

Marcus Höreth

Hemmungslos, aber ungefährlich?

Der Gerichtshof der Europäischen Union als Verfassungsgericht im System der EU-Gewaltenteilung

1. Einleitung

Die Rolle der Verfassungsgerichte als »Stabilisatoren«¹ ihrer jeweiligen politischen Systeme kann kaum überschätzt werden. Da Verfassungsbestimmungen generell auslegungsbedürftig, widersprüchlich und unvollständig sind, müssen Gerichte häufig das Problem des »incomplete contracting«² lösen. Aber es ist vor allem ihre Rolle als Streitschlichter in verfassungspolitischen Konflikten, die sie für die moderne verfassungsstaatliche Demokratie unverzichtbar machen.³ Beides, das »Lückenschließen« in der Verfassung sowie die Streitschlichtung in Konflikten, in die die beiden anderen Staatsgewalten verstrickt sein können, hat zu einer bemerkenswerten Justizialisierung der Politik⁴ geführt – mithin eine Entwicklung in Gang gesetzt, die die Macht der Judikative insgesamt erweitert hat und hierbei vor allem die Macht der Verfassungsgerichte.⁵ Diese Macht lässt sich also durchaus mit Verweis auf die Funktionen der Verfassungsgerichte erklären. Zwar leisten die meisten Gerichte inzwischen mehr, als ursprünglich bei ihrer Einsetzung intendiert war. Allerdings führen sie weiterhin lediglich jene Aufgaben aus, die ihnen von den politischen Systemen, in denen sie operieren, abverlangt werden.

Die funktionalen Anforderungen an alle Höchst- und Verfassungsgerichte können zu einem gewissen Grad erklären, warum auch der EuGH als »Integrationsmotor«⁶ zu einer

- 1 Dieter Grimm, *Einsprüche in Störfällen. Die Verfassung und die Politik*, München 2001, S. 108.
- 2 Paul Milgrom / John R. Roberts, *Economics, Organization and Management*, Englewood Cliffs, New Jersey 1992, S. 127.
- 3 Vgl. hierzu Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford 2000.
- 4 Ran Hirschl, »The Judicialization of Politics« in: Whittington, K./Calderia, G. (Hg.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford 2008, S. 119.
- 5 Vgl. im internationalen Maßstab Neal C. Tate / Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1997; Carlo Guarnieri / Patricia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford 2001; Friedrich Kratochwil, »Has the Rule of Law become a Rule of Lawyers? An Inquiry into the Use and Abuse of an Ancient Topos in Contemporary Debates« in: ders., *The Puzzles of Politics. Inquiries into the Genesis and Transformation of International Relations*, London / New York 2011, S. 126-150.
- 6 Renaud Dehousse, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, London 1998, S. 74; Marc A. Pollack, *The Engines of European Integration. Delegation, Agency and Agenda-Setting in the EU*, Oxford 2003.

der einflussreichsten politischen Institutionen in Europa wurde.⁷ Mehr noch als in allen bekannten föderalen Verfassungsstaaten, verlangt die spezielle Primärrechtsordnung der EU den Richterinnen und Richtern des EuGH das Schließen von Rechtslücken ab – hier vor allem beim EU-Vertrag, der ursprünglich, d.h. gemessen an den Intentionen der damaligen Unterzeichnerstaaten, alles andere als konstitutionellen Charakter hatte und auch nicht haben sollte. Durch die richterrechtliche »Konstitutionalisierung« dieser Verträge hat sich der EuGH jedoch zu einem echten EU-Verfassungsgericht aufgeschwungen. Tatsächlich gibt es keine Rechtsordnung auf der Welt, die in so hohem Maße richterrechtlich buchstäblich »errichtet« wurde wie jene der EU.

Dieser vom EuGH initiierte und angeführte »Eurolegalismus«⁸ wird als Faktum nicht mehr bestritten, aber in der Frage, wie seine Entstehung und weiterhin bestehende Akzeptanz zu erklären ist, besteht Uneinigkeit. Natürlich können auch im europäischen Fall funktionale Anforderungen an den EuGH als Erklärung angeführt werden, doch reicht diese funktionalistische Erklärung nicht aus, um zu verstehen, wie der EuGH seine »enorme Autorität«⁹ tatsächlich gewinnen, beibehalten und sogar noch ausbauen konnte. In diesem Beitrag möchte ich daher eine alternative, historisch-institutionalistisch gewonnene Erklärung zur Diskussion stellen: Die Macht des EuGH ist letztlich die nicht-intendierte Konsequenz des EU-spezifischen Systems der *checks and balances*, für das sich die Gründerstaaten der Europäischen Gemeinschaft von Beginn an entschieden haben. Das institutionelle *set-up* bezüglich der Art und Weise, wie sich die europäischen »Gewalten« wechselseitig in Schach zu halten haben, entwickelte sich pfadabhängig, hat sich in seiner Grundkonstellation bis heute nicht geändert und kann schließlich auch zukünftig kaum verändert werden.¹⁰ Nach wie vor bietet daher das institutionelle Arrangement der EU einem ambitionierten Gericht mit starken pro-integrationistischen Präferenzen vorzügliche Bedingungen. Um mein Argument zu entwickeln, werde ich zunächst die zwei miteinander konkurrierenden Standarderklärungen zur Macht des EuGH rekapitulieren – den neofunktionalistischen sowie den intergouvernementalistischen Ansatz. Bei der Gegenüberstellung zeigt sich, dass das Kernproblem, das diese beiden Ansätze entzweit, die Frage ist, ob der EuGH unter der glaubwürdigen Drohung operiert, dass seine Entscheidungen durch die Politik revidiert werden könnten oder nicht. Im zweiten Schritt diskutiere ich das Verhältnis zwischen der Doktrin der Gewaltenteilung im Sinne der *checks and balances* und der Rolle von Verfassungsgerichten

7 Vgl. Karen Alter, »Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration« in: Ann-Marie Slaughter / Alec Stone Sweet / Joseph Weiler (Hg.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Oxford 2000, S. 227-252, S. 227.

8 Daniel Kelemen, »Eurolegalism and Democracy« in: *Journal of Common Market Studies* 50 (2012), S. 55-71.

9 Walter Mattli / Alec Stone Sweet, »Regional Integration and the Evolution of the European Polity: On the Fiftieth Anniversary of the JCMS« in: *Journal of Common Market Studies* 50 (2012), S. 1-17, S. 2.

10 Vgl. Zur Pfadabhängigkeit institutioneller Entwicklungen allgemein Paul Pierson / Theda Skocpol, »Historical Institutionalism in Contemporary Political Science« in: Ira Katznelson / Helen V. Milner (Hg.), *Political Science: State of the Discipline*, New York 2002, S. 693-721.

in herkömmlichen nationalen Verfassungsstaaten, bevor ich dieses Verhältnis im supranationalen Governance-System der EU genauer analysiere. Abschließend will ich zeigen, dass mein *checks and balances*-Ansatz¹¹ in Verbindung mit einigen der Prämissen beider integrationstheoretischer Ansätze am besten erklären kann, warum der EuGH so mächtig werden konnte, wie er ist.

2. Woher stammt die Macht des EuGH? Erklärungen der Integrationstheorie

2.1 Neofunktionalismus

Neofunktionalisten¹² vertreten die Position, dass der EuGH (und die Kommission) den Mitgliedstaaten dabei helfen, im Zuge der politischen und ökonomischen Integration das zwischen ihnen bestehende »Kooperationsdilemma« zu überwinden, indem sie beispielsweise verhindern, dass »Trittbrettfahrer« unter den Mitgliedstaaten ihre vertraglichen Pflichten (auf Kosten der anderen) nicht einhalten. Gerade der EuGH ist jedoch bei der Erfüllung dieser Aufgabe unerwartete Wege gegangen. Er baute nicht nur im Rahmen der Vorabentscheidungsverfahren auf die Zusammenarbeit mit nationalen Richtern, sondern auch auf die Unterstützung durch transnationale Eliten, die das Integrationsprojekt von Anfang an konsequent befürworteten – auch wenn diese Haltung zuweilen gegen zögerliche und widerwillige Mitgliedstaaten gerichtet war. Lange bevor der Binnenmarkt durch die Einheitliche Europäische Akte 1987 politische Realität wurde, hatte das Gericht jedenfalls bereits die wichtigsten Binnenmarktregeln entwickelt, auf die sich private Kläger vor ihren nationalen Gerichten berufen konnten, um zu ihrem europäischen Recht zu kommen, selbst wenn dieses mit nationalem Recht in Konflikt stand.¹³ Es war also das Gericht, das gemeinsam mit seinen »Interlokutoren«,¹⁴ zum eigentlichen Architekten der neuen Europäischen Rechtsgemeinschaft wurde:

- 11 Vgl. hierzu weitere vom Checks and Balances-Prinzip inspirierte Erklärungen des Verhaltens von Gerichten, die sich jedoch in vielerlei Hinsicht von meinem Ansatz unterscheiden: John Ferejohn / Barry Weingast, »A Positive Theory of Statutory Interpretation« in: *International Review of Law and Economics* 12 (1992), S. 269-279; Fabio Wasserfallen, »The Judiciary as Legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in the European Union« in: *Journal of European Public Policy* 17 (2010), S. 1128-1156.
- 12 Ann-Marie Burley / Walter Mattli, »Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration« in: *International Organization* 47 (1993), S. 41-76; Wayne Sandholtz / Alec Stone Sweet, *Neofunctionalism and Supranational Governance*, 2010 (http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/38); letzter Zugriff 13.12.2012); Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004; Alec Stone Sweet und Thomas Brunell, *How the European Union's legal system works – and does not work: response to Carrubba, Gabel and Hankla*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School 2010.
- 13 Daniel Wincott, »A Community of Law? European Law and Judicial Politics: The Court of Justice and Beyond« in: *Government and Opposition* 35 (2000), S. 3-26, S. 6.
- 14 Joseph Weiler, »A Quiet Revolution. The European Court of Justice and its Interlocutors« in: *Comparative Political Studies* 26 (1994), S. 510-534.

