

DEMOKRATIEINTERPRETIERUNG AUF DER EBENE DER EU UND DIE RECHTSSCHÖPFENDE TÄTIGKEIT VON EUGH

HEGEDŐS, Soma¹⁸

Einleitung

A: Die Zielsetzung der Untersuchung

Eine Kardinalkritik in Bezug auf die Funktionsweise der EU ist, dass die EU eine „antidemokratische“ Institution sei, sowie, dass die Bürgerschaft der Mitgliedstaaten ihre Entscheidungen kaum beeinflussen kann. Von diesem kritischen Aspekt - als Leitfrage - ausgehend wird die Beziehung zwischen Demokratie und der EU unten – umfassend - untersucht. Eine zentrale – aber nicht alleinige – Aspekt dieser Untersuchung ist die genaue Betrachtung des Status und der Kompetenzen des EuGH und zwar vor allem aus zweierlei Gründen: Zum einen ist ein entscheidender Punkt der Kritiken die rechtsschöpfende Tätigkeit des EuGH seit den Sechzigern bis heute ohne ausreichende (demokratische) Legitimation. Zum anderen kann man mit der Prüfung seiner rechtsfortbildenden Tätigkeit und seinen zur Rechtsschöpfung führenden Urteilsfeststellungen auch die Problematik der Demokratie und der EU im Zeitalter der Globalisierung besser begreifen. In den ersten zwei Kapiteln werden – teilweise fokussierend auf die Probleme der wirtschaftlichen Globalisierung und Integration - noch weitere spezielle Demokratiedilemmata dargestellt, damit man über die Legitimation der Funktionsweise der EU ein vollständigeres Bild bekommen und weitere Prüfschritte zur Untersuchung der Demokratieproblematik der EU unternehmen kann.

B. Die Grundzüge der Demokratie-Interpretierung in der modernen Staatstheorie

Zahlreiche moderne Theoretiker - beispielsweise der ungarische Gyula Moór¹⁹ - sehen die Demokratie nicht nur als einen bloßen politikwissenschaftlichen Begriff, oder eine Organisationsmethode von Gewalt an, sondern als einen komplexeren Ausdruck, der auch die gesamtgesellschaftlichen Beziehungen erklären kann. Die Theorien, die sich auf den pluralistischen Charakter der Gesellschaften und des politischen Spektrum bzw. auf die Elitebildung fokussieren, haben auf viele kritische Punkte hingewiesen und in vielen Fällen die Durchführbarkeit der Demokratie infragegestellt. Nach ihren Thesen werden gewisse enge

¹⁸ Jurist, Masterstudent an der Universität zu Köln (Staatsrecht mit Bezügen zum Europa-, und Völkerrecht

¹⁹ Vgl. Gyula Moór: A demokrácia örvényei. In: Erdei-Fischer-Horváth: A demokrácia. Egyetemi Nyomda, Budapest, 1945, s. 96. ff.



Elitegruppierungen – früher oder später – unmittelbaren Einfluss auf die politischen Entscheidungen haben. Hier ist die Demokratie-Vorstellung von Joseph Schumpeter zu erwähnen, in deren Mittelpunkt der Konkurrenzkampf und der marktwirtschaftliche Wettbewerb stehen. Schumpeter sieht das von den Elitetheorien beleuchtete Problem darin so aufgelöst, dass die um die politische Macht kämpfenden Eliten auch für die Voten der Einzelnen kämpfen müssen. Und die Individuen können eben durch diesen um ihre Voten durchgeführten Wettbewerb („Konkurrenzkampf“) Einfluss auf das öffentlichen Leben erwerben.²⁰ Hans Kelsen hat es so gehalten, dass diese Konfrontation der Gerichte sowohl gegenüber der Gesetzgebung als auch gegenüber der Regierung nicht stichhaltig sei. Die strenge Trennung der Gewalten schränkt eben die Erfüllbarkeit des Volkswillens ein.²¹ Laut Giovanni Sartori sollte die Volksherrschaft nach wie vor im Fokus einer demokratischen Staatsorganisation stehen. D. h., man muss auf solche Fragen eine sinnvolle Antwort geben, wie: Was ist ein Volk überhaupt und wie kann das Volk den entscheidenden Einfluss auf die Herrschaft behalten?²² In der Auffassung von Jürgen Habermas kann die Lösung dieser Probleme durch die Institution eines Parlaments verwirklicht werden.²³ In der Demokratie-Interpretation von Habermas ist wesentlich, dass die zivile Gesellschaft eine tatsächliche Kontrolle über die politische Sphäre und Verwaltung ausübt und das Parlament – als Teil der Zivilgesellschaft - eine zentrale Rolle in diesem Kontrollmechanismus spielt.

