Urteil vom 12.02.2008, Rn. 46, Rn. 60.

63 EuGH, Rs. C-119/05 (Lucchini), Slg. 2007, I-6199, Rn. 63.

stände der konkreten Situation darum gerungen wird, Verfahrensrecht und Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten auf der einen und die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts auf der anderen Seite miteinander möglichst in Einklang zu bringen. Die Wahrung des *effet utile* des Gemeinschaftsrechts ist ein in diesem Zusammenhang oft anzutreffender Topos.⁶⁴

c) *Fachgerichtliche Rechtsprechung der Mitgliedstaaten als Ausgangspunkt für die Arbeit des EuGH*

Als *juge communautaire de droit commun* sind die mitgliedstaatlichen Gerichte typischerweise als erste und zudem in einer Vielzahl von Fällen mit der Auslegung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht betraut.⁶⁵ In dieser Situation befinden sie sich nicht nur, wenn sie Gemeinschaftsrecht direkt anwenden, sondern ferner dann, wenn sie im Wege richtlinienkonformer bzw. allgemeiner normebenenkonformer Auslegung sicherstellen, dass die von ihnen gefundene Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zulässig ist. Auf diese Weise bauen sie einen umfangreichen Fundus von Entscheidungen auf, der für das Verständnis und die praktische Reichweite dieser Vorschriften des Gemeinschaftsrechts von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. Denn die Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte zu einer Bestimmung nationalen Rechts, die letztendlich nichts anderes ist als eine umgesetzte Richtlinienbestimmung, betrifft in der Sache auch die Richtlinienbestimmung selbst. Aus mehreren Gründen besteht deshalb ein erhebliches Interesse daran, dass ein solcher Fundus an Rechtsprechung möglichst weit und darüber hinaus leicht zugänglich ist.

Zum einen ist es für die Arbeit der mitgliedstaatlichen Gerichte wichtig zu wissen, wie eine bestimmte Vorschrift des Gemeinschaftsrechts von den Gerichten in anderen Mitgliedstaaten ausgelegt wird. Die Kenntnis der Rechtspraxis in anderen Mitgliedstaaten kann eine wertvolle Hilfe für ein (besseres) Verständnis der betreffenden Bestimmung einschließlich ihres legislativen Umfeldes darstellen. Zudem sollte das Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedstaaten möglichst einheitlich ausgelegt werden, um Ungleichbehandlungen der Bürger bzw. Wettbewerbsverzerrungen für die Wirtschaftsteilnehmer gering zu halten.

Zum anderen ist es für die Arbeit des EuGH überaus förderlich, ohne langwierige Nachforschungen in Erfahrung bringen zu können, wie eine bestimmte Vorschrift des Gemeinschaftsrechts von den mitgliedstaatlichen Gerichten ausgelegt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn ihm im Wege von Vorabentscheidungsersuchen Fragen zu diesen Vorschriften vorgelegt werden. Oftmals erlauben Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts – wie Rechtsvorschriften generell – mehrere Auslegungen, ohne dabei einen anerkannten Auslegungskanon zu verletzen. In solchen Situationen hat der Rechtsanwender gewissermaßen die Wahl zwischen

64 Hierzu jetzt umfassend *Sibylle Seyr, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH*, Berlin 2008.

65 Siehe oben III. 1. a.

verschiedenen Auslegungen und er wird seine Wahl an einer Reihe von Kriterien zu orientieren suchen, darunter im gemeinschaftsrechtlichen Kontext auch am europäischen Integrationsziel. Unabhängig davon aber wird er dem Umstand Orientierungskraft beimessen, dass die Bestimmung, mit deren Auslegung er befasst ist, bereits von anderer Seite ausgelegt und angewandt worden ist. Wenn sich bspw. die mitgliedstaatliche Rechtspraxis für eine bestimmte von mehreren möglichen Auslegungen entschieden hat, so stellt dies einen Aspekt dar, der auch für den EuGH eine offenkundige Bedeutung hat, da es nicht im Interesse der europäischen Rechtsordnung liegen kann, wenn der EuGH ohne Not eine über längere Zeit etablierte und methodenkonforme Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte verwirft, indem er sich für eine andere unter den möglichen Auslegungsvarianten entscheidet. Um in voller Kenntnis der Umstände darüber befinden zu können, welche Auslegung den Vorzug verdient, ist es mithin von erheblicher Bedeutung, einen möglichst umfassenden Zugang zu der diesbezüglichen Rechtsprechung der mitgliedstaatlichen Gerichte zu haben. Sicher setzen die Endlichkeit der vorhandenen Ressourcen ebenso wie die oftmals unendlich wirkenden Sprachprobleme der Annäherung an dieses Ziel gewisse Grenzen. Doch sollte das Wissen um das, was auf dem Spiel steht, zu großen Anstrengungen ermuntern.

Daher verdienen alle Bestrebungen, die gemeinschaftsrechtsbezogene Praxis der mitgliedstaatlichen Gerichte nicht nur im Verhältnis dieser Gerichte untereinander, sondern auch für die Gemeinschaftsgerichte besser zugänglich zu machen, Unterstützung. Solche Bemühungen der Bereitstellung und des Austausches von Informationen werden in besonders intensiver Weise im Rahmen der „Vereinigung der Staatsräte und der Obersten Verwaltungsgerichte der Europäischen Union“ unternommen. Ziel dieser Vereinigung ist es, die Koordinierung der gerichtlichen Entscheidungen der Staatsräte und der Obersten Verwaltungsgerichte zum Gemeinschaftsrecht zu erleichtern, diese Entscheidungen den Bürgern zu vermitteln und die gemeinsame Anwendung von Verfahren zur Umsetzung und Durchführung des europäischen Rechts auf nationaler Ebene zu fördern.⁶⁶ Ferner ist auch das „Europäische Justizielle Netz für Zivil- und Handelssachen“ zu nennen, dessen Gründung auf die Sondertagung des Europäischen Rates im Herbst 1999 im finnischen Tampere zurückgeht. Auf dieser dem Aufbau des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gewidmeten Tagung äußerten die Staats- und Regierungschefs den Wunsch, dass die EU-Kommission eine Reihe von Initiativen zur Verbesserung des Zugangs zum Recht für Privatpersonen und Unterneh-

66 Im Internet http://www.juradmin.eu/en/home_en.html. Siehe auch den Beschluss 2004/100/EG des Rates vom 26.01.2004 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Förderung einer aktiven europäischen Bürgerschaft (Bürgerbeteiligung) (ABl. EU 2004 L 30, S. 6). – Zivil- bzw. strafrechtlich ausgerichtet siehe das Netzwerk der Präsidenten der entsprechenden obersten Gerichtshöfe; im Internet: <http://www.network-presidents.eu>.

men ergreifen sollte. Dazu zählt auch die Einrichtung eines Netzes aus nationalen Behörden, die mit zivil- und handelsrechtlichen Fragen zu tun haben.⁶⁷

d) *Nationale Verfassungsrechtsprechung als Erkenntnisquelle für den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*

Gem. Art. 6 Abs. 2 EU gehören die „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ – neben der EMRK – zu den Erkenntnisquellen für den Grundrechtsschutz auf der Ebene der Europäischen Union. Ihrerseits werden die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen aufgenommen und fortgeschrieben in der mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsprechung, welche die politischen, gesellschaftlichen und kulturellen Entwicklungen der jeweiligen grund- und menschenrechtlichen Gewährleistungsstandards in juristische Form bringt.

Die Zusammenschau beider Elemente macht deutlich, dass und in welcher Weise die Verfassungsrechtsprechung der Mitgliedstaaten prägend für den Grundrechtschutz auf der Ebene der Europäischen Union wirkt. Der EuGH beruft sich vielfach auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen und zieht sie für seine Arbeit heran. Die Aussage, wonach sich der EuGH „von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten [lässt], die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind“, gehört zu den klassischen Formulierungen seiner Grundrechtsjudikatur.⁶⁸ Teilweise werden vergleichende Untersuchungen zu Verfassungstext und -praxis der Mitgliedstaaten angestellt, wie etwa im Jahre 1979, als es um die Herleitung der Eigentumsgarantie als Gemeinschaftsgrundrecht ging.⁶⁹ An anderer Stelle und vor allem in neuerer Zeit beschränkt sich der EuGH darauf, ohne weitere Begründung die Zugehörigkeit eines bestimmten Rechtssatzes zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen festzustellen, wie bspw. im Jahr 2005 im Falle des Grundsatzes der rückwirkenden Anwendung des mildernden Strafgesetzes.⁷⁰

Letzteres mag auch damit zusammenhängen, dass es seit 2000 einen geschriebenen Grundrechtekatalog für die Europäische Union gibt, der zwar (noch) keine Rechtsverbindlichkeit erlangt hat, der aber dennoch eine konsolidierte und kodifizierte Fassung der in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitglied-

67 Im Internet http://ec.europa.eu/civiljustice/index_de.htm. Siehe hierzu die Entscheidung 2001/470/EG des Rates vom 28.05.2001 über die Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelsachen (ABl. EG 2001 L 174, S. 25).

68 EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925, Rn. 41; EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 71; EuGH, Rs. C-283/05 (ASML), Slg. 2006, I-12041, Rn. 26; EuGH, Rs. C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.), Slg. 2007, I-5305, Rn. 29.

69 EuGH, Rs. 44/79 (Hauer), Slg. 1979, 3727, Rn. 17: „Das Eigentumsrecht wird in der Gemeinschaftsrechtsordnung gemäß den gemeinsamen Verfassungskonzeptionen der Mitgliedstaaten gewährleistet“.

70 EuGH, Rs. C-387/02, Rs. C-391/02 und Rs. C-403/02 (Berlusconi e.a.), Slg. 2005, I-3565, 68 „Der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des mildernden Strafgesetzes gehört zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten“. Ebenso EuGH, Rs. C-45/06 (Campina), Slg. 2007, I-2089, Rn. 30; EuGH, Rs. C-420/06 (Jager), Rn. 59.

staaten vorfindlichen Grundrechte darstellt.⁷¹ Dadurch, dass die Grundrechtecharta auf diese Weise in Worte fasst, worin die Mitgliedstaaten im Grundrechtsbereich übereinstimmen, konkretisiert und aktualisiert sie diese Werte und Überzeugungen und schreibt so die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen bezogen auf den Zeitpunkt ihrer Proklamation fort.⁷²

Wie eine Zusammenfassung dieser Entwicklungen liest sich in der neuesten Rechtsprechung des EuGH der Satz: „Zu den Grundrechten, die so geschützt sein können, gehört das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens, das sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ergibt und durch Art. 7 der am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union bestätigt wird“.⁷³

Es ist im Übrigen nicht ausgeschlossen, dass der Beitrag der Gesamtheit der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte zum Grundrechtsstandard auf der Ebene der Europäischen Union, wie er sich in der Rechtsprechung des EuGH und in der Grundrechtecharta widerspiegelt, zurückwirken wird auf die Grundrechtsjudikatur des einzelnen mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichts. Kooperation ist niemals eine Einbahnstrasse und so lässt sich daran denken, dass die gemeineuropäischen Verfassungstraditionen, die in die Rechtsprechung des EuGH Eingang und in der Grundrechtecharta Textform gefunden haben, zu einem Orientierungspunkt für die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte werden. Dafür spricht auch, dass es letztlich wenig Sinn macht, in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Grundrechtsstandards anzuwenden, je nachdem ob es sich um einen Sachverhalt handelt, für den Gemeinschaftsrecht (und damit die Gemeinschaftsgrundrechte) gelten oder nicht. Für den nicht rechtskundigen Bürger wird es ohnehin häufig sehr schwer sein, zu erkennen, welcher Grundrechtsstandard für einen bestimmten Sachverhalt (oder für einen bestimmten Teil desselben) heranzuziehen ist. Auf diese Weise könnte sich die Grundrechtecharta auch über die formalen Grenzen der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts hinaus in Richtung eines maßgeblichen Vollstandards des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union entwickeln, der zugleich hinreichend Raum für die Berücksichtigung besonderer Umstände und Gegebenheiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten lässt. Dem Gedanken bestmöglicher Sicherung der Rechtsstaatlichkeit nicht nur in Bezug auf die Organe und die Tätigkeit der Europäischen Union, sondern für ihren gesamten geographischen Bereich würde eine solche von gerichtlicher Zusammenarbeit getragene Entwicklung sicher entsprechen.

71 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 07.12.2000 (ABl. EG 2000 C 364, S. 1), neuerlich proklamiert vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission am 12.12.2007 in Straßburg (ABl. EU 2007 C 303, S. 1 (Text), S. 17 (Erläuterungen)).

72 Vgl. *D. Kraus*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union (Anm. 21), Rn. 152 f.

73 EuGH, Rs. C-450/06 (Varec) Rn. 48.

IV. Ausblick

Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Gemeinschaftsgerichte gelingt im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens durchweg gut und es hat sich gezeigt, dass diese Verfahrensart nicht nur für die effektive Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Allgemeinen, sondern auch für die Wahrung rechtsstaatlicher Anforderungen im Besonderen sehr geeignet ist.⁷⁴ Die Grenzen des Vorabentscheidungsverfahrens deuten freilich auch auf die Grenzen der gerichtlichen Zusammenarbeit im hier interessierenden Bereich hin. Dort, wo die Möglichkeit zur Vorlage nicht besteht, kann auch keine kooperative Sicherung rechtsstaatlicher Anforderungen erfolgen. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass der Vertrag von Lissabon – wie schon der Verfassungsvertrag von 2004 – vorsieht, die Beschränkungen, die gem. Art. 68 EG und Art. 35 EU für Vorlagen aus dem Bereich des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gelten, zugunsten der allgemeinen Regelung in Art. 234 EG abzuschaffen. Es sei in diesem Zusammenhang ferner darauf hingewiesen, dass bereits das geltende Gemeinschaftsrecht dem Rat aufgibt, über die Anpassung der diesbezüglichen Zuständigkeiten des EuGH innerhalb von fünf Jahren nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam (d. h. spätestens 2004) Beschluss zu fassen, was jedoch nicht geschehen ist.⁷⁵ Insbesondere die Beschränkung der Vorlagemöglichkeit auf letztinstanzlich entscheidende Gerichte in Art. 68 Abs. 1 EG war niemals zielführend, zumal im Anwendungsbereich von Art. 234 EG die Vorlagemöglichkeit nicht letztinstanzlich entscheidender Gerichte, einschließlich erstinstanzlich entscheidender Gerichte, zu keinen Problemen Anlass gegeben hat.⁷⁶

Des Weiteren ist interessant, dass der Vertrag von Lissabon eine wichtige Verbesserung für den Rechtsschutz – und damit auch für die Gewährleistung rechtsstaatlicher Standards – außerhalb der ersten Säule enthält. Wie erwähnt, bestehen im Bereich der zweiten und dritten Säule gewisse Rechtsschutzdefizite, die sich mit dem vorhandenen Verfahrensinstrumentarium nicht bzw. nur schlecht in den Griff bekommen lassen.⁷⁷ Zwar sollen in Zukunft die Gemeinschaftsgerichte auch weiterhin für die Bestimmungen hinsichtlich der Gemeinsamen Außen- und Sicher-

74 Siehe auch die insgesamt positive Einschätzung von *Claus Dieter Classen*, Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund, JZ 2006, 157 ff. (S. 165).

75 Vgl. Art. 67 Abs. 2 zweiter Spiegelstrich EG. Dazu die Mitteilung der Kommission vom 28.06.2006 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und den Gerichtshof über die Anpassung der die Zuständigkeit des Gerichtshofs betreffenden Bestimmungen des Titels IV des EG-Vertrags im Hinblick auf die Gewährleistung eines effektiveren gerichtlichen Rechtsschutzes (KOM/2006/0346 endg.). Mit Blick auf die bevorstehende Revision der Gründungsverträge wird dieses Vorhaben derzeit im Rat nicht weiter verfolgt (vgl. die Dokumente im Ratsregister <http://register.consilium.europa.eu/>; zuletzt das Dokument CM 410/08, nur in engl.).

76 Im Gegenteil; viele der Leitentscheidungen des EuGH beruhen auf Vorlagen erstinstanzlich entscheidender Gerichte (Nachweise bei *V. Skouris*, Höchste Gerichte (Anm. 11), S. 23).

77 Siehe oben III.3c. Siehe auch *Steve Peers*, Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments, CML Rev. 44 (2007), S. 883.

heitspolitik und für die auf der Grundlage dieser Bestimmungen erlassenen Rechtsakte (Art. 275 Abs. 1 AEUV) nicht zuständig sein. Jedoch wird eine Zuständigkeit eingeführt für bestimmte Klagen im Zusammenhang mit der Überwachung der Rechtmäßigkeit von Beschlüssen im Rahmen der GASP, und zwar soweit es um „restriktive Maßnahmen gegenüber natürlichen oder juristischen Personen“ geht (Art. 275 Abs. 2 AEUV).⁷⁸ Die Hilfskonstruktion einer Rechtsschutzeröffnung durch Umqualifizierung von rechtsschutzlosen restriktiven Maßnahmen, wie sie in den Urteilen *Gestoras pro amnistia e.a./Rat* und *Segi e.a./Rat* anklingt,⁷⁹ wäre dann insoweit entbehrliech. Dabei darf auch nie vergessen werden, dass Individualrechtsschutz bei Grundrechtsbeeinträchtigungen keine Gnade von Politikern ist, die entsprechende Zuständigkeiten der Gemeinschaftsgerichte in das Vertragswerk einfügen, sondern eine Notwendigkeit im wahrsten Sinne des Wortes, die einzufordern, sollte die Europäische Union säumig sein, dem menschenrechtlichen Schutzmechanismus des Europarates und damit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg obliegt. Es kann die Europäische Union aber kein Interesse daran haben, die Gewährleistung von Grundrechtsschutz in diesen hochsensiblen Bereichen einer externen Kontrolle unterworfen zu sehen (so wichtig und wünschenswert diese auch immer sein mag), ohne zuvor durch interne Kontrollmechanismen (und insbesondere durch Gewährung von Rechtsschutz seitens eigener Gerichte) sicherzustellen, dass die eigenen Standards, wie sie vor allem in der Grundrechtecharta zum Ausdruck kommen, vollumfänglich befolgt worden sind. Die kooperative Gewährleistung des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union durch den EuGH und den EGMR, deren Grundsätze nunmehr in der *Bosphorus Airways*-Entscheidung von 2005 zusammengefasst sind,⁸⁰ beruht schließlich auf einer vorgängigen und vollständigen internen Kontrolle auf der Ebene der Europäischen Union. Doch verlässt dieser auf die Kooperation von EuGH und EGMR bezogene Hinweis das Thema unseres Referates, das der Kooperation der mitgliedstaatlichen und der Gemeinschaftsgerichte gewidmet ist.

78 Auch hier übernimmt der Vertrag von Lissabon eine Regelung des Verfassungsvertrages (vgl. Art. III-376 Abs. 2 VerfV 2004).

79 EuGH, Rs. C-354/04 P (*Gestoras pro amnistia e.a./Rat*), Slg. 2007, I-1579, Rn. 54 und Rs. C-355/04 P (*Segi e.a./Rat*), Slg. 2007, I-1657, Rn. 54; dazu oben III. 3. c.

80 EGMR, No. 45036/98 (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) v. Irland [GC]*), ECHR 2005-VI.

Binnendifferenzierung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und das Recht auf den gesetzlichen Richter

von Adelheid Puttler*

A. Vorhersehbarkeit der zur Entscheidung berufenen Richter bei ausdifferenzierter Gerichtsbarkeit?

Die weitaus meisten Entscheidungen des *Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH)* und des *Gerichts erster Instanz (EuG)* werden heutzutage nicht vom jeweiligen Plenum, also im Kreis der derzeit je 27 Richter getroffen. Vielmehr entscheiden über eine Rechtssache regelmäßig Kammern in einer Besetzung mit fünf oder drei Richtern. Seltener wird eine Rechtssache an die Große Kammer verwiesen, die bei beiden Gerichten derzeit mit jeweils 13 Richtern besetzt ist. In einfach gelagerten Fällen kann am *EuG* sogar der Einzelrichter entscheiden. Auch das 2004 gegründete *Gericht für den öffentlichen Dienst (GöD)* tagt in der Regel in Kammern, in einfach gelagerten Fällen auch als Einzelrichter. Nur in Ausnahmefällen wird eine Rechtssache im Plenum der sieben Richter entschieden.

Für den Rechtssuchenden stellt sich die Frage, nach welchen Vorgaben die Richter für die einzelnen Spruchkörper des *EuGH*, des *EuG* oder des *GöD* ausgewählt werden und nach welchen Kriterien ein Fall einem Spruchkörper zugewiesen wird. Können Beteiligte eines konkreten Rechtsstreits vorhersehen, welche der Kammern über ihre Rechtssache entscheiden und in welcher Besetzung diese Kammer tagen wird? Für den Fall, dass derartige Kriterien existieren, ist weiter zu fragen, ob die Beteiligten eventuelle Verstöße gegen diese Regeln rügen können. Mit anderen Worten: Existiert auch auf europäischer Ebene ein subjektives Recht auf den gesetzlichen Richter mit gerichtsinterner Schutzwirkung wie es im deutschen Recht der Verfassungsbestimmung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG entnommen¹ wird? Dies ist deshalb von Interesse, weil die europäische Gerichtsbarkeit im Laufe der Jahrzehnte stetig größer und ausdifferenzierter geworden ist. Sie begann mit einem Gerichtshof besetzt mit sieben Richtern und hat sich bislang zu drei Gerichten mit insgesamt 61 Richtern weiterentwickelt. Weitere Fachgerichte sollen folgen.

Das Bundesverfassungsgericht sieht das in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantierte Recht auf den gesetzlichen Richter als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit.² Nach der für deutsche innerstaatliche Gerichte entwickelten Rechtsprechung müssen

* Prof. Dr. Adelheid Puttler, LL.M., Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht insbesondere Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Ruhr-Universität Bochum

1 BVerfGE 17, 294 (299); 48, 246 (254).

2 BVerfGE 4, 412 (416); 40, 356 (361); 82, 159 (194); s. auch *Helmut Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 39.

rechtsstaatliche Gerichtsverfahren frei von Manipulationsmöglichkeiten sein.³ Dazu gehört nicht nur der persönlich unabhängige und unbefangene Richter, sondern auch der gesetzlich vorbestimmte Richter. Sollen aus einer größeren Zahl von Richtern eines Gerichts nur einige im konkreten Fall zur Entscheidung berufen werden, muss auch das entsprechende Auswahlverfahren im Voraus gesetzlich festgelegt, transparent und nachvollziehbar sein,⁴ um jede Einflussmöglichkeit nicht nur von außen (externe Schutzwirkung des Rechts auf den gesetzlichen Richter) sondern auch aus dem Inneren des Gerichts (gerichtsinterne Schutzwirkung)⁵ auszuschließen.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob dieser Grundsatz auch für die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit gelten muss. Dazu sollen zunächst nach einer Untersuchung der Entwicklung vom Plenum zur Kammer als Regelspruchkörper (B.) die gegenwärtigen Verfahren zur Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter ermittelt und dargestellt werden, die in den Verfahren vor *EuGH*, *EuG* und *GöD* zum Teil erhebliche Unterschiede aufweisen (C.). Sodann sollen die Existenz eines Rechts auf den gesetzlich vorbestimmten Richter im EG-Recht untersucht und dabei nach einem rechtsvergleichenden Blick auf die Mitgliedstaaten auch die Bestimmungen der EMRK und der Grundrechtscharta einbezogen werden (D.). Schließlich ist zu fragen, welche Folgerungen sich für die Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten aus dieser Untersuchung ergeben (E.). Fazit und Ausblick beschließen die Ausführungen (F.).

B. Die Kammern als Hauptspruchkörper der Gemeinschaftsgerichte

I. Gerichtshof

Zu Beginn der Rechtsprechungstätigkeit des *EuGH* konnte sich die Frage nach einem Recht auf den gesetzlichen Richter schon aus tatsächlichen Gründen nicht stellen. Der *Gerichtshof*, der seit 1958 für alle drei damaligen Gemeinschaften zuständig war,⁶ tagte nach Art. 165 Abs. 2 EWG-Vertrag grundsätzlich in Vollsitzungen. Bei zunächst sieben Richtern und einer jährlichen Zahl von Neueingängen, die sich bis zur ersten Erweiterung Anfang der 1970er Jahre regelmäßig im lediglich zweistelligen Bereich bewegte,⁷ standen Plenarentscheidungen auch keine praktischen Hindernisse entgegen. Zwar erlaubte Art. 165 Abs. 2 EWG-Vertrag von Anfang an die Einrichtung von Kammern zu drei oder fünf Richtern.

3 BVerfGE 95, 322 (329).

4 BVerfGE 17, 294 (298 ff.); 95, 322 (329 f.).

5 BVerfGE 4, 412 (416); 82, 286 (298).

6 Nach Art. 3 des Abkommens über gemeinsame Organe für die Europäischen Gemeinschaften vom 25.3.1957 (den Römischen Verträgen als Anhang angefügt).

7 Rechtsprechungsstatistik des Gerichtshofes von 2007, Gesamtentwicklung der Rechtsprechungstätigkeit (1952-2007), Abschnitt 17. Neu eingegangene Rechtssachen und Urteile, abrufbar auf der Internetseite des Gerichtshofs unter http://curia.europa.eu/de/instit/presentationfr/rapport/stat/07_cour_stat.pdf.