The Court (...) created opportunities, providing personal incentives for individual litigants, their lawyers, and lower national courts to participate in the construction of the community legal system. In the process, it enhanced its own power and the professional interests of all parties participating directly or indirectly in its business.¹⁵

Aus dieser Sicht haben integrationsbefördernde Akteure – der um seine Autorität besorgte EuGH, nationale Gerichte, die sich von der Kooperation mit dem EuGH aufgrund der damit verbundenen Ermächtigung zum ›judicial review‹ Prestigegewinne erwarteten, von der Durchsetzung europäischen Rechts besonders profitierende einzelne Bürger und Unternehmen, Europarechtler in der Wissenschaft etc. – und deren utilitaristischen und interessengeleiteten Motive, die ›spill-overs‹ begünstigende Eigenart des Prozesses und schließlich der politisch nicht umstrittene, weil rein ›juristische‹ Kontext, in dem jene rechtliche Integration stattfindet, in ihrem einer zwingenden funktionalen Logik folgenden Zusammenwirken die Emergenz eines machtvollen europäischen Verfassungsgerichts unausweichlich gemacht. Im Grunde ist diese neofunktionalistische Erklärung für die Machtentfaltung europäischer Gerichtsbarkeit in ihrem Kern recht einfach: private, transnational ausgerichtete, Akteure und die Gerichte auf beiden Ebenen verbünden sich in der Zielsetzung, die Expansion europäischen Rechts gegen nationales Recht voranzutreiben, denn jeder dieser Akteure hat ein spezifisches Interesse an dieser Entwicklung. Transnational operierende Unternehmen können unter Verweis auf EU-Recht sie behinderndes nationales Recht angreifen, sie erhalten zusätzliche Rechte und größere transnationale Märkte; nationale Richter können sich, wenn sie dem EuGH Rechtsfragen mit europäischem Bezug vorlegen, in ihrem Status als Richter aufgewertet fühlen; und schließlich kann der EuGH mit der Zunahme an Fällen, die ihm vorgelegt und von ihm entschieden werden, das EU-verfassungsrechtliche Netz, das nunmehr auch alle nationalen Rechtsordnungen umspannt, durch von ihm gesetzte ›Präzedenzen‹ immer engmaschiger gestalten und dabei auch seinen eigenen Status als EU-Verfassungsgericht nicht nur festigen, sondern weiter ausbauen.¹⁶ Inzwischen sind die meisten Hypothesen dieser eindrucksvollen Theorie der rechtlichen Integration Europas durch empirische Forschung bestätigt worden: »It is clear now that the legal system of the Union in fact developed in a progressive, self-sustaining way, because the Court's rulings tend to promote integration (values that inhere in the Treaties), and decision rules governing override (unanimity) favor the Court's dominance over Treaty interpretation.«¹⁷

15 Burley / Mattli, Europe before the Court, aaO. (FN 12), S. 60.

16 Vgl. hierzu Marcus Höreth, »The European Court of Justice and the US Supreme Court: Comparable Institutions?« in Michael Gehler / Günter Bischof / Ludger Kühnhardt / Rudolf Steininger (Hg.), *Towards a European Institution. A Historical and Political Comparison with the United States*, Wien 2005, S. 143–162, S. 152.

17 Alec Stone Sweet / Thomas Brunell, »The European Court of Justice, State Noncompliance, and the Politics of Override« in: *American Political Science Review* 106 (2012), S. 204–213, S. 210.

2.2 Intergouvernementalismus/Neorealismus

Der gemeinsame Nenner älterer¹⁸ und neuerer¹⁹ intergouvernementalistischer Ansätze ist die Annahme, dass die Mitgliedstaaten noch immer die Schlüsselspieler der europäischen Politik sind. Die EU und ihre Institutionen sind nach dieser Lesart nicht mehr als die Aggregation der Präferenzen der mitgliedstaatlichen Regierungen. Die Richter des EuGH wurden lange Zeit als juristische Technokraten angesehen, die lediglich die ›technische‹ Aufgabe haben, die durch die anderen EU-Organe vereinbarten – und am Ende von intergouvernementalen Verhandlungen stehenden – politischen Regelungen ins Juristische zu übersetzen.²⁰ Später setzte sich die Erkenntnis durch, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung die Mitgliedstaaten in ihren politischen Wahlmöglichkeiten und damit in ihrer Autonomie zwar einschränken könnten.²¹ Doch genau dies liege im wohl verstandenen Interesse der Mitgliedstaaten, weil der europäische Binnenmarkt eine stabile europäische Rechtseinheit voraussetze, in der sich alle an die gemeinsam gemachten Vereinbarungen halten. Nur wenn das so genannte ›Gefangenendilemma‹ vermieden werde, d. h. für die Mitgliedstaaten keine Anreize mehr für vertragsbrüchiges Verhalten bestünden, könnten auch alle von einer gemeinschaftlichen Politik profitieren.²² Der EuGH spiele hier eine besondere Rolle, denn:

The existence of a legal system that monitored the behavior of participants and identified transgressions of commonly agreed rules would contribute significantly to the efficacy of cooperative agreements. In the context of the internal market of injured parties to bring potential violations of EC law to the attention of domestic courts and the European Court substantially strengthens the internal market.²³

Nach dieser neorealistischen Erklärungsvariante haben die Mitgliedstaaten als ›Prinzipale‹ ganz bewusst wichtige Kompetenzen an den ›Agenten‹ EuGH übertragen, damit dieser die Rechtseinheit in Europa schafft und Verstöße gegen europäisches Recht be-

- 18 Paul Taylor, *The Limits of European Integration*, New York 1983; Stanley Hoffmann / Robert Keohane (Hg.), *The New European Community. Decisionmaking and Institutional Change*, Boulder 1991.
- 19 Andrew Moravcsik, *The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, London 1998; Andrew Moravcsik, »Preferences and Power in the European Community: a Liberal Intergovernmentalist Approach« in: *Journal of Common Market Studies* 31 (1993), S. 473–524; Clifford Carrubba / Matthew Gabel / Charles Hankla, »Understanding the Role of the European Court of Justice in European Integration« in: *American Political Science Review* 106 (2012), S. 214–223; Clifford Carrubba / Matthew Gabel / Charles Hankla, »Judicial Behavior under Political Constraints« in: *American Political Science Review* 102 (2008), S. 435–452.
- 20 Eric Stein, »Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution« in: *American Journal of International Law* 75 (1981), S. 1–24, S. 3.
- 21 Geoffrey Garrett, »International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market« in: *International Organization* 46 (1992), S. 533–560.
- 22 Jonas Tallberg, »Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union« in: *International Organization* 56 (2002), S. 609–643.
- 23 Garrett, *International Cooperation and Institutional Choice*, aaO. (FN 21), S. 558.

straft. Spieltheoretisch formuliert ist das die Konsequenz der von allen Mitgliedstaaten geteilten Erkenntnis, dass alle vom Spiel (dem Binnenmarkt) profitieren können, wenn und soweit sich auch alle an die entsprechenden Spielregeln (das europäische Recht) halten. Dem EuGH obliegt es nun – neben der Kommission – quasi als Schiedsrichter, die Einhaltung dieser Regeln zu überwachen, dabei jedoch nicht nur Verstöße zu bestrafen, sondern auch, dort wo es nötig erscheint, diese Spielregeln selbst noch etwas genauer zu spezifizieren: »As it would entail considerable administrative costs for Member States to detail out exhaustively the ›rules of the game‹, it is more efficient to sketch out a broad schema and delegate to the Court the task of ›filling in‹ the rest.«²⁴ Neorealisten räumen ein, dass der EuGH mittels dieser Funktion zu einer durchaus einflussreichen und relativ mächtigen Institution in der EU geworden ist – aber eben nur in den Grenzen, die ihm von den Mitgliedstaaten gesteckt sind.

Demzufolge betonen intergouvernementalistisch inspirierte Studien zur Performanz des EuGH sehr stark die politischen Beschränkungen (›political constraints‹), unter denen das supranationale Gericht operiert. Eingeschränkt in seinem Bewegungsspielraum werde das Gericht sowohl durch die Möglichkeit der Politik, unliebsame Urteile durch Gesetzgebung wieder zu revidieren (›legislative override‹), als auch durch die schlichtere Option, dass seine Urteile nicht befolgt werden (›non-compliance‹).²⁵ Vor allem die Bedrohung durch urteilsrevidierende Neugesetzgebung zwingt den EuGH zu einer ausbalancierten Rechtsprechung, die den Bedenken des Gemeinschaftsgesetzgebers, vor allem aber auch der Mitgliedstaaten als ›Herren der Verträge‹ Rechnung trägt. Jedenfalls führe die doppelte Gefahr der Nichtbefolgung oder Revision seiner Urteile zu einer moderaten Rechtsprechung des EuGH, die durch Respekt gegenüber den politischen Präferenzen insbesondere der mächtigsten Mitgliedstaaten gekennzeichnet sei.²⁶ Da Neorealisten die Wahrscheinlichkeit, dass sich bei unliebsamen Urteilen schnell urteilsrevidierende Koalitionen zwischen den Mitgliedstaaten bilden können, als sehr hoch einschätzen,²⁷ verliert der EuGH in ihren Augen seinen Charakter als unabhängiges und mächtiges Gericht. So gesehen bleibt der EuGH somit ein ›Agent‹, der weiterhin unter der vollständigen Kontrolle seines ›Prinzipalen‹, den Mitgliedstaaten, operiert – zeigt das Gericht unerwünschtes Verhalten, kann es in dieser P-A-Konstellation jederzeit wieder auf einen den Mitgliedstaaten genehmeren Kurs gezwungen werden.

24 Damian Chalmers, *European Union Law. Volume One: Law and EU Government*, Aldershot 1998, S. 331.

25 Vgl. vor allem Clifford Carrubba, »Courts and Compliance in International Regulatory Regimes« in: *Journal of Politics* 72 (2005), S. 669–689; Carrubba / Gabel / Hankla, Understanding the Role of the European Court of Justice in European Integration, aaO., (FN 19), S. 214; Geoffrey Garrett, »The Politics of Legal Integration in the European Union« in: *International Organization* 49 (1995), S. 171–181; Fabio Wasserfallen, »The Judiciary as Legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in the European Union« in: *Journal of European Public Policy* 17 (2010), S. 1128–1156.