Diese oben genannten Beispiele zeigen, dass ein lebhafter Diskurs über die Interpretationsmöglichkeit und die Durchführbarkeit von Demokratie stattgefunden hat. Das „Sortiment“ der Vorstellungen über die institutionelle Realisation der Demokratie „reicht von rousseauistischen über elitenbezogene und pluralistische sowie partizipationsorientierte Demokratiemodelle bis hin zu den Spielarten marxistischer Staatstheorie“, allerdings darf das Erfordernis der Demokratie nicht ins „staatstheoretische Ungewisse führen“ – stellt Winfried Veil fest.²⁴ Daraus folgt die Frage, was jene festen Gedankengrundlagen sind, aus denen ein demokratisches Institutionsgefüge konfiguriert werden kann, das auch über rechtliche Bindekraft verfügt. Laut Veil ist ein entscheidender Punkt, dass das Volk „der Träger der Herrschaft“ sein und bleiben solle. Zwar kann das Volk – technisch – tatsächlich nur durch Institutionen die Herrschaft ausüben aber die Tätigkeiten und die Beschlüsse dieser Institutionen müssen in irgendeiner Weise auf das Volk zurückgeführt werden. „Der Grundsatz der Volkssouveränität schreibt also nicht eine ganz bestimmte Ausgestaltung der Staatsorganisation vor. Vielmehr sind die legitimationsstiftenden Komponenten Bausteine, die in ihrer

²⁰ Vgl. Schumpeter, Joseph A.: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie. A. Francke Verlag, Tübingen, 2018. S. 365. ff.

²¹ Ehs, Tamara: Die neue Machtverteilung. Von der Demo- zur Juristokratie? In.: Momentum Quartely – Zeitschrift für sozialen Fortschritt, 2012/4., S. 237.

²² Vgl. Sartori, Giovanni: Demokratietheorie. Wissenschaftliche Buchg., Darmstadt, 1992. 16. ff.

²³ Vgl. Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992. S. 430. ff.

²⁴ Veil, Winfried: Volkssouveränität und Völkersouveränität in der EU. Nomos, Baden-Baden, 2007., 43.

Zusammensetzung variiert werden können, solange ein Mindestlegitimationsniveau nicht unterschritten wird.“ – schreibt Veil. Also ist das wichtigste innere Prinzip der modernen Verfassungsdemokratie die Volkssouveränität, ergänzend mit der Auffassung über den Gesellschaftsvertrag, die Legitimation der Herrschaft, die Volksvertretung und die Gewaltenteilung, die miteinander in einen engen Zusammenhang gestellt werden können. Die Grundlage dieses Gefüges ist das Individuum, das auf die von Natur aus gegebene Freiheit verzichtet, um – durch die Wirkungskraft des Gesellschaftsvertrages – bürgerliche Freiheiten bekommen zu können. Auf diesen bürgerliche Freiheit besitzenden Individuen wird der Staat aufgrund ihrer Selbstbestimmung und Selbstverwaltung errichtet. Das herausragende Moment der Selbstbestimmung und Selbstverwaltung ist die Gesetzgebung.

Die Gesetzgebung ist nicht nur wegen ihres Ergebnisses d. h. wegen der Entscheidung bzw. der Urteile wesentlich. Immanenterweise präsentiert sie die Freiheit und Gleichheit der Individuen. Obgleich die Individuen wirklich nicht gleich sind, aber ihre Stellungnahmen, die sie im Laufe des Entscheidungsfindungsprozesses eingenommen haben, d.h durch die Institution des Wählens macht sie doch gleich. Die praktische Art der Entscheidungsfindung ist das Mehrheitsprinzip, sowie seine Varianten (qualifizierte mehrheitliche Quoten).²⁵ Das Mehrheitsprinzip „bietet die größte Chance, dass die Auffassungen möglichst vieler auch zur Geltung kommen und auch die verhältnismäßig größte Wahrscheinlichkeit für Vernunft und Gerechtigkeit.“ – schreibt Veil.²⁶