Die Kammern sollten aber fest umrissene Zuständigkeiten haben. Nach besonderer Regelung sollten Ihnen entweder „bestimmte vorbereitende Aufgaben“ oder „bestimmte Gruppen von Rechtssachen“ übertragen werden. Demgemäß richtete der *Gerichtshof* schon in den ersten Jahren zwei 3er-Kammern ein, denen Bevisaufnahmen übertragen werden konnten (Art. 24 § 1 VerfahrensO⁸) und die Entscheidungen über Armenrechtsanträge trafen (Art. 76 § 3 VerfahrensO). Eine jährlich neu zu bestimmende Kammer hatte über Bedienstetensachen zu entscheiden (Art. 95 VerfahrensO).

Mit jedem neuen Mitgliedstaat wurde im Wege der Vertragsänderung die Zahl der Richter um jeweils ein weiteres Mitglied erhöht, so dass nach dem Beitritt Österreichs, Schwedens und Finnlands der *Gerichtshof* 1995 schließlich 15 Richter zählte.⁹ Die Zahl der jährlichen Neueingänge hatte mittlerweile die Marke von 400 deutlich überschritten.¹⁰ Dennoch hielten auch die Verträge von Maastricht und Amsterdam am Grundsatz der Entscheidung in Plenarsitzungen fest und erlaubten Kammerentscheidungen weiterhin nur für bestimmte Gruppen von Rechtssachen (Art. 165 Abs. 2 EG, Art. 221 Abs. 2 a. F. EG). Obwohl danach die Entscheidung in Vollsitzung immer noch den Regelfall und die Kammerentscheidung die Ausnahme bilden sollte, hatte sich in der Praxis das Verhältnis umgekehrt, da der *Gerichtshof* aufgrund seiner steigenden Arbeitsbelastung im Laufe der Jahre immer mehr Rechtssachen den Kammern zuwies. Der mittlerweile geänderte Art. 95 VerfahrensO verzichtete auf eine – nach dem Wortlaut des Art. 165 Abs. 2 S. 2 EG bzw. Art. 221 Abs. 2 S. 2 a. F. EG eigentlich geforderte¹¹ – Spezialisierung der Kammern nach Rechtsgebieten und erlaubte im Gegenteil, alle beim *EuGH* anhängigen Rechtssachen an die Kammern zu verweisen, „sofern nicht die Schwierigkeit oder die Bedeutung der Rechtssache oder besondere Umstände eine Entscheidung des Gerichtshofs in Vollsitzung erfordern.“¹² Wegen der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 165 Abs. 3 EG bzw. Art. 221 Abs. 3 a. F. EG musste eine Entscheidung allerdings auf Verlangen eines beteiligten Mitgliedstaates oder Gemeinschaftsorgans immer im Plenum getroffen werden. So findet sich in der Rechtsprechungsstatistik des *EuGH* für das Jahr 2002¹³ ein Anteil von über 76% an Entscheidungen durch 3er- oder 5er-Kammern bei insgesamt 360 erledigten Rechtssachen. Zudem hatte sich in der Praxis neben den

8 Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, ABl. EG Nr. 18/59, S. 349 ff. und Nr. 2/60, S. 13 ff., abgedruckt auch bei *Hans von der Groeben/Hans von Boeckh* (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Band II, 1. Aufl. 1960, S. 591 ff.

9 Art. 31 Abs. 1 Beschluß des Rates 95/1/EG, Euratom, EGKS vom 1.1.1995 zur Anpassung der Dokumente betreffend den Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur Europäischen Union, ABl. EG 1995 L Nr. 1/1.

10 Rechtsprechungsstatistik des Gerichtshofes von 2007, a. a. O. (Fn. 7).

11 Art. 221 Abs. 2 a. F. EG (ex-Art. 165 Abs. 2 EG) lautete bis zur Änderung durch den Vertrag von Nizza: „Der Gerichtshof tagt in Vollsitzungen. Er kann jedoch aus seiner Mitte Kammern mit je drei, fünf oder sieben Richtern bilden, die bestimmte vorbereitende Aufgaben erledigen oder bestimmte Gruppen von Rechtssachen entscheiden; hierfür gelten die Vorschriften einer besonderen Regelung.“

12 Verfahrensordnung vom 19. Juni 1991, ABl. EG 1991 L Nr. 176/7.

13 Abrufbar auf der Internetseite des *EuGH* unter <http://curia.europa.eu/de/instit/presentationfr/rapport/stat/st02cr.pdf>

Vollsitzungen ein sogenanntes „Kleines Plenum“ entwickelt, in dem zwei Richter mehr saßen als die für Plenumsbeschlüsse erforderliche Mindestanzahl.¹⁴ Die Rechtsprechungsstatistik des *EuGH* für 2002 weist einen Anteil von über 14% an Entscheidungen des Kleinen Plenums auf, so dass das Plenum im Jahr 2002 lediglich gut 8% der Fälle entschied.

Erst der Vertrag von Nizza reagierte auf diese Entwicklung in der *EuGH*-Rechtsprechungspraxis und die erwartete weitere Zunahme an Eingängen durch die bevorstehende Erweiterung der Union um zehn neue Staaten. Art. 221 Abs. 1 n. F. EG verzichtet auf die Nennung einer konkreten Richterzahl, sondern macht die Zahl der Richter von der Zahl der Mitgliedstaaten abhängig. Außerdem schaffte der Vertrag von Nizza das Plenum als Regelspruchkörper ab. Nach Art. 221 Abs. 3 EG tagt der *Gerichtshof* nur noch ausnahmsweise im Plenum.¹⁵ Statt des Plenums wird nunmehr die mit dem Vertrag von Nizza neu geschaffene und derzeit mit 13 Richtern besetzte Große Kammer tätig, wenn ein am Verfahren beteiligter Mitgliedstaat oder ein am Verfahren beteiligtes Gemeinschaftsorgan dies beantragt oder der Fall besondere Schwierigkeit, Bedeutung oder sonstige besondere Umstände aufweist.¹⁶ In allen übrigen Fällen entscheidet eine mit drei oder fünf Richtern besetzte Kammer.¹⁷ Auch der Vertrag von Lissabon¹⁸ hält in seinem Art. 251 an den Kammern als Regelspruchkörper fest.

Wie die Rechtsprechungsstatistik des *EuGH* zeigt, wird die weit überwiegende Zahl der Entscheidungen in Kammern in einer Besetzung mit fünf oder drei Richtern getroffen. Die Statistik weist für das Jahr 2007¹⁹ an Entscheidungen in Kammern mit 5 Richtern 55,14%, an Entscheidungen in Kammern mit 3 Richtern 33,26%, also insgesamt über 88% aus. Von der Großen Kammer wurden beim *EuGH* im Jahr 2007 11,16% der Entscheidungen getroffen, das Plenum entschied 2007 keinen Fall.

14 Bis 1997 neun Richter, danach elf Richter, s. *Peter Karpenstein/Olaf Langner*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblattsammlung, Stand Oktober 2007, Art. 221 EGV Rn. 5.

15 In Verfahren zur Amtsenthebung oder zur Sanktionierung von Pflichtverletzungen des Bürgerbeauftragten, der Kommissionsmitglieder oder der Mitglieder des Rechnungshofes oder durch Verweis des Gerichtshofs an das Plenum bei außergewöhnlicher Bedeutung der Rechtssache; Art. 221 Abs. 3 EG i. V. m. Art. 16 Abs. 4 und 5 Satzung (Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs gemäß Art. 7 des Vertrags von Nizza, ABl. EG 2001 C Nr. 80/1; zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 20.12.2007, ABl. EU 2008 L Nr. 24/42).

16 Art. 221 Abs. 2 EG i. V. m. Art. 16 Abs. 2 und 3 Satzung (Fn. 15), Art. 44 § 3 Abs. 1 VerfahrensO EuGH (Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 19.6.1991, ABl. EG 1991 L Nr. 176/7, berichtigt durch ABl. EG 1992 L Nr. 383/117, zuletzt geändert durch ABl. EU 2008 L Nr. 24/39).

17 Art. 221 Abs. 2 EG i. V. m. Art. 16 Abs. 1 Satzung (Fn. 15).

18 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007, ABl. EU 2007 C Nr. 306/1

19 Abrufbar auf der Internetseite des Gerichtshofs unter http://curia.europa.eu/de/instit/presentationfr/rapport/stat/07_cour_stat.pdf.

II. Gericht erster Instanz

Das 1988 errichtete *Gericht erster Instanz* entscheidet seit seiner Gründung regelmäßig in Kammern und tritt nur in Ausnahmefällen in Vollsitzungen zusammen. Zwar enthielt die mit der Einheitlichen Europäischen Akte in den EWG-Vertrag eingefügte Ermächtigung zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz keine Aussage über die Spruchkörper, die im *EuG* zur Entscheidung berufen sein sollten.²⁰ Auch der durch den Vertrag von Nizza neu gefasste Art. 224 EG lässt diese Frage weiter offen. Der Beschluss zur Errichtung des Gerichts von 1988 sah jedoch als Regelfall die Entscheidung in Kammern mit drei oder fünf Richtern vor.²¹ Diese Regelung wurde in die Satzung und die Verfahrensordnung des *EuG* übernommen.²² Als weitere Spruchkörper sind das Plenum, die – wie beim *EuGH* – mit 13 Richtern besetzte Große Kammer und der Einzelrichter vorgesehen. Dabei wird durch eine Kammer mit *mindestens* fünf Richtern entschieden, wenn ein am Verfahren beteiligter Mitgliedstaat oder ein am Verfahren beteiligtes Gemeinschaftsorgan dies beantragt.²³ Eine Verweisung an das Plenum oder an die Große Kammer findet nur bei besonderen rechtlichen Schwierigkeiten, bei besonderer Bedeutung der Rechtssache oder bei Vorliegen besonderer Umstände statt.²⁴ Sind die Fälle hingegen tatsächlich und rechtlich besonders einfach gelagert, von begrenzter Bedeutung und fehlen andere besondere Umstände, können sie vom Berichterstatter einer 3er-Kammer als Einzelrichter entschieden werden.²⁵

Im Jahr 2007 entschieden beim *EuG* die Kammern mit 5 Richtern 13,10% und die Kammern mit 3 Richtern 80,10% der Fälle, also insgesamt über 93% der Fälle. Auf die Große Kammer und den Einzelrichter entfielen jeweils 0,5%. Das Plenum kam nicht zum Einsatz.²⁶

III. Gericht für den öffentlichen Dienst

Auch das *Gericht für den öffentlichen Dienst*, die 2004 errichtete erste gerichtliche Kammer i. S. von Art. 225 a EG, tagte von Anfang an nur in Ausnahmefällen

20 Art. 168a EWG, später Art. Art. 168a EG, nach dem Amsterdamer Vertrag dann Art. 225 EG.

21 Art. 2 Abs. 4 Beschlüf 88/591/EGKS, EWG, Euratom des Rates zur Errichtung des Gerichts erster Instanz, ABl. EG 1988 L Nr. 319/1, berichtigt durch ABl. EG 1989 L Nr. 241/4, geändert durch ABl. EG 1993 L Nr. 144/21, ABl. EG 1994 L Nr. 66/29.

22 Art. 50 Abs. 1 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 11 § 1 Abs. 1 VerfahrensO EuG (Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz vom 2.5.1991, ABl. EG 1991 L Nr. 136/1, zuletzt geändert durch ABl. EU 2006 L Nr. 386/45).

23 Art. 51 § 1 Abs. 2 VerfahrensO EuG (Fn. 22).

24 Art. 50 Abs. 2 Satzung (Fn. 15) i.V.m. Art. 11 § 1 Abs. 2, Art. 14 § 1 VerfahrensO EuG (Fn. 22).

25 Art. 50 Abs. 2 Satzung (Fn. 15) i.V.m. Art. 11 § 1 Abs. 3, Art. 14 § 2 VerfahrensO EuG (Fn. 22).

26 Rechtsprechungsstatistik abrufbar auf der Internetseite des Gerichtshofs unter http://curia.europa.eu/de/institut/presentationfr/rapport/stat/07_trib_stat.pdf. Die restlichen Fälle betrafen Entscheidungen der Rechtsmittelkammer und Beschlüsse des Präsidenten.

im Plenum. Regelspruchkörper sind beim *GöD* Kammern mit drei Richtern.²⁷ Ähnlich wie beim *EuG* kann eine Rechtssache an einen höher besetzten Spruchkörper, nämlich an das Plenum mit sieben Richtern oder an eine Kammer mit fünf Richtern, bei besonderen rechtlichen Schwierigkeiten, bei besonderer Bedeutung der Rechtssache oder bei Vorliegen besonderer Umstände verwiesen werden.²⁸ Von der Möglichkeit, 5er-Kammern einzurichten, hat das *GöD* bislang allerdings noch keinen Gebrauch gemacht. Auch das *GöD* kennt den Einzelrichter. Bei ihm handelt es sich in Anlehnung an die entsprechende Regelung für das *EuG* um den Berichterstatter einer 3er-Kammer, dem die Kammer in besonders einfach gelagerten Fällen eine Rechtssache zur Entscheidung zuweisen kann.²⁹ Am *GöD* entschieden im Jahr 2007 die Kammern mit 3 Richtern 89,33%, das Plenum 1,33% der Fälle.³⁰

C. Die gegenwärtigen Verfahren zur Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter

I. Vorhersehbarkeit und Transparenz bei der Besetzung der Kammern und der Zuweisung von Rechtssachen

Nachdem gezeigt wurde, dass heutzutage nicht das Plenum, sondern die Kammern die Hauptspruchkörper der europäischen Gerichte sind, stellen sich bei der Auswahl der im konkreten Fall zur Entscheidung berufenen Richter vor allem folgende Fragen: Sind die Verfahren, nach denen die Kammern im jeweiligen Fall mit den Richtern besetzt werden, für die Öffentlichkeit erkennbar und vorhersehbar? Sind die Kriterien, nach denen die Rechtssachen den Kammern zugewiesen werden, öffentlich zugänglich und transparent?

1. Besetzung der Kammern

Die Verfahren, nach denen die Kammern besetzt werden, sind in der Satzung des *Gerichtshofs* und in den Verfahrensordnungen von *EuGH*, *EuG* und *GöD* geregelt.³¹ Danach veröffentlichen alle drei Gerichte Listen mit den Namen der Rich-

27 Art. 4 Abs. 2 Anhang I der Satzung des Gerichtshofs, eingefügt durch Art. 2 Beschluss des Rates 2004/752/EG, Euratom zur Errichtung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union, ABl. EU 2004 L Nr. 333/7.

28 Art. 4 Abs. 2 Anhang I Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 13 Abs. 1 VerfahrensO *GöD* (Verfahrensordnung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union vom 25.7.2007, ABl. EU 2007 L Nr. 225/1).

29 Art. 4 Abs. 2 Anhang I Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 14 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

30 Rechtsprechungsstatistik abrufbar auf der Internetseite des Gerichtshofs unter http://curia.europa.eu/de/instit/presentationfr/rapport/stat/07_fonc_stat.pdf. Die restlichen Fälle betrafen Beschlüsse des Präsidenten.

31 *EuGH*: Große Kammer, Art. 16 Abs. 2 Satzung (Fn. 15) i.V.m. Art. 11b VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16); 3er- und 5er-Kammern, Art. 16 Abs. 1 Satzung (Fn. 15) i.V.m. Art. 11c VerfahrensO *EuGH*; *EuG*: Art. 50 Abs. 2 Satzung (Fn. 15) i.V.m. Art. 10 § 1 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22); *GöD*: Art. 4 Abs. 4 Anhang I Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 10 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

ter, die den einzelnen Kammern zugeteilt sind. Diese Listen werden im Amtsblatt veröffentlicht.³²

Der Leser des Amtsblattes wird feststellen, dass beim *EuGH* alle, bei den anderen Gerichten einige der Kammern überbesetzt sind, also bei einer 3er- oder einer 5er-Kammer mehr als drei oder fünf Richternamen genannt sind. Für den *EuGH* enthält dessen Verfahrensordnung Regelungen für die Bildung der Kammer im konkreten Fall. Danach sitzen in den Kammern von 3 oder 5 Richtern stets die gewählten Kammerpräsidenten³³ sowie der jeweilige Berichterstatter. Die Namen der restlichen Richter werden nach einer vorbestimmten Reihenfolge aus Listen entnommen, in der die Richter abwechselnd nach hohem und niederm Dienstalter aufgeführt (5er-Kammern) oder nach dem Dienstalter gereiht sind (3er-Kammern).³⁴ In der Großen Kammer sitzen neben dem Präsidenten des *EuGH* die Präsidenten der Kammern mit 5 Richtern und der Berichterstatter. Die Namen der weiteren, bis zur Zahl 13 erforderlichen Richter werden ebenfalls aus einer Liste in der dort festgelegten Reihenfolge, die zwischen Richtern mit hohem und niederm Dienstalter abwechselt, bestimmt.³⁵ Bei der Auswahl der Richter einer überbesetzten 3er- oder 5er-Kammer oder der Großen Kammer für die konkrete Rechtssache ist also beim *EuGH* zum einen von Bedeutung, wer Berichterstatter ist,³⁶ da dieser in jedem Fall Kammermitglied zu sein hat. Zum anderen ist für die Auswahl der weiteren Richter die jeweilige Liste heranzuziehen. Zwar sind diese Listen veröffentlicht. Die Beteiligten eines Rechtsstreits können die korrekte Anwendung dieser Listen allerdings nur nachvollziehen, wenn sie vom Gericht Informationen darüber erhalten, welcher Richter in der zuvor von dieser Kammer behandelten Rechtssache als Letzter anhand der Liste bestimmt wurde, da dieser Name den Ausgangspunkt für die Ermittlung des auf der Liste nachfolgenden Richters bildet.

Obgleich beim *EuG* nach der Verfahrensordnung bei einer überbesetzten Kammer der Kammerpräsident nach nicht näher genannten Kriterien bestimmen soll, welche Richter an der Entscheidung der Rechtssache mitwirken,³⁷ hat das Gericht durch Beschluss Kriterien festgelegt, nach denen die konkrete Richterauswahl der jeweils überbesetzten siebten und achten Kammer des *EuG* sowohl als Kammer

32 *EuGH*: Art. 11b § 2, Art. 11c VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16); Liste für die Besetzung der Spruchkörper, ABI. EU 2008 C Nr. 51/2; Zuteilung der Richter an die Kammern, Beschlüsse vom 11. und 13.10.2006, ABI. EU 2006 C Nr. 326/1 und vom 15.1.2008, ABI. EU 2008 C Nr. 51/2; *EuG*: Art. 10 § 2 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22); Zuteilung der Richter an die Kammern, Beschlüsse vom 19. und 25.9.2007, ABI. EU 2007 C Nr. 269/40; Zusammensetzung der Großen Kammer, Beschluss vom 19.9.2007, ABI. EU 2007 C Nr. 269/41; *GöD*: Art. 10 Abs. 3 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28); Zuteilung der Richter an die Kammern, Beschluss vom 17.12.2005, ABI. EU 2005 C 322/16.

33 Die Kammerpräsidenten werden von den Richtern für drei Jahre (5er-Kammern) oder ein Jahr (3er-Kammern) gewählt, Art. 10 § 1 Abs. 1 und 2 VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16).

34 Art. 11c § 2 VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16).

35 Art. 11b VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16).

36 Zu dessen Auswahl unten bei Fn. 59 ff.

37 Art. 32 § 4 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22).

mit 5 wie auch als Kammer mit 3 Richtern vorzunehmen ist.³⁸ Beim *GöD* ist derzeit nur eine der drei Kammern überbesetzt. Hier hat das Gericht selbst festgelegt, wie die dem konkreten Spruchkörper angehörenden Richter benannt werden. Der Präsident des *GöD* tagt danach abwechselnd mit jeweils zwei namentlich genannten weiteren Richtern.³⁹

2. Ersatz von abwesenden oder verhinderten Richtern

Kann ein Richter, der nach den gerade geschilderten Verfahren eigentlich Mitglied des Spruchkörpers für eine konkrete Rechtssache wäre, an der Erledigung der Sache nicht teilnehmen, etwa wegen Krankheit oder früherer Beteiligung an der Sache,⁴⁰ muss gegebenenfalls ein Ersatzrichter bestellt werden. Beim *EuGH* regelt die Verfahrensordnung, dass der Vertreter nach der Liste zu bestimmen ist, die der Gerichtshof für die Besetzung der betreffenden Kammern aufgestellt hat.⁴¹ Für die Verhinderung des Präsidenten des Gerichts und der Kammerpräsidenten gibt es besondere Regelungen, die ebenfalls nach abstrakten Kriterien festlegen, wer die Aufgaben des verhinderten Präsidenten oder der Kammerpräsidenten wahrnimmt.⁴² Die Ersatzperson für den verhinderten Richter wird also beim *EuGH* nach vorab festgelegten Regeln bestimmt. Beim *EuG* hingegen existieren lediglich für den Fall des verhinderten oder abwesenden Präsidenten in der Verfahrensordnung abstrakte Regeln für die Bestimmung seines Vertreters.⁴³ Andere verhinderte Richter werden nur vertreten, wenn die Beschlussunfähigkeit der betreffenden Kammer droht. Die Bestimmung des Ersatzrichters überlässt die Verfahrensordnung dem Präsidenten, ohne Kriterien für die Auswahl des Ersatzrichters zu nennen.⁴⁴ In der Verfahrensordnung des *GöD* wird der Vertreter für den verhinderten oder abwesenden Präsidenten oder Kammerpräsidenten grundsätzlich nach der Rangordnung, d. h. dem Dienstalter festgelegt.⁴⁵ Bei Abwesenheit oder Verhinderung eines anderen Richters ist zunächst die Sitzung bis zur Rückkehr des betreffenden Richters zu vertagen.⁴⁶ Wenn eine geordnete Rechtspflege dies erfordert, was bei längerer Abwesenheit des betreffenden Richters der Fall sein dürfte, kann ein Ersatzrichter benannt werden. Der Kammerpräsident kann einen anderen Richter seiner Kammer als Vertreter bestimmen. Dies ist aber nur bei der überbesetzten Kammer möglich. Steht kein weiteres Kammermitglied zur Verfügung, ernennt der Präsident des *GöD* auf Vorschlag des betreffenden

38 Beschlüsse vom 19. und 25.9.2007 (2007/C 269/70), ABl. EU 2007 C Nr. 269/40.

39 Art. 10 Abs. 2 S. 2 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28); Beschluss vom 30.11.2005, ABl. EU 2005 C Nr. 322/16.

40 Art. 18 Satzung (Fn. 15).

41 Art. 17 Abs. 5 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 11e Abs. 1 VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16).

42 Art. 17 Abs. 5 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 11e Abs. 2 bis 4 VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16).

43 Art. 9 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22).

44 Art. 32 § 3, § 5 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22), s. aber auch Art. 32 § 1 VerfahrensO *EuG* zur Verhinderung einer geraden Zahl von Richtern.

45 Art. 8, Art. 11 Abs. 4 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

46 Art. 25 Abs. 1 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

Kammerpräsidenten den Richter einer anderen Kammer zum Ersatzrichter. Auch hier nennt die Verfahrensordnung als Auswahlkriterium das Dienstalter, nach dem reihum die Ersatzrichter zu bestimmen sind.⁴⁷

3. Zuweisung einer Rechtssache an eine Kammer

Beim *EuGH* spielt bei der Entscheidung darüber, welche Rechtssache welcher Kammer zugewiesen wird, die Person des Berichterstatters die zentrale Rolle. Zunächst wird der Berichterstatter festgelegt. Sodann wird in der Regel die Rechtssache einer der Kammern zugewiesen, deren Mitglied der Berichterstatter ist. *EuG* und *GöD* hingegen gehen umgekehrt vor. Hier wird die Rechtssache zunächst einer Kammer zugewiesen und erst dann der Berichterstatter bestellt.

Beim *EuG* weist der Präsident zuerst eine eingegangene Rechtssache einer Kammer zu. Erst danach bestimmt er auf Vorschlag des Kammerpräsidenten aus den Richtern der Kammer den Berichterstatter.⁴⁸ Für die Zuweisung der Rechtssachen an die Kammern hat das *EuG* Kriterien aufgestellt und im Amtsblatt veröffentlicht.⁴⁹ Abgesehen von den Rechtsmitteln gegen Entscheidungen des *GöD*, die an die Rechtsmittelkammer gehen, werden alle Rechtssachen zunächst einer Kammer von drei Richtern zugewiesen und nach drei verschiedenen Sachgebieten getrennt grundsätzlich in der Reihenfolge des Eingangs auf die Kammern verteilt. Von dieser Geschäftsverteilung kann der Präsident des Gerichts allerdings abweichen, „um dem Zusammenhang zwischen bestimmten Rechtssachen Rechnung zu tragen oder eine ausgewogene Verteilung der Arbeitslast sicherzustellen“.⁵⁰ Stellt sich später heraus, dass die Rechtssache besonders schwierig oder bedeutsam ist oder „besondere Umstände“ dies rechtfertigen, kann das Plenum des Gerichts auf Vorschlag der Kammer oder des Präsidenten die Rechtssache an einen höher besetzten Spruchkörper verweisen (Plenum, Große Kammer, 5er-Kammer). Auch die Parteien können während des Verfahrens einen entsprechenden Antrag stellen; sie sind vor der Verweisung anzuhören.⁵¹ Ist die Rechtssache besonders einfach gelagert, kann die Kammer dem Berichterstatter den Fall zur Entscheidung als Einzelrichter zuweisen. Auch hier sind die Parteien zuvor anzuhören.⁵²

Beim *GöD* erfolgt die Zuweisung einer Rechtssache nach ähnlichem Muster. Auch hier weist der Präsident eine Rechtssache zunächst einer 3er-Kammer zu.⁵³ Die Kriterien, nach denen eine Rechtssache einer der drei bestehenden Kammern

47 Art. 25 Abs. 2 VerfahrensO GöD (Fn. 28).

48 Art. 13 § 1 und § 2 VerfahrensO EuG (Fn. 22).

49 Art. 50 Abs. 2 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 12 VerfahrensO EuG (Fn. 22); Beschluss vom 25.9.2007, ABl. EU 2007 C Nr. 269/42.