26 Vgl. zum Beispiel die intergouvernementale Interpretation des *Grzelcyk*-Urteils (C-184/99) bei Wasserfallen, The Judiciary as Legislator, aaO. (FN 25), S. 1139. Weitere Beispiele dieser Art bei Lisa Conant, *Justice Contained*, Ithaca, NY 2002.

27 Carrubba / Gabel / Hankla, Understanding the Role of the European Court of Justice in European Integration, aaO. (FN 19), S. 215.

2.3 Die (politische) Revision von Urteilen – eine Bedrohung für den EuGH?

Die Schlüsselfrage für den EuGH ist somit, inwieweit er politischen Restriktionen und Beschränkungsmöglichkeiten durch die Mitgliedstaaten unterliegt. Aus der Perspektive der stets um ihre Rechtsprechungsautonomie besorgten Richter stellt sich vor allem die Frage, wie glaubwürdig die Drohung ist, dass seine Urteile von der Politik revidiert werden können.²⁸

Hierzu ist zunächst grundsätzlich kritisch anzumerken, dass der von den Neorealisten genutzte Prinzipal-Agenten-Ansatz im Zusammenhang mit der EuGH-Judikatur problematisch ist. Er unterstellt fälschlicherweise, dass der EuGH fortwährend unter der vollen Kontrolle der Mitgliedstaaten als zusammengesetzter Prinzipal operiert. Dabei ist das von den Mitgliedstaaten in seinen Grundzügen eingeführte und vom Gericht weiterentwickelte Rechtssystem nicht nur dazu geeignet, die eigene Position, sondern auch insgesamt die supranationale Autorität auf Kosten mitgliedstaatlicher Souveränität auszuweiten.²⁹ Neorealisten übersehen häufig ein Problem, das als »agency-loss« bekannt ist: »Agents (being rational) will not always act in the best interest of the principals but in their own best interests instead.«³⁰ Das Eigeninteresse eines mächtigen »Agenten« – hier des EuGH – muss keineswegs kongruent sein mit den Interessen des ihn ermächtigenden »Prinzipalen«, den Mitgliedstaaten. Unterstellt man bei dem zwischen den Mitgliedstaaten und dem EuGH stattfindenden »Spiel« bei allen relevanten Akteuren interessegeleitetes Verhalten, so kann plausibel erklärt werden, dass der EuGH – nachdem er von den Mitgliedstaaten als »Agent« eingesetzt wurde – im eigenen rationalen Interesse selbst zu einem »Prinzipalen« geworden ist, indem er seinerseits die mitgliedstaatlichen Gerichte als seine »Agenten« eingesetzt hat – nicht nur um europäisches Recht effektiver durchzusetzen, sondern auch um seine Position vis-à-vis den Mitgliedstaaten zu stärken.³¹

Zum zweiten ist auch das Argument nicht überzeugend, dass die Mitgliedstaaten prinzipiell und jederzeit EuGH-Entscheidungen revidieren könnten. Folgender theoretischer Prämisse kann natürlich noch zugestimmt werden: »(...) the more credible the threat of override (is) the more likely the court is to rule in favor of the governments' favored position«.³² Auch die nachfolgende Annahme ist theoretisch stichhaltig: »The threat of legislative override increases with the likelihood that a sufficiently large coalition of Member States pursue legislation or treaty revision in response to an ECJ ruling«.³³ Aber wie glaubwürdig ist diese Drohung in der Empirie europäischer Politik und Gesetzgebung? Um eine EuGH-Entscheidung zu revidieren, der eine bestimmte unerwünschte

28 Vgl. die umfassende Darstellung auch anderer politischer Beschränkungsmöglichkeiten bei Marcus Höreth, *Die Selbstautorisierung des Agenten. Europäischer Gerichtshof und US Supreme Court im Vergleich*, Baden-Baden 2008, S. 320 ff.

29 Vgl. Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, aaO. (FN 3).

30 Michael Hechter, *Principles of Group Solidarity*, Berkeley 1987, S. 130.

31 Fritz W. Scharpf, »Legitimacy in the Multilevel European Polity« in: *European Political Science Review* 1 (2009), S. 173–204.

32 Carrubba / Gabel / Hankla, *Judicial Behavior under Political Constraints*, aaO. (FN 19), S. 439.

33 Carrubba / Gabel / Hankla, *Judicial Behavior under Political Constraints*, aaO. (FN 19), S. 440.

primärrechtliche Interpretation zugrunde liegt, bedarf es einer Vertragsänderung durch die Mitgliedstaaten, die wiederum nur einstimmig erfolgen kann und durch die nationalen Parlamente ratifiziert werden muss. Es ist kaum realistisch anzunehmen, dass eine solche einstimmige Koalition der Urteilsrevisionisten unter den Mitgliedstaaten durch vergleichsweise primitive und einfache Techniken des aus der Praxis im US-Kongress bekannten »log-rollings« herbeigeführt werden kann, wie Carrubba, Gabel und Hankla annehmen:

»If a subset of governments considers an issue sufficiently important, it can trade concessions in other areas in exchange for legislative support from disinterested or otherwise opposed governments. (...) Thus, we argue, override is possible when at least one Member State government wants to revise a court ruling.«³⁴

Richtig ist diese Annahme nur insoweit, als auch in der EU viele politische Entscheidungen, die auf Einstimmigkeit beruhen (müssen), das Resultat von komplexen Verhandlungsprozessen sind, gekennzeichnet durch diverse Koppelgeschäfte, Paketlösungen und Ausgleichszahlungen.³⁵ Allerdings dürfte es bei strittigen Gerichtsentscheidungen einem oder mehreren dem Urteil kritisch gegenüber stehenden Mitgliedstaaten schwer fallen, den Staaten, die der Gerichtsentscheidung indifferent oder sogar wohlwollend begegnen, genügend Kompensation dafür zu zahlen, dass sie bei der primärrechtlichen Revision mitspielen. Die europapolitische Praxis belegt jedenfalls, dass die Mitgliedstaaten generell das Risiko scheuen, sich in einem derartigen, hinsichtlich seines Erfolges ungewissen Unterfangen zu engagieren, da schon ein Mitgliedstaat mittels seines Vetos die Primärrechtsrevision verhindern kann.³⁶ In Bezug auf die sekundärrechtliche Revision von Urteilen ist die Situation für die Mitgliedstaaten auch nicht viel besser. Selbst wenn es gelingt, eine qualifizierte Mehrheit von Mitgliedstaaten für ein entsprechendes Vorhaben zu organisieren, dürfte der politische Preis dafür immer sehr hoch sein. Dies liegt daran, dass die Mitgliedstaaten ihre Zustimmung in einer sie politisch nur wenig tangierenden Frage in der Regel nicht »kostenlos« erteilen. Schwerer wiegt jedoch noch, dass für eine Sekundärrechtsrevision neben einer qualifizierten Mehrheit der Mitgliedstaaten im Rat auch noch die Kommission mitspielen muss, ohne deren Initiative die Mitgliedstaaten keine »Revisionsgesetze« verabschieden können. In den meisten Fällen muss inzwischen auch das Europäische Parlament gleichberechtigt mitentscheiden. Beide Organe, Kommission und Parlament, sind aber bedeutsame Verbündete des EuGH, die wichtige institutionelle Eigeninteressen miteinander teilen, weil sie beide von der Stärkung des Prinzips der Supranationalität profitieren. Sie haben daher kaum ein

34 Carrubba / Gabel / Hankla, Understanding the Role of the European Court of Justice in European Integration, aaO. (FN 19), S. 215.

35 Deniz Aksoy, »Institutional Arrangements and Logrolling: Evidence from the European Union« in: *American Journal of Political Science* (im Erscheinen).

36 Vgl. zu den Kosten zur Bildung einer Koalition von »Urteilsrevisionisten« Marcus Höreth, »Warum der EuGH nicht gestoppt werden sollte – und auch kaum gestoppt werden kann« in: Ulrich Haltern / Andreas Bergmann (Hg.), *Der EuGH in der Kritik*, Tübingen 2012, S. 73–112, S. 100 ff.

Interesse daran, ihr »supranationales Bündnis« mit dem EuGH zu gefährden, indem sie bei der Revision seiner Urteile auf Seiten der Mitgliedstaaten mitspielen.

Empirische Untersuchungen haben jedenfalls gezeigt, dass die Anzahl der Fälle, an deren Ausgang die Mitgliedstaaten, erstens, ein großes Interesse haben, und, zweitens, eine echte Chance besäßen, ein unerwünschtes Urteil durch qualifizierte Mehrheitsentscheidung zu revidieren, sehr gering ist. Stone Sweet und Brunell haben nachweisen können, dass 90 Prozent aller Urteile in EuGH-Verfahren, für deren Ausgang sich die Mitgliedstaaten ernsthaft interessieren (belegbar durch ihre »Amicus Curiae Briefs«, also schriftliche Eingaben während eines Prozesses, der sie nicht direkt betrifft), nur einstimmig durch Primärrechtsänderung revidiert werden könnten.³⁷ Das macht eine Revision schon deshalb extrem unwahrscheinlich, weil unter den Mitgliedstaaten selbst besonders kontroverse Urteile so gut wie nie einhellig abgelehnt werden, sich also auch unter den Mitgliedstaaten in der Regel gewichtige Befürworter der rechtlichen Position des EuGH finden lassen. Schaut man auf die europäische Integrationsgeschichte zurück, wird man feststellen können, dass selbst bei den bedeutendsten und politisch umstrittensten Urteilen – in denen für die Mitgliedstaaten besonders viel auf dem Spiel stand – die Bildung einer Koalition von Urteilsrevisionisten theoretisch zwar eine Option war, es in der Praxis jedoch nicht dazu gekommen ist, weil ein solches Unternehmen als zu riskant und kostspielig eingeschätzt wurde.³⁸ Hierzu einige Beispiele:

- Im Fall *Van Gend en Loos*³⁹ musste das Gericht entscheiden, ob sich eine Privatperson vor einem nationalen Gericht auf Rechte berufen kann, die er einer primärrechtlichen Norm in den Römischen Verträgen entnimmt, obwohl diese Norm geltendem nationalen Recht widerspricht. Eine Frage von verfassungsrechtlicher Bedeutung: Verleiht der Vertrag den Individuen direkt und unmittelbar Rechte, die nationale Gerichte auch gegen »ihre« nationalen staatlichen Autoritäten verteidigen müssen? Belgien, Deutschland und die Niederlande – die Hälfte der Mitgliedstaaten in der damaligen »Gemeinschaft der Sechs« – opponierten vehement gegen diese Rechtsauffassung. Sie argumentierten, dass die in den Verträgen formulierten Rechte und Pflichten sich ausschließlich an die Mitgliedstaaten richteten und keineswegs unmittelbar an die Bürgerinnen und Bürger. Die Mitgliedstaaten haben damit sehr deutlich ihre Ablehnung gegen das Konzept einer unmittelbaren Wirkung europäischen Rechts bekundet, doch der EuGH entschied anders – er scheute sich nicht, die in Frage stehende Regelung als unmittelbar und direkt anwendbar zu betrachten und entwickelte hieraus die allgemeine Doktrin der »Direktwirkung« europäischen Rechts. Offensichtlich betrachtete sich das Gericht damals kaum als politisch eingeschränkt – weder die Gefahr einer

37 Stone Sweet / Brunell, *How the European Union's Legal System Works*, aaO. (FN 12), S. 10.

38 Höreth, Die Selbstautorisierung des Agenten, aaO. (FN 28), S. 330 ff.

39 EuGH-Urteil C 26/62 (1963). Vgl. noch die *Costa/ENEL*-Entscheidung C 6/64 (1964), ein Fall, in dem der private Kläger, Herr Costa, verlor, während der angeklagte Staat, Italien, auf dem ersten Blick gewann. Das Gericht nutzte diesen Fall jedoch, um die Doktrin der Direktwirkung durchzusetzen, die nicht nur Italien damals vehement ablehnte. Vgl. mit weiteren Details Stone Sweet / Brunell, *How the European Union's Legal System Works*, aaO. (FN 12), S. 7-8.

nachträglichen Urteilsrevision, noch die eines Urteilsboykotts erschienen dem EuGH glaubwürdig genug, um ihn davon abhalten, eine solch ›konstitutionelle‹ Entscheidung zu treffen, die er in folgenden Urteilen bestätigte und sogar noch ausweitete.⁴⁰

- *Francovic*⁴¹ ist eine weitere konstitutionelle Entscheidung, in der das Gericht den Grundsatz der Staatshaftung entwickelt hat. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten, für Schäden einzustehen, die ihren Bürgern widerfahren, wenn Richtlinien nicht fristgerecht oder fehlerhaft umgesetzt werden. Vor Gericht, damals unterstützt durch mündliche Stellungnahmen Deutschlands, haben die Niederlande, Italien und Großbritannien in schriftlichen Eingaben vehement gegen diese Rechtsauffassung protestiert, zumal in den Verträgen ein solches Institut nicht zu finden ist. Ihr stärkstes Argument war, dass legitimerweise nur der europäische Gesetzgeber eine europäische ›Staatshaftung‹ etablieren könne, nicht aber der EuGH per juridischem Dekret. Diesen Widerstand ignorierend stellte das Gericht jedoch in seinem 3. Leitsatz klar:

»Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist. (...) Der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, folgt somit aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung.«⁴²

- Im Fall *Brasserie du Pecheur*⁴³ setzte sich der EuGH über einen deutschen Widerspruch hinweg, der von acht weiteren Mitgliedstaaten in schriftlichen Eingaben unterstützt wurde, und beharrte unmissverständlich darauf, dass er allein für die autoritative Interpretation des Vertrages zuständig ist und nicht die Mitgliedstaaten: »Soweit der Vertrag keine Vorschriften enthält, die die Folgen von Verstößen der Mitgliedstaaten gegen das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich und genau regeln, hat der Gerichtshof (...) die Aufgabe (...) über eine solche Frage nach den allgemein anerkannten Auslegungsmethoden zu entscheiden (...)«.⁴⁴ Auch in diesem Fall hat sich das Gericht offensichtlich nicht politisch eingeschränkt gefühlt, vielmehr hat es seine sich auf dem Prinzip des ›effet utile‹ gestützte gemeinschaftsrechtsfreundliche Rechtsauffassung weiterhin konsequent vertreten und gegen Widerstreben seitens der Mitgliedstaaten durchgesetzt.
- Möglicherweise gibt es eine bemerkenswerte Ausnahme von der Regel, dass die Mitgliedstaaten davor zurückschrecken, unerwünschte Gerichtsentscheidungen zu revi-

40 Höreth, Die Selbstautorisierung des Agenten, aaO. (FN 28), S. 58 ff.

41 EuGH-Urteil C-6 & 9/90 (1991).

42 EuGH-Urteil C-6 & 9/90 (1991), S. I-5357.

43 EuGH-Urteil C-46/93 und C-48/93 (1996).

44 EuGH-Urteil C-46/93 und C-48/93 (1996), S. I-1029, Rn. 27.

dieren – und zwar im bekannten Fall *Barber*.⁴⁵ Hier widersprach das Gericht der britischen Auffassung, dass Art. 157 AEUV (ex-Art. 141 EGV), der einen auf Entgelt bezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz von Männern und Frauen aufstellt, bei betrieblichen Renten keine Anwendung finde. Daraufhin befürchteten die Mitgliedstaaten, allen voran Großbritannien, eine kostenintensive Prozesslawine, weil viele ihrer Privatunternehmen in der Vergangenheit gegen eine spezielle, vom Gericht dem Gleichbehandlungsgrundsatz entnommene Bestimmung verstoßen hatten. Diesen Bedenken trug der EuGH Rechnung, indem er in Leitsatz 6 etwas umständlich ausführte:

»Da sich die Mitgliedstaaten (...) über den genauen Umfang ihrer Verpflichtungen im Bereich der Verwirklichung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen hinsichtlich bestimmter Altersrentenleistungen irren konnten, schließen es zwingende Gründe der Rechtssicherheit aus, daß sich ein Betroffener auf die unmittelbare Wirkung von Artikel 119 EWG-Vertrag beruft, um (...) mit Wirkung von einem Zeitpunkt einen Rentenanspruch geltend zu machen, der vor dem Erlaß des Urteils liegt, mit dem im Wege der Vorabentscheidung die Anwendbarkeit dieses Artikels auf diese Art von Renten festgestellt wird; dies gilt nicht für Arbeitnehmer oder deren anspruchsberechtigte Angehörige, die vor diesem Zeitpunkt nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt haben.«

Auf diese Weise wollte das Gericht selbst verhindern, dass eine Prozesslawine entsteht, in der sich neue Kläger auf das ›*Barber*‹-Urteil berufen, um alte, lange vor dem Fall liegende und damals nicht gewährte Rentenansprüche im Nachhinein durchzusetzen. Die Mitgliedstaaten verabschiedeten ihrerseits ein Protokoll, das dem Maastrichter Vertrag von 1992 angehängt wurde, in dem fast wortgleich dieser sechste Leitsatz festgehalten wird.⁴⁶ Oft wird hier übersehen, dass das Protokoll die Kernaussagen des Urteils keineswegs revidiert oder auch nur relativiert, denn die Direktwirkung des Art. 157 AEUV und seine Reichweite bleiben unangetastet. Im Protokoll wird lediglich jenen Bedenken zum zukünftigen Umgang mit der neuen Rechtsauffassung Rechnung getragen, die das Gericht selber vorgetragen hat. In den folgenden Entscheidungen⁴⁷ hat das Gericht seinerseits sogar die Reichweite des Protokolls wieder deutlich eingeschränkt und damit erneut eindrucksvoll seine Unabhängigkeit gegenüber den Mitgliedstaaten demonstriert.

45 EuGH-Urteil C-262/88 (1990). Der andere Fall, in dem die Mitgliedstaaten erfolglos versuchten, ein Urteil des EuGH nachträglich zu revidieren, war *Bilka*, C-170/84 (1986). Vgl. zu weiteren Details Stone Sweet / Brunell, *How the European Union's Legal System Works*, aaO. (FN 12), S. 18.

46 »Im Sinne des Artikels 119 gelten Leistungen aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit nicht als Entgelt, sofern und soweit sie auf Beschäftigungszeiten vor dem 17. Mai 1990 zurückgeführt werden können, außer im Fall von Arbeitnehmern oder deren anspruchsberechtigten Angehörigen, die vor diesem Zeitpunkt eine Klage bei Gericht oder ein gleichwertiges Verfahren nach geltendem einzelstaatlichen Recht anhängig gemacht haben.«

47 EuGH-Urteil *Vroege*, C-57/93 (1994).

Diese wenigen Beispiele der EuGH-Rechtsprechung widerlegen die naive Auffassung einiger Neorealisten, man könne den EuGH mittels angedrohter primär- oder sekundärrechtlicher Urteilsrevisionen politisch auf einen den Mitgliedstaaten genehmeren Kurs zwingen. Von Anfang an verhielt sich der EuGH eher wie ein machtvolles Verfassungsgericht, das die europäischen Verträge ›konstitutionalisierte‹. Basierend auf den Doktrinen des ›effet utile‹, der Direktwirkung, des Vorrangs, der Staatshaftung und anderer Grundsätze, schuf das Gericht mit Hilfe kooperationswilliger nationaler Gerichte ein dezentralisiertes System, das die Befolgung europäischer Rechtsvorgaben durch die Mitgliedstaaten sicherstellte.⁴⁸ Der EuGH fürchtete in diesem System die Nichteinhaltung europäischer Regeln (›non-compliance‹) keineswegs, da Regelverstöße eine willkommene Gelegenheit boten, das juridische Regime weiter auszubauen: »Member-state non-compliance generates legal actions, followed by new rulings; non-compliance with important new rulings again generates new litigation and new findings of non-compliance, and so on. As direct political interventions into this judicial ping-pong game between national courts/private litigants and the ECJ are not possible, the position of the ECJ as a constitutional court for Europeans remains relatively comfortable.«⁴⁹ Die Konsequenz dieses ›Patronage-Netzwerks‹⁵⁰ mit nationalen Gerichten, anderen supranationalen Institutionen und privaten Akteuren ist, dass sich der EuGH in einer vergleichsweise komfortablen Position befindet – in vielerlei Hinsicht ist er womöglich unabhängiger und mächtiger als viele Verfassungsgerichte in westlichen Demokratien.