Allerdings ist ein wichtiger, praktischer Aspekt, dass die Gesetzgebung in den parlamentarischen, repräsentativen Demokratien durch die Parlamente geschehen kann. Die Einzelnen nehmen – zumindest in den meisten Fällen – nicht unmittelbar an der Gesetzgebung teil, sondern an der Auswahl der Akteure der Legislative. Mit der Formulierung von Veil hält man die liberal-demokratischen Theorien über die Legitimation der Wahlen für „den legitimierenden Urschöpferakt“. Im Endeffekt ist es der Siedepunkt der Volkssouveränität. Veil sieht die Relevanz des Parlamentes darin, dass es zum einen das Ergebnis des Schöpferakts des Einzelnen (Legitimationsobjekt), zum anderen das Fundament aller sonstigen staatlichen Institutionen und Rechtsnormen ist (Legitimationssubjekt). Letztere stammt aus den ihren allgemeinen Kompetenzen folgenden Wahl-, Kontroll-, und Rechtsetzungsbefugnissen der Parlamente. Trotzdem sind die Parlamentswahlen und das Stimmrecht des Einzelnen kein solches Mittel, das die Demokratie allein abzusichern vermag.²⁷

²⁵ Vgl. dazu Veil a.a.O., S. 45. ff. und 62 ff.

²⁶ Veil a.a.O., 50.

²⁷ Vgl. dazu Veil a.a.o., S. 127. ff.

Demokratiedilemma auf der Ebene der EU

A. *Das Europäische Parlament und die europäischen Völker*

Veil – die Situation vor dem in Kraft treten der Lissabon-Verträge prüfend – sieht das so, dass die Realisierung der Demokratie auf EU-Ebene unter den heutigen gesellschaftlichen und politischen Umständen keineswegs möglich sei. Genauer gesagt, zweifelt er daran, ob überhaupt die Möglichkeit eines richtigen europäischen repräsentativen Systems vorliegen könne. „(...) findet demokratische Repräsentation durch das Europäische Parlament nicht statt. Repräsentation erfordert nämlich mehr als die bloße Anwendung parlamentarischer Mehrheitsregeln.“²⁸ Das Problem besteht einerseits im Mangel an einem europäischen „Demos“, andererseits ist auch das Europäische Parlament nicht dazu geeignet, das Demos zu repräsentieren. Die europäischen Völker sind nicht einheitlich, weder kulturell, noch sprachlich noch politisch, so kann der Diskurs, der zum Funktionieren der Demokratie unabdingbar notwendig ist, nicht stattfinden. Es fehlt im Wesentlichen an der zur demokratischen Meinungsbildung wichtigen „Bühne“, zur Diskussion der Angelegenheiten auf Unionsebene. Die Spannung zwischen dem Europäischen Parlament und der Demokratie entsteht dadurch, dass die Kompetenzen des Europäischen Parlaments sehr begrenzt innerhalb der EU sind. Aus diesem Grund kann das EP, den vom Demos durch die Wahlen ausgedrückten Volkswillen nur eingeschränkt zur Geltung bringen.

Das andere grundlegende Problem ist der Verlauf der Europawahlen. Das Ergebnis der Stimmabgabe spiegelt mehr die inneren Beziehungen der einzelnen Staaten, den Zustand „Regierung-Opposition“ – wieder, als das Ergebnis jener gesellschaftlichen-politischen Dispute, die über die gemeinsamen „europäischen“ Themen stattgefunden hätten – erörtert Veil.²⁹ Ein weiteres Dilemma ist die demokratische Legitimation der Institutionen und Handlungen der EU, genauer gesagt deren Mangels an Legitimation. Da die Subjekte des Völkerrechtes in erster Linie die Staaten sind und die demokratische Legitimation von den von Völkern begründeten Staaten abgeleitet werden kann, soll die EU als spezieller sui generis Staatenverbund eine Parallelität zwischen ihren Handlungen und dem Volkswillen aufweisen. Allerdings kann diese Parallelität in Bezug auf alle Hauptorgane der EU nur schwach oder gar nicht nachgewiesen werden, meine Veil. Zwar stellt Veil fest, dass die demokratische Legitimation nicht eine „Alles oder Nichts“ Frage sei, vielmehr eine „mehr oder weniger“ Relation, trotzdem bestreitet er, ob überhaupt der akzeptable Mindestgrad der Legitimation jeglicher EU-Organe noch vorhanden sei.³⁰ Umsonst kann man die institutionellen Grundlagen der EU mit völkerrechtlichen Verträgen, sowie Volksabstimmungen

²⁸ Veil a.a.o., S 157.