50 Beschluss vom 25.9.2007, a. a. O. (Fn. 49).

51 Art. 14 § 1, Art. 51 § 1 VerfahrensO EuG (Fn. 22).

52 Art. 14 § 2, Art. 51 § 2 VerfahrensO EuG (Fn. 22).

53 Art. 4 Abs. 4 Anhang I Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 38 Abs. 1 VerfahrensO GöD (Fn. 28).

zuzuweisen ist, hat das Gericht im Amtsblatt veröffentlicht.⁵⁴ Ausnahmen von den Verteilungsregeln sind „aus Gründen des Zusammenhangs sowie zur Sicherstellung einer ausgewogenen und angemessen diversifizierten Arbeitslast innerhalb des Gerichts“⁵⁵ möglich. Wie beim *EuG* bestimmt der Präsident den Berichterstatter sodann auf Vorschlag des Kammerpräsidenten.⁵⁶ Über die Verweisung besonders schwieriger oder bedeutender Rechtssachen an das Plenum entscheidet nach der Verfahrensordnung das Plenum auf Vorschlag der betreffenden Kammer oder eines Mitglieds des Gerichts. Eine Beteiligung der Parteien des Rechtsstreits ist dabei nicht vorgesehen.⁵⁷ In einfach gelagerten Fällen ohne allgemeine Bedeutung kann die Kammer den Fall dem Berichterstatter als Einzelrichter zuweisen. Vor einer solchen Verweisung sind die Parteien jedoch anzuhören.⁵⁸

Im Gegensatz zum Verfahren vor dem *EuG* und dem *GöD* wird beim *EuGH* die Rechtssache nicht sofort einem Spruchkörper zugewiesen. Vielmehr bestimmt der Präsident zunächst den Berichterstatter für diesen Fall.⁵⁹ Mit Ausnahme der neuen Eilverfahren, in welchen der Berichterstatter einer besonderen Kammer für Eilsachen angehören muss und auf Vorschlag des Kammerpräsidenten bestimmt wird,⁶⁰ enthalten weder Satzung noch Verfahrensordnung Kriterien, die den Präsidenten bei der Auswahl des Berichterstatters leiten. Wenn es gerichtsinterne Regeln geben sollte,⁶¹ sind sie jedenfalls nicht veröffentlicht. Möglicherweise spielen bei der Entscheidung des Präsidenten die Nationalität der Richter, deren besondere Sachkunde oder ihre Arbeitsbelastung eine Rolle. Der Berichterstatter hat zunächst zu einem vom Präsidenten bestimmten Termin der Generalversammlung des Gerichtshofs einen Vorbericht vorzulegen. Darin macht er auch einen Vorschlag, an welchen Spruchkörper die Rechtssache zu verweisen ist. Erst auf der Grundlage dieses Vorberichts entscheidet der *Gerichtshof* nach Anhörung des Generalanwalts über die Zuweisung.⁶² Für den Maßstab, den der *Gerichtshof* bei seiner Zuweisungsentscheidung anzulegen hat, enthält die Verfahrensordnung nur grobe Anhaltspunkte. Das Plenum entscheidet in einigen wenigen, in der Satzung näher bestimmten Fallgruppen.⁶³ Ansonsten kann der *Gerichtshof* bei außerge-

54 Art. 4 Abs. 4 Anhang I Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 12 Abs. 2, 3 VerfahrensO GöD (Fn. 28); Beschluss vom 19.9.2007, ABl. EU 2007 C Nr. 235/28.

55 Beschluss vom 19.9.2007, a. O. (Fn. 54).

56 Art. 38 Abs. 2 VerfahrensO GöD (Fn. 28).

57 Art. 13 VerfahrensO GöD (Fn. 28).

58 Art. 14 VerfahrensO GöD (Fn. 28).

59 Art. 9 § 2 VerfahrensO EuGH (Fn. 16).

60 Art. 9 § 2 Abs. 2 VerfahrensO EuGH (Fn. 16).

61 So Annahmen in der Literatur: *Peter M. Huber*, in: *Rudolf Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 221 EGV, Rn. 7; *Helmut Schulze-Fielitz*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band III, 2000, Art. 101, Rn. 9; *Ulrike Seif*, *Recht und Justizhöheit – Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, 2003, S. 455.

62 Art. 44 §§ 1 bis 3 VerfahrensO EuGH (Fn. 16).

63 Art. 16 Abs. 4 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 44 § 3 Abs. 3 S. 1 VerfahrensO EuGH (Fn. 16); in Verfahren zur Amtsenthebung oder zur Sanktionierung von Pflichtverletzungen des Bürgerbeauftragten, der Kommissionsmitglieder oder der Mitglieder des Rechnungshofes.

wöhnlicher Bedeutung der Rechtssache als Plenum tagen.⁶⁴ Der Großen Kammer ist die Rechtssache anzuvertrauen, wenn ein am Verfahren beteiligter Mitgliedstaat oder ein beteiligtes Gemeinschaftsorgan dies so beantragen. Auch die besondere Schwierigkeit oder Bedeutung einer Sache oder „besondere Umstände“ rechtfertigen eine Verweisung an die Große Kammer.⁶⁵ Kriterien für die Entscheidung zwischen einer 3er-Kammer und einer 5er-Kammer sowie für eine bestimmte Kammer unter den 3er- und 5er-Kammern werden weder in der Satzung noch in der Verfahrensordnung genannt. Anzunehmen ist allerdings, dass der Gerichtshof die Sache einem Spruchkörper zuweisen wird, in dem der Berichterstatter bereits vertreten ist. Ansonsten müsste ein neuer Berichterstatter bestimmt werden, dessen Auswahl nach der Verfahrensordnung wiederum dem Präsidenten obliegt. Mit der Bestimmung des Berichterstatters nach Eingang der Klageschrift kann der Präsident also den Kreis der in Frage kommenden Kammern auf diejenigen einengen, in denen dieser Richter nach der im Amtsblatt veröffentlichten Verteilung vertreten ist.⁶⁶

4. Nur teilweise Vorhersehbarkeit und Transparenz

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass derzeit an allen drei Gemeinschaftsgerichten vorab bestimmte Kriterien und Verfahren für die Besetzung der Kammern, für die Auswahl der Richter im konkreten Fall bei einer überbesetzten Kammer und für die Bestimmung eines Vertreters für einen abwesenden oder verhinderten Richter existieren. Lediglich bei der Benennung eines Ersatzrichters beim *EuG* überlässt die Verfahrensordnung dem Präsidenten des *EuG* die freie Entscheidung. Die Verfahrensordnung des *GöD* räumt dem Kammerpräsidenten einer überbesetzten Kammer in einem solchen Fall die Auswahl unter den verbleibenden Richtern ein. Ob beim *EuGH* bei der Auswahl der konkreten Richter für eine überbesetzte Kammer im Einzelfall die entsprechende Liste tatsächlich fehlerfrei angewandt wird, kann von außen ohne zusätzliche Informationen über die Zusammensetzung der betreffenden Kammer in vorangegangenen Fällen nicht überprüft werden. Trotz veröffentlichter Kammerlisten können die Beteiligten eines Rechtsstreits bei Eingang einer Rechtssache beim *EuGH* nicht und nach der Berichterstatterbestellung nur eingeschränkt vorhersehen, welche Richter über ihre Rechtssache entscheiden werden. Wenn ein Beteiligter ein Mitgliedstaat oder ein Gemeinschaftsorgan ist, kann dieser Beteiligte bei *EuGH* und *EuG* zwar dadurch auf die Art der Spruchkammer Einfluss nehmen, dass er die Entscheidung durch die Große Kammer beantragt. In welcher konkreten Zusammensetzung die

64 Art. 16 Abs. 5 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 44 § 3 Abs. 3 S. 2 VerfahrensO EuGH (Fn. 16).

65 Art. 16 Abs. 3 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 44 § 3 Abs. 1, 2 VerfahrensO EuGH (Fn. 16).

66 In diesem Sinne auch *Bernhard Wegener*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 221 EGV, Rn. 6.

Große Kammer aber tagen wird, ist bei Einreichung der Rechtssache nur teilweise erkennbar.

Für die Zuweisung einer Rechtssache an eine bestimmte Kammer existieren beim *EuG* und beim *GöD* vorab festgelegte Kriterien, die allerdings vom jeweiligen Präsidenten aus Gründen des sachlichen Zusammenhangs von Rechtssachen oder aus Gründen der gleichmäßigen Arbeitsverteilung übergangen werden können. Beim *EuGH* sind die Zuweisungskriterien weit weniger transparent. Die Zuweisung der Rechtssache an eine Kammer wird vom Präsidenten durch die Benennung des Berichterstatters vorbestimmt. Welche Kriterien für den Präsidenten hierbei maßgebend sind, wird der Öffentlichkeit nicht bekannt gegeben. Auch welchem Maßstab der Gerichtshof bei seiner anschließenden Zuweisung an einen Spruchkörper folgt, liegt teilweise im Dunkeln, da die Verfahrensordnung hierfür nur einige Anhaltspunkte enthält. Gänzlich offen lässt die Verfahrensordnung, wonach der Gerichtshof seine Entscheidung zwischen der Zuweisung an eine 3er- und eine 5er-Kammer trifft.

II. Geltendmachung einer Rechtsverletzung

Wie gerade ausgeführt, können die Beteiligten eines Rechtsstreits die Einhaltung mancher Besetzungsregelungen nur überprüfen, wenn sie von der Gerichtsverwaltung zusätzliche Informationen über vorangegangene Verfahren erhalten. Ob diese Informationen herausgegeben werden müssen und ob die Beteiligten bei von ihnen vermuteter Regelverletzung diese erfolgreich rügen können, hängt davon ab, ob die dargestellten Regeln allein gerichtsinterne Ordnungsvorschriften sind oder ob aus ihnen subjektive Rechte der Beteiligten abgeleitet werden können. Es gibt kaum Rechtsprechung zu der Frage, ob Verstöße gegen Regelungen der Besetzung von Kammern oder der Zuweisung an eine Kammer vor den Gemeinschaftsgerichten geltend gemacht werden können.

In einem Vorabentscheidungsverfahren Mitte der 1990er Jahre hatten sowohl der Generalanwalt als auch der *EuGH* mit Unverständnis auf eine entsprechende Rüge reagiert. In der Rechtssache *Gaal*⁶⁷ rügte die deutsche Regierung die nicht ordnungsgemäße Besetzung der Spruchkammer. Der damalige Art. 165 Abs. 2 S. 2 EG, der die Besetzung einer Kammer mit fünf Richtern vorsah, sei verletzt. Zu Beginn des Gerichtsjahres war zwar im Amtsblatt die Besetzung der Kammern bekannt gemacht worden. Dabei waren für die betreffende Kammer aber sechs Richter genannt worden. Die Bundesregierung bemängelte, dass nicht bekannt gemacht worden sei, nach welchen Kriterien die fünf Richter für die Kammerbesetzung in einem konkreten Fall ausgewählt würden. Die oben dargestellte Listenregelung⁶⁸ existierte damals noch nicht.

67 EuGH, Rs. C-7/94 (Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen gegen Lubor Gaal), Slg. 1995, I-1031.

68 S. oben bei Fn. 34.

Generalanwalt *Tesauro* hielt die Rüge der deutschen Regierung für „offensichtlich unbegründet“. „Es fällt ganz offensichtlich in die interne Organisationsgewalt des Gerichtshofes, die fünf Richter, aus denen der Spruchkörper besteht, unter den sechs Richtern der Kammer selbst zu bestimmen.“⁶⁹ Die Sechste Kammer des *Gerichtshofs* wischte die Rüge mit folgenden Worten vom Tisch: „Es genügt die Feststellung, dass die deutsche Regierung die konkrete Besetzung der Kammer in der vorliegenden Rechtssache nicht gerügt hat. Im übrigen hat die Kammer nicht feststellen können, inwiefern ihre Besetzung in der vorliegenden Rechtssache die Rechte der Beteiligten beeinträchtigen könnte.“⁷⁰

Seit der Rechtssache *Gaal* wurden Satzung und Verfahrensordnung des *EuGH* mehrfach geändert. Die Verfahrensordnung enthält nunmehr differenzierte Regelungen für die Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter im konkreten Fall. Zwar findet sich nirgendwo ein ausdrückliches Rügerecht der Beteiligten wegen Verletzung dieser Bestimmungen. Art. 18 Abs. 4 Satzung, der eine andere Fallgestaltung betrifft, kann immerhin entnommen werden, dass Parteien Anträge wegen ihrer Auffassung nach fehlerhafter Zusammensetzung einer Kammer stellen können. In Verfahren vor dem *EuG* und dem *GöD* haben Parteien mittlerweile noch weitere Rechte erhalten. So können sie vor dem *EuG* die Verweisung an einen höher besetzten Spruchkörper als die 3er-Kammer beantragen und sind vor der Verweisung dorthin, aber auch vor der Verweisung an den Einzelrichter anzuhören.⁷¹ Die Verfahrensordnung des *GöD* kennt lediglich die obligatorische Anhörung der Parteien vor der Verweisung an den Einzelrichter.⁷² Diese Verfahrensvorschriften zeigen zwar bei *EuG* und *GöD* eine Tendenz, die Parteien bei der Bestimmung des zuständigen Spruchkörpers einzubeziehen. Eine solche Tendenz ist jedoch beim *EuGH* nicht erkennbar. Aus derartigen Antrags- und Anhörungsrechten lässt sich außerdem noch kein subjektives Recht auf Einhaltung der Auswahl- und Zuweisungsregelungen ableiten. In einer kürzlich ergangenen Entscheidung⁷³ leitete die Große Kammer des *EuGH* in einem Rechtsmittelverfahren aus dem Grundrecht auf ein faires Verfahren zwar ab, dass der Gerichtshof die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Gerichts, das das beanstandete Urteil erlassen hat, überprüfen muss, wenn eine entsprechende, nicht offensichtlich unbegründete Rüge erhoben wird.⁷⁴ Der Fall betraf allerdings nicht die Einhaltung der in Satzung und Verfahrensordnung niedergelegten Auswahl- und Zuweisungsregeln, sondern die Sonderfrage, ob nach Aufhebung einer Entscheidung und Zurückverweisung an das *EuG* im zweiten Verfahren des *EuG* derselbe Rich-

69 Schlussanträge des Generalanwalts *Giuseppe Tesauro*, Slg. 1995, I-1031, Rn. 5.

70 Slg. 1995, I-1031, Rn. 15.

71 S. oben bei Fn. 51 f.

72 S. oben bei Fn. 58.

73 EuGH, verb. Rs. C-341/06 P und C-342/06 P (Chronopost SA u.a. gegen Kommission), Urteil v. 1.7.2008 (noch nicht veröffentlicht).

74 EuGH, verb. Rs. C-341/06 P und C-342/06 P, Rn. 47.

ter als Berichterstatter tätig sein darf wie im ersten Verfahren.⁷⁵ Obwohl der *EuGH* hier erstmals ausdrücklich ein Rügerecht wegen nicht ordnungsgemäßer Zusammensetzung des *EuG* bejaht, dürfte sich aus dieser Entscheidung wegen der begrenzten Fragestellung noch kein subjektives Recht auf Einhaltung der oben unter C. geschilderten Auswahl- und Zuweisungskriterien und damit auf den gesetzlichen Richter für alle europäischen Gerichte entnehmen lassen.

D. Das Recht auf einen gesetzlich vorbestimmten Richter als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts?

Nachdem die geschriebenen Normen des primären und des sekundären Gemeinschaftsrechts kein Recht auf Einhaltung bestimmter Regeln zur Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter und der Zuweisung zu bestimmten Spruchkörpern enthalten und die bisherige Rechtsprechung des *EuGH* wenig ergiebig ist, ist weiter zu prüfen, ob ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts gefunden werden kann, der ein Recht auf den gesetzlich vorbestimmten Richter enthält. Zu fragen ist nach einem subjektiven Recht, das nicht nur gegenüber Manipulationen von außen schützt, sondern auch eine gerichtsinterne Schutzwirkung hat und das Gericht zu abstrakten, im Voraus veröffentlichten und differenzierten Regelungen für die Auswahl der konkreten Richter und die Zuweisung zu einem bestimmten Spruchkörper verpflichtet.

In ständiger Rechtsprechung leitet der *EuGH* bekanntlich zur Ermittlung von Grundrechten allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts aus den Aussagen der nationalen Rechtsordnungen her.⁷⁶ Zur Feststellung übereinstimmender Rechtsüberzeugungen der Mitgliedstaaten greift der *EuGH* als Rechtserkenntnisquellen nicht nur auf die mitgliedstaatlichen Verfassungen, sondern auch auf von den Mitgliedstaaten abgeschlossene internationale Verträge zum Schutz der Menschenrechte zurück, insbesondere auf die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK), da solche völkerrechtlichen Verträge wegen ihrer Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten ebenfalls einen Konsens in menschenrechtlichen Fragen zum Ausdruck bringen.⁷⁷ Der Vertrag von Maastricht schuf später mit Art. 6 Abs. 2 EU (ex-Art. F Abs. 2) eine vertragliche Grundlage für diese Rechtsprechung. Die Charta der Grundrechte (GRCh), die auf der Tagung des Europäischen Rates in Nizza im Dezember

75 Vom *EuGH* bejaht: verb. Rs. C-341/06 P und C-342/06 P, Rn. 56 ff.

76 St. Rspr. seit *EuGH*, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft mbH gegen Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1970, 419, Rn. 4; *EuGH*, Rs. 4/73 (J. Nold Kohlen- und Baustoffgroßhandlung gegen Kommission), Slg. 1974, 491, Rn. 13.

77 St. Rspr. seit *EuGH*, Rs. 4/73 (Nold), a. a. O. (Fn. 73); *EuGH*, Rs. 44/79 (Liselotte Hauer gegen Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727, Rn. 15, 17; s. auch *Bengt Beutler*, in: *Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.)*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2003, Band 1, Art. 6 EU, Rn. 57; *Thorsten Kingreen*, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.)*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV, Rn. 33.

2000 lediglich feierlich proklamiert worden war,⁷⁸ wird zwar teilweise in Schlussanträgen der Generalanwälte angeführt,⁷⁹ mangels Rechtsverbindlichkeit vom *Gerichtshof* selbst aber nicht herangezogen. Erst der Vertrag von Lissabon soll der Charta Verbindlichkeit beilegen.⁸⁰

Im Folgenden soll daher zunächst nach einer Übereinstimmung in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten gesucht und anschließend die EMRK auf ein Recht auf den gesetzlichen Richter überprüft werden. Wegen des bedeutenden Einflusses der Charta auf die Grundrechtsdiskussion in der Union und unter Berücksichtigung ihrer möglicherweise zukünftigen Rechtsverbindlichkeit soll schließlich noch die Charta der Grundrechte herangezogen werden.

I. Rechtsvergleichender Blick auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Da eine umfassende Rechtsvergleichung, die alle 27 Mitgliedstaaten umfasst, hier nicht geleistet werden kann, sollen mit Deutschland, England und Frankreich Mitgliedstaaten bzw. mitgliedstaatliche Regionen herausgegriffen werden, deren Rechtsauffassung vergleichsweise streng (Deutschland) oder besonders weit (England) ist, sowie ein Mitgliedstaat, dessen Position sich zwischen beiden Extremen befindet (Frankreich).

1. Subjektiver Anspruch auf den gesetzlich vorbestimmten Richter (Deutschland)

Die strengsten Anforderungen an die Vorausbestimmung des zur Entscheidung berufenen Richters stellt das deutsche Recht auf. Als Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit⁸¹ hat Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts den Zweck zu verhindern, dass die Justiz durch eine Manipulation sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird. Daraus folge, dass „gesetzlicher Richter“ nicht nur das Gericht als organisatorische Einheit oder der betreffenden Spruchkörper dieses Gerichts sei, sondern auch die zur Entscheidung im Einzelfall berufenen Richter.⁸² Damit solle die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte gesichert werden.⁸³ Dabei sei bereits jedem Anschein einer Manipulation oder auch nur einer bloßen Manipulationsmöglichkeit entgegenzutreten.⁸⁴ Die Schutzrichtung

78 ABl. EG 2000 C Nr. 364/1.

79 S. die Nachweise bei *Thorsten Kingreen*, a. a. O. (Fn. 74), Rdnr. 41.

80 Art. 6 Abs. 1 EU in der Fassung des Vertrages von Lissabon (Fn. 18).

81 BVerfGE 4, 412 (416); 40, 356 (361); 82, 159 (194).

82 BVerfGE 17, 294 (298 f.); vgl. auch BVerfGE 18, 344 (349); 40, 356 (361).

83 BVerfGE 95, 322 (327).

84 BVerfGE 95, 322 (329); vgl. auch BVerfGE 4, 412 (416); 82, 286 (298).

des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG richte sich nicht nur gegen exekutive und legislative Einflussnahme, sondern habe auch eine gerichtsinterne Wirkung.⁸⁵

Demzufolge hat das Bundesverfassungsgericht hohe Anforderungen an die Organisation der deutschen Gerichte entwickelt, die sicherstellen sollen, dass Richter nicht ad hoc berufen werden können, sondern dass die Richter für einen konkreten Fall bereits automatisch bei Anhängigkeit des Falles feststehen. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG das Gebot, im Voraus durch Rechtssatz nach abstrakt-generellen Kriterien den im Einzelfall zur Entscheidung berufenen Richter so eindeutig wie möglich festzulegen und jeden vermeidbaren Spielraum auszuschließen.⁸⁶ Dabei sei die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (z. B. „Verhinderung“, „Sachzusammenhang“, Schwerpunkt“ des Falles) zulässig, wenn dadurch keine Gefahr sachfremden Einflusses entstehe.⁸⁷ Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verlangt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG einen Bestand von Rechtssätzen, die für jeden Streitfall den für die Entscheidung zuständigen Richter bezeichnen.⁸⁸ Da es nicht möglich sei, alle Einzelheiten in formellen Gesetzen niederzulegen, müssten die Gerichte ergänzend in Geschäftsverteilungsplänen die Zuständigkeiten der Spruchkörper festlegen und diesen die erforderlichen Richter zuweisen. Vor Beginn des Geschäftsjahres seien diese Pläne schriftlich, vollständig und nach abstrakt generellen und objektiven Kriterien ohne Ansehen der Person oder des Einzelfalls zu bestimmen.⁸⁹ Die Überbesetzung von Spruchkörpern (also die Besetzung eines 5er-Senats mit 6 Richtern) sei zwar grundsätzlich zulässig, um die Aufgabenerfüllung auch bei Urlaub, persönlicher Verhinderung oder zu erwartendem zusätzlichem Arbeitsanfall sicherzustellen.⁹⁰ Die Besetzung des Spruchkörpers im konkreten Fall dürfe dann aber nicht dem Vorsitzenden überlassen werden, sondern müsse durch zu Beginn des Geschäftsjahres aufgestellte Mitwirkungspläne ebenfalls nach objektiven Kriterien im Voraus bestimmt werden.⁹¹ Zwar gibt es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kein Recht auf den gesetzlichen Berichterstatter. Im überbesetzten Spruchkörper müsse dieser aber ebenfalls nach vorher festgelegten, abstrakt-generellen Kriterien bestimmt werden, wenn von ihm die Besetzung des Spruchkörpers abhängt oder wenn er allein entscheidender Einzelrichter werden kann.⁹²

Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gebe den Parteien eines Rechtsstreits einen subjektiven Anspruch darauf, dass ihr Rechtsstreit auch von *ihrem* gesetzlichen Richter entschieden wird.⁹³ Dabei wird nach Auffassung

85 BVerfGE 4, 412 (416); 48, 246 (254); 82, 286 (298); vgl. auch BVerfGE 17, 294 (299).

86 BVerfGE 17, 294 (298 ff.); 95, 322 (329 f.).

87 BVerfGE 95, 322 (331 f.).

88 BVerfGE 2, 307 (319 f.); 19, 52 (60); 40, 356 (360 f.); 95, 322 (328).

89 BVerfGE 17, 294 (299 f.); 23, 321 (325); 95, 322 (328 f.).

90 BVerfGE 18, 344 (349); 22, 282 (286).

91 BVerfGE 95, 322 (330 f., 334); 97, 1 (10 f.).

92 BVerfGE 95, 322 (320 f.).

93 BVerfGE 17, 294 (299); 40, 356 (360).

des Bundesverfassungsgerichts das Gebot des gesetzlichen Richters schon durch das Fehlen einer abstrakt-generellen und hinreichend klaren Regelung zur Bestimmung des zur Entscheidung berufenen Richters verletzt. Eine willkürliche Heranziehung vorhandener Regelungen im Einzelfall ist nicht erforderlich.⁹⁴

2. Problem des gesetzlichen Richters unbekannt (England)

Im Vereinigten Königreich gibt es keine geschriebene Verfassung und dementsprechend auch keinen niedergelegten Verfassungsgrundsatz des gesetzlichen Richters. Wie eine Untersuchung des Rechts von England gezeigt hat,⁹⁵ lässt sich zwar aus den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen der *rule of law* und der *sovereignty of Parliament* ableiten, dass ein neues Gericht nur durch Parlamentsgesetz (*statute*) errichtet werden kann, und die Errichtung außerordentlicher Gerichte allein durch die Krone unzulässig wäre. Ein Recht auf den gesetzlichen Richter mit gerichtsinterner Schutzwirkung ist jedoch in England unbekannt. Dies hat mit der im Vergleich zu Kontinentaleuropa anderen Stellung der Richter zu tun. Englische Richter sind keine Justizangehörigen, sondern Persönlichkeiten mit langer anwaltlicher Berufserfahrung, die nicht kraft Verfassungsnorm, sondern aus der Tradition des *common law* heraus über Autorität und Unabhängigkeit verfügen. Die Gerichte werden als organisatorische Einheit angesehen, die ihre Aufgaben ohne Fachgerichtsbarkeiten und ohne Unterteilung in feste, selbständige Spruchkörper erfüllen. Nachdem in der englischen Rechtsordnung jeder Richter für das ganze Gericht handelt, ist auch jede richterliche Entscheidung eine Entscheidung des entsprechenden Gerichts.⁹⁶ Die in der deutschen Rechtsordnung mit so viel Aufmerksamkeit verfolgte Frage, welcher Richter nach welchen Kriterien zur Entscheidung im konkreten Fall berufen ist, stellt sich daher in England nicht.