Gleichwohl greifen auch neofunktionalistische Erklärungen zur Macht des EuGH etwas zu kurz, weil sie die – tiefer liegenden – institutionellen Vorbedingungen dieser für das Gericht so vorteilhaften Konstellation nicht in den Blick nehmen. Es ist – wie ich im Folgenden versuche zu zeigen – die etwas eigenartige Art der Gewaltenteilung im EU-Regierungssystem, die letztlich die machtvolle Position des supranationalen Gerichts erklärt.

3. 3. Checks and Balances in der EU Governance

In der Welt der Politik geht es nicht nur um die Einsicht in funktionale Notwendigkeiten, so einsichtsfähig und rational Akteure auch sein mögen, sondern um Macht. In einem ausgebauten Institutionensystem geht es um institutionelle Macht.⁵¹ Im Falle der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wurde anknüpfend an die positiven Erfahrungen mit

48 Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004, S. 64 ff.; Rachel Chichowski, *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge 2007.

49 Marcus Höreth, »The least dangerous branch of European governance? The ECJ under the checks and balances doctrine« in: Bruno de Witte (Hg.), *Judicial activism at the Court of Justice*, Cheltenham Glos (im Erscheinen).

50 Walter Mattli / Alec Stone Sweet, »Regional Integration and the Evolution of the European Polity: On the Fiftieth Anniversary of the JCMS« in: *Journal of Common Market Studies* 50 (2012), S. 1-17, S. 2, 11.

51 Robert Cooter / Josef Drexler, »Comparative Judicial Discretion. An Empirical Test of Economic Models« in: *International Review of Law and Economics* 14 (1994), S. 307-326.

der EGKS in den Verträgen ein neues supranationales System geschaffen, dessen Organe sich erst noch etablieren mussten. Es kann daher kaum verwundern, dass nicht nur die Kommission, hervorgegangen aus der »Hohen Behörde« als Teil der europäischen Exekutive und »policy entrepreneur«,⁵² sondern auch der EuGH als judikative Gewalt in dem neuartigen politischen System im Zuge seiner dynamischen Fortentwicklung⁵³ seine sich ihm bietenden Möglichkeiten zur Festigung und zum Ausbau seiner institutionellen Macht genutzt hat. Als institutionelle Ausgangsbedingung für den EuGH und sein Bestreben, den Verlauf der europäischen Integration entscheidend mit zu beeinflussen, sollte sich insbesondere die EU-spezifische Ausgestaltung der Gewaltenteilung vorteilhaft auswirken. Hierzu soll im Folgenden zuerst kurz erläutert werden, in welchem Zusammenhang die Gewaltenteilung und die Verfassungsgerichtsbarkeit in einem herkömmlichen demokratischen Verfassungsstaat stehen, bevor der Sonderfall EU genauer betrachtet wird.

3.1 Verfassungsgerichtsbarkeit in gewaltenteiligen Demokratien

Insbesondere in politischen Systemen wie in den USA, in denen die Staatsgewalten horizontal und vertikal geteilt werden, und diese Gewalten miteinander in Konflikt geraten können, hat sich die Verfassungsgerichtsbarkeit als Streitschlichtungsinstanz bewährt. Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass dort, wo Kompetenzen unter den Regierenden aufgeteilt werden, Abgrenzungskonflikte entstehen, die gelöst werden müssen. Die Gründungsstaaten der EGKS und später der EWG und EG waren sich dieser Zusammenhänge sicher bewusst und haben sich bei der Einrichtung des EuGH von der allgemeinen Erfahrung leiten lassen, dass Gerichte traditionell sehr erfolgreich als Konflikt lösende Instanz agieren können. Die Geschichte des EuGH kann daher vorrangig im Kontext jener Entwicklung von verfassungsgerichtlichen Streitschlichtungsmechanismen gesehen werden, die in den etablierten Demokratien des Westens mit Gewaltenteilung auf besonders fruchtbaren Boden fiel. Aufgrund des seinerzeit bestehenden Mangels an Erfahrungen mit aktivistischen Verfassungsgerichten schienen sich die Gründungsstaaten hingegen wenig bewusst darüber gewesen zu sein, dass die Etablierung eines Gerichts als oberste Streitschlichtungsinstanz in einem horizontal und vertikal gewaltenteilten System die Gerichtsbarkeit zu einem integralen Bestandteil des auf zentraler Ebene angesiedelten Regierungssystems macht. Einem wichtigen Problem kann dabei kaum entgangen werden: Wann immer Kompetenzkonflikte zwischen der zentralen Ebene und den Gliedstaaten auftauchen, die dem Gericht zur Entscheidung vorgelegt werden, drängt sich aus Sicht der letzteren Akteure oft der Eindruck auf, das Gericht entscheide – zumindest auch – in eigener Sache.⁵⁴ Tatsächlich haben höchstgerichtliche

52 Giandomenico Majone, *Regulating Europe*, London 1996, S. 74 ff.; Simon Hix, *The Political System of the European Union*, New York 1999, S. 53.

53 Helen Wallace, »Die Dynamik des EU-Institutionengefüges« in: Markus Jachtenfuchs / Beate Kohler-Koch, (Hg.): *Europäische Integration*, Opladen, S. 255-285.

54 Martin Shapiro, »The European Court of Justice« in: Paul Craig / Grainne de Burca (Hg.): *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, S. 321-347.

Entscheidungen in föderalen Systemen wie den USA und der EU häufig die zentrale Ebene stärkende Effekte, die aus Sicht der gliedstaatlichen Ebene Anlass für teilweise durchaus begründete Kritik bieten. So ist etwa der immer wieder ertönende Vorwurf an den EuGH, er entscheide im Zweifel in derartigen Streitigkeiten für die Gemeinschaft, nicht aus der Luft gegriffen, sondern beschreibt einen empirisch zutreffenden Tatbestand, der in allen Föderationen anzutreffen ist, in denen die Verfassungsgerichtsbarkeit als Streitschlichter und Integrationsmotor integraler Bestandteil des Regierungssystems auf zentraler Ebene ist.⁵⁵

Allerdings kann – anders als in der (noch) nicht zu einer »fully-fledged federation«⁵⁶ entwickelten EU – in einem herkömmlichen föderalen demokratischen Verfassungsstaat zumindest davon ausgegangen werden, dass die auf horizontaler Ebene angesiedelten Gewalten sich wechselseitig ausbalancieren und einander gewissermaßen in Schach halten, ganz im Sinne des berühmten Lehrsatzes von James Madison: »Ambition must be made to counteract ambition«.⁵⁷ Am wenigsten Gefahr droht dabei vom Verfassungsgericht, weil dieses im Gegensatz zur Exekutive oder Legislative zum Einen nicht von sich aus aktiv werden kann, um etwa eine eigene machtpolitische Agenda zu verfolgen, sondern angerufen werden muss. Zum Anderen verfügt ein Verfassungsgericht nicht über eigene Mittel, richterliche Entscheidungen selbst um- und durchzusetzen, sondern ist auf die Implementierungsbereitschaft der beiden anderen Gewalten angewiesen. Sie ist – so gesehen – tatsächlich die »least dangerous branch of government«.⁵⁸ Hinzu kommt, dass gemeinhin unterstellt wird, Verfassungsgerichte würden schon deshalb keine institutionellen Eigeninteressen entwickeln, weil ihre Autorität und Legitimität davon abhängen, als rechtliche Institutionen nur dem Recht und nicht eigenen (womöglich »politischen«) Zielvorstellungen verpflichtet zu sein. Eigene, in Kategorien der Macht interpretier- und messbare Ambitionen zu entwickeln, verträgt sich daher kaum mit der vermeintlich einzigen strategischen Zielsetzung eines Verfassungsgerichts, die Reputation einer neutralen, objektiven Schlichtungsinstanz zu gewinnen und auf Dauer zu erhalten. Während Machtambitionen daher eher den beiden politischen Gewalten unterstellt werden, hat das Verfassungsgericht als neutrale »Instanz des letzten Wortes«⁵⁹ gerade die Aufgabe, diese Gewalten mit den Mitteln des Rechts gegebenenfalls in ihre Schranken zu weisen, ohne dass es dabei selber vom Ausgang des Streits, und damit von

55 Vgl. mit weiteren Beispielen Höreth, Die Selbstautorisierung des Agenten, aaO. (FN 28), S. 201 ff.; vgl. jedoch als Ausnahme den kanadischen Fall bei Dennis-Jonathan Mann, *We, the People vs. We, the Peoples - the Debate over the Nature of the Union in the USA and Canada and its Lessons for European Integration*, EUI-Dissertation, Florenz 2012.

56 William Wallace, »Less than a Federation – more than a Regime: the Community as a Political System« in: William Wallace / Helen Wallace (Hg.): *Policy-Making in the European Community*, Oxford 1983, S. 403–422.

57 Alexaner Hamilton / James Madison / John Jay, *The Federalist Papers*, hrsg. von Jacob E. Cooke, Middletown 1961, No. 51, S. 319.

58 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch of Government. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis 1962.

59 Peter Graf Kielmansegg, *Die Instanz des letzten Wortes. Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung in der Demokratie*, Stuttgart 2005.

seinem eigenen Urteil, profitiert. Bei der richterlichen Schlichtung jener horizontalen Streitigkeiten zwischen »zentralen« bzw. Bundesorganen wird schließlich vorausgesetzt, dass das Gericht nicht gleichgerichtete Interessen mit der einen oder anderen Gewalt besitzt. Bestehen etwa – wie es das Grundgesetz in Art. 93 Abs. 1 Satz 1 zum Organstreitverfahren formuliert – »(...) Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter«, darf angenommen werden, dass das BVerfG diese Streitigkeit absolut unparteiisch entscheiden kann, weil es mit keiner der Streitparteien – oder hier speziell mit einem Bundesorgan – konvergierende institutionelle Eigeninteressen hat.