²⁹ Vgl. dazu Veil a.a.O., S. 133. ff.

³⁰ Vgl. dazu Veil a.a.O., S. 272 ff.

legitimieren, wenn die vertraglichen Fundamente nicht mehr mit dem tatsächlichen politischen Betrieb der EU vereinbart werden können. „Das von den Gemeinschaftsverträgen errichtete politische System deckt aber die laufende Willensbildung der Gemeinschaftsorgane in legitimatorischer Hinsicht nicht mehr ab.“ – schreibt Veil.³¹

B. Demokratieverflechtung

Das sogenannte Lissabon-Urteil des deutschen BVerfG hat versucht, auf diese Frage eine Antwort zu geben. Ein Bundestagabgeordneter hat 2008 eine Verfassungsbeschwerde gegen den von Deutschland ratifizierten Vertrag von Lissabon, bzw. das Bundesgesetz zum Vertrag von Lissabon eingereicht. Nach der Verfassungsbeschwerde wird der staatliche Charakter Deutschlands mit dem Vertrag von Lissabon gefährdet, zudem – unter anderem – wurde die Verletzung des Demokratiegebotes und das eigentliche Fehlen der demokratischen Legitimation der EU moniert. Das BVerfG hat in seiner besonders detaillierten Begründung dargelegt, dass auch der Vertrag von Lissabon das Problem des Demokratiedefizites nicht lösen kann. Paradoxerweise wurde zugleich gesagt, dass die EU keine „Demokratie-Fähigkeit“ besitzt und, darüber hinausgehend, darf sie keinen höheren Grad der Demokratie disponieren, als ihre Mitgliedstaaten. Nach Marcus Höreth als eine Folgerung des Urteiles wird die Problematik der sog. Demokratieverflechtung genannt. Laut Begründung bleiben die Subjekte der demokratischen Legitimation weiterhin die Völker der Mitgliedstaaten. Die EU kann von der Legitimation durch die mitgliedstaatlichen parlamentarischen Demokratien nicht abrücken, aus diesem Grund – und aus der Gebundenheit an das deutsche Verfassungsrecht – folgt, dass der Wirkungskreis der mitgliedstaatlichen Parlamente auf keinen Fall vollständig ausgehöhlt werden darf. Nach der Auffassung des deutschen BVerfGes ist die Demokratie ein solches Staatssystem, in dem der Mehrheitswille von den Parlamenten, die durch die auf den gleichen Stimmrechten beruhenden Wahlen gewählt werden, in Form der Gesetzgebung und der Regierungsbildung kontinuierlich zur Geltung kommen kann. Der Rahmen dieses Gefüges wird dadurch gegeben, dass es vor allem ein „Volk“ gibt, sowie eine öffentliche Publizität, die für das Volk die Diskussionen und den Wettbewerb zwischen der Regierung und der Opposition transparent abbilden kann. Das Parlament kommt mit der mehrheitlichen Entscheidung der Wahlen zustande, was vor allem den Wahlwillen des Bürgertums abbildet und die Kapazität hat, den Volkswillen zu offenbaren. Das deutsche BVerfG hat in seiner Demokratieauffassung auf die parlamentarische Souveränität fokussiert und ausgesagt, dass das Institutionssystem der EU diesen Anforderungen nicht entspricht, weil die „außerrechtlichen

³¹ Veil a.a.O., S. 273.

Voraussetzungen“ allzu unterentwickelt sind. Aus diesem Grund kann man die Demokratie auf EU-Ebene nicht mit der nationalstaatlichen Stufe gleichsetzen. – führt Höreth aus.³²

C. Wirtschaftliche Globalisierung und Demokratie

Auch die Machtstrukturen verändern sich mit der Europäisierung der Wirtschaft und der Gesellschaften, wo die Machtausübung zum „Regieren“ wird, das Regieren entterritorialisiert wird, meint Richard Münch. Die Durchführbarkeit der Demokratie erschwert sich mit der Relativierung der Machtausübung über konkretes Gebiet und konkretes Volk. Es gibt im Zentrum der Politik nicht mehr den demokratischen Willen, der sich durch die politischen Dispute ausformt, sondern die Entscheidungen werden vom Wettbewerb, der den Sachverstand besitzenden Fachinstitutionen determiniert. Dementsprechend – nach Münch – vollzieht der EuGH das Programm der europäischen Liberalisierung und Individualisierung, d. h. der Integration, deren zentraler Handlungsbeauftragter er ist.³³ „Die Institutionalisierung des transnationalen europäischen Rechtsraumes ist in erheblichem Umfang das Werk des Europäischen Gerichtshofes.“ – meint Münch.³⁴