In englischen Gerichten werden Spruchkörper (*benches of judges*) ad hoc zusammengestellt und dabei die Richter nach ihrer Sachkenntnis zugeordnet. Bei den einzelnen Gerichten liegt die Geschäftsverteilung in den Händen der vorsitzenden Richter (*senior judges*), die mit Unterstützung der Gerichtsverwaltung jeweils die Richter für den konkreten Fall auswählen.⁹⁷ Wegen des großen Vertrauens, das die Rechtsunterworfenen in die Befähigung und Unabhängigkeit der einzelnen Richterpersönlichkeiten haben, scheint sich jeder Gedanke an gerichtsinterne Manipulationsmöglichkeiten durch Auswahl bestimmter Richter von vornehmesten zu verbieten. Die Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit wird als ausreichendes Korrektiv bei offensichtlichen Interessenkollisionen angesehen.

94 BVerfGE 95, 322 (329 f.); vgl. auch BVerfGE 18, 65 (69).

95 *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 344 ff., 369 ff. Schottland und Nordirland sind getrennte Gerichtsbarkeiten mit eigenen Gerichten. Die Untersuchung beschränkte sich daher auf England; die ermittelten Regeln gelten grundsätzlich auch für Wales.

96 *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 369.

97 Näher *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 371 ff.

3. Subjektives Recht mit gerichtsinterner Schutzwirkung nur bei Willkür (Frankreich)

Frankreich kennt das Recht auf den gesetzlichen Richter (*le droit fondamental au juge naturel*) als Verfassungsgrundsatz. Im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz, das in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ein ausdrückliches und besonderes grundrechtsgleiches Recht aufweist, wird in Frankreich das Recht auf den gesetzlichen Richter als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz betrachtet, der sich aus dem Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz (*l'égalité devant la loi*) nach Art. 6 der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 i. V. m. der Präambel der Verfassung der V. Republik von 1958 ergibt.⁹⁸ Das französische Grundrecht auf den gesetzlichen Richter erstreckt sich auch gerichtsintern auf die Vorausbestimmung der Spruchkörper und ihre Besetzung sowie auf die Zuweisung der Fälle an die einzelnen Spruchkörper. In Frankreich verteilt zwar in der Regel der betreffende Gerichtspräsident eingegangene Rechtssachen auf die Richter. Nach der Rechtsprechung des *Conseil Constitutionnel* erfordert der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz jedoch, dass Rechtssachen gleicher Rechtsnatur auch der gleichen Art von Spruchkörpern zugewiesen werden. Der Gesetzgeber dürfe es daher nicht der freien Entscheidung des Gerichtspräsidenten überlassen, welche Fälle er einer Kammer und welche Fälle er einem Einzelrichter zuweist.⁹⁹ Wie die Richter auf die einzelnen Spruchkörper verteilt werden, wird für ein Jahr im Voraus durch den jeweiligen Gerichtspräsidenten nach Stellungnahme der Generalversammlung des Richterkollegiums festgelegt. Nach der Rechtsprechung des *Conseil Constitutionnel* muss die Besetzung einer Spruchkammer nicht nur wegen des Gebots der Gleichheit vor dem Gesetz im Voraus nach abstrakt-generellen Kriterien bestimmt werden. Auch die mit dem Gleichheitsgebot in Zusammenhang stehenden Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit sowie das Verbot rückwirkender Strafgesetze erforderten eine solche Vorausbestimmung.¹⁰⁰ Dem jeweiligen Gerichtspräsidenten obliegt ferner die Zuweisung der Rechtssachen auf die einzelnen Spruchkörper. Für die Geschäftsverteilung hat die Generalversammlung der Richter generelle Regeln aufzustellen, nach denen der Präsident nach Stellungnahme der Generalversammlung des Richterkollegiums für ein Jahr im Voraus die Geschäftsverteilung festlegt. Dem Gerichtspräsidenten verbleibt allerdings ein gewisser Ermessensspielraum. Zur Gewährleistung eines reibungslosen Geschäftsganges kann er im Einzelfall von der abstrakt-generellen Geschäftsverteilung abweichen, etwa um der übermäßigen Arbeitsbelastung einer Kammer entgegenzuwirken.¹⁰¹

98 *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 357 ff.

99 Nachweise bei *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 380 f.; *Rüdiger Stotz*, Der gesetzliche Richter in Europa, EuZW 1995, S. 749.

100 S. *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 384.

101 *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 384 f.

Grundsätzlich handelt es sich bei den geschilderten Auswahl- und Zuweisungsentscheidungen um gerichtsinterne Organisationsmaßnahmen, die – obwohl zur Verwirklichung von Grundrechten der Rechtsunterworfenen getroffen – nicht justizierbar sind. Ein einfacher Verstoß gegen diese Regeln begründet in Frankreich daher noch kein Rechtsmittel. Nur wenn der Rechtsfehler willkürlich begangen wurde, also die betreffende Entscheidung auf offensichtlich unhaltbaren Erwägungen beruht, liegt ein Verfassungsverstoß vor.¹⁰²

Eine ähnliche Haltung wie Frankreich nehmen eine Reihe weiterer EU-Mitgliedstaaten ein. Auch andere Mitgliedstaaten kennen das Recht auf den gesetzlichen Richter mit gerichtsinterner Schutzwirkung (Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Spanien, Tschechien).¹⁰³ Zur Frage, ob es sich dabei um lediglich gerichtsinterne Organisationsvorschriften oder um subjektive Rechte handelt, findet sich nur in einigen Mitgliedstaaten einschlägige Rechtsprechung. Teilweise werden Abweichungen von den Vorschriften zur Richterauswahl und Geschäftsverteilung nur dann als Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters angesehen, wenn die fehlerhafte Anwendung auf willkürlichen, offensichtlich unhaltbaren Erwägungen beruht (neben Frankreich z. B. Belgien, Griechenland, Italien, Niederlande, Österreich).¹⁰⁴

4. Allgemeiner Rechtsgrundsatz auch bei fehlender Übereinstimmung in den Mitgliedstaaten

Wie der kurze Blick auf die Rechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten gezeigt hat, existiert beim Recht auf den gesetzlichen Richter keine Übereinstimmung in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten. Extrempositionen werden auf der einen Seite in England vertreten, wo das Recht auf den gesetzlichen Richter und die damit zusammenhängende Problematik gänzlich unbekannt ist, sowie auf der anderen Seite in Deutschland, wo der gesetzliche Richter bis auf die Ebene des einzelnen Richters unter Beachtung strenger Anforderungen vorauszubestimmen ist und jede Verletzung dieser Anforderungen einen justizierbaren Verfassungsverstoß darstellt. Allerdings kann auch bei den anderen Mitgliedstaaten, die ein solches Recht kennen, keine einheitliche Rechtsauffassung zu dessen gerichtsinternen Wirkungen nachgewiesen werden.

Die fehlende Übereinstimmung in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hindert die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts allerdings nicht. Unterschiedliche Auffassungen führen auch nicht automatisch zur Anerkennung des vorgefundenen Minimal- oder Maximalstan-

102 *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 383, S. 385 f.

103 *Hans-Werner Rengeling/Peter Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, 2004, Rn. 1158; *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 387 ff.

104 *Ulrike Seif*, a. a. O. (Fn. 61), S. 388 ff.

dards.¹⁰⁵ Der Gerichtshof ermittelt die allgemeinen Rechtsgrundsätze vielmehr im Wege wertender Rechtsvergleichung, ohne dabei allerdings seine dogmatischen Grundlagen offenzulegen.¹⁰⁶ Der Gerichtshof sucht gemeinschaftsorientiert nach ausreichendem Rechtsschutz für den Einzelnen.

II. Art. 6 Abs. 1 EMRK

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* und ihrer nunmehrigen Verankerung in Art. 6 Abs. 2 EU liefert die EMRK eine weitere Rechtserkenntnisquelle für die Entwicklung allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verlangt, dass über Streitigkeiten von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren entschieden wird. Der *EuGH* stellte bereits ausdrücklich fest, dass auch die Europäische Union das Recht auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK als allgemeinen Grundsatz nach Art. 6 Abs. 2 EU achtet.¹⁰⁷ Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)* betont, dass Gerichte in einer demokratischen Gesellschaft vertrauenserweckend sein müssen.¹⁰⁸ Nach seiner Rechtsprechung bedeutet die Formulierung „auf Gesetz beruhenden“ Gericht („established by law“, „établi par la loi“) in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, dass nicht nur die Existenz des Gerichts, sondern auch die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Einzelfall auf Gesetz beruhen müsse.¹⁰⁹ Im Fall *Posokhov ./ Russland* hatten ehrenamtliche Richter an einer strafrechtlichen Entscheidung mitgewirkt, die zum Zeitpunkt der nationalen Gerichtsentscheidung nach dem innerstaatlichen Gesetz noch nicht ordnungsgemäß ernannt worden waren. Die entsprechende Liste mit den Namen der ehrenamtlichen Richter war zwar bereits vor der Entscheidung erstellt worden, die Ernennung trat jedoch erst einige Wochen nach der Gerichtsentscheidung nach Billigung durch die entsprechende Volksvertretung in Kraft. Dazu kamen Verstöße gegen das nationale Gesetz, die ehrenamtlichen Richter im konkreten Fall durch das Los zu bestimmen und ihre Tätigkeit auf zwei Wochen pro Jahr zu beschränken. In diesen Verletzungen von nationalen Vorschriften über die Zusammensetzung des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers sah der *EGMR*

105 *Meinhard Hilf/Frank Schorkopf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf, a. a. O (Fn. 14) Art. 6 EUV, Rn. 51 f.; *Walter Pauly*, Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes – Zur konstitutionellen Bedeutung von Art. F Abs. 2 EUV, EuR 1998, S. 242 (S. 254).

106 *Albert Bleckmann*, Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung Europäischer Grundrechte, in: Jürgen F. Baur/Peter-Christian Müller-Graff/Manfred Zuleeg (Hrsg.), Europarecht – Energierecht – Wirtschaftsrecht. Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, 1992, S. 29 ff.; *Walter Pauly*, a. a. O. (Fn. 105), S. 252 m. w. N.

107 EuGH, Rs. C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophones u. a. gegen Conseil des ministres), Slg. 2007, I-5305, Rn. 29; verb. Rs. C-341/06 P und C-342/06 P (Chronopost SA u.a. gegen Kommission), Urteil v. 1.7.2008 (noch nicht veröffentlicht), Rn. 44.

108 EGMR, Nr. 64935/01 (Chmeliš ./ Tschechien), Rn. 55 (Der Fall betraf den Vorwurf der Parteilichkeit des Richters).

109 EGMR, Nr. 31657/96 (Buscarini ./ San Marino), B. 2.; EGMR, Nr. 63486/00 (Posokhov ./ Russland), Rn. 39; noch offengelassen in EGMR, Nr. 8692/79 (Piersack ./ Belgien), Rn. 33.

einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, da kein Gericht „established by law“ bzw. „établissement par la loi“ entschieden habe.¹¹⁰ Der Begriff des Gesetzes (law, loi) erfordert nach der autonomen Auslegung des EGMR eine generelle und abstrakte Norm von höherer Stufe und erhöhter Bestandskraft, die geeignet ist, Willkür auszuschließen.¹¹¹ Das Gesetz muss Rechtssicherheit durch Vorhersehbarkeit bieten und daher auch ein ausreichendes Maß an Bestimmtheit aufweisen.¹¹² Die Organisation des Justizsystems darf somit zwar nicht den Gerichten überlassen bleiben. Es ist nach Auffassung des EGMR aber mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vereinbar, wenn Gerichte einen gewissen Spielraum bei der Auslegung entsprechender Gesetze haben.¹¹³ Der EGMR hatte bislang noch keinen Fall zur Frage zu entscheiden, wie detailliert das betreffende Gesetz die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Einzelfall abstrakt und generell vorherbestimmen muss und welcher Spielraum dem Gericht bei der konkreten Bestimmung des gesetzlichen Richters noch bleiben darf. In seiner Entscheidung *Sokurenko und Strygun ./ Ukraine* aus dem Jahr 2006 ging es um eine weitere Fallkonstellation des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, nämlich um die Frage, ob ein Gericht noch „established by law“ ist, wenn sein Urteil mit einem nicht im relevanten Gesetz vorgesehenen Entscheidungsausspruch endet. Hier bemängelte der EGMR vor allem, dass das Gericht keine Begründung für sein Vorgehen angegeben hatte.¹¹⁴ Das Ziel, das Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage u. a. anstrebt, nämlich Rechtssicherheit und Willkürfreiheit auch im gerichtsinternen Bereich zu schaffen, kann nur erreicht werden, wenn die Gerichte zumindest ausreichende Begründungen dafür liefern, warum sie in einer bestimmten Weise die gesetzliche Grundlage interpretieren, Lücken des Gesetzes füllen oder gar von dem Normtext abweichen.

III. Art. 47 Abs. 2 Charta der Grundrechte

Nach den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents entspricht Art. 47 Abs. 2 GRCh weitgehend Art. 6 Abs. 1 EMRK. Art. 47 Abs. 2 GRCh erweitert lediglich den Anwendungsbereich im Vergleich zu Art. 6 Abs. 1 EMRK. Das Recht auf ein „unparteiisches, zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht“ soll umfassend für alle Rechtsstreitigkeiten gelten und nicht nur Streitigkeiten im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen erfassen.¹¹⁵ Die Tatsache, dass die Grundrechtscharta den Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK im Wesentli-

110 EGMR, Nr. 63486/00 (Posokhov ./ Russland), Rn. 43.

111 Franz Matscher, Der Gesetzesbegriff der EMRK, in: Ludwig Adamovich/Alfred F. Kobzina (Hrsg), Der Rechtsstaat in der Krise. Festschrift für Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag, 1991, S. 105 (S. 111 f. m. w. N.).

112 Franz Matscher, a. a. O. (Fn. 107), S. 113 ff. m. w. N.

113 EGMR, Nr. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 und 33210/96, (Coëme u. a. ./ Belgien) Rn. 98.

114 EGMR, Nr. 29458/04 und 29465/04 (Sokurenko und Strygun ./ Ukraine), Rn. 27.

115 Erläuterungen zum Entwurf der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 11.10.2000, CHARTE 4473/00, CONVENT 49, S. 41.

chen übernimmt, wird in der Literatur als Zeichen dafür gewertet, dass die Charta die Garantie des gesetzlichen Richters auch für die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit anerkennt.¹¹⁶ Wie bei Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ist jedoch die Formulierung „durch Gesetz errichtetes Gericht“ auslegungsbedürftig. Da es wegen der fehlenden Rechtsverbindlichkeit der Charta noch keine Rechtsprechung dazu gibt, kann zur Konkretisierung lediglich die gerade angeführte Rechtsprechung des EGMR herangezogen werden.

E. Folgerungen für die Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten

I. Rechtsgründe für die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes

Die Untersuchung im vorangegangenen Abschnitt hat ergeben, dass gewichtige rechtliche Argumente für die Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts sprechen, der in Verfahren vor den europäischen Gerichten ein Recht auf den gesetzlichen Richter mit gerichtsinterner Schutzwirkung garantiert. Die überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten kennt in ihren nationalen Rechtsordnungen ein solches Recht und legt ihm in der Regel sogar Verfassungsrang bei. Lediglich England nimmt eine Sonderstellung ein, da dort wegen der besonderen Stellung des Richters im System des common law das Problem unbekannt ist. In den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten findet sich allerdings keine Übereinstimmung zum Inhalt des Rechts auf den gesetzlichen Richter. So wird nicht einheitlich beurteilt, wie hoch die Anforderungen an die Vorherbestimmung der entscheidenden Richter sein müssen, sowie ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Einzelne auf Verstöße gegen die zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften berufen kann.

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, der von Art. 47 Abs. 2 GRCh übernommen und lediglich in seinem Anwendungsbereich erweitert wird, ist in seiner Formulierung offen und bedarf der Konkretisierung durch die Rechtsprechung. Nach den bisher zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ergangenen Entscheidungen sieht auch der EGMR in dieser Norm eine Garantie des gesetzlichen Richters, die eine gesetzliche Vorherbestimmung der Zusammensetzung der Spruchkörper verlangt. Bislang existieren allerdings nur einige Entscheidungen des EGMR zur diesem Bereich, so dass noch zahlreiche Fragen offen sind. Jedenfalls behandelt der EGMR gesetzliche Bestimmungen über die Zusammensetzung der Richterbank nicht als rein gerichtsinterne Organisationsvorschriften, sondern als subjektive Rechte, deren Einhaltung durch Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK menschenrechtlich abgesichert wird. Im Hinblick auf die Anforderungen an die Vorherbestimmtheit der zur Entscheidung berufenen Richter und die Rechtsfolgen von Verstößen scheint der EGMR

¹¹⁶ Hans-Werner Rengeling/Peter Szczekalla, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 1158 f.; Bernhard Wegener, a. a. O. (Fn. 66), Art. 221 EGV, Rn. 7.

allerdings keine so strenge Linie verfolgen zu wollen wie das Bundesverfassungsgericht. So erkennt er einen Spielraum des Gerichts für die Auslegung der gesetzlichen Grundlage an, ohne dass jedoch schon geklärt wäre, wie weit dieser Spielraum reichen darf. Wenn man auf den Zweck der Vorschrift abstellt, Rechtsicherheit und Vorhersehbarkeit zu schaffen, müssen Gerichte ihre Auslegung, Ergänzung oder gar Abweichung von der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung aber zumindest im Einzelfall ausreichend begründen. Eine Begründung ist auch deshalb erforderlich, um eine Überprüfung durch den *EGMR* zu ermöglichen.

II. Defizite in den gegenwärtigen Verfahrensregelungen der Gemeinschaftsgerichte

An diesem Maßstab gemessen erscheinen mehrere der geschilderten Regelungen für Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten problematisch. Einige der Verfahrensregelungen lassen es zu, die zur Entscheidung im konkreten Fall berufenen Richter zu bestimmen, ohne hierfür abstrakt-generelle Entscheidungskriterien aufzustellen oder ohne eine Begründung der entscheidenden Stelle für die Richterauswahl im Einzelfall zu verlangen.

1. Verfahren vor dem EuG und dem GöD

Geringeren Anlass zur Kritik geben die Verfahrensregelungen des *EuG* und des *GöD*. Zur Besetzung der Kammern enthalten Satzung, Verfahrensordnungen sowie veröffentlichte Beschlüsse der Gerichte ausreichend klare Regelungen, die es erlauben, die Zusammensetzung der zur Entscheidung berufenen Kammer vorherzusehen. Lediglich für die Bestimmung eines Ersatzrichters beim *EuG* finden sich in der Verfahrensordnung des *EuG* keine Kriterien, nach denen der Präsident die Richterpersönlichkeit aussuchen soll.¹¹⁷ Hier wäre eine Regelung wie in der Verfahrensordnung des *EuGH*¹¹⁸ oder des *GöD*¹¹⁹ zu empfehlen, nach denen Ersatzrichter aus den Richtern des Gerichts nach einer vorher festgelegten Reihenfolge bestimmt werden.

Auch für die Zuweisung der Rechtssachen an die Kammern existieren beim *EuG* und beim *GöD* veröffentlichte und hinreichend klare Kriterien. Allerdings kann bei beiden Gerichten der jeweilige Präsident von dieser Geschäftsverteilung aus Gründen des Zusammenhangs zwischen Rechtssachen oder einer ausgewogenen Arbeitsbelastung der Kammern abweichen. Die unbestimmten Rechtsbegriffe „Zusammenhang“ und „Arbeitsbelastung“ müssen vom Präsidenten in seiner Entscheidung allerdings jeweils konkretisiert werden. Nach Zuweisung einer

¹¹⁷ S. oben bei Fn. 44.

¹¹⁸ S. oben bei Fn. 41.

¹¹⁹ S. oben bei Fn. 47.

Rechtssache an eine Kammer kann nach den Verfahrensordnungen von *EuG* und *GöD* in beiden Gerichten das Plenum die Rechtssache noch an einen höher besetzten Spruchkörper verweisen, wenn die Rechtssache rechtliche Schwierigkeiten aufweist, von besonderer Bedeutung ist oder besondere Umstände vorliegen.¹²⁰ Auch bei diesen Zuweisungskriterien handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Besonders vage ist das Kriterium der „besonderen Umstände“. Nur wenn aufgrund dieser Kriterien eine Rechtssache an das Plenum verwiesen wird, ist der Schutzbereich des Rechts auf den gesetzlichen Richters nicht mehr berührt, da dann alle Richter des Gerichts über den Fall entscheiden. Wird allerdings an eine geringer besetzte Kammer verwiesen, also beim *EuG* an die Große Kammer oder eine 5er-Kammer,¹²¹ muss das entscheidende Plenum die unbestimmten Rechtsbegriffe in seiner Verweisungsentscheidung konkretisieren.

Die Verfahrensordnungen beider Gerichte sehen die Möglichkeit vor, Rechtssachen an den Berichterstatter als Einzelrichter zu verweisen, „sofern sie sich wegen fehlender Schwierigkeit der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen, begrenzter Bedeutung der Rechtssache und des Fehlens anderer besonderer Umstände dazu eignen“.¹²² Auch bei diesen Merkmalen, die kumulativ vorliegen müssen, handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, wobei jeder Hinweis fehlt, was unter „anderen besonderen Umständen“ zu verstehen sein soll. Obwohl die Verfahrensordnungen auch für Verweisungen an das Plenum, die Große Kammer oder eine 5er-Kammer das Kriterium der besonderen Umstände erwähnen, sind die Begriffe nicht deckungsgleich. Vielmehr muss es bei der Prüfung, ob an den Einzelrichter verwiesen werden soll, um solche Umstände gehen, die – wenn sie vorlägen – eine Entscheidung durch die 3er-Kammer geboten. Auch diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind von der betreffenden Kammer¹²³ in ihrer jeweiligen Verweisungsentscheidung zu konkretisieren.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EGMR*¹²⁴ ergibt sich auch in der Union aus dem Recht auf den gesetzlichen Richter das subjektive Recht auf Einhaltung entsprechender Verfahrensregeln. Ein solches Recht kann für die Parteien nur Wirksamkeit entfalten, wenn es auch justizierbar ausgestaltet wird. Verstöße von *EuG* oder *GöD* gegen die Verfahrensbestimmungen sollten folglich auch in der nächst höheren Instanz gerügt werden können. Falls die Union der EMRK beitritt,¹²⁵ kommt außerdem die Beschwerdemöglichkeit nach Art. 34 EMRK zum *EGMR* in Betracht. Damit die Rechtsmittelgerichte *EuGH* oder *EuG* – sowie gegebenenfalls später der *EGMR* – entsprechende Rügen auch prüfen können, ist

120 Art. 14 § 1, Art. 51 § 1 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22); Art. 13 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

121 Derzeit nur beim *EuG* denkbar, da es beim *GöD* keine Große Kammer gibt und eine 5er-Kammer bislang nicht eingerichtet wurde.

122 Art. 14 § 2 Abs. 1 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22); Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

123 Jeweils einstimmige Entscheidung nach Anhörung der Parteien erforderlich, Art. 51 § 2 UAbs. 1 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22), Art. 14 Abs. 2 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

124 S. oben unter D. II. 2.

125 Eine entsprechende Kompetenz sieht Art. 6 Abs. 2 S. 1 EU in der Fassung des Vertrages von Lissabon vor.

zu verlangen, dass die entscheidenden Stellen Abweichungen von den zugrunde liegenden Verfahrensregeln ausreichend schriftlich begründen (insbesondere die Zuweisung an eine andere Kammer aus Gründen des Zusammenhangs oder der Arbeitsbelastung sowie das Vorliegen bzw. Fehlen besonderer Umstände bei der Verweisung an einen höher besetzten Spruchkörper oder an den Einzelrichter).