3.2 Der EuGH und die Gewaltenteilung auf »europäisch«

Wie viele andere Verfassungsgerichte auch ist der EuGH in einem politischen System mit horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung eingebettet. Da sich die Mitgliedstaaten als »Herren der Verträge« für jenes gewaltenteilige System entschieden haben, setzten sie als »zusammengesetzter Prinzipal« für die in diesem System angelegten und von den Mitgliedstaaten antizipierten Konflikte den EuGH als Schiedsrichter ein. Die Entscheidung für eine gerichtsformige Streitschlichtungsinstanz versprach eine effektivere Lösung dieser auftretenden Konflikte als die Einsetzung politischer Streitschlichtungsmechanismen. Gewisse Nachteile, die mit einer relativ autonomen Gerichtsbarkeit verbunden sind, wurden somit bewusst in Kauf genommen. Durch Rechtsprechung in Gang gesetzte, durch die Entwicklung von »precedents« abgesicherte pfadabhängige Entwicklungen, die von außen, d.h. von politischer Seite, nur unter erschwerten Bedingungen veränderbar sind, mussten jedenfalls von den Mitgliedstaaten zumindest in jenen Rechtsprechungsbereichen vorhergesehen worden sein, in denen die in den Verträgen stehenden Bestimmungen widersprüchlich und unvollständig blieben – z. T. schon deshalb, um politisch mühsam ausgehandelte Kompromisse zwischen den Vertragspartnern nicht zu gefährden. Wie für alle damals neu gegründeten Gemeinschaftsinstitutionen⁶⁰ gilt gerade für den EuGH in besonderem Maße, dass er, einmal etabliert, seine institutionellen Möglichkeiten auch dazu nutzen würde, selbst neues Recht zu schaffen, zumal er – wenn auch in ihm von den Mitgliedstaaten gesetzten Grenzen – funktional auch dazu berufen war, um das Problem des »incomplete contracting« zu lösen.

Diese Zusammenhänge dürften den Mitgliedstaaten – gerade jenen mit bereits ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit – grundsätzlich von Anfang an klar gewesen sein. Wenig plausibel ist hingegen die zentrale Prämisse der Neorealisten, dass die Mitgliedstaaten von der Gründung der EGKS an alles vermeiden wollten, was zu unvorhergese-

60 Paul Pierson, »The Path to European Integration: A Historical-Institutionalist Analysis« in: Wayne Sandholtz / Alec Stone Sweet (Hg.): *European Integration and Supranational Governance*, Oxford 1998.

henen Entwicklungen führen und am Ende ihre Souveränität verletzen könnte.⁶¹ Durch die Gründung supranationaler Institutionen wie der Kommission und später des Europäischen Parlaments nahmen sie Souveränitätseinbußen vielmehr von Anfang an durchaus in Kauf – dies jedoch in der festen Überzeugung, dass durch die Schaffung rein intergouvernementaler Organe wie dem Ministerrat robuste Korrektive geschaffen wurden, die es ihnen erlauben würden, die Gesamtentwicklung immer unter ihrer ultimativen Kontrolle zu behalten. Vor allem jedoch die Etablierung eines Gerichts auf der zentralen Ebene hatte eine Entwicklung begünstigt, in der eine vollständige Kontrolle durch die Mitgliedstaaten nicht mehr möglich war. Kaum vorstellbar, dass die durch die Schaffung supranationaler Institutionen prinzipiell gegebene »Gefahr«, nach der die Mitgliedstaaten nicht mehr die totale Kontrolle ausüben konnten, von diesen selbst nicht antizipiert wurde. Sie wurde und wird gesehen, denn aus diesem Grund ist seit der Gründung der Gemeinschaft jeder Vertiefungsschritt in der Integration immer auch mit dem Versuch verbunden gewesen, analog die mitgliedstaatlich-intergouvernementalen Beteiligungs- und Kontrollformen zu verbessern und zu intensivieren.⁶²

Über das *Ausmaß* dieser Kontrollverluste dürften sich die Mitgliedstaaten jedoch lange falsche Vorstellungen gemacht haben, denn die institutionellen Eigenheiten des europäischen Entscheidungssystems spielten insbesondere dem EuGH in die Hände. In Analogie zu Verfassungsgerichten in gewaltenteiligen politischen Systemen konnte der EuGH vor allem deshalb eine komfortable und relativ unangreifbare Position gewinnen, weil der Gesetzgebungsprozess der Gemeinschaft so schwerfällig war. Für alle politischen Systeme gilt: Je schwerfälliger die Gesetzgebung, desto leichter fällt es einem Verfassungsgericht, selber einen Teil der Gesetzgebung für sich zu beanspruchen, da dort die Gefahr entsprechend klein ist, dass eine politisch nicht gewollte juridische »Konkretisierung« und »Interpretation« des gegebenen Rechts vom politischen Gesetzgeber durch neu geschaffenes Recht revidiert und damit auch die Position des Gerichts geschwächt wird.⁶³ Mehr noch als für den U.S. Supreme Court galt für den EuGH, dass er in dieser Hinsicht besondere institutionelle Vorteile auf seiner Seite hatte und weiterhin hat. Dies entbehrt nicht einer gewissen Ironie. Gerade weil die Mitgliedstaaten – jeder für sich – trotz der durchaus gewollten Übertragung von partiellen Souveränitätsrechten auf die europäische Ebene den Gang der Entwicklungen unter ihrer ultimativen Kontrolle behalten wollten und deshalb vor allem bei den ihre nationalen Interessen besonders berührenden Bereichen nicht auf ihr Vetorecht bei der Schaffung neuen Rechts verzichteten, konnte der EuGH als jene Institution, die bei der Entscheidungsfindung nicht

61 Andrew Moravcsik, »Negotiating the Single European Act: National Interest and Conventional Statecraft in the European Community« in: *International Organization* 45 (1991), S. 651–688; ders., *The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, London 1998.

62 Wolfgang Wessels, »Staat und (westeuropäische) Integration. Die Fusionsthese« in: Michael Kreile (Hg.): *Die Integration Europas*, PVS-Sonderheft 23 (1992), S. 36–61; ders., »An Ever Closer Fusion? A Dynamic Macropolitical View on Integration Processes«, in: *Journal of Common Market Studies* 26 (1997), S. 267–299.

63 Kelemen, *Eurolegalism and Democracy*, aaO. (FN 8), S. 58.

auf mühsam ausgehandelte politische Kompromisse zurückgreifen muss, besonders profitieren.⁶⁴ Gerade das Beharren der Mitgliedstaaten auf ihren Souveränitäts- und Kontrollrechten führte daher zu deren sukzessiven Verlust.

Indem die Mitgliedstaaten einem Ministerrat, der vor allem während der Zeit des Luxemburger Kompromisses vollständig abhängig von der Einstimmigkeit seiner Mitglieder und daher oft handlungsunfähig war, ein Gericht mit weit reichender Autonomie und Interpretationsmacht zur Seite stellten, haben sie ihre eigene Kontrollmacht wirkungsvoll unterlaufen. Gleichzeitig blieb jedoch von Anfang an generell unbestritten, dass eine oberste gerichtliche Streitschlichtungsinstanz zur Lösung funktionaler Probleme nach wie vor benötigt wird, so dass vereinzelte Kritik an bestimmten gerichtlichen Entscheidungen kaum in effektive Institutionenkritik umschlagen konnte. Doch einmal eingesetzt, sind durch den EuGH pfadabhängige Entwicklungen in Gang gesetzt worden, die kaum antizipiert und noch weniger politisch gewollt gewesen sein konnten. Die Mitgliedstaaten der EGKS haben den EuGH ursprünglich hauptsächlich als juristisches Kontrollinstrument gegen die Hohe Behörde eingesetzt⁶⁵ und dabei ganz sicher nicht im Sinn gehabt, dass das Gericht seine Kontrollinstrumente später auch und vor allem gegen die Mitgliedstaaten einsetzen würde. Tatsächlich hatte der Gerichtshof der EGKS zwar zu Beginn vor allem über Klagen gegen die Hohe Behörde zu befinden,⁶⁶ nutzte aber – nachdem er hinsichtlich seiner kompetenziellen Ausstattung unverändert für die EWG übernommen wurde – in der Folge dann seine Rechtsprechungsbefugnisse auch gegenüber seinen »Prinzipalen«, den Mitgliedstaaten.

Hierbei gereichten und gereichen noch immer institutionelle Besonderheiten des EU-Governance-Systems dem EuGH zum Vorteil. Durch die Verträge von 1951 (EGKS-Vertrag), 1957 (EWG-Vertrag, EAG-Vertrag), 1986 (EEA) und 1992 (EU-Vertrag) wurde ihren Institutionen immer weiter reichende exekutive, legislative und judikative Kompetenzen erteilt: »Moreover, these institutional reforms have produced a highly-evolved system of rules and procedures governing how these powers are exercised by the EU institutions. In fact, the EU probably has the most formalized and complex set of decision-making rules of any political system of the world.«⁶⁷ Die in dem neu geschaffenen und sich dynamisch weiterentwickelnden politischen System unausweichlichen Machtkämpfe sollten wie in allen modernen Demokratien der Welt auch durch das Prinzip der Gewaltenteilung domestiziert und rationalisiert werden. Gewaltenteilung hat die Funktion der Begrenzung von Macht – aber wie dies genau geschieht, hängt in entscheidendem Maße vom institutionellen Gesamtarrangement ab. Dieses ist, bei aller Vergleichbarkeit

64 Vgl. hierzu die noch immer unübetroffene Analyse von Joseph Weiler, »The Community System. The Dual Character of Supranationalism« in: *Yearbook of European Law* I (1981), S. 257–306.

65 Vgl. ausführlich hierzu Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford 2001.

66 Vgl. Stuart A. Scheingold, *The Rule of Law in European Integration*, Yale 1965.

67 Hix, *The Political System of the European Union*, aaO. (FN 52), S. 3.

mit anderen politischen Systemen,⁶⁸ in der EU tatsächlich durchaus etwas eigenartig. Von Anfang an herrschte auch im Gemeinschaftssystem Gewaltenteilung – jedoch weniger zwischen den Gewalten auf der höchsten, d.h. hier supranationalen europäischen Ebene, sondern innerhalb der Gewalten zwischen mitgliedstaatlichen Akteuren einerseits und supranationalen Akteuren andererseits. Im folgenden Schaubild wird dies anschaulich gemacht:

Schaubild: Europäische Gewaltenteilung

		Gewaltenteilung zwischen supranationalen und intergouvernementalen Institutionen		
		Supranational	Intergouvernemental	
Gewaltenteilung zwischen EU-»Gewalten«	Exekutive	Kommission	Ministerrat (COREPER)	Europäischer Rat mit Sonderfunktion als strategischer Agenda-Setter, auch legislativ tätig.
		Komitologie-Ausschüsse		
	Legislative	(Kommission), Parlament	Ministerrat	
	Judikative	EuGH	Kein EU-Organ als »Gegengewalt« Nationale Gerichte über Art. 267 AEUV (ex-Artikel 234 EGV) eingesetzt vom EuGH als »Gemeinschaftsgerichte« (»Agenten«).	