Wegen der steigenden Bedeutung der der EU ähnlichen internationalen wirtschaftlichen Kooperationen fragen sich die Wissenschaftler immer mehr über die Möglichkeiten der Durchsetzbarkeit der Demokratie auf internationaler Ebene, „jenseits des Staates“. Drei wichtige Aspekte sind hier von grosser Bedeutung: Der Mangel an einer zentralen Macht (Regierung) und des Parlamentes und die transnationale Transformation des öffentlichen Diskurses. Diese drei Eckpunkte scheinen auch im Bezug auf die demokratische Qualität der EU entscheidend zu sein, die unter den wichtigsten internationalen Zusammenschlüssen – wegen ihrer breiten Aufgabenbereiche und politischen Einflüsse – den grössten Demokratiebedarf hat.

Richterrecht, Juristokratie, Weltkonstitutionalisierung

A. Richterrecht: die politische Aktivismus des Richters?

Die Problematik des Richterrechts ist eine Achillesferse für die demokratische Handlungsweise der unterschiedlichen richterlichen Foren (siehe z. B.: bei Dworkin). Die Tätigkeit der Verfassungsgerichte,

³² Marcus Höreth: Die Demokratieverflechtungsfälle – Warum die EU nach dem Lissabon-Urteil demokratisch defizitär bleiben muss. In: Lhotta – Ketelhur – Schöne: Das Lissabon-Urteil. Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2013., S 48 ff.

³³ Vgl. Münch a.a.O., S. 108.

³⁴ Vgl. Dingwerth, Klaus - Blauburger, Michael - Schneider, Christian: Postnationale Demokratie. VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 2011. S. 23. ff. und 204. ff.

sowie der internationalen Gerichtshöfe wurde durch die richterliche „Rechtsschöpfung“ nunmehr so wesentlich, dass man über ein spezielles Phänomen der sog. „juristokratischen“ Tendenzen sprechen kann.

Das Richterrecht ist ein altes Problem für die Rechts-, und Staatstheorie. Für Friedrich Carl von Savigny, der eine wichtige Rolle in der Deutung des Richterrechtes gespielt hatte, wurzelt das Recht im „Volksgeist“, als das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung. Der politische Aktivismus richtet sich nach der Auffassung von Philipp Heck letztendlich auf die Beeinflussung der Gesetzgebung. Also in dem Fall, wenn die Rechtsbildung durch die richterliche Rechtssprechung geschieht, wird dem Richter quasi eine „politische Funktion“ verliehen. Dies kann für die moderne Demokratien wichtige Grundprinzipien verletzen; das sind die Konzeptionen über die Rechtssicherheit/Rechtsstaatlichkeit und das mit der Rechtsstaatsidee verbundene „geschriebene Recht“ bzw. „kodifizierte Recht“ und die Idee der Gewaltenteilung. Obwohl die Ursachen der Abweichungen grundsätzlich historisch sind, kann der wesentliche „unüberwindbare“ Unterschied zwischen den „common law“ und „civil law“ Rechtskreisen immer Sache von theoretischen Disputen sein.³⁵ „(...) evolution of both a codified and a judge made system of law is characterized by a constant interplay between legislative and judicial action.“ – schreibt Sauveplanne³⁶, der meint, „a system of law must be created and developed by the interaction between legislature and judiciary.“³⁷

Es gibt unterschiedliche Ansichten, die Substanz des Richterrechtes zu bestimmen. Der Richter interpretiert das Recht nach eigenen Anschauungen praktisch gegen das Gesetz. Mit den Wörtern Bernd Rüthers „der Richter stellt sich in einen Gegensatz zu gesetzlichen Wertungen“. Die verbreitetere Ansicht allerdings ist, dass das Richterrecht nichts anderes ist, als Rechtsfortbildung in einer „rechtsleeren“ Domäne. Diese sind „unentdeckte Räume“, die vom Gesetz noch nicht geregelt wurden. Eine dritte „weiterentwickelte“ Auffassung über das Richterrecht ist, wenn der Richter die Lücken mit Wertungen ausfüllen soll. Zum Beispiel im Fall der Generalklauseln. Mit dieser Ansicht verwandt ist der vierte Typ: ein Begriff, der unterschiedliche Bedeutungen (Inhalt) haben könnte und daher vom Richter konkretisiert wird.³⁸