Bei der Verweisung an den Einzelrichter stellt sich das weitere Problem, dass nicht vorher abstrakt-generell ausreichend genau bestimmt ist, welche Richterpersönlichkeit als Einzelrichter in einem konkreten Fall tätig sein wird. Nach den Verfahrensordnungen von *EuG* und *GöD* entscheidet als Einzelrichter immer der Berichterstatter.¹²⁶ Nicht hinreichend genau geregelt ist jedoch, nach welchen Kriterien die Auswahl des Berichterstatters vorzunehmen ist. Beim *EuG* und beim *GöD* bestimmt jeweils der Präsident des Gerichts nach Vorschlag des Kammerpräsidenten einen der Richter der Kammer zum Berichterstatter.¹²⁷ Um dem Recht auf den gesetzlichen Richter Genüge zu tun, müsste die Einzelrichterbestellung aber nach vorher festgelegten Kriterien erfolgen. Es müssten also etwa vorab Listen erstellt werden, aus denen sich die Reihenfolge der zu benennenden Richter ergibt. Soll weiterhin der Berichterstatter zum Einzelrichter bestellt werden, dürfte zukünftig die Auswahl des Berichterstatters nicht mehr in das Ermessen des Gerichtspräsidenten gestellt werden. Die Auswahl müsste vielmehr nach einer vorab festgelegten Reihenfolge getroffen werden.

2. Verfahren vor dem *EuGH*

a) Berichterstatterbestellung vor Zuweisung an einen Spruchkörper

Unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf den gesetzlichen Richters ist in Verfahren vor dem *EuGH* vor allem die Vorgehensweise zu beanstanden, dass nach Eingang der Rechtssache zunächst der Präsident den Berichterstatter bestellt¹²⁸ und erst dann der *Gerichtshof* die Rechtssache einem Spruchkörper zuweist.¹²⁹ Bei dieser Reihenfolge ist problematisch, dass für die Auswahlentscheidung des Präsidenten keine vorab niedergelegten und veröffentlichten Kriterien existieren.¹³⁰ Die Person des Berichterstatters ist jedoch für die Bestimmung der über die konkrete Rechtssache entscheidenden Richter von zentraler Bedeutung. Durch die Wahl seiner Person wird zum einen die Zahl der Kammern reduziert, an die der *Gerichtshof* die Rechtssache später zuweisen wird.¹³¹ Zum anderen hängt von der Person des Berichterstatters ab, in welcher Besetzung eine überbesetzte Kammer entscheidet.¹³² Die aus praktischen Erwägungen möglicherweise sinn-

126 Art. 14 § 2 Abs. 1 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22); Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

127 Art. 13 § 2 VerfahrensO *EuG* (Fn. 22); Art. 38 Abs. 2 VerfahrensO *GöD* (Fn. 28).

128 Art. 9 § 2 VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16).

129 Art. 44 §§ 1 bis 3 VerfahrensO *EuGH* (Fn. 16).

130 S. oben bei Fn. 59.

131 S. oben bei Fn. 66.

132 S. oben bei C. I. 1. a.

volle Regelung, dem Präsidenten freie Hand bei der Auswahl des Berichterstatters zu lassen, war nur so lange rechtlich unbedenklich, wie der Gerichtshof regelmäßig in Vollsitzungen entschied.¹³³ Nachdem sich mittlerweile aber die Kammern zu Hauptspruchkörpern des *EuGH* entwickelt haben, präjudiziert der Präsident mit seiner Entscheidung über die Person des Berichterstatters nunmehr in den meisten Fällen zumindest zum Teil die spätere Wahl des in der konkreten Rechtsache entscheidenden Spruchkörpers und dessen Besetzung. Sollte die Union – wie im Vertrag von Lissabon angestrebt – der EMRK beitreten, besteht die Gefahr, dass der *EGMR* die geschilderte Vorgehensweise als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK wertet.

Der Einklang mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter kann nur durch eine Änderung der Verfahrensordnung erreicht werden. Die Lösung kann entweder darin liegen, dass – wie schon jetzt bei *EuG* und *GöD* – eine Rechtssache zunächst einer Kammer zugewiesen wird und erst danach der Berichterstatter bestellt wird. Dazu müsste für den *EuGH* ein Geschäftsverteilungsplan aufgestellt werden, der vorab hinreichend genau festlegt, nach welchen Kriterien eingegangene Rechtssachen auf die Kammern verteilt werden. Dann könnte der Präsident die Befugnis behalten, nach seinem Ermessen die Person des Berichterstatters auszuwählen. Freilich wäre er dann bei seiner Wahl auf die der betreffenden Kammer angehörenden Richter beschränkt. Nach dem Vorbild von *EuG* und *GöD* könnte auch ein Vorschlagrecht des Kammerpräsidenten eingeführt werden. Soll hingegen die bisherige Reihenfolge beibehalten werden, also zunächst der Berichterstatter bestellt und sodann nach dessen Vorbericht die Rechtssache einem bestimmten Spruchkörper zugewiesen werden, müsste die Verfahrensordnung, mindestens aber der Gerichtshof selbst in einem veröffentlichten Beschluss hinreichend bestimmte Kriterien festlegen, nach denen die Auswahl des Berichterstatters zu erfolgen hat. Wenn diese Kriterien unbestimmte Rechtsbegriffe aufweisen oder der Präsident gar zum Abweichen von den Kriterien ermächtigt wird, ist zu verlangen, dass der Präsident seine Auswahlentscheidung ausreichend schriftlich begründet. Eine solche Begründung ist nicht zuletzt deshalb erforderlich, um dem *EGMR* gegebenenfalls später eine Nachprüfung anhand des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zu ermöglichen.

b) Entscheidung über die Zuweisung an eine Kammer

Weiter ist problematisch, dass die Verfahrensordnung dem *Gerichtshof* für die Entscheidung über die Zuweisung an das Plenum, an die Große Kammer, an eine 5er- oder an eine 3er-Kammer nur einige Anhaltspunkte liefert.¹³⁴ Besonders bedenklich erscheint, dass keinerlei Vorgaben für die Entscheidung zwischen einer 5er- und einer 3er-Kammer existieren. Die Verfahrensordnung oder zumin-

133 Zur Entwicklung s. oben unter B. I. 1.

134 S. oben bei Fn. 62 ff.

dest ein veröffentlichter Beschluss des *EuGH* müsste hinreichend bestimmte Abgrenzungskriterien aufstellen. Wie beim *EuG* werden auch beim *EuGH* in der Verfahrensordnung als Gründe für die Verweisung an die Große Kammer die „Schwierigkeit“ oder die „Bedeutung“ der Rechtssache oder „besondere Umstände“ genannt.¹³⁵ Diese unbestimmten Rechtsbegriffe, von denen das Kriterium der „besonderen Umstände“ besonders vage ist, können vor einem Recht auf den gesetzlichen Richter nur bestehen, wenn sie im Wege der Auslegung vom Gerichtshof konkretisiert werden. Eine solche Konkretisierung trägt allerdings nur zur Rechtssicherheit bei, wenn sie für die Parteien (und gegebenenfalls später auch in einem Verfahren vor dem *EGMR*) nachvollziehbar ist, also wenn der *Gerichtshof* seine Zuweisungsentscheidung in derartigen Fällen ausreichend ausführlich begründet und beispielsweise darlegt, welche „besonderen Umstände“ ihn zur Verweisung an die Große Kammer bewogen haben. Weist der Gerichtshof allerdings eine Rechtssache, die nicht zu den in der Satzung genannten Fallgruppen¹³⁶ gehört, allein aufgrund ihrer „außergewöhnlichen Bedeutung“¹³⁷ dem Plenum zu, muss er dies nicht weiter rechtfertigen,¹³⁸ da das Recht auf den gesetzlichen Richter nie verletzt sein kann, wenn alle Richter eines Gerichts in Vollsitzung über einen Fall entscheiden.

F. Fazit und Ausblick

Wie gezeigt wurde, existiert auch für die Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten ein Recht auf den gesetzlichen Richter mit gerichtsinterner Schutzwirkung. Es lässt sich als allgemeiner Rechtsgrundsatz aus den Verfassungsordnungen einer beträchtlichen Zahl von Mitgliedstaaten sowie aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRCh ableiten. Das Recht auf den gesetzlichen Richter erfordert, die Kriterien, nach denen Richter in einer konkreten Rechtssache zur Entscheidung berufen werden, vorab abstrakt-generell durch Rechtsnormen festzulegen. Zwar ist zum Unionsgrundrecht auf den gesetzlichen Richter noch eine Reihe von Fragen offen, insbesondere was die Anforderungen an die Regelungsdichte und die Art der gesetzlichen Grundlage sowie einen den Gerichten verbleibenden Entscheidungsspielraum anbelangt. Diese offenen Punkte bedürfen noch der Konkretisierung durch die Rechtsprechung des *EuGH* und des *EGMR*. Einige Eckpunkte sind aber schon erkennbar.

So folgt aus dem grundrechtlichen Rang des Rechts, dass die Parteien eines Rechtsstreits ein subjektives Recht auf Existenz und Einhaltung entsprechender Verfahrensregelungen haben und dass die Verfahrensbestimmungen somit keine rein innergerichtlichen Organisationsvorschriften darstellen. Eröffnen die Verfah-

135 Art. 16 Abs. 3 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 44 § 3 Abs. 1, 2 VerfahrensO EuGH (Fn. 16).

136 Art. 16 Abs. 4 Satzung (Fn. 15).

137 Art. 16 Abs. 5 Satzung (Fn. 15) i. V. m. Art. 44 § 3 Abs. 3 S. 2 VerfahrensO EuGH (Fn. 16).

138 Anders offenbar *Hans-Werner Rengeling/Peter Szczekalla*, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 1161.

rensvorschriften der entscheidenden Stelle Spielräume, z. B. durch unbestimmte Rechtsbegriffe oder die Möglichkeit zur Abweichung von niedergelegten Kriterien, ist die betreffende Entscheidung jedenfalls hinreichend schriftlich zu begründen. Die Begründungspflicht dient auch der Nachprüfbarkeit durch den EGMR, der nach dem vom Vertrag von Lissabon ins Auge gefassten Beitritt zur EMRK auch für Individualbeschwerden, die Entscheidungen der Gemeinschaftsgerichte betreffen, zuständig werden dürfte. Damit das Recht auf den gesetzlichen Richter für die Parteien eines Rechtsstreits effektiv ist, sind die aus dem Recht fließenden Rechte auf Einhaltung entsprechender Verfahrensregeln gemeinschaftsintern justizierbar auszustalten. Die Verletzung solcher Verfahrensbestimmungen durch das *EuG* und das *GöD* muss daher bei den Rechtsmittelgerichten *EuGH* und *EuG* gerügt werden können.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber, vor allem aber die Gemeinschaftsgerichte selbst haben in den letzten Jahren bereits viel getan, um dem Recht auf den gesetzlichen Richter zur Geltung zu verhelfen. So haben alle Gerichte Listen mit der Besetzung ihrer Kammern veröffentlicht. *EuG* und *GöD* haben Geschäftsverteilungspläne für die Zuweisung von Rechtssachen an ihre Kammern aufgestellt. Immer noch existieren jedoch bei allen drei Gerichten Verfahrensregelungen, die dem Recht auf den gesetzlichen Richter entgegenstehen und die geändert werden sollten.

Zu überdenken ist vor allem die schon seit Gründung des *EuGH* dort bestehende Reihenfolge, dass nach Eingang einer Rechtssache zunächst der *EuGH*-Präsident den Berichterstatter aussucht und erst aufgrund eines Vorberichts dieses Berichterstatters die Rechtssache dann vom Gerichtshof einem Spruchkörper zugewiesen wird. Problematisch ist, dass keine veröffentlichten Kriterien für die Auswahl des Berichterstatters existieren. Aber auch für die Zuweisungsentscheidung des Gerichtshofs finden sich in der Satzung und der Verfahrensordnung des *EuGH* nur einige wenige Kriterien, die teilweise auch noch als unbestimmte Rechtsbegriffe ausgestaltet sind. Die Vorgehensweise, dass zunächst der Berichterstatter bestimmt wird, dessen Person dann wesentlichen Einfluss auf die später zur Entscheidung berufenen Spruchkammer und ihre Zusammensetzung hat, war nur so lange rechtlich unbedenklich, wie der Gerichtshof noch regelmäßig in Vollsitzungen tagte.

Die beanstandeten Verfahrensregelungen sollten allerdings nicht nur mit Blick auf einen zukünftigen Beitritt zur EMRK geändert werden. Auch im Eigeninteresse der Gemeinschaftsgerichte sind die Änderungen angezeigt. Je ausdifferenzierter die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit wird und je weiter die Entscheidungen der Gerichte auf kleine Gerichtseinheiten (insbesondere 3er-Kammern und Einzelrichter) übertragen werden, desto wichtiger ist für die Akzeptanz der Gerichte Übersichtlichkeit und Transparenz ihrer Verfahren. Die Transparenz, die von allen anderen Organen und Institutionen der Union gefordert wird, muss auch für die Gemeinschaftsgerichte gelten. Der gerichtliche Entscheidungsprozess selbst

kann nicht transparent gemacht werden. Denn die Beratungen sind zu Recht nicht öffentlich. So muss das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Entscheider, also der Richter und der Spruchkörper, auf andere Weise gestärkt und erhalten werden. Dazu gehört, dass jedem Anschein einer Möglichkeit zur gerichtsinternen Einflussnahme begegnet wird. Dies geschieht am besten dadurch, dass der entscheidende Spruchkörper nach abstrakten Kriterien vorherbestimmt wird und auf seine Besetzung nach Eingang der Rechtssache kein Einfluss mehr ausgeübt werden kann. Die Gemeinschaftsgerichte sollten in ihrem eigenen Interesse um Transparenz bemüht sein. Denn sie können die Befolgung ihrer Entscheidungen nicht selbst sicherstellen. Letztlich leben die Gemeinschaftsgerichte von der Akzeptanz und dem Vertrauen der Rechtsunterworfenen.

Die Befolgung und Durchsetzung der Urteile der Gemeinschaftsgerichte*

von Waltraud Hakenberg **

A. Einführung

Die Befolgung und Durchsetzung der Urteile der Gemeinschaftsgerichte ist das Korrelat der Autorität, mit der diese Gerichte konzeptionell ausgestaltet sind, und der Funktionen, die ihnen in den jeweiligen Verfahrensarten zugeschrieben sind. Die Anzahl der Gemeinschaftsgerichte ist mittlerweile auf drei angewachsen: zum *Europäischen Gerichtshof* (nachfolgend „*EuGH*“) und dem seit 1989 bestehenden *Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften* (nachfolgend „*EuGel*“) hat sich seit Ende 2005 als erste „gerichtliche Kammer“ im Sinne von Art. 225 a) EG das *Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union* (nachfolgend „*EuGöD*“) gesellt.¹ Allen drei Gerichten ist gemein, dass sie in verschiedenen ausgestalteten Verfahrensarten urteilen können, die in Art. 220 ff. EG näher beschrieben sind. Allen drei Gerichten ist auch gemein, dass eine Zwangsvollstreckung ihrer Urteile praktisch nie erfolgt.² Gem. Art. 244, 256 EG wäre eine solche allenfalls nach den Vorschriften der nationalen Rechte denkbar, und auch dies gilt nicht „gegenüber Staaten“. Gemeinschaftliche Vollstreckungsorgane gibt es nicht, und sie wären im momentanen Kompetenzgefüge auch nur schwer vorstellbar.

Die Verfahrensarten vor den Gemeinschaftsgerichten weisen eine unterschiedliche Kontrolldichte auf. Dies erhellt daraus, dass die Gruppen potentieller Rechtsunterworfer sehr unterschiedlich sind: es kann sich um Gemeinschaftsorgane oder einen oder mehrere der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union handeln – die Rechtsprechungstätigkeit hat dann eine überwiegend verfassungsrechtliche Dimension –, in Ausnahmefällen auch um Drittstaaten, oder es kann sich um eines oder mehrere der zahlreichen Unternehmen handeln, die auf dem europäischen Markt operieren und über die die Gemeinschaftsorgane unter besonderen Umständen eine Wirtschaftsaufsicht ausüben – die Rechtsprechungstätigkeit hat dann eine überwiegend verwaltungsrechtliche Dimension –, oder es können einer oder mehrere der ca. 487 Mio. Gemeinschaftsbürger von der Rechtsprechungstä-

* Erweiterter Text eines Vortrags vor dem „Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg“ anlässlich der Tagung „Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit in der erweiterten Union“ am 14. Juli 2007.

** Prof. Dr. Waltraud Hakenberg, Kanzlerin des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union und Honorarprofessorin an der Universität des Saarlandes.

1 Das *EuGöD* hat seinen Sitz ebenfalls, wie *EuGH* und *EuGel*, in Luxemburg. S. zu näheren Einzelheiten Hakenberg, Das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU – eine neue Ära in der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, EuZW 2006, S. 391; Kucsko-*Stadlmayer*, Die neue Gerichtsstruktur der Europäischen Union, in: Staat und Recht in europäischer Perspektive, Festschrift *Schäffer*, Wien 2006, S. 393.

2 Mit Ausnahme vielleicht von vereinzelten Kostenfestsetzungen.

tigkeit in Vorabentscheidungsverfahren betroffen sein, welche alle Zweige der Gerichtsbarkeit zum Gegenstand haben kann, allerdings mit keiner direkten Durchsetzungsbefugnis für die Betroffenen ausgestaltet ist.

Nachfolgend sollen die drei großen Kategorien von Verfahrensarten in Bezug auf die Durchsetzungskontrolle der insoweit ergehenden Urteile näher beleuchtet werden.³

B. Befolung von Urteilen in Vertragsverletzungsverfahren

Für Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten gemäß Art. 226-228 EG⁴ ist ausschließlich der *EuGH* zuständig. Er sieht diese Art von Verfahren als eine seiner wichtigsten Zuständigkeiten an. Beklagte Parteien sind ausschließlich die Mitgliedstaaten; es handelt sich um das typische Aufsichtsinstrument der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer in Art. 211 EG definierten Befugnisse, nämlich „für die Anwendung dieses Vertrages sowie der von den Organen auf Grund dieses Vertrages getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen“.⁵ Das Verfahren ist Ausdruck des in der Gemeinschaft herrschenden Dualismus zwischen den Mitgliedstaaten und den Organen: einerseits sind die Mitgliedstaaten „Herren der Verträge“ und setzen die Organe ein; andererseits haben die Mitgliedstaaten ihre einmal eingegangenen Verpflichtungen einzuhalten und die an die Gemeinschaft übertragenen Kompetenzen zu respektieren, wozu sie wiederum durch die Organe angehalten werden können. Es handelt sich also um eine, wenn man von nationalen Kategorien ausgeht, typisch „verfassungsrechtliche“ Streitigkeit.

Vertragsverletzungsverfahren machen etwa ein Drittel aller Verfahren vor dem *EuGH* aus.⁶ Sie sind als Feststellungsverfahren ausgestaltet und betreffen sehr häufig die Nicht-Umsetzung von Richtlinien auf den unterschiedlichsten Rechtsgebieten (Umweltschutz, Agrarpolitik, Sozialpolitik, Unternehmensrecht, um nur einige zu nennen), sodann Verstöße gegen die Grundfreiheiten (z. B. das anhängige Verfahren über die Sonderstellung staatlicher Beteiligung im „VW-Gesetz“, in welchem Verstöße der Bundesrepublik Deutschland gegen die Niederlassungs-

- 3 Neben den geschilderten gibt es noch eine Reihe anderer, weniger bedeutender Verfahrensarten. S. zu Kontrolldichte und Funktionen der Gemeinschaftsgerichte und zu Details sämtlicher Verfahrensarten *Hakenberg/Stix-Hackl*, Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, 3. Aufl., Wien Berlin 2005, S. 17 ff. und S. 37 ff.; alle wichtigen Informationen geben im Übrigen *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2003.
- 4 Sehr aufschlussreich zur historischen Entwicklung und praktischen Wirksamkeit dieses Verfahrens ist *Everling*, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter der Aufsicht von Kommission und Gerichtshof, in: Staat und Wort, Festschrift *Isensee*, Heidelberg 2007, S. 773.
- 5 Die (theoretisch) in Art. 226 EG vorgesehene Möglichkeit, dass ein Mitgliedstaat gegen einen anderen ein Vertragsverletzungsverfahren anstrengt, hat in der Praxis so gut wie keine Bedeutung; Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten werden normalerweise auf andere Art und Weise ausgetragen.
- 6 Im Jahre 2006 wurden beispielsweise 111 Vertragsverletzungsverfahren entschieden, von denen 103 mit einer Verurteilung endeten. Davon betrafen 7 die Bundesrepublik. Quelle: Rechtsprechungsstatistiken des *EuGH* im Jahresbericht 2006, S. 92, abrufbar auf der für alle drei Gemeinschaftsgerichten gemeinsamen Website www.curia.europa.eu.

und Kapitalverkehrsfreiheit gerügt werden⁷) und sonstiges Gemeinschaftsrecht.⁸ Die Verfahren können in eilbedürftigen Fällen verbunden werden mit einstweiligen Verfügungen.⁹

Die Kommission kann ein Verfahren zu jedem Zeitpunkt anstrengen; es ist nicht notwendig, dass hierfür ein konkreter Anlass vorliegt. Viele Rügen von Vertragsverstößen erledigen sich bereits im Laufe informeller Vorbesprechungen zwischen den Abteilungen der Kommission und den entsprechenden nationalen Ministerien, oder sodann während des in Art. 226 EG vorgeschriebenen Vorverfahrens. Falls allerdings das Verfahren vor dem *EuGH* durchgeführt werden muss und ein Urteil ergeht, mit dem ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht festgestellt wird, so stellt sich die Frage der Urteilswirkungen.

Die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich aus dem allgemeinen Loyalitätsgrundsatz des Art. 10 EG verpflichtet, ihren Rechtszustand dem Urteil entsprechend zu ändern und unverzüglich die erforderlichen Maßnahmen einzuleiten. Tun sie das nicht, so entsteht eine höchst unbefriedigende Rechtslage.¹⁰ Dieser konnte früher allenfalls dadurch abgeholfen werden, dass die Kommission ein erneutes Vertragsverletzungsverfahren anstrengte, nun wegen Nichtbefolgung des ersten Urteils. Auch dies konnte allerdings unbefriedigend verlaufen. Auch die theoretische Möglichkeit, dass auf Ebene des nationalen Rechts eventuelle Geschädigte Ersatz verlangten, etwa nach der Konzeption des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz o.ä., blieb in der Umsetzung sehr selten.

Um dieser misslichen Lage abzuhelfen und eine effektivere Durchsetzung zu gewährleisten, wurde 1993 die Möglichkeit eingeführt, durch Urteil des *EuGH* ein „Zwangsgeld“ bzw. einen „Pauschalbetrag“ zu verhängen (Art. 228 Abs. 2 EG). Ein solch pekuniäres „Bestrafungsverfahren“ gegen die Mitgliedstaaten wurde anfangs teilweise als unwürdig betrachtet. Mittlerweile ist jedoch zugeben, dass die Nichtbefolgung von Urteilen des *EuGH* in Vertragsverletzungsverfahren dadurch ganz erheblich zurückgegangen ist. Wie empfindlich die Mitgliedstaaten diese Sanktionsart verspüren, zeigt sich schon – auch wenn dies auf den ersten Blick widersprüchlich klingen mag – an der geringen Anzahl der

7 Anhängiges Verfahren EuGH, Rs. C-112/05 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland).

8 S. beispielsweise das anhängige Verfahren EuGH, Rs. C-192/07 (Kommission/ Bundesrepublik Deutschland) über Familienzusammenführung im Ausländerrecht.

9 S. etwa EuGH, Rs. C-193/07 R (Kommission/Polen), eine einstweilige Verfügung wegen in Polen im Auftrag der Regierung durchgeführter Abholzungsarbeiten für eine geplante Autobahn, die quer durch ein ausgewiesenes europäisches Naturschutzgebiet führen sollte. Dem *EuGH* erschien die von der Kommission dargelegte Eilbedürftigkeit so groß, dass er seine erste Verfügung sogar vor Anhörung der Gegenseite (*inaudita altera parte*) erließ. Der polnischen Regierung wurde aufgegeben, die Arbeiten mit sofortiger Wirkung zu stoppen.

10 Neben schlichter Nichtbefolgung gibt es auch eine Reihe von Konstellationen, deren Auflösung umstritten ist. Ein Beispiel hierfür aus der früheren Zeit sind Verfahren in Zusammenhang mit staatlichen Beihilfen. Hier kam vor, dass Unternehmen es ablehnten, als gemeinschaftsrechtswidrig eingestufte Beihilfen wieder zurückzuerstatten, indem sie sich auf Entreicherung, Vertrauensschutz o.ä. beriefen. Die vom *EuGH* in die Pflicht genommenen Mitgliedstaaten sahen sich daher oft nicht in der Lage, die Rückerstattung, zu deren Vollzug sie verpflichtet waren, sicherzustellen. Der *EuGH* entschied in einem solchen Fall, dass die Gemeinschaftsinteressen im Zweifel über einem eventuellen Vertrauenschutz, der seine Grundlage im nationalen Recht habe, zu stellen seien: EuGH, Rs. C-24/95 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH), Slg. I-1591.

Verfahren dieser Art, die mit einem Urteilsspruch enden: offensichtlich ist bereits die Androhung eines Zwangsgeldverfahrens durch die Kommission sehr wirksam, und manches vor dem *EuGH* eingeleitete Verfahren wurde später für erledigt erklärt.