In diesem eigentümlichen System der Gewaltenteilung fällt zunächst auf, dass die in einem demokratischen politischen System übliche Gewaltenteilung auf horizontaler Ebene zwischen Exekutive, Legislative und Judikative durch eine andere Form der Gewaltenteilung ergänzt und überlagert wird – supranationale und intergouvernementale Akteure/Organe balancieren sich innerhalb der Gewalten aus. So wie das Regierungsgeschäft in einer gewaltenteiligen Demokratie wie in den USA gemäß dem Grundsatz »separated

68 Simon Hix, »The Study of European Community: The Challenge to Comparative Politics« in: *West European Politics* 17 (1994), S. 1-30; ders., »CP, IR and the EU! A Response to Hurrel and Menon« in: *West European Politics* 19, 1996, S. 802-804; Wilhelm Knelangen, »Ist die Europäische Union ein Fall für die Vergleichende Regierungslehre?« in: Johannes Varwick / Wilhelm Knelangen (Hg.), *Neues Europa – alte EU? Fragen an den europäischen Integrationsprozess*, Opladen 2004, S. 113-131.

institutions sharing powers«⁶⁹ nur funktionieren kann, wenn die von einander separierten Gewalten vertrauensvoll zusammenarbeiten, kann in der europäischen Integrationsgemeinschaft nur effektiv regiert werden, wenn *innerhalb* der jeweiligen Gewalten supranationale und intergouvernementale Akteure kooperieren – so sehr sind intergouvernementaler und supranationaler Integrationsmodus miteinander verquickt.⁷⁰ Mit einer gewissen Berechtigung kann unter Verweis auf das Konzept der EU als Mehrebenensystem von *vertikaler* Gewaltenteilung gesprochen werden, weil zwei Regierungsebenen bei der Implementierung europäischer Politiken miteinander kooperieren müssen: Exekutive Tätigkeiten teilt sich die Kommission mit den Mitgliedstaaten, deren Regierungen und Verwaltungen. Diese Kooperation – bzw. »Fusion«⁷¹ – ist durch die Institutionalisierung der gemischt besetzten Komitologie-Ausschüsse auf europäischer Ebene zum festen Bestandteil des EU-Governance-Systems geworden.⁷² Die Umsetzung und Implementierung von europäischen Rechtsakten kann also nur funktionieren, wenn die mitgliedstaatlichen Instanzen – Regierungen, Parlamente, Verwaltungen – mit der Kommission kooperieren. Umgekehrt kann die Implementierung europäischer Politiken nicht ohne die Kommission erfolgen, da diese als »Hüterin der Verträge« über die einheitliche Umsetzung europäischen Rechts wacht und Verstöße sanktionieren kann.

Die Legislative ist ebenfalls in hohem Maße durch (horizontale und vertikale) Gewaltenteilung zwischen supranationalen und intergouvernementalen Akteuren gekennzeichnet. Basierend auf strategischen Leitlinien durch den Europäischen Rat kann die europäische Gesetzgebung im Regelfall nur in Gang kommen, wenn die Kommission dem Ministerrat und dem Europäischen Parlament einen Gesetzgebungsvorschlag unterbreitet. Auf diese Weise wird im Bereich der Legislative auf *horizontaler* Ebene für eine hinreichende Ausbalancierung originär supranationaler Interessen auf der einen und mitgliedstaatlicher Präferenzen auf der anderen Seite gesorgt. Ohne eine intensive Abgleichung und das so genannte »upgrading«⁷³ der unterschiedlichen Interessen kann kein europäisches Recht geschaffen werden. Daher bindet die Kommission schon in der Vorbereitungsphase die mitgliedstaatlichen Akteure intensiv in die Arbeiten der Vorschlagsformulierung ein und versucht auch noch in der vom Rat dominierten Phase der Gesetzgebung zwischen unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Interessen zu vermitteln. Auffällig ist hierbei, dass das Europäische Parlament und die Kommission, die als supranationale Organe wichtige institutionelle Eigeninteressen miteinander teilen, häufig als Alliierte gegen den Rat agieren.⁷⁴ In den Aushandlungsprozessen zwischen Rat und

69 Richard E. Neustadt, *Presidential Power: The Politics of Leadership*, New York, S. 33.

70 Frank Decker, »Demokratie und Demokratisierung jenseits des Nationalstaats. Das Beispiel der Europäischen Union«, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 10 (2000), S. 585–629, S. 601.

71 Wessels, Staat und (westeuropäische) Integration, a.a.O. (FN 62); ders., »An Ever Closer Fusion? A Dynamic Macropolitical View on Integration Processes« in: *Journal of Common Market Studies* 26 (1997), S. 267–299.

72 Christian Joerges / Jürgen Neyer, »From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process: The Constitutionalisation of Comitology« in: *European Law Journal* 3 (1997), S. 373–399.

73 Lisbeth Hooghe, *The European Commission and the Integration of Europe*, Cambridge 2001.

74 Hix, The Political System of the European Union, aa.O. (FN 52), S. 47.

Parlament im Rahmen der Mitentscheidung ist die Kommission jedoch oft nicht mehr entscheidend beteiligt.⁷⁵ Vertikale Gewaltenteilung existiert in der legislativen Gewalt noch dadurch, dass bei den so genannten Richtlinien der europäische Gesetzgeber auf die Kooperationsbereitschaft der nationalen Regierungen und Parlamente angewiesen ist, weil letztere die europarechtlichen Vorgaben legislativ umsetzen müssen.⁷⁶

Während bei Exekutive und Legislative von einer hochgradigen Gewaltenteilung innerhalb der beiden Gewalten gesprochen werden kann (»Intra-Gewalten-Gewaltenteilung«), zeigt sich mit Blick auf die Judikative ein komplett anderes Bild. Innerhalb der Judikative gibt es auf europäischer Ebene keine »intergouvernementale« Gegengewalt zum supranationalen EuGH und damit auch keine institutionellen Anreize, die eine ausbalancierte Rechtsprechung begünstigen würde. Dass es dazu kommen konnte, ist recht einfach zu erklären. Folgt man einer traditionellen Auffassung zur Funktion der Judikative als »least dangerous branch of government«, so ist den Gemeinschaftsgründern die Notwendigkeit institutioneller Gegengewalten zum EuGH wohl kaum in den Sinn gekommen, zumal die besondere Funktion der Rechtsprechung nur erfüllt werden kann, wenn richterliche Entscheidungen nicht auf den in der Politik dominierenden Entscheidungsmodi des *Verhandelns* und der Durchsetzung subjektiver Interessen basieren, sondern allein auf dem objektiv gegebenen Recht, das nach allen Regeln der richterlichen *Deliberation* auszulegen ist. Dass der EuGH ein machtvoller Mitspieler in der Europapolitik werden könnte, haben die mitgliedstaatlichen Regierungen damals nicht ahnen können, zumal sie als »Herren der Verträge« glaubten, alle politische Macht im Rat weiterhin in ihren Händen zu behalten und über den Verlauf der Integration selbst entscheiden zu können. Im politischen System der EU mit seiner eigentümlichen Gewaltenteilung standen sie aber mit der einzigen rein intergouvernementalen Institution des Rats oft genug »allein gegen drei« – vor allem bei verfassungspolitischen Konflikten, in denen es im Kern darum ging, ob durch Zügelung der Integrationsdynamik die Autonomie der Mitgliedstaaten vor unverhältnismäßigen Kompetenztransfers zugunsten der Gemeinschaft geschützt werden müsste, oder aber ob sich das Integrationsunternehmen noch stärker in Richtung eines von den supranationalen Institutionen EuGH, Kommission und Parlament präferierten eigenständigen supranationalen Gebildes bewegen sollte, das zunehmend Autonomie gegenüber den mitgliedstaatlichen Autoritäten genießt.⁷⁷ In der Gewissheit, in dieser grundsätzlichen Frage zwei prinzipielle Verbündete an seiner Seite zu haben, entschied sich der EuGH wenig überraschend meistens für die zweite Option.

75 Henry Farrell / Adrienne Héritier, *Interorganizational Cooperation and Intraorganizational Power: Early Agreements under Codecision and their Impact on the Parliament and the Council*, Preprint aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2002.

76 Decker, Demokratie und Demokratisierung jenseits des Nationalstaats, aaO. (FN 70), S. 615.

77 Aus der Fülle an Entscheidungen, die der EuGH zugunsten seiner supranationalen Verbündeten Kommission und Parlament getroffen hat, seien nur zwei wichtige herausgegriffen: Im Fall *Roquette Frères-Isoglucose* (C-138/79) stärkten die Richter auf Basis des von ihnen selbst entwickelten Prinzips des »institutionellen Gleichgewichts« die Beteiligungsrechte des Parlaments; in einem anderen Fall (*Transparenz-Richtlinie*, C-188 bis C-190/80 (1982)) weitete das Gericht die eigenständigen Rechtsetzungsbefugnisse der Kommission aus.

Der von den US-Verfassungsvätern antizipierte und vom Gericht zu lösende Konflikt zwischen verschiedenen Gewalten findet damit in dem eigentümlichen EU-System der Gewaltenteilung ebenfalls statt, aber in einer Art und Weise, die den EuGH letztlich begünstigt: Die wichtigste Konfrontationslinie verläuft *vertikal* zwischen supranationalen und intergouvernementalen Akteuren bzw. »Gewalten«. *Horizontale* Konflikte zwischen der auf der supranationalen Ebene angesiedelten Judikative (EuGH), Legislative (EP) und Exekutive (Kommission) sind meist weit schwächer ausgeprägt als deren gemeinsames Interesse als »engines of integration«⁷⁸ an der Durchsetzung und Ausweitung des Prinzips der Supranationalität gegen die Mitgliedstaaten. Es kommt hinzu, dass der EuGH vor allem niedrigrangigere nationale Gerichte davon überzeugen konnte, ihm im Rahmen der Vorabentscheidung als »Gemeinschaftsgerichte« zuzuarbeiten.⁷⁹ Eben dies spielte dem EuGH besonders in die Hände – und eben dies dürfte eine von den Mitgliedstaaten eher unerwartete Folge der Dynamik der institutionellen Entwicklung innerhalb der von ihnen gegründeten Gemeinschaft gewesen sein.