B. Richterrechtstypologie und Lückenproblematik

Das Richterrecht bildet sich in allen Rechtsordnungen anders heraus und ist von anderer Bedeutung. In den zwei, für die EU so wichtigen Rechtsordnungen, in der französischen und deutschen gibt es Diskrepanzen

³⁵ Vgl. Rüthers, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung. Mohr Siebeck, Tübingen, 2017., S. 1. ff. und 457 ff.; und J.G. Sauveplanne: Codified and judge made law. The Role of Courts and Legislators in Civil and Common Law Systems. North-Holland Publishing Company, Amsterdam, Oxford, New York, 1982.

³⁶ Sauveplanne a.a.O., S. 25

³⁷ Sauveplanne a.a.O., S. 28

³⁸ Vgl. Rüthers dazu a.a.O., S. 458 f.; und vgl. Walter, Konrad: Rechtsfortbildung durch den EuGH. Duncker & Humblot, Berlin, 2009., S. 41. ff.

im Vergleich im Bezug auf das Richterrecht. Man kann begrifflich das „Interpretieren“ von der „Rechtsfortbildung“ (Rechtsschöpfung) in der deutschen Rechtstheorie abtrennen. Der grundsätzliche Unterschied ist der „Schöpfercharakter“ der Rechtsfortbildung. D. h., der Richter übertritt mit der Rechtsfortbildung die Textrahmen der Rechtsnorm, während er im Fall des Interpretierens nur den Textinhalt erkennt. Die Problematik der Rechtslücke (siehe dazu mehr: II. A.) steht im Zentrum der Rechtsfortbildung, d. h. eine Lücke, die nicht vom Text des geschriebenen Rechts gedeckt ist. Diese Lücken können verschiedenen Typs sein: Einige Lücken sind die Ergebnisse einer bewussten Entscheidung vom Gesetzgeber, der das Ausfüllen der Rechtslücken der richterlichen Rechtssprechung der Legislative überlässt. In anderen Fällen ist die Lückenhaftigkeit der Regelung überhaupt nicht absichtlich. Der Richter kann die Lücken mit seinen Beschlüssen *soz. praeter legem* (oder *pactum*) ausfüllen, in diesem Fall wird die Regelung im Endeffekt vom Richter ergänzt. Die Entscheidung des Richters steht nicht gegen den möglichen Inhalt des Textes, obwohl sie nicht darauf basiert. Der Beschluss geht im Fall der „*contra legem* (*pactum*)“ Rechtsfortbildung über den Wortlaut des Gesetzes (oder des Vertrages) hinaus, oder steht im konkreten Fall dem Gesetz diametral gegenüber. Sowohl die Rechtsfortbildung, als auch die „Interpretierung“ kann in der französischen Rechtsordnung im Rahmen der sog. „*Interprétation*“ stattfinden. Zudem ist ein wesentlicher Unterschied im Vergleich zum deutschen System, wo auch die Interpretierung zur Rechtsschöpfung führen kann. Die Praxis des EuGH fokussiert auf die „*Interprétation*“-Auffassung, also – wie im französischen Recht – es macht keinen terminologischen Unterschied zwischen den beiden. Allerdings ist eine inhaltliche Distinktion möglich und zwar ist die Trennlinie zwischen der Auslegung und Rechtsfortbildung, dass die Auslegung innerhalb des Rahmens des möglichen Wortsinnes noch zumindest mit einer Sprachfassung „abgedeckt“ werden kann. Dagegen entspricht die Rechtsfortbildung semantisch nicht mehr dem Wortsinn, entweder ergänzt sie die vertraglichen Vorschriften, oder die richterliche rechtsschöpfende Tätigkeit kann nicht mehr mit dem Vertragszweck parallelisiert werden. Ernsthaftige Kritiken richten sich konkreter auch gegen die richterliche Rechtsetzung des EuGH teilweise auch aus dieser Hinsicht. Nach einigen Stellungnahmen sollten die Grenzen seiner rechtsschöpfenden Tätigkeit, bzw. seine speziellen Befugnisse ausdrücklich in den Verträgen bestimmt werden. Man darf daher das „Vertragswerk“ des Unionsrechtes nur als unvollständig betrachten und die Rolle des EuGH als „Legislatorgan“ nur beschränkt akzeptieren.³⁹