Das wohl spektakulärste der bislang entschiedenen Zwangsgeldverfahren war ein Verfahren gegen Frankreich¹¹ wegen Nichtabstellung ressourcengefährdender Fischerei in der Bretagne. Es endete mit einer Verurteilung der französischen Republik nicht nur zur Zahlung eines Zwangsgeldes für die Zukunft (57 Mio. € für jeden 6-Monats-Zeitraum ab Urteilsverkündung), sondern auch eines Pauschalbetrages von 20 Mio. € quasi als Strafe für die Vergangenheit. Diese „Kombination“, die zunächst vom (deutschen) Vertragstext her nicht zwingend erschien, wurde in der Folge dann jedoch für Fälle lang andauernder Zu widerhandlungen im Sinne eines „effet utile“ als überwiegend positiv aufgenommen.¹² Zu ergänzen ist noch, dass die Zahlungsüberwachung nach einem Urteilsspruch in einem solchen Fall durch die Kommission erfolgt. Diese wendet in der Praxis überwiegend Aufrechnungsmechanismen an, was bislang nicht Gegenstand grundsätzlicher Auseinandersetzungen mit den Mitgliedstaaten oder einer gerichtlichen Überprüfung war.¹³

Festzuhalten ist, dass sich das früher eher abstrakte Vertragsverletzungsverfahren durch die Sanktionsmöglichkeit des Art. 228 Abs. 2 EG zu einem sehr konkreten Instrument gewandelt hat, mit welchem die Einhaltung der Vorgaben durch Urteile des *EuGH* stark gefördert wurde.

C. Befolung von Urteilen in Nichtigkeitsverfahren

Bei der Befolung von Urteilen in Nichtigkeitsverfahren, welche eine mögliche Verfahrensart vor allen drei Gerichten *EuGH*, *EuGeI* und *EuGöD* darstellt, ist zu unterscheiden, wer als Beklagtenpartei und damit potentieller Adressat eines belastenden Richterspruches betroffen ist: dies können Gemeinschaftsorgane und Mitgliedstaaten, aber auch Private sein.

11 EuGH, Rs. C-304/02 (Kommission/Frankreich), Slg. I-6263.

12 Die deutsche Formulierung lautet „Pauschalbetrag oder Zwangsgeld“; in anderen Sprachen kann die dem deutschen „oder“ entsprechende Konjunktion aber auch eine Kumulierung bedeuten, so insbesondere das französische „ou“. S. hierzu Rn. 80 ff. des Urteils. An Urteilsanmerkungen aus der deutschsprachigen Lehre sind zu nennen *Hamer*, Verhängung eines Zwangsgelds und eines Pauschalbetrags, EurUP 2005, S. 193; *Huck/Klieve*, Neue Auslegung des Art. 228 Abs. 2 EG und ein Zeichen gesteigerter Autorität des *EuGH*: Erstmalige Verhängung von Zwangsgeld und Pauschalbetrag gegen einen Mitgliedstaat, EuR 2006, S. 413; *Lindner*, BayVerwBl. 2006, S. 181; *Obwexer*, Verschärfung der finanziellen Sanktionen gegen EU-MS, ecolex 2006, S. 712.

13 In seinem Urteil EuGH, Rs. C-87/01 P (Kommission/Ausschuss der Regionen), Slg. I-7617, Rn. 56 ff., stellte der EuGH (in anderem Zusammenhang) fest, dass die Aufrechnung ein rechtlicher Mechanismus ist, der mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht und auch zwischen Forderungen aus verschiedenen Rechtsordnungen möglich ist, soweit für jede der betroffenen Forderungen sichergestellt ist, dass die Voraussetzungen, die nach der für sie jeweils geltenden Rechtsordnung für die Aufrechnung bestehen, nicht missachtet werden. Näheres hierzu s. bei *Huck/Klieve*, vorzitierte Urteilsanmerkung, S. 421 f.

I. Nichtigkeitsklagen von Organen oder Mitgliedstaaten gegen (andere) Organe gem. Art. 230 Abs. 2 EG (= Normenkontrollverfahren)

Als Klageverfahren der Organe der Europäischen Union untereinander sowie der Mitgliedstaaten gegen Organe (Organe und Mitgliedstaaten sind sog. „privilegierte Klageberechtigte“) reiht die Nichtigkeitsklage sich ein in die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten. Hier geht es entweder darum, die Kompetenzen der Organe gegeneinander abzugrenzen, was etwa durch die Wahl der einen oder anderen Ermächtigungsgrundlage für einen bestimmten Rechtsakt determiniert sein kann o.ä.¹⁴ Für „Inter-Organ-Klagen“ dieser Art, die eine evident verfassungsrechtliche Dimension haben, ist der *EuGH* in erster und letzter Instanz zuständig.

Sind die Mitgliedstaaten Kläger gegen die Organe, so handelt es sich häufig um Streitpunkte, bei denen sie im Abstimmungsverfahren im Rat unterlegen sind, und die ihrer Auffassung nach grundsätzliche Kompetenzfragen berühren, etwa das Subsidiaritätsprinzip (z. B. die Anfechtung der Tabak-Werbe-Richtlinie durch die Bundesrepublik Deutschland¹⁵), oder um Probleme, die auf der politischen Ebene nicht ausgeräumt werden konnten (z. B. der Alpentransit durch den Schwerverkehr, unter dem Österreich außerordentlich leidet¹⁶). Die Zuständigkeit für Verfahren dieser Art ist je nach der betroffenen Materie zwischen dem *EuGH* und dem *EuGeI* geteilt. So ist gegenwärtig eine große Serie von Verfahren vor dem *EuGeI* anhängig, in denen es sich einerseits um Abrechnungsfragen des europäischen Garantiefonds für die Landwirtschaft handelt¹⁷ und andererseits um die Zuteilung von Treibhausgasemissionszertifikaten.¹⁸

Angegriffen werden kann sowohl auf Klagen von Organen oder solchen von Mitgliedstaaten hin die gesamte gesetzgeberische Tätigkeit sowie (was in der Praxis eher selten ist) das Verwaltungshandeln der Gemeinschaft. Die richterliche Kontrolle ist gem. Art. 230 Abs. 2 EG allerdings beschränkt auf „Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung einer Rechtsnorm und Ermessensmissbrauch“, was dem Modell der französischen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle folgt.

Die Urteile des *EuGH* bzw. des *EuGeI* (für letztere besteht eine Rechtsmittelmöglichkeit zum *EuGH*), beispielsweise die Nichtigkeitsklärung einer Verordnung, entfalten sofortige Bindungswirkung *erga omnes*. Sie werden durch das betroffene

14 S. z. B. aus der neueren Zeit zur Wahlmöglichkeit bei konkurrierenden Rechtsgrundlagen zwei Interorganklagen über die Regelung gefährlicher Chemikalien: EuGH, Rs. C-94/03 (Kommission/Rat), Slg., I-1 und EuGH, Rs. C-178/03 (Kommission/Parlament und Rat), Slg., I-107; der EuGH hielt fest, dass Art. 175 EG, eine Vorschrift aus der Umweltpolitik, als alleinige Rechtsgrundlage nicht ausreichte.

15 EuGH, Rs. C-376/98 (Kommission/Deutschland), Slg., I-8419; EuGH, Rs. C-380/03 (Kommission/Deutschland), Slg., I-11573.

16 S. zu einem System von „Ökopunkten“, die dem Schwerverkehr insoweit zugeteilt wurden, EuGH, Rs. C-445/00 (Republik Österreich/Rat), Slg., I-8549. Die Republik Österreich konnte in dem Verfahren zwar erreichen, dass eine unzulängliche Verordnung des Rates vom *EuGH* für unrechtmäßig erklärt wurde; allerdings wurden deren Wirkungen solange aufrechterhalten, bis der Rat eine neue Regelung treffen würde.

17 S. z. B. das anhängige Verfahren EuG, Rs. T-267/07 (Italien/Kommission).

18 S. z. B. das anhängige Verfahren EuG, Rs. T-221/07 (Ungarn/Kommission).

Gemeinschaftsorgan in der Regel problemlos befolgt; ansonsten wäre ein Untätigkeitsverfahren gem. Art. 232 EG statthaft. Dies ist aber in der Praxis außerordentlich selten. Die Frage einer Sanktionsmöglichkeit wegen Nichtbefolgung von Nichtigkeitsurteilen hat sich also nie gestellt. Umgekehrt ist es natürlich nicht ausgeschlossen, dass ein Rechtsakt zwar aufgehoben wird, aber dass nach Neuverhandlung der Materie auf der politischen Ebene ein auch nicht wesentlich befriedigenderes Ergebnis erzielt wird. Als Beispiel hierfür mögen die Verhandlungen zwischen der Kommission und den amerikanischen Behörden über die datenschutzrechtlich bedenklichen Kontrollen von Fluggästen dienen;¹⁹ der Beschluss über den Abschluss des ursprünglichen Übereinkommens wurde zwar vom *EuGH* für nichtig erklärt, doch erbrachten die in der Zwischenzeit geführten Neuverhandlungen auch kein für die Gemeinschaftsbürger wesentlich günstigeres Ergebnis.

II. Nichtigkeitsklagen von Privaten gegen Organe gemäß Art. 230 Abs. 4 EG (= Anfechtungsklagen)

Wenn private natürliche und juristische Personen als Kläger gegen Gemeinschaftsorgane in einem Nichtigkeitsverfahren auftreten (sog. „nicht privilegierte Klageberechtigte“), so müssen sie gem. Art. 230 Abs. 4 EG darlegen, dass sie von dem angegriffenen Gemeinschaftsrechtsrechtsakt „unmittelbar und individuell“ betroffen sind.²⁰ Während das Kriterium der Unmittelbarkeit Fälle ausschließen will, in denen noch weitere Umsetzungsakte, gegebenenfalls auch durch die Mitgliedstaaten, hinzutreten müssen, visiert das Kriterium der individuellen Betroffenheit den Ausschluss der Popularklage an, die im System des EU-Rechtsschutzes nicht vorgesehen ist. Entsprechend stellen sich Nichtigkeitsklagen Privater in den überwiegenden Fällen als Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte der Kommission dar, deren Adressaten sie sind (z. B. Untersagung eines Kartells, die Verhängung eines Bußgelds wegen Ausnutzung einer Monopolstellung o.ä.²¹). Zuständiges Gericht ist als Eingangsgericht das *EuGeI*.

Die Organe Rat und Kommission können die von ihnen erlassenen Entscheidungen gem. Art. 256 EG ohne Gerichtsurteil nach nationalem Recht vollstrecken,²² und meist wird die Kommission die Eintreibung eines Bußgeldes bereits vor Ein-

19 S. zu den so genannten „passenger names records“ *EuGH*, Rs. C-317/04 und C-318/04 (Parlament/Rat und Kommission), Slg., I-4721, mit Anmerkungen von *Gabel/Arhold*, EWS 2006, S. 363; *Schaar*, MMR 2006, S. 425; *Szczekalla*, DVBl. 2006, S. 896; *Simitis*, NJW 2006, S. 2011 und *Westphal*, EuZW 2006, S. 406.

20 Grundlegend zur Problematik *Lengauer*, Nichtigkeitsklage vor dem *EuGH*: Parteistellung natürlicher und juristischer Personen, Wien 1998.

21 S. z. B. *EuGeI*, Rs. T-271/06 (Microsoft), noch nicht in Slg., wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Interoperabilität der Windows-Betriebssysteme; die Kommission hatte gegen das amerikanische Unternehmen ein Bußgeld von ca. 500 Mio. € verhängt.

22 Art. 256 EG sieht vor, dass Entscheidungen des Rates oder der Kommission, die eine Zahlung auferlegen, vollstreckbare Titel sind, die nach den Vorschriften des Zivilprozessrechtes des Staates vollstreckt werden können, in dessen Hoheitsgebiet die Zwangsvollstreckung stattfindet. Es darf lediglich eine Prüfung der Echtheit des Titels stattfinden.

leitung eines Verfahrens veranlasst haben. Das *EuGeI* hat dann die Möglichkeit, die Verhängung zu bestätigen, die Summe zu reduzieren, oder die Verhängung ganz aufzuheben. Die Notwendigkeit einer zwangsweisen Durchsetzung des Urteils stellt sich also kaum.

Gleiches gilt dann, wenn eine Verordnung den Charakter einer Einzelfallregelung hat und deshalb ausnahmsweise unmittelbar von Privaten angefochten werden kann. Ein solcher Sonderfall wird in der Regel angenommen bei der Verhängung von Anti-Dumping-Zöllen, die zwar in Form einer Verordnung ergehen, aber in Wirklichkeit gegen bestimmte Unternehmen gerichtet sind. Des Weiteren wurde vereinzelt im Agrarbereich akzeptiert, dass ein Erzeuger oder eine genau definierbare Erzeugergruppe von einer Verordnung unmittelbar betroffen war.²³ Die Formel des *EuGH* lautet hier, dass ein individuelles Betroffensein immer dann vorliegt, „wenn eine Person in einer Verordnung wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer Umstände in einer Weise individualisiert ist, die sie aus dem Kreis der anderen Wirtschaftsteilnehmer heraushebt und sie gleichsam einem Adressaten gleichstellt“. In den überwiegenden Fällen, in denen Private versuchen, Gemeinschaftsverordnungen, von denen sie sich betroffen fühlen, zu Fall zu bringen, ist diese Annahme jedoch nicht erwiesen, und die Klagen werden als unzulässig abgewiesen.

Hieran hat sich viel Kritik entzündet bzw. es wurde und wird Abhilfe *de lege ferenda* gefordert. In verschiedenen Materien, etwa dem Umweltrecht, werden Rechtsschutzlücken ausgemacht, in denen ein verbesserter Individualrechtsschutz auf europäischer Ebene als notwendig erachtet wird. Ein Versuch des *EuGeI* in einem Urteil aus dem Jahre 2002, Klagen Privater gegen Verordnungen schon *de lege lata* unter erleichterten Bedingungen zuzulassen, wurde trotz Unterstützung durch beachtliche Schlussanträge von Generalanwalt *Jacobs* vom *EuGH* nicht nachvollzogen.²⁴ Der *EuGH* ist der Auffassung, dass das außerordentlich komplexe Problem nur auf Ebene des Gesetzgebers erfasst werden kann und ihm die Kompetenz zur Lösung auf höchstrichterlicher Ebene nicht zusteht.

III. Nichtigkeitsklagen von Gemeinschaftsbediensteten gegen Organe gem. Art. 236 EG

Auch in Verfahren aus dem Bereich des öffentlichen Dienstrechts²⁵ der EU-Institutionen, die, wie erwähnt, seit 2005 in erster Instanz dem *EuGöD* zugewiesen

23 S. z. B. den Fall der Schaumweinherstellerin Codorníu SA, die erfolgreich nachweisen konnte, dass sie sich wegen einer Markeneintragung in einer Situation befand, die sie im Hinblick auf die streitige Vorschrift aus dem Kreis aller übrigen Wirtschaftsteilnehmer herau hob, EuGH, Rs. C-308/89 (Codorníu/Rat), Slg., I-1853.

24 EuGeI, Rs. T-177/01 (Jégo-Quéré/Kommission), Slg., I-2365, aufgehoben durch EuGH, Rs. C-263/02 P, Slg., I-3425. S. auch EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg., I-6677 und die in dieser Sache ergangenen Schlussanträge von Generalanwalt *Jacobs*.

25 Hierzu zählen neben den Klagen der Beamten und Angestellten aller Institutionen, Agenturen, Ämter etc. der Europäischen Union auch die Klagen abgelehrter Anstellungsbewerber.

sind, werden überwiegend Nichtigkeitsklagen eingereicht, die auf der Sondervorschrift des Art. 236 EG basieren.²⁶ Klagen werden in allen Fällen von den betroffenen Bediensteten angestrengt; die betroffene Institution kann wegen des quasi besonderen Gewaltverhältnisses ihre Entscheidungen auf dem Verwaltungsrechtsweg durchsetzen und ist daher nie in der Rolle der Klagepartei. Die Rechtmäßigkeitskontrolle durch das *EuGöD* in Beamtenansachen ist, ähnlich wie bei Art. 230 EG, auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und die Rüge eines eventuellen schwerwiegenden Ermessensfehlgebrauchs der Verwaltung gerichtet; es findet jedoch keine Ersetzung des Verwaltungshandelns durch das Gericht selbst statt.²⁷ Insoweit herrscht die französische Konzeption des Verwaltungsrechtsweges als Kontrollinstanz vor, die primär die (generelle) Legalität des Verwaltungshandelns im Auge hat²⁸ und nur sekundär den individuellen Schutz für den Betroffenen. Dies wird häufig als unbefriedigend empfunden, insbesondere von Betroffenen, die aus Rechtskreisen stammen, in denen eine andere Konzeption vorherrscht.

Im günstigsten Falle des Obsiegens des Bediensteten kann der Tenor eines Urteils also dahingehend lauten, dass eine Entscheidung der Verwaltung annulliert wird.²⁹ Dies wird regelmäßig umgehend und problemlos vollzogen,³⁰ so dass sich die Frage einer Durchsetzungskontrolle der Urteile auch hier eigentlich nicht stellt. Dass der Beamte mit der Annulierung möglicherweise (noch) nicht erreicht hat, was er eigentlich an Rechtsveränderung angestrebt hatte, ist durch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes als solchem bedingt und kein Problem mangelnder Durchsetzung.

Eine besondere Fallkonstellation zeichnet sich, was die Durchsetzungskontrolle anlangt, am Horizont ab: sie betrifft gerichtliche Vergleiche. Das *EuGöD*, welches erstmalig versucht, Streitfälle, die sich hierzu eignen, auf diese Art und Weise zu erledigen,³¹ sieht sich Stimmen von Personalvertretungen gegenüber, die eine Durchsetzungskontrolle fordern. Bei gerichtlichen Vergleichen, über dessen Inhalt die Parteien disponieren können, kann die Verwaltung – anders als das in einem Urteil möglich wäre – zu konkreten Einzelmaßnahmen verpflichtet werden. Lehnt sie es in der Folge ab, dem Vergleich ganz oder teilweise nachzukommen, so besteht das Problem, ob eine Zwangsvollstreckung möglich ist bzw. inwieweit es Aufgabe des Gerichtes ist, den Parteien bei der Durchsetzung zur Seite zu stehen.

26 Nichtigkeitsklagen werden bisweilen mit Schadenersatzklagen gemäß Art. 235, 288 Abs. 2 und 3 EG verknüpft. S. zu Details der Verfahren vor dem *EuGöD* den bereits erwähnten Jahresbericht des *EuGH* 2006, S. 201 ff., abrufbar auf der gemeinsamen Website der Gemeinschaftsgerichte www.curia.europa.eu.

27 So kann ein Bewerber für eine Beförderung unter Umständen die Aufhebung einer Entscheidung erreichen, mit der eine andere Person befördert wurde, jedoch nicht seine eigene Beförderung aufgrund der Gerichtsentscheidung.

28 Und damit eine Art edukative Wirkung auf die Verwaltung.

29 Bzw., bei Schadenersatzzahlungen, auf die Bezahlung einer bestimmten Summe.

30 Das gleiche gilt für Schadenersatzzahlungen, falls diese gesondert beantragt und zuerkannt wurden.

31 S. hierzu nun auch Art. 68 ff. der neuen Verfahrensordnung des Gerichts für den öffentlichen Dienst der EU, ABl. EU 2007, C 225, S. 1. Gem. Art. 69 Abs. 1 dieser Verfahrensordnung kann eine Übereinkunft zwischen den Parteien durch das Gericht protokolliert werden und stellt dann eine öffentliche Urkunde dar.

hen. Das *EuGöD* lehnt es gegenwärtig ab, eine solche „Vergleichseinhaltungs-kontrolle“ durchzuführen, da eine gesetzliche Grundlage hierfür nicht existiert. *De lege ferenda* ist dies jedoch nicht ausgeschlossen.

D. Befolung von Urteilen in Vorabentscheidungsverfahren

I. Allgemeine Problematik

Die dritte große Verfahrensart, von der hier die Rede sein soll, ist das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG. Es wird je nach Sichtweise eingestuft als das erfolgreichste/wichtigste/interessanteste/anspruchsvollste/faszinierendste, aber auch schwierigste Verfahren vor dem *EuGH*; für diejenigen, die Zahlen schätzen, ist es dasjenige, mit dem der *EuGH*, und nur er selbst,³² in 46,32 % aller Fälle befasst ist.³³

Das Vorabentscheidungsverfahren³⁴ kennt im nationalen Bereich kaum Parallelen;³⁵ es zeichnet sich durch mehrere Besonderheiten aus. Es betrifft alle Bereiche des Gemeinschaftsrechts, kann also bei allen Gerichtsbarkeiten, und auch in allen Instanzen, eine Rolle spielen. Das Verfahren kann nur von einem nationalen Gericht eingeleitet werden und ist daher für den Individualrechtsschutz nicht wirklich geeignet.³⁶ Es dient einerseits dazu, die Auslegung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten einheitlich zu gestalten. Andererseits soll es sicherstellen, dass die nationalen Gerichte den *EuGH* befassen, wenn sich ihnen die Frage nach der Gültigkeit (= Rechtmäßigkeit) von untergeordnetem Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf höherrangiges Recht stellt; naturgemäß haben die nationalen Gerichte insoweit keine eigene Verwerfungskompetenz. Das Vorabentscheidungsverfahren hat daher teilweise den Charakter eines „Interpretationsservices“ für die mitgliedstaatlichen Gerichte, teilweise kann es ihnen aber auch sehr strenge Verpflichtungen auferlegen. Verfahrenstechnisch handelt es sich um ein nicht kontradiktorisches und nicht streitentscheidendes Zwischenverfahren in einem nationalen Rechtsstreit, in dem Gemeinschaftsrecht zu beachten ist. Ein Sachverhalt braucht nicht notwendigerweise grenzüberschreitenden Charakter zu haben; die Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht kann sich auch im harmonisierten nationalen Kontext stellen.

32 Einer Übertragung von (bestimmten) Vorabentscheidungsverfahren auf das EuGeI, die in Art. 225 Abs. 3 EG durch den Vertrag von Nizza theoretisch vorgesehen wurde, wurde in der Praxis bisher nicht näher getreten. S. zur Problematik, statt vieler, *Azizi, Opportunities and limits for the transfer of preliminary reference proceedings to the Court of First Instance*, in: Pernice/Kokott/Saunders (Hrsg.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Prospective*, Baden-Baden 2005, S. 241.

33 Zahl der erledigten Rechtssachen in 2006. Quelle: Rechtsprechungsstatistiken des *EuGH* im Jahresbericht 2006, S. 87, abrufbar auf der website www.curia.europa.eu.

34 Grundlegend hierzu *Schima*, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH*, 2. Aufl. München 2004.

35 Die Richtervorlage zum Bundesverfassungsgericht nach deutschem Recht ist nur sehr begrenzt vergleichbar.

36 Das wird von manchen als eine seiner größten Schwächen angesehen; s. schon *Allkemper*, *Wege zur Verbesserung des Individualrechtsschutzes im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag*, EWS 1994, S. 253.

Was die Bindungswirkung der Urteile des *EuGH* in diesen Fällen angeht, so gilt folgendes:

1.) In Auslegungsfällen, die die weitaus überwiegenden Verfahren ausmachen, lautet der Tenor des Urteils des *EuGH* nicht auf die Gestaltung eines Rechtszustandes, sondern auf die Beantwortung der vorgelegten Fragen.³⁷ Direkter Adressat des Verfahrens ist ausschließlich das vorlegende Gericht. Indirekt betroffen sind aber natürlich die Parteien des jeweiligen Ausgangsrechtsstreits. Dies können beliebig natürliche und juristische Personen, Mitgliedstaaten, Drittstaaten etc. sein. Die Bindungswirkung eines Auslegungsurteils besteht zunächst *inter partes*; das Vorlagegericht ist aus Art. 234 EG zur Befolgung der Rechtsmeinung des *EuGH* im konkreten Anlassfall verpflichtet. Der *EuGH* informiert sich im Übrigen regelmäßig über die „Schluss-Urteile“ der nationalen Gerichte; als Kontrolle der Befolgung seines Vorabentscheidungsurteils kann dies allerdings nicht wirklich angesehen werden.³⁸

2.) Bei Fällen der Gültigkeitskontrolle, die gegenüber den Auslegungsfällen nur eine sehr geringe Zahl ausmachen, und bei denen eine Normenkontrolle ähnlich derer bei Nichtigkeitsklagen einer Institution oder eines Mitgliedstaates gem. Art. 230 EG stattfindet, können die Urteile genauso wie dort auf Nichtigklärung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift lauten, haben also eine Bindungswirkung *erga omnes*.