4. Schlussbemerkung

Der EuGH muss nicht befürchten, dass seine Entscheidungen, mögen sie im Einzelnen noch so umstritten sein, vom Gemeinschaftsgesetzgeber boykottiert oder gar revidiert werden. Alleine dieses Faktum mag z.T. erklären, warum sich diese supranationale Institution zu einem machtvollen Verfassungsgericht der EU entwickeln konnte. Vollends erklärbar wird die Stellung des EuGH jedoch nur, wenn die eigentümliche Gewaltenteilung der EU in den Blick genommen wird. Während die legislative und exekutive Gewalt der EU-Rechtsgemeinschaft jeweils in sich geteilt und ausbalanciert werden durch supranationale Institutionen auf der einen und intergouvernementale Kontrollmechanismen auf der anderen Seite, muss sich die Judikative mit dem EuGH an ihrer Spitze nicht mit intergouvernemental orientierten Akteuren und Institutionen auseinandersetzen. Dies hat zur Konsequenz, dass im EU-System kaum Anreize bestehen, die den EuGH zu einer moderateren Rechtsprechung veranlassen könnten. Um es noch einfacher auszudrücken: Die europäischen *checks and balances* hören dort auf, wo die judizielle Governance beginnt.

Manch einem Wissenschaftler des öffentlichen und europäischen Rechts mag dies bereits aufgefallen sein, doch sie können diese Konstellation, die nicht zuletzt zu einer Disbalance europäischer Governance zwischen negativer und positiver Integration führt,⁸⁰ nicht erklären und ziehen hieraus demzufolge auch falsche normative Schlüsse. Udo di Fabio und Roman Herzog (ehemaliger Präsident Deutschlands sowie des Bundesverfassungsgerichts) haben beispielsweise vorgeschlagen, auf EU-Ebene ein Kompe-

78 Mark A. Pollack, *The Engines of European Integration. Delegation*, Oxford 2003.

79 Vgl. Gil Carlos Iglesias, »Verfassungsgerichte als Gemeinschaftsgerichte«, in: Ludwig K. Adamowich / Bernd C. Funk, *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen*, Wien 2002, S. 681–692.

80 Vgl. hierzu Scharpf, *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, aaO. (FN 31).

tenzgericht des ›Staatenverbunds‹ einzurichten, das hälftig mit europäischen Richtern und nationalen Verfassungsrichtern bestellt werden sollte.⁸¹ Dieses Gericht solle, so diese Autoren, über alle Fälle von Verfassungsrang entscheiden, insbesondere über Kompetenzstreitigkeiten zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten. Offensichtlich würde ein solches gemischt besetztes höchstes Gericht durchaus der Logik der hier aufgezeigten EU-spezifischen Gewaltenteilung innerhalb der anderen beiden Gewalten zwischen supranationalen und intergouvernementalen Akteuren entsprechen. Unglücklicherweise sprechen viele überzeugende Argumente gegen einen solchen ›court packing plan‹.⁸² Alleine die Tatsache, dass jede vor dem EuGH unterlegene Partei versuchen würde, dieses spezielle Kompetenzgericht anzurufen, weil gerade die EuGH-Judikatur häufiger im Verdacht steht, Kompetenzgrenzen zu verletzen, spricht dagegen. Während das Kompetenzgericht sich so zu einem höchsten Berufungsgericht entwickeln würde, müsste der EuGH zu einem rangniedrigeren Gericht degradiert werden. Unter diesen Umständen müssten die EuGH-Richterinnen und Richter in ihrer Rechtsprechung ein anschließendes Veto des Kompetenzgerichts immer antizipieren – ihre Rechtsprechungsautonomie wäre derart erheblichen Einschränkungen unterworfen, dass diese Institution in der Gefahr stünde, sinnlos und somit überflüssig zu werden. Da die politische Umsetzung eines solchen Vorschlags völlig unwahrscheinlich ist, bleiben die institutionellen Bedingungen bis auf Weiteres sehr vorteilhaft für ein ambitioniertes supranationales Gericht wie den EuGH. Lediglich die nationalen Verfassungsgerichte könnten sich zukünftig häufiger veranlasst sehen, dem Treiben Luxemburgs Einhalt zu gebieten, wie gerade die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anzeigt.⁸³ Aber ist es nicht ironisch und beruhigend zugleich, dass lediglich die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit als die ›schwächste der staatlichen Gewalten‹ geeignet ist, überambitionierte judizielle EU Governance gegebenenfalls in die Schranken zu weisen?

Zusammenfassung

Die Macht des EuGH wird kaum noch bestritten – aber in der Frage, wie diese Macht zu erklären ist, besteht Uneinigkeit. Auf die allgemeine Funktion von Verfassungs- und Höchstgerichten abstellende Erklärungen reichen nicht aus, um zu verstehen, wie der supranationale EuGH seine enorme Autorität gewinnen, beibehalten und sogar noch ausbauen konnte. In diesem Beitrag möchte ich daher eine alternative, historisch-institutionalistisch gewonnene Erklärung zur Diskussion stellen: Die Macht des EuGH ist

81 Udo Di Fabio, »Some Remarks on the Allocations of Competences between the European Union and its Member States« in: *Common Market Law Review* 39 (2002), S. 1289-1301, S. 1289; Roman Herzog / Lüder Gerken, »Stop the European Court of Justice« in: *euobserver* vom 10. September 2008, verfügbar unter <http://euobserver.com/9/26714/?k=1> (letzter Zugriff 13.12.2012).

82 Franz C. Mayer, *Competences Reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU after the New European Constitution*, WHI Paper, Walter Hallstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Berlin 2004.

83 BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 (*Lissabon-Urteil*).

letztlich die nicht-intendierte Konsequenz des EU-spezifischen Systems der *checks and balances*, für das sich die Gründerstaaten der Europäischen Gemeinschaft von Beginn an entschieden haben. Das institutionelle *set-up* bezüglich der Art und Weise, wie sich die europäischen »Gewalten« wechselseitig in Schach zu halten haben, entwickelte sich pfadabhängig, hat sich in seiner Grundkonstellation bis heute nicht geändert und kann schließlich auch zukünftig kaum verändert werden. Nach wie vor bietet daher das institutionelle Arrangement der EU einem ambitionierten Gericht mit starken pro-integrationistischen Präferenzen vorzügliche Bedingungen. Um mein Argument zu entwickeln, rekapituliere ich zunächst die zwei miteinander konkurrierenden Standarderklärungen zur Macht des EuGH – den neofunktionalistischen sowie den intergouvernementalistischen Ansatz. Bei der Gegenüberstellung zeigt sich, dass das Kernproblem, das diese beiden Ansätze entzweit, die Frage ist, ob der EuGH unter der glaubwürdigen Drohung operiert, dass seine Entscheidungen durch die Politik revidiert werden könnten oder nicht. Im zweiten Schritt diskutiere ich das Verhältnis zwischen der Doktrin der Gewaltenteilung im Sinne der *checks and balances* und der Rolle von Verfassungsgerichten in herkömmlichen nationalen Verfassungsstaaten, bevor ich dieses Verhältnis im supranationalen Governance-System der EU genauer analysiere. Abschließend will ich zeigen, dass mein *checks and balances*-Ansatz in Verbindung mit einigen der Prämissen beider integrationstheoretischer Ansätze am besten erklären kann, warum der EuGH so mächtig werden konnte.

Summary

The fact that the ECJ is a powerful institution may be uncontested, but how it is to be explained? Of course, general functional requirements Highest and Constitutional Courts have to fulfill do not explain the whole success story of the enormous authority the supranational court enjoys. In this article I will therefore present a rather unorthodox historical-institutionalist explanation: I argue that the power of the ECJ is a non-intended consequence of a very unique system of checks and balances for which the founding fathers of the Union set the course at the outset of the integration project. This institutional *set-up* regarding the way the powers are separated within the Union not only developed in a path-dependant way, it basically still exists today and is difficult to change. Therefore, the institutional arrangement of the European Union still provides favorable conditions for an ambitious Court with a consistent preference for promoting deeper European integration. Like no other highest court in the world of western democracies, the ECJ is able to benefit from these special conditions that are singularly characteristic, at least in degree, of the European Union. In developing my argument, I will first revisit the two competing standard explanations for the Court's power – neofunctionalism and intergovernmentalism. As I will show, the core question that divides these two approaches is whether the Court acts under the credible threat of non-compliance and override. Secondly, I will discuss the relation between the balances of power doctrine and the role of highest and constitutional courts in *national* constitutional democracies

before I analyze this relationship within the *supranational* political system of the European Union. Finally, I will show that this ›checks and balances approach‹, in combination with some of the premises of both intergovernmentalism and neofunctionalism, can best explain why the European Court is such a powerful one.

Marcus Höreth, Unrestrained, but unperilous? The European Court of Justice in the EU system of checks and balances

Die Grenzen der Vetospielertheorie



Vetospiele in territorialen Verfassungsreformen

Britische Devolution und französische Dezentralisierung im Vergleich

Von Andrea Fischer-Hotzel

2013, 163 S., brosch., 29,- €

ISBN 978-3-8487-0021-9

(Comparative Politics – Vergleichende Politikwissenschaft, Bd. 2)

Diese Studie untersucht die Frage, warum die britische Devolution 1998 und die französischen Dezentralisierungsreform 2003 trotz idealer Reformbedingungen andere Ergebnisse aufwiesen als von den beteiligten Vetospielern ursprünglich gewollt. Dabei werden zentrale Konzepte der Vetospielertheorie kritisch hinterfragt und weiterentwickelt.

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37.
Portofreie Buch-Bestellungen unter
www.nomos-shop.de/20072



Nomos