C. Vom Richterrecht zur Juristokratie

Das Problem ist, dass die Rechtsauslegungsbefugnisse der Verfassungsgerichte und der internationalen Gerichte immer stärker mit Skepsis betrachtet werden. Das Richterrecht, das als Ergebnis der richterlichen

³⁹ Vgl. dazu Walter a.a.O., S. 45 ff. (45-111.) und Mittmann, Patrick: Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2000., S. 235-244. und S. 269.

Rechtsauslegung entsteht, erlangt nach einigen kritischen Betrachtungen nahezu so grosse Bedeutung, dass man schon über systemumfassende Veränderungen, d.h. über den Übergang von Demokratie zur Juristokratie, von der Rechtsstaatlichkeit zur sog. juristokratischen Regierungsform sprechen kann. Béla Pokol ungarischer Verfassungsrichter hat diese Tendenz vor allem auf der Ebene der Tätigkeit des Verfassungsgerichtes nachgewiesen. Diese Tendenz hat nach Pokol politische und rechtstheoretische Gründe. Rechtstheoretischer Grund sei zum Beispiel die Rückkehr des weltlichen Naturrechts, sowie die Stärkung der Auffassung über die auf moralphilosophischer Argumentation basierenden Menschenrechte – schreibt Pokol.⁴⁰ Man kann unter anderem auch die Ausbreitung der Rechtsauslegungsmöglichkeiten von den Gerichten her klassifizieren, die die starke Bindung der Rechtsprechung an den Gesetzestext gelockert haben. Die Grundlage dieser Wandlung ist, dass die Richter im Laufe der Interpretation nicht mehr das gesucht haben, was die subjektive Absicht der Gesetzgebung gewesen ist, sondern dass was aufgrund der „objektiven Rationalität“ Ziel gewesen sein könnte. Eine dritte Seite dieser Veränderung ist die strukturelle Stärkung der Verfassungsgerichte gegenüber den Parlamenten. Die Verfassungsgerichte konnten mit *actio popularis*, d. h. mit den gegen die Parlamente anwendbaren einem dem Vetorecht ähnlichen Mittel, Entscheidungen der Parlamente revidieren. „Auf diese Weise verwandelt sich die Triple-Struktur der Politik/Staatsverwaltung/Justiz in die doppelte Struktur der durchpolitisierten Justiz (mit dem Verfassungsgericht an der Spitze) und der unterworfenen öffentlichen Verwaltung. Die demokratischen Wahlen und die durch sie entstehende legislative Mehrheit funktionieren nur als legitimierender Schleier über die tatsächliche Machtausübung.“ – schreibt Pokol.⁴¹

D. Juristokratische Tendenzen auf der internationalen Bühne

Man kann die besondere Bedeutung und die immer stärker werdende Tendenz der richterlichen Rechtsschöpfung auch auf internationaler Ebene wahrnehmen. Von Bogdandy und Venzke meinen, dass die Arbeit der internationalen Gerichte von „internationaler Gerichtsbarkeit“ in einfache Streitbeilegungsverfahren umbenannt werden sollte.⁴² Der Grund dafür ist, dass diese internationalen richterlichen Foren wirklich mehr Funktionen erfüllen, als nur das Schlichten diverser Streitigkeiten zwischen Staaten. Diese Funktion besteht zum einen darin, dass das Rechtsgefühl, d. h. die normative Kalkulation und das Rechtsbewusstsein der Staaten und der internationalen Organisationen stärker wird.

⁴⁰ Vgl. Béla, Pokol: Der juristokratische Staat: die Zerlegung seiner Aspekte. Nemzeti Köszolgálati Egyetem, Working papers on state, Governance and Administration. 2016/11. http://archiv.uni-nke.hu/uploads/media_items/bela-pokol-der-juristokratische-staat-die-zerlegung-seiner-aspekte-von-bela-pokol.original.pdf, S. 18. FF. (2018. október 12.)

⁴¹ Pokol a.a.O., S. 3.