3.) Schwieriger als diese beiden Kategorien ist eine dritte: die Vorlage-Rechtsprechung des *EuGH* muss gem. Art. 10 EG eine Präjudizwirkung auch für vergleichbare Situationen haben, und zwar nicht nur in dem Mitgliedstaat, aus dem die ursprüngliche Vorlage stammte, sondern auch in allen anderen Mitgliedstaaten. Die Grenze zwischen fehlender Vergleichbarkeit und mutwilliger Nichtbefolgung eines Urteils ist hier außerordentlich schwer zu ziehen. In Deutschland ist in vielfacher Erinnerung die Problematik der Bereitschaftsdienste von Krankenhauspersonal unter Arbeitsschutzrechtlichen Gesichtspunkten. Der in einer europäischen Richtlinie geregelte Arbeitsschutz war vom *EuGH* zunächst auf Vorlage eines spanischen Gerichtes ausgelegt worden. Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Situation in deutschen Krankenhäusern war vehement abgelehnt worden; der Verweis auf die unterschiedliche Ausgangslage konnte jedoch

37 So hat z. B. der *EuGH*, Rs. C-285/98 (Kreil), Slg., I-69, zum Dienst von Frauen in der Bundeswehr, tenorisiert: „Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof auf die ihm vom Verwaltungsgericht Hannover mit Beschluss vom 13. Juli 1998 vorgelegte Frage für Recht erkannt: Die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen steht der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegen, die wie die des deutschen Rechts Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben.“

38 S. hierzu die Datenbank des *EuGH* (in französischer und englischer Sprache) zur Erfassung aller Urteile nationaler Gerichte nach Vorabentscheidungsverfahren http://193.191.217.21/fr/jurisprudence/jurisprudence_frl.lasso. Einen ebenfalls nicht wirklich aufsichtsrechtlichen Charakter hat der jährlich von der Kommission herausgegebene Bericht über die „Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten“, abrufbar auf der Website der Kommission www.ec.europa.eu.

nicht wirklich untermauert werden. Der *EuGH* sah sich daher veranlasst, die aufgestellten Prinzipien in einer neuerlichen Vorlage durch ein deutsches Gericht zu wiederholen.³⁹

In der Vergangenheit war es, selbst wenn die Präjudizwirkung klar feststand, praktisch unmöglich, eine Sanktion zu verhängen, wenn diese Wirkung von einem nationalen Gericht ignoriert wurde.⁴⁰ Dies hat sich im Jahre 2003 geändert. Der Meilenstein wurde gesetzt durch das Urteil „*Köbler*“, in dem der *EuGH* feststellte, dass die Haftung der Mitgliedstaaten für Nichtbefolgung des Gemeinschaftsrechts alle nationalen Staatsgewalten einschließlich der Judikative betrifft.⁴¹ Die Bereitschaft der mitgliedstaatlichen Gerichte zur Befolgung der Rechtsprechung des *EuGH* ist damit ganz erheblich angewachsen.

II. Sonderproblematik der „Rückwirkung“ von Auslegungs-Urteilen

Einer Sonderproblematik, der gegenwärtig große Aufmerksamkeit geschenkt wird, ist diejenige der „Beschränkung der Rückwirkung“ von Auslegungs-Urteilen. Gemäß der Konzeption des Vorabentscheidungsverfahrens wirkt die Auslegung einer Vorschrift durch den *EuGH* deklaratorisch, d. h. dass die Vorschrift grundsätzlich „von Anfang an so hätte ausgelegt werden müssen“.⁴² Im Extremfall kann dies bedeuten, dass eine Rückabwicklung bis zu den Gründungsverträgen vorzunehmen ist.⁴³ Dieser sehr unglücklichen Situation ist vom *EuGH* nur in sehr wenigen Ausnahmefällen dadurch begegnet worden, dass die Wirkungen des Urteils auf den Zeitpunkt seiner Verkündung oder einen anderen maßgeblichen

39 *EuGH*, Rs. C-303/98 (Simap), Slg., I-7963 (spanische Rechtslage) und *EuGH*, Rs. C-151/02 (Jaeger), Slg., I-8389 (deutsche Rechtslage) zum Bereitschaftsdienst von Krankenhausärzten.

40 Versuche der Parteien, unterbliebene Vorlagen an den *EuGH* als Verstoß gegen das Prinzip des gesetzlichen Richters zu qualifizieren, scheiterten in den überwiegenden Fällen; einer der außerordentlich wenigen Fällen, in denen dies gelang, war BVerfG, NJW 2001, S. 1267.

41 *EuGH*, Rs. C-224/01 (Köbler), Slg., I-10239. S. hierzu *Hakenberg*, Europarecht, 4. Aufl. München 2007, S. 62. In einer 2006 ergangenen Entscheidung wurde diese Linie fortgeführt: Urteil *EuGH*, Rs. C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo), Slg., I-5177, mit Anmerkungen von *Haratsch*, JZ 2006, S. 1176; *Lindner*, Bay-VerwBl. 2006, S. 696; *Seegers*, EuZW 2006, S. 564 und *Tietjen*, EWS 2007, S. 154. Der *EuGH* bestätigte zunächst in vollem Umfang die im Urteil „*Köbler*“ aufgestellten Grundsätze, also dass die Haftungsfolge bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht auch durch ein Handeln der Judikative ausgelöst werden kann, wobei aber lediglich offenkundige Verstöße sanktioniert werden (im Gegensatz zu Legislative und Exekutive, wo der Haftungsmaßstab strenger ist). Dem wurde in dem nun vorliegenden Urteil hinzugefügt, dass sich ein offenkundiger Verstoß sowohl aus einer fehlerhaften Auslegung von Rechtsvorschriften als auch aus einer fehlerhaften Sachverhalts- und Beweiswürdigung ergeben könne. Im Übrigen könne die Haftung von Seiten des nationalen Rechts nicht auf Fälle von Vorsatz und grob fehlerhaftem Verhalten des betroffenen Richters begrenzt werden.

42 S. z. B. *EuGH*, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg., I-6193, Rn. 50.

43 Im Fall *EuGH*, Rs. C-437/97 (EKW und Wein & Co.), Slg., I-1157, ging es um eine österreichische (lokale) Getränkestuer sehr geringer Höhe, die bis zum Beitritt dieses Mitgliedstaates im Jahre 1995 hätte rückabgewickelt werden müssen. Der *EuGH* erklärte zur großen Erleichterung der Finanzbehörden eine begrenzte zeitliche Wirkung. Der dritte Punkt des Urteilstextos lautet: „Niemand kann sich auf Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/12 berufen, um Ansprüche betreffend Abgaben wie die Steuer auf alkoholische Getränke, die vor Erlass dieses Urteils entrichtet wurden oder fällig geworden sind, geltend zu machen, es sei denn, er hätte vor diesem Zeitpunkt Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt.“

Zeitpunkt in der (näheren) Vergangenheit festgelegt wurden.⁴⁴ Die Mitgliedstaaten versuchen in der neueren Zeit immer häufiger, den *EuGH* zu einer solchen Beschränkung zu bewegen. Sie finden sich unterstützt durch die Schlussanträge von Generalanwalt *Jacobs* in dem Fall einer italienischen Regionalsteuer,⁴⁵ deren Rückabwicklung, sollte sie sich als gemeinschaftsrechtswidrig erweisen, mehrere Jahrzehnte erfassen müsste. Der Generalanwalt sprach sich für eine großzügigere Handhabung der Rechtsprechung des *EuGH* zur Beschränkung der Rückwirkung aus. Da der *EuGH* die Steuer letztlich im Gegensatz zum Generalanwalt nicht beanstandete, stellte sich die Problematik allerdings in dem konkreten Fall nicht. Umso enttäuschter zeigten sich die Mitgliedstaaten, als im nächsten Anlassfall, dem Fall „*Meilicke*“ zur Abwicklung grenzüberschreitender Dividendenzahlungen, in dem die Bundesrepublik Deutschland vehement die Beschränkung der zeitlichen Wirkung gefordert hatte, nur knapp auf die frühere strenge Rechtsprechung verwiesen und keine Öffnung erkennbar wurde.⁴⁶

III. Sonderproblematik der „Wirkungsaussetzung“ des Gemeinschaftsrechts während einer Übergangszeit zur Ermöglichung der Tätigkeit des nationalen Gesetzgebers

Ein weiterer interessanter Aspekt soll kurz angesprochen werden, der in einem anhängigen Vorabentscheidungsverfahren von einem deutschen Gericht vorgebracht wurde.⁴⁷ Bekanntlich erklärt das deutsche Bundesverfassungsgericht bisweilen als verfassungswidrig eingestufte Gesetze für eine Übergangszeit als weiter geltend, um damit dem Gesetzgeber die Möglichkeit einer überlegten Neugestaltung der Rechtslage zu geben. Damit wird eine Verfassungswidrigkeit während eines bestimmten Zeitraumes „billigend in Kauf genommen“.

Das Verwaltungsgericht Köln bittet nun den *EuGH* zur Auslegung der Grundfreiheiten im Hinblick auf eine nationale Regelung des staatlichen Sportwettenmonopols, welche das Gericht nach seiner eigenen Rechtsauffassung als gemeinschafts-

44 Erstmalig *EuGH*, Rs. C-262/88 (Barber), Slg., I-1889, Rn. 44: „Unter diesen Umständen schließen es zwingende Gründe der Rechtssicherheit aus, dass Rechtsverhältnisse, deren Wirkungen sich in der Vergangenheit erschöpft haben, in Frage gestellt werden, wenn dies rückwirkend das finanzielle Gleichgewicht zahlreicher an die Stelle des gesetzlichen Systems getretener betrieblicher Versorgungssysteme stören könnte.“

45 *EuGH*, Rs. C-475/03 (Banca popolare di Cremona), Slg., I-9373.

46 *EuGH*, Rs. C-292/04 (Meilicke), noch nicht in Slg. In Rn. 34 ff. des Urteils heißt es: „Nach ständiger Rechtsprechung wird durch die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 234 EG vornimmt, erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, dass die Gerichte die Vorschriften in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, anwenden können und müssen, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung dieser Vorschriften betreffenden Streit vorliegen Der Gerichtshof kann sich nur ausnahmsweise gemäß dem der Gemeinschaftsrechtsordnung innenwohnenden allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit veranlassen sehen, die Möglichkeit für alle Betroffenen einzuschränken, sich auf eine von ihm vorgenommene Auslegung einer Bestimmung zu berufen, um in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen ...“

47 Anhängiges Verfahren *EuGH*, Rs. C-409/06 (Winner Wetten).

rechtswidrig einstuft. Gleichzeitig weist es auf eine durch das Bundesverfassungsgericht gesetzte Frist für die Neuregelung der in Frage stehenden deutschen Rechtslage hin. Insoweit erscheint ihm fraglich, ob auch das Gemeinschaftsrecht einer solchen „Wirkungsaussetzung“ zustimmen könnte. Dies erschiene zwar einerseits wegen des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts als problematisch, andererseits könnte es unter dem Aspekt eines nützlichen Zusammenwirkens zwischen nationalem und europäischem Recht nicht ganz von der Hand gewiesen werden. Auf die Antwort des *EuGH* in diesem Verfahren darf man gespannt sein.

E. Schluss

Der Überblick hat gezeigt, dass die Frage nach der effektiven Befolgung und Durchsetzung der Urteile der Gemeinschaftsgerichte in vielen unterschiedlichen Facetten zum Tragen kommen kann. War und ist sie in manchen Konstellationen evident und problemlos, so musste sie in anderen Fällen hart erkämpft werden. Positionierungen dieser Art kennzeichnen jedoch jede gesunde Rechtsentwicklung. Der *EuGH* hat seit nunmehr 55 Jahren seine Autorität in den Dienst der Gestaltung der gemeinsamen Rechtszukunft unserer Völker gestellt. Das hohe Maß an Rechtsstaatlichkeit, für das er sich verbürgt, wird auch in der erweiterten Union ihre Früchte tragen.

Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union

von *Johan Callewaert*^{*}

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat immer wieder betont, dass „die Europäische Gemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft ist, in der die Handlungen ihrer Organe darauf hin kontrolliert werden, ob sie mit dem EG-Vertrag und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, zu denen auch die Grundrechte gehören, vereinbar sind“.¹ Damit ist deutlich, dass die Grundrechte eine bedeutende Rolle bei der Erhaltung der Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht spielen.² Folglich kann es kaum verwundern, dass auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), der Grundstein gesamt-europäischen Grundrechtsschutzes, und ihre Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einen erheblichen Anteil an der Sicherung dieser Rechtsstaatlichkeit haben. Diesen Anteil gilt es im Folgenden zu untersuchen.

Wenngleich der Beitrag von EMRK und EGMR zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht verschiedene Formen annimmt, handelt es sich hier im Wesentlichen auch um eine Art „kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit“. Freilich, von „Kooperation“ ist im Verhältnis zwischen EGMR und EuGH zwar nie so offiziell die Rede wie im Verhältnis zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten. Wie könnte es auch anders sein: beide europäische Gerichte gehören einer jeweils anderen und rechtlich autonomen Rechtsordnung an und zwischen beiden Rechtsordnungen gibt es bis auf Weiteres kein institutionelles Band, geschweige denn eine Hierarchie, auf deren Basis sich das Verhältnis ihrer jeweiligen Entscheidungen zueinander klären ließe, wie im Verhältnis des EuGH zu den mitgliedstaatlichen Gerichten.

Dennoch lässt es sich wohl immer weniger leugnen, dass sich zwischen beiden europäischen Gerichten seit einiger Zeit eine Form von stillschweigender *de facto* Kooperation entwickelt, die sich tendenziell eher verstärkt als abschwächt. Eine Kooperation, die vielleicht sogar echter – weil „freiwilliger“ – ist, als jene, die den EuGH mit den mitgliedstaatlichen Gerichten verbindet, bei der aber die Hierarchie zwischen den betroffenen Gerichten eine Befolgungspflicht begründet, die dem Begriff der „Kooperation“ doch viele Züge eines Euphemismus verleiht.

Dass diese besondere Art von Kooperation zwischen den höchsten Gerichten zweier autonomer Rechtsordnungen gerade auch im Bereich der Rechtsstaatlich-

* Dr. Johan Callewaert, Vizekanzler der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Straßburg; Lehrbeauftragter an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Der Autor äußert sich in persönlicher Eigenschaft. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

1 So z. B. in EuGH, Rs. C-229/05 P (Öcalan und Vanly), Rn. 109.

2 Je nach Kontext verweist der im Folgenden systematisch verwendete Begriff „Gemeinschaftsrecht“ auch auf das Unionsrecht.

keit zum Tragen kommt, wirft unweigerlich die Frage nach der Übereinstimmung zwischen ihrem jeweiligen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit auf. Mit anderen Worten, gibt es so etwas wie ein *gemeinschaftsrechtliches* und eine *konventionsrechtliches* Verständnis von Rechtsstaatlichkeit und, wenn ja, stimmen sie miteinander überein? Oder haben wir es quer durch beide Rechtsordnungen mit einem und demselben Verständnis von Rechtsstaatlichkeit zu tun? Das ist die rechtsdogmatische Überlegung, die hinter der Frage nach dem Beitrag des EGMR zur Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht steht und die es nun anhand von einigen konkreten Beispielen zu untersuchen gilt.

Bleiben wir aber noch einen Augenblick bei den allgemeinen Überlegungen um uns zu fragen, warum es diese Kooperation zwischen EuGH und EGMR überhaupt gibt, wenn sie nirgendwo zwingend vorgeschrieben ist? Nun, es besteht kein Zweifel, dass sich die Notwendigkeit einer solchen Kooperation primär aus den zunehmenden Überschneidungen der materiellen Kompetenzbereiche beider Rechtsordnungen ergibt, an deren Schnittstelle auch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen liegen, die ihrerseits weiterhin der EMRK unterliegen. Man denke hier nur an die Bereiche Ausländerrecht, Datenschutz, freie Meinungsäußerung, Eigentumsrecht oder Rechte der Verteidigung. Daher haben nicht zuletzt die Mitgliedstaaten ein Interesse daran, dass beide europäische Gerichte im Sinne einer Harmonisierung der grundrechtlichen Anforderungen kooperieren.

Die eigentlich treibende Kraft hinter all diesen Entwicklungen ist aber letztendlich wohl auch die wachsende Bedeutung der Grundrechte in ihrer Funktion als Legitimierung staatlichen – oder staatsähnlichen – Handelns in Verbindung mit der Autorität, die von der EMRK als einzig verbindlichem, gesamteuropäischem Grundrechtekatalog ausgeht. Beides fand eine eindrucksvolle Bestätigung anlässlich der Erarbeitung der EU-Grundrechtecharta. Bei dem Bemühen der EU, einen eigenen Grundrechtekatalog aufzustellen, der sowohl ihrem Legitimationsbedarf als auch ihrem besonderen Charakter gerecht werden soll, hat man am Ende doch feststellen müssen, wie schwer es ist, sich auf justiziable Grundrechte zu einigen, die über die EMRK hinaus gehen.

Wenden wir uns nun der konkreten Ausgestaltung dieser allerdings noch in der Entwicklung begriffenen Art von Kooperation zwischen beiden Rechtsordnungen zu. Je nach Intensität kann sie fünf verschiedene Formen annehmen, die hier nacheinander besprochen werden sollen: die bloße *Beeinflussung* der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatlichkeit durch die EMRK, ihre *Verstärkung*, ihre *Ergänzung*, ihre *Korrektur* und schließlich die externe *Kontrolle* durch den EGMR.

A. Die bloße Beeinflussung: die EMRK als Auslegungshilfe bzw. Rechtserkenntnisquelle

Die erste und wohl auch älteste Form der Kooperation zwischen EGMR und EuGH, die bloße Beeinflussung, ist auf den ersten Blick auch die schwächste.

Gemeint ist hier die Bezugnahme durch den EuGH auf die EMRK als reine Auslegungshilfe bzw. Rechtserkenntnisquelle oder, in der EuGH-Terminologie, als Teil der „allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“. Die ersten Bezugnahmen dieser Art gehen auf Urteile aus den siebziger Jahren zurück³ und haben mittlerweile eine gesetzliche Bestätigung in Art. 6 Abs. 2 EU erhalten.

Die Standardformulierung, die der EuGH in diesem Zusammenhang verwendet, spricht immer wieder von der „besonderen Bedeutung“, die der EMRK als Rechtserkenntnisquelle bei der Identifizierung der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte zukommt.⁴ Man kann sagen, dass der EuGH seiner eigenen Theorie im Laufe der Jahre in diesem Punkt absolut gerecht geworden ist. Nach Ansicht einiger Mitglieder des EuGH hätte sich die EMRK in der Rechtsprechung des EuGH sogar *de facto* von einer Rechtserkenntnisquelle zu einer regelrechten Rechtsquelle gemausert.⁵ In der Tat lassen sich drei Anzeichen einer solchen Entwicklung beobachten.

Zunächst ist festzustellen, dass der EuGH bei der Bezugnahme auf die EMRK manchmal auf den „Umweg“ über die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts einfach verzichtet hat.⁶ Wichtiger noch erscheint die Tatsache, dass der EuGH in grundrechtlichen Angelegenheiten immer häufiger auf Urteile des EGMR verweist und damit auch zu verstehen gibt, dass der EMRK entnommene Grundrechte auch im Gemeinschaftsrecht im Sinne der Straßburger Rechtsprechung auszulegen sind.⁷ Gelegentlich werden sogar Auszüge aus Urteilen des EGMR wörtlich zitiert.⁸ Damit gibt der EuGH praktisch den Auslegungsspielraum auf, den ihm der Hinweis auf die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts in Art. 6 Abs. 2 EU gerade sichern sollte. Im wohlbekannten Fall Pupino hat der EuGH diesen Ansatz *mutatis mutandis* auf den 3. Pfeiler übertragen.⁹

Drittens und schließlich wäre noch auf die Charta der Grundrechte hinzuweisen und insbesondere auf ihren Art. 52 § 3, der das Verhältnis zwischen EMRK und

3 Zunächst in EuGH, Rs. 36/75 (Rutili).

4 So z. B. in EuGH, Rs. C-94/00 (Roquette Frères SA), Rn. 23: « Nach ständiger Rechtsprechung [gehören die Grundrechte] zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der EMRK besondere Bedeutung zu ». Siehe dazu V. Skouris, ‘La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice: les étapes d'une consolidation progressive’ in: J. Iliopoulos-Strangas and H. Bauer (Hrsg.), ‘The New European Union’ (Athen-Berlin-Brüssel, Sakkoulas/Berliner Wissenschafts-Verlag/Brüylant, 2006), S. 87 ff.

5 So J-P Puissochet, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », in : P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (Hrsg.), « Protection des droits de l'homme : la perspective européenne », Festschrift zum Gedenken an Rolf Ryssdal, Köln, Heymanns, 2000, S. 1143 ; G. C. Rodríguez Iglesias, Ansprache auf der feierlichen Eröffnung des Gerichtsjahrs des EGMR am 31. Januar 2002, Jahresbericht 2001, EGMR, Straßburg, 2002, S. 38.

6 So z. B. in EuGH, Rs. C-185/95 P (Bautahlgewebe); EuGH, Rs. C-273/99 P und C-274/99 P (Connolly).

7 So z. B. in EuGH, Rs. C-276/01 (Steffensen).

8 So z. B. in EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat).

9 EuGH, Rs. C-105/03 (Pupino).

Gemeinschaftsrecht regelt. Der erste Satz aus dieser Bestimmung lautet: „Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird.“ Hier ist also nicht mehr die Rede von allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Hier wird auf die EMRK *als solche* als gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard Bezug genommen. Sollte die Charta jemals Rechtsverbindlichkeit erlangen – hat der EuGH durch seine neuerlichen Bezugnahmen auf die Charta diesen Prozess schon eingeleitet¹⁰ –, dürfte dies wohl das offizielle Ende der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts als obligatorisches Einlassstor der EMRK im Gemeinschaftsrecht sein. Denn mit einer rechtsverbindlichen Charta würde die EMRK – bzw. ihre von der Charta übernommenen Bestimmungen – *als solche* in den Rang einer subsidiären gemeinschaftsrechtlichen Rechtsquelle erhoben, indirekt zwar nur aber unverkennbar.

B. Die Verstärkung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatlichkeit durch die EMRK

Bei der nächsten Form von Kooperation zwischen EMRK und Gemeinschaftsrecht wird die Wirkung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten über die Straßburger Judikatur verstärkt. Drei Arten von Fällen kommen hier in den Sinn.

Zunächst ist auf den Fall *Dangeville/Frankreich* hinzuweisen.¹¹ Der Beschwerdeführerin, einer französischen Firma, war es nicht gelungen, einen Anspruch auf Erstattung zuviel bezahlter Mehrwertsteuer gerichtlich durchzusetzen, der ihr nach der damals in Frankreich nicht umgesetzten 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie vom 17. Mai 1977 zustand. Der EGMR befand, dass der im EG-Recht begründete Anspruch ein Rechtsgut i. S. v. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls darstellte, dessen Anerkennung durch die französischen Gerichte eine Verletzung dieser Bestimmung nach sich gezogen hatte. Der Beschwerdeführerin wurde Schadensersatz in Höhe der verweigerten Steuererstattung (knapp 22.000 Euro) zugesprochen. Erwähnt sei auch, dass die hier erfolgte konventionsrechtliche Anerkennung eines gemeinschaftsrechtlichen Anspruchs die Anerkennung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der Direktwirkung der betreffenden Richtlinie mit einschloss.

Der Fall *Dangeville* ist ein anschauliches Beispiel dafür, wie die EMRK zur Schließung einer Lücke im gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutz einspringen kann. Außer dem EGMR gibt es in der Tat keinen *europäischen* Richter mit der

10 So, z.B. in EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat), Rn. 38; EuGH, Rs. C-432/05 (Unibet), Rn. 37; EuGH, Rs. C-303/05 (Advocaten voor de Wereld), Rn. 46.

11 EGMR, Nr. 36677/97 (*Dangeville/Frankreich*).

Befugnis, eine Missachtung von Gemeinschaftsrecht durch mitgliedstaatliche Gerichte *ex post facto* festzustellen und dafür ggf. Schadenersatz zuzusprechen. Denn auch die Köbler-Rechtsprechung des EuGH¹² hat ihre Grenzen und setzt grundsätzlich voraus, dass ein Kläger ein neues *innerstaatliches* Verfahren anstrengt um seine Schadenersatzansprüche geltend zu machen und das zuständige Gericht, anders als das Gericht im ersten Verfahren, den EuGH tatsächlich anruft. Ganz abgesehen davon, dass die Köbler-Rechtsprechung im Prinzip nur bei „offenkundigen“ Missachtungen des Gemeinschaftsrechts greift (und eine solche im Fall Köbler eben nicht vorlag).

Damit sind wir schon beim nächsten Punkt, den es in diesem Zusammenhang anzusprechen gilt: die Beschwerden, die regelmäßig in Straßburg wegen Nichtvorlage beim EuGH, also Missachtung von Art. 234 EG, eingehen. Sie sind meist auf Art. 6 EMRK gestützt und rügen eine Verletzung des „Rechts auf Zugang zu einem Gericht“ im Sinne dieser Bestimmung. Ein Erfolg solcher Beschwerden wäre sicherlich eine weitere Form von „Verstärkung“ der gemeinschaftsrechtlichen Rechtstaatlichkeit durch die EMRK, zumal das Gemeinschaftsrecht selbst keine Nichtvorlage-Beschwerde kennt. Allerdings war der EGMR schon immer sehr vorsichtig mit Beschwerden wegen Missachtung von Vorlagepflichten. Bislang gilt, dass nur bei willkürlicher Nichtvorlage beim EuHG von einer Verletzung von Art. 6 EMRK auszugehen ist,¹³ was bis jetzt in Straßburg nie vorgekommen ist. Neulich wurde aber vom EGMR der Fall *Ullens/Belgien*¹⁴ der beklakten Regierung zugestellt, was zu einer Überprüfung der Rechtsprechung in diesem Punkt führen könnte.

Schließlich ist noch auf den Fall *Menduzabal/Frankreich*¹⁵ hinzuweisen. Hier ging es um eine in Frankreich lebende Spanierin, die 14 Jahre auf die Erteilung einer langfristigen Aufenthaltsgenehmigung hatte warten müssen. Während dieser Zeit wurde immer nur – in dreimonatigen Abständen – der Empfang eines jeweils neuen Antrags bestätigt und der Aufenthalt der Beschwerdeführerin nur für diese Zeit bewilligt. Entscheidend für die Vorgehensweise der französischen Behörden dürfte wohl gewesen sein, dass die Beschwerdeführerin mit einem inhaftierten und danach an Spanien ausgelieferten ETA-Aktivisten verheiratet war, mit dem sie allerdings auch eine Tochter französischer Nationalität hatte. 2003 erhielt sie dann schließlich eine langfristige Aufenthaltsgenehmigung als Folge einer Gesetzesänderung in Frankreich.

In Straßburg beschwerte sich Frau Menduzabal über die unverhältnismäßig lange Zeit bis zur Erteilung ihrer Aufenthaltsgenehmigung. Sie sah darin eine Verletzung des Rechts auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens i. S. v. Art. 8 EMRK. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH befand der

12 EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler).

13 EGMR (Teilentscheidung), Nr. 41358/98 (Desmots/Frankreich).

14 EGMR, Nr. 38353/07 (Ullens/Belgien).

15 EGMR, Nr. 51431/99 (Aristimuno Mendizabal/Frankreich).

EGMR, dass die Beschwerdeführerin nach geltendem Gemeinschaftsrecht spätestens seit dem 1. Januar 1992 einen Anspruch auf langfristigen Aufenthalt in Frankreich hatte. Die Nichterteilung einer entsprechenden Genehmigung über eine so lange Zeit stellte nach Ansicht des Gerichts eine Missachtung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts dar und konnte folglich auch nicht als „gesetzlich vorgesehen“ i. S. v. Art. 8 EMRK angesehen werden. Somit war diese Bestimmung verletzt und wurde der Beschwerdeführerin Schadensersatz in Höhe von 50.000 Euro zugesprochen.

Hier sieht man also, wie die *konventionsrechtliche* Legalität die *gemeinschaftsrechtliche* Legalität aufgreift und verstärkt, indem sie das übermäßige Zögern der Behörden bei der Erfüllung ihrer gemeinschaftsrechtlichen Pflichten gegenüber der Klägerin nachzukommen, sanktioniert sowie auch finanziell ausgleicht.

C. Die Ergänzung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatlichkeit anhand der EMRK

Bei der nächsthöheren Stufe der Kooperation zwischen EMRK und Gemeinschaftsrecht wird die Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht durch die EMRK ergänzt. Es ist die Stufe der Komplementarität. Auch hierzu einige Beispiele.

Ein erstes findet sich im bereits erwähnten Fall *Pupino*. Darin ging es zwar primär um die Frage, inwiefern Rahmenbeschlüsse bei der Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts zu beachten sind. Dennoch hat der EuGH in diesem Grundsatzurteil ebenfalls betont, dass diese Art von Auslegung im Ergebnis auch EMRK-konform zu sein hat und zwar unter Beachtung der Rechtsprechung des EGMR. Hier wird also Rechtmäßigkeit im Sinne der EMRK explizit zum Bestandteil der Rechtmäßigkeit im Sinne des Gemeinschaftsrechts gemacht mit der Konsequenz, dass die Befolgung von Gemeinschaftsrecht nicht zur Missachtung der EMRK berechtigen und es demgemäß auch keine Befolgung des Gemeinschaftsrechts ohne Beachtung der EMRK als solche geben kann.

Es lag natürlich nahe für den EuGH auf die EMRK zu sprechen zu kommen, ging es bei diesem Rahmenbeschluss doch um den Status der Opfer in Strafverfahren, einem EMRK-Bereich „*par excellence*“. Festzuhalten ist allerdings, dass die EMRK hier nicht etwa nur kraft des EuGH-Urteils galt, sondern primär aufgrund ihres grundsätzlich vom EGMR definierten Anwendungsbereichs, sozusagen aus eigener Kraft.¹⁶ Das Urteil des EuGH hat lediglich bewirkt, dass die EMRK nicht mehr nur aus eigener Kraft, sondern auch aufgrund von unionsrechtlichen Vorgaben galt.

16 Siehe dazu EGMR, Nr. 24833/94 (Matthews/Vereinigtes Königreich), Rn. 29: „Gemäß Art. 1 der Konvention sichern die Hohen Vertragschließenden Teile allen ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen die in der Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu. Diese Bestimmung macht keinen Unterschied hinsichtlich der Art der betreffenden Normen oder Maßnahmen und entzieht keinen einzigen Teil der Jurisdiktion der Vertragstaaten der Geltung der Konvention“ (ständige Rechtsprechung; Übersetzung durch den Verfasser).

Ähnlich verhält es sich bei den Beschlüssen des EU-Rates zur Umsetzung der Gemeinsamen Standpunkte zur Terrorismus-Bekämpfung, mit denen sich der EuG neulich zu befassen hatte. Anlass waren Beschwerden, die von Personen und Gruppierungen eingereicht wurden, die wegen des Verdachts auf Beteiligung an terroristischen Aktivitäten auf sog. „schwarze Listen“ gesetzt worden waren mit der Folge, dass ihre Vermögen eingefroren wurden. In diesen Beschwerden wurde im Wesentlichen die Nichtbeachtung der Rechte der Verteidigung im Verfahren gerügt, das zur Aufnahme in solche Listen führt.

Wegen ihrer Ausführlichkeit können die Ausführungen des EuG hier nicht im Detail besprochen werden. Deswegen soll nur auf eine Überlegung des Gerichts hingewiesen werden, die die Komplementarität zwischen EMRK und Gemeinschaftsrecht betont:

„Die Verteidigungsrechte des Betroffenen sind zunächst im Rahmen des nationalen Verfahrens wirksam zu wahren, das zum Erlass des in Art. 1 Abs. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931 vorgesehenen Beschlusses durch die zuständige nationale Behörde geführt hat. (...) Der Rat [hat] grundsätzlich nicht darüber zu befinden, ob das gegen den Betroffenen eingeleitete, vom anwendbaren Recht des Mitgliedstaats vorgesehene Verfahren, das diesen Beschluss hervorgebracht hat, ordnungsgemäß geführt wurde oder ob die Grundrechte des Betroffenen von den nationalen Behörden gewahrt wurden. Dies ist nämlich ausschließlich Sache der zuständigen nationalen Gerichte *oder gegebenenfalls des EGMR*“¹⁷

Auch hier wird also die konventionsrechtliche Legalität zum Bestandteil der gemeinschaftsrechtlichen Legalität gemacht und stellt sich die Frage, ob die EMRK in diesem Bereich nicht ohnehin gegolten hätte. Auch hier müsste man die Frage wohl bejahen – obgleich die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf diese Art von Verfahren in Straßburg noch nicht höchstrichterlich bestätigt wurde –, so dass auch hier gilt, dass sich die beiden Arten von Legalität lediglich verstärken und nicht etwa erst ermöglichen.

D. Die Korrektur der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatlichkeit anhand der EMRK

Eine weitere Steigerung in der Intensität der Beziehungen zwischen EMRK und EU ist die Korrektur der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsstaatlichkeit durch jene der EMRK.

Das wohl eklatanteste Beispiel einer solchen Korrektur findet sich im Fall *Spanien/Vereinigtes Königreich*.¹⁸ Die Vorgeschichte dieses Falles liegt in der Rechtssache Matthews/Vereinigtes Königreich, in dem der EGMR die Konventionwidrigkeit der primärrechtlichen EG-Bestimmung feststellte, die den Einwoh-

17 EuG, Rs. T-228/02 (Organisation der Modjahedines du peuple d'Iran), Rn. 119-121 (Hervorhebung durch den Verfasser); ähnlich: EuG, Rs. T-47/03 (Sison).

18 EuGH, Rs. C-145/04 (Spanien/Vereinigtes Königreich).

nern Gibraltars die Teilnahme an den Wahlen zum Europäischen Parlament ver-sagte.¹⁹ Alle nachfolgenden britischen Bemühungen, die strittige Bestimmung im EU-Verbund dem Straßburger Urteil anzupassen, scheiterten am Widerstand Spaniens. So entschloss sich London, die Sache im Alleingang, d. h. per Gesetz, zu bereinigen. Gegen dieses Gesetz wiederum strengte Spanien ein Vertragsverlet-zungsverfahren beim EuGH an. Die Klage wurde vom EuGH mit folgender Be-gründung abgewiesen:

„Angesichts dieser Rechtsprechung des EGMR und des Umstands, dass die Unterlassung der Durchführung von Wahlen zum Europäischen Parlament in Gibraltar nach dieser Rechtsprechung gegen Artikel 3 des Protokolls Nr. 1 zur EMRK verstößt, da dadurch „der Klägerin als Bewohnerin von Gibraltar“ jede Möglichkeit genommen worden sei, bei der Wahl der Mitglieder des Europäi-schen Parlaments ihre Meinung zum Ausdruck zu bringen, kann dem Vereinig-ten Königreich nicht vorgeworfen werden, dass es die erforderlichen Vor-schriften erlassen hat, damit solche Wahlen unter Bedingungen durchgeführt werden können, die mutatis mutandis den Bedingungen entsprechen, die in den für das Vereinigte Königreich geltenden Vorschriften vorgesehen sind.“

Also ist nach Ansicht des EuGH in einem solchen Fall das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung des EGMR auszulegen mit der Folge, dass eine vom EGMR für konventionswidrig erklärte gemeinschaftsrechtliche Bestimmung einer konventionskonformen mitgliedstaatlichen Bestimmung nicht im Wege stehen kann. Freilich wäre es richtiger gewesen, das für konventionswidrig erklärte EU-Primärrecht anzupassen. Dies war aber unter den gegebenen Umständen politisch nicht möglich. Der EuGH ist darauf nicht explizit eingegangen. Vielmehr hat er aus diesem politischen Patt die rechtliche Konsequenz gezogen und einen Aus-weg gefunden, der dem Matthews-Urteil eine unmittelbare Korrekturwirkung im Gemeinschaftsrecht implizit verleiht.

Auch in der Frage nach dem Zugang des einzelnen Klägers zum EuGH – Stich-wort Art. 230 Abs. 4 EG – könnte in Zukunft eine Korrekturwirkung von der EMRK ausgehen. Im Fall *Öcalan*²⁰ hat nämlich der EuGH erstmals Art. 230 Abs. 4 EG am Maßstab der EMRK geprüft, allerdings nicht abstrakt, sondern im Hinblick auf die persönliche Situation der Kläger. Er hat dabei festgestellt, dass die Kläger nicht als Opfer *im Sinne der EMRK* betrachtet werden konnten und deshalb auch keine zulässige Beschwerde in Straßburg hätten einreichen können. Folglich wäre „kein Widerspruch zwischen der EMRK und Art. 230 Abs. 4 EG dargetan worden“. Die Tür für weitere Prüfungen dieser Art scheint damit vor-sichtig geöffnet.

19 EGMR, Nr. 24833/94 (Matthews/ Vereinigtes Königreich).

20 EuGH, Rs. C-229/05 P (Öcalan und Vanly), Rn.79-83.

E. Die externe Kontrolle durch dem EGMR

Die letzte und wohl stärkste Form von Einwirkung der EMRK ist die externe Kontrolle durch den EGMR. Hier klingt indirekt die Frage nach dem Beitritt der EU zur EMRK an, auf die im Rahmen dieser Ausführungen nicht eingegangen werden kann. Festgehalten sei dazu lediglich, dass weil die EU *als solche* der EMRK (noch) nicht beigetreten ist, eine direkte Überprüfung von Rechtsakten *der EU-Organe*, also auch des EuGH, durch den EGMR bis auf weiteres rechtlich nicht möglich ist.

Anders verhält es sich mit der Anwendung bzw. Umsetzung von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten. Diese unterliegt grundsätzlich der Straßburger Gerichtsbarkeit, wie im oben bereits angesprochenen Fall *Matthews* entschieden. Seit dem Fall *Bosphorus*²¹ gilt allerdings im Bereich des sekundären Gemeinschaftsrechts eine Gleichwertigkeitsvermutung dahin, dass ein Mitgliedstaat konventionsgemäß handelt, wenn er nur Gemeinschaftsrecht umsetzt, das bereits eine grundrechtliche Überprüfung durch den EuGH bestanden hat. So war es auch im Fall *Bosphorus*, in dem die irischen Behörden in Ausführung einer EG-Verordnung aus der Zeit des Balkankrieges ein in jugoslawischer Hand befindliches Flugzeug beschlagnahmt hatten. Aufgrund der Gleichwertigkeitsvermutung wurde die Maßnahme vom EGMR für konventionsgemäß erklärt. Wenngleich die *Bosphorus*-Vermutung gewisse Ähnlichkeiten mit der Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufweist, kann sie – anders als die Solange-Vermutung – in jedem Einzelfall widerlegt werden und zwar durch den Nachweis einer „offensichtlichen Schutzlücke“ (*déficience manifeste*), was aber nach jetzigen Stand der EuGH-Rechtsprechung eher selten werden dürfte.

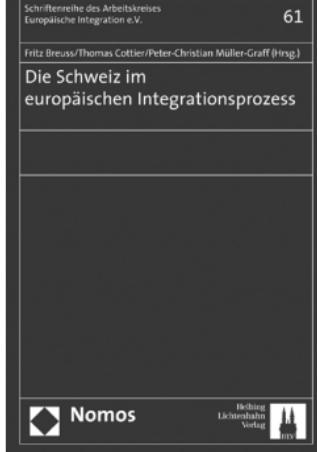
F. Schlussbemerkungen

Am Ende dieser Ausführungen über den Beitrag der EMRK und des EGMR zur Rechtsstaatlichkeit im Gemeinschaftsrecht drängt sich die Frage auf, ob es sich hier um eine Einbahnstraße handelt oder ob es auch Beiträge in umgekehrter Richtung gibt. Nun, solche Beiträge gibt es zweifellos. Wenngleich eine Überprüfung von Urteilen des EGMR durch den EuGH naturgemäß nicht in Frage kommt, gibt es doch immer mehr Beispiele, die eine wachsende Einflussnahme des Gemeinschaftsrechts und der Rechtsprechung des EuGH auf die Straßburger Auslegung der EMRK belegen.²²

21 EGMR, Nr. 45036/98 (*Bosphorus/Irland*).

22 So z. B. in ECHR, Nr. 28541/95 (Pellegrin/Frankreich); ECHR, Nr. 32911/96 (Meftah und andere/Frankreich); ECHR, Nr. 28957/95 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich); ECHR, Nr. 65731/01 (Stec und andere/Vereinigtes Königreich); ECHR, Nr. 63235/00 (Vilho Eskelinen und andere/Finland); ECHR, Nr. 57325/00 (D. H. und andere/Tschechische Republik).

Es zeigt sich also, dass sich beide Rechtsordnungen aufeinander zubewegen und damit gemeinsam an der Entstehung eines harmonisierten europäischen Grundrechtsraums arbeiten, der auch ein gemeinsames Verständnis von Rechtsstaatlichkeit mit einschließt. Davon kann Europa nur profitieren.



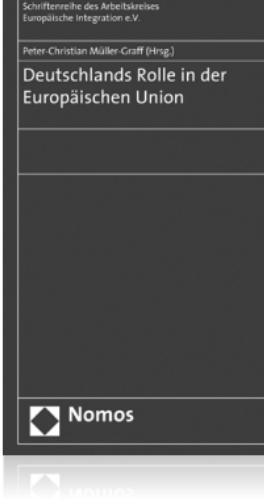
erschaften
lb der
schen Union
gegeben von Prof.
Hufeld, Prof.
Peter-Christian
aff und
tefan Okruch
d 62,
sch., 59,- €,
3-8329-2994-7

oarschaften an den
enzen der Europäi-
on sind ein interdis-
Thema dauerhafter
nswissenschaftlicher
. Der Band ist Ergeb-
multidisziplinären
zum Thema. Er ver-
ahn Beiträge, welche
ndlagen, einzelne
chaften in Mitteleu-
die Perspektiven dar-

Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess

Herausgegeben von Prof.
Dr. Fritz Breuss, Prof. Dr.
Thomas Cottier, LL.M. und
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter-
Christian Müller-Graff
2008, Band 60,
352 S., brosch., 64,- €,
ISBN 978-3-8329-3333-3

Im europäischen Integrations-
prozess nehmen die Bezie-
hungen der Schweiz zur EU
eine rechtlich wie politisch
markante Sonderstellung ein,
der sich dieser Band widmet.
Die darin versammelten Bei-
träge behandeln ausgewählte
Aspekte des bilateralen Ver-
hältnisses sowie die Grund-
lagen und Perspektiven der
rechtlichen Verbindung der
Schweiz zur Europäischen



Deutschlands R
der Europäische
Herausgegeben von
Dr. h.c. Peter-Christia
Müller-Graff
2008, Band 60,
352 S., brosch., 64,- €,
ISBN 978-3-8329-3333-3

Deutschlands Rolle
ist im Vorfeld und U
Deutschen Ratspräsi
2007 vielfältig the
worden. Inwieweit
land dieser Veran
gerecht wird und we
war Gegenstand de
ziplinären Jahresko
des AEI. Der vorliege
enthält die zehn
beiträge, die um dr
Beiträge ergänzt wu

Europäisches öffentliches Recht

Ausgewählte Beiträge

Herausgegeben von
Peter-Christian Müller-Graff und Christoph Ritzer

Iomos

vereinigt sechzehn repräsentative Beiträge von Dieter H. Scheuing sowohl zu dem G-/EU-Ebene immer stärker herausgehobenen Europäischen öffentlichen Recht im Innen- als auch zur Europäisierung des Außenrechts der EU-Mitgliedstaaten. Vier Jahrzehnten stammenden Untersuchungen sind unterschiedlichen Aspekten des entstandenen Europäischen öffentlichen Rechts gewidmet. Sieben Beiträge betreffen das europäische Verfassungsrecht bis hin zum Entwurf einer Verfassung für Europa. Zwei Beiträge gelten dem Europäischen Verwaltungsrecht. Als Referenzgebiet wird sodann vorwiegend das Europäische Umweltrecht sowie verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen behandelt.

Europäisches öffentliches Recht

Ausgewählte Beiträge

Von Prof. Dr. Dieter H. Scheuing

Herausgegeben von Peter-Christian Müller-Graff und Christoph Ritzer

2006, 528 S., geb., 118,- €,

ISBN 978-3-8329-2093-7

(IUS EUROPAEUM, Bd. 40)

Abgerundet wird der Band durch zwei Beiträge, die zum Verhältnis zwischen Gemeinschafts- und mitgliedstaatlichem Recht.

Die Beiträge – von den Herausgebern und den im Namen der Freunde und Mitarbeiter des Würzburger Europarechtlers zu dessen Geburtstag zusammengeführten – erörtern legende Fragestellungen von bleibendem Interesse. Dazu bieten sie jeweils Auseinandersetzungen und weitere Perspektiven. In ihrer Gesamtheit erläutern sie wesentliche Erkenntnisse in der Entwicklung des Europäischen öffentlichen Rechts.

mosGESETZE

| Epiney

europäisches Verfassungsrecht

ammlung

mos
facultas.wuv

Schulthess S

europäisches Verfassungsrecht

ammlung

gegeben von Prof. Dr. Ulrich Hufeld

Dr. Astrid Epiney

5, brosch., 39,- €,

3-8329-3881-9

Die Textsammlung „Europäisches Verfassungsrecht“ beinhaltet die zentralen verfassungsrechtlich relevanten Texte der Europäischen Union sowie ihrer Mitgliedsländer Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Polen, Spanien, Tschechien, Ungarn sowie die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. In einigen Fällen führen Texte erläutern die Herausgeber die europarechtliche und die staatsrechtliche Perspektive der Europäischen Verfassungsschafft.

Die Textsammlung ist für Staatsrechtslehrer und Studenten ebenso geeignet wie für Praktiker der europarechtlichen Praxis.

stautorisierung nten

äische Gerichts-
rgleich zum U.S.
Court
arcus Höreth
S., brosch., 69,- €,
3-8329-3477-4
(Politik)

ur Reformierung
opäischen
ungsgerichts-
unter besonderer
ichtigung der
eiterung und
hrungen in
Föderationen
aria Brakalova
S., brosch., 65,- €,
3-8329-3221-3
niversitätsschriften
d. 549)



Europarecht und die Gerichte der Trans- formationsstaaten

European Law and the
Courts of the Transition
Countries

Herausgegeben von Prof.
Dr. Mahulena Hofmann
2008, 199 S., brosch., 39,- €,
ISBN 978-3-8329-4014-0



Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR

Unter besonderer Be-
sichtigung der aktu-
ellen Verfassungsentwick-
lung der Europäischen
Union
Von Dr. Jan Hendrik
Wiethoff
2008, 229 S., brosch.
ISBN 978-3-8329-3221-3
(Nomos Universitätss-
-Recht, Bd. 550)

Der Europäische
Gerichtshof als
Verfassungsgericht?
Schriften zum Internatio-
nalen und Vergleichenden
Öffentlichen Recht, Band 6
Von Dr. Lukas Bauer
2008, 213 S., brosch., 33,- €,
ISBN 978-3-8329-3340-1

Individualrechts- an der Schnittstelle zwischen deutschem und Gemeinschafts- recht

Zugleich ein Beitrag zur
Interpretation von Art.
365 Abs. 4 VerfV
Von Dr. Hans Arno Pfeiffer
2008, 131 S., brosch.,
ISBN 978-3-8329-3419-1
(Schriftenreihe des
KOLLEGS HAMBURG)

Bieber | Epiney | Haag

Die Europäische Union

Europarecht und Politik

8. Auflage

 Nomos

 nomos

Europäische Union

Recht und Politik

Dr. Roland Bieber,
Eckhard Epiney und
Marcel Haag

neubearbeitete Auflage 2008,

ca. 28,- €,

3-8329-3946-5

(Lehrbuch)

November 2008

Neben einer Analyse der EU-Grundverträge enthält das Werk eine ausführliche und genau dokumentierte Darstellung der Verträge in der Praxis der Organe, insbesondere in Gesetzgebungs- und Rechtsprechung. Alle wesentlichen Szenarien und Aktionsfelder werden analysiert (Binnenmarkt, Finanzen, Europäische Union, Umwelt, Verkehr, Außen- und Sicherheitspolitik). Zukünftige Entwicklungen innerhalb der EU, einschließlich der Europäischen Union, werden angesprochen. Der Vertrag von Lissabon ist bereits perspektivisch berücksichtigt.

Stimmen zu den Vorauflagen:

»Gleich geblieben ist die Verbindung von Wissenschaft und Praxis, die der besonderen Vorzug dieses Lehrbuchs ausgemacht hat und auch weiterhin ausmacht. Standardlehrbuch.«

Journal für Rechtswissenschaft

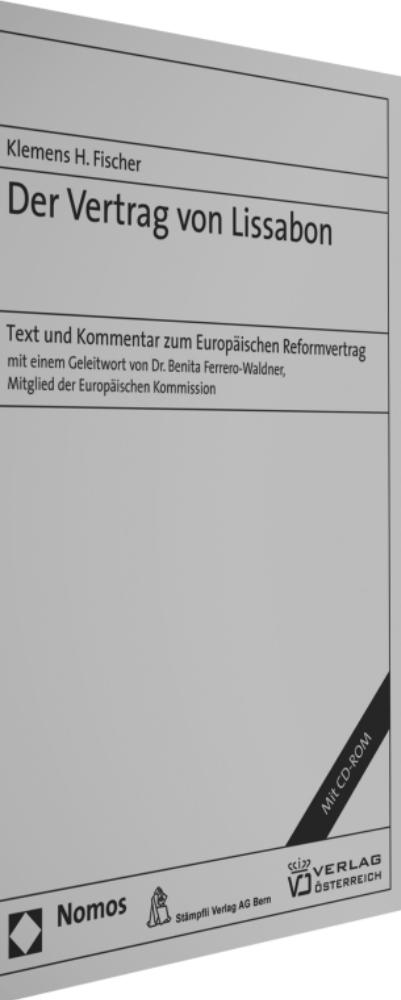
»Die gewichtige und umfassende, gleichwohl hochkompackte Gesamtdarstellung vereint wie kein anderes Werk die klare Darstellung von Strukturen und Dogmatik des Europarechts.«

Prof. Dr. Vedder, Universität Regensburg

»Gehört zu den Klassikern.«

Prof. Dr. Matthias Ruffer, Universität Regensburg

Europarecht



Der Vertrag von Lissabon

Kommentar
europäischen Reformvertrag
in Geleitwort von Dr. Benita
Ferrero-Waldner, Mitglied der
Europäischen Kommission
Autoren: Clemens H. Fischer, Gesandter,
Vertretung Österreichs bei der EU,

S., brosch. mit CD-ROM, 79,- €

-8220-2218-2

<https://doi.org/10.5771/9783845212816> - Generiert durch IP 216.73.216.36, am 21.01.2026, 03:42:00. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte
Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in AI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Am 13. Dezember wurde der Europäische Reformvertrag in Lissabon feierlich unterzeichnet. Mit diesem Vertragswerk ist Europa handlungsfähig und für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts gerüstet. Der Kommentar erläutert erstmals für Wissenschaft und Praxis den Verhandlungsverlauf und die Abstimmungen des neuen Vertrages. Die beiliegende CD-ROM enthält sämtliche Konferenzdokumente.

»Kurz: Seit Erscheinen des Buches von Clemens H. Fischer hat man keine Ausreden mehr, um nicht sofort mit der Einarbeitung in das neue Europarecht zu beginnen.«

Prof. Dr. Jens M. Schubert

»Insgesamt ist festzuhalten, dass Clemens H. Fischer eine gelungene Einführung in den Vertrag von Lissabon vorgelegt hat, die neben dem verdienstvollen schnellen Erscheinen insbesondere durch seine systematische Aufbereitung der Materie, seine überzeugende europafreundliche historische Einführung und die umfassende Dokumentation wichtiger Quellen zum Vertrag von Lissabon besticht.«

Prof. Dr. Andreas Peilert, JURA Juristische Ausbildung