⁴² von Bogdandy, Armin – Venzke, Ingo: „Internationale Streitbeteiligung“ oder „internationale Gerichtsbarkeit“? In: Arbeitspapiere, Goethe Universität Frankfurt am Main, 2016/4., <http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/39019> (2018. október 15.)

Zu diesem Thema gehört gleichermaßen, dass die staatlichen Akte aufgrund der Rechtsprechung der internationalen Gerichte nach einem völkerrechtlichen Maßstab überprüft werden und wenn sie dieser Überprüfung standhalten, zugleich legitimiert werden können, beispielsweise dadurch, dass sie den internationalen Standards entsprechen. Das ist die „Kontroll und Legitimation“-Funktion nach von Bogdandy. Die wichtigste Rolle der internationalen Gerichtshöfe ist die Rechtsschöpfung, die mit den zwei anderen, oben genannten Funktionen in einem engen Zusammenhang steht. Zwei Typen der Rechtsschöpfung werden von von Bogdandy unterschieden: Der eine ist die richterliche Rechtsschöpfung in konkreten Streitfällen. Solche ist zum Beispiel die breitere Interpretation des Verbotes der Gewaltanwendung nach Artikel 2. der UNO-Charta im sog. Nicaragua-Urteil vom Internationalen Gerichtshof. Der andere Typ der Rechtsschöpfung ist die systemweite und bewusste Tätigkeit solcher internationalen, meistens „regional tätigen“, sowie spezialisierten Gerichte, die das Rechtssystem in der mit ihnen verbundenen Sphäre mit Prospektivität bestimmen wollen. Beispiele sind dafür gewisse Verfahrensregelungen seitens des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte – schreibt von Bogdandy.

Tamara Ehs meint, dass diese auf supranationaler Ebene erscheinenden juristokratischen Tendenzen auch mit der rechtsschöpfenden Tätigkeit des EuGH verbunden sind. Nach Ehs hat zwar der EuGH gegen die Politik das Recht „des letzten Wortes“, aber dem EuGH fehlt das demokratische Moment.⁴³ Ehs stellt fest, dass der EuGH zum einen – innerhalb der EU – ein europäisches Verfassungsrecht schaffen will, zum anderen auch politischen Aktivismus aufzeigt. Die wichtigen Mittel dieses politischen Aktivismus sind die Resolutionen in Vorabentscheidungsverfahren, mit denen der EuGH tief hinter die mitgliedstaatlichen Grenzen reichen kann. Allerdings sollte die Rolle des EuGH auch in den weiteren internationalen Relationen geprüft werden, da das nach Ehs kein alleiniger Darsteller einer weltweiten Verfassungsordnung ist. Solche weiteren „Elemente“ sind beispielsweise noch das WTO und IMF. Im Zentrum dieser Weltkonstitutionalisierung steht die Errichtung eines Systems, das auf den modernen neoliberalen Grundlagen der Weltwirtschaft beruht und das gegen die Ordnung der volksstaatlichen Nationalwirtschaften gerichtet ist. Darüber hinaus entspricht es nicht den Prinzipien der demokratischen Repräsentation.

E. EuGH als „konstitutionalisierende Gewalt“ und Urteile

Die internationale Fachliteratur – vor allem im Bezug auf die Urteile aus den 1960-70ern - nimmt die Funktion des EuGH auch als supranationale „konstitutionalisierende Gewalt“ wahr und denkt überdies

⁴³ Ehs, Tamara: Die neue Machtverteilung. Von der Demo- zur Juristokratie? Momentum Quartely – Zeitschrift für sozialen Fortschritt, 2012/4., 233-247. <https://www.momentum-quarterly.org/ojs2/index.php/momentum/article/view/1669/1333> , 234. (2018. október 15.)

auch über die Notwendigkeit einer „supranationalen Demokratie“ nach.⁴⁴ Der Grund dafür ist, dass der Ablauf der rechtlichen Integration mit den öffentlichen demokratischen Debatten und auf den nationalstaatlichen Ebenen laufenden politischen Entscheidungsprozessen nicht vereinbart werden zu können scheint. In diesem Bereich spielt der EuGH auch eine wichtige Rolle in der Verteidigung der Grundrechte („guarantor“ oder guardian of rights“ bei Kelsen) und diese Rolle hat ihm zugleich auch eine politische Funktion verliehen, indem diese – sog. „nebeligen“ - Rechte Konkretisierung bzw. soz. Wertauffüllungen beanspruchen. Ein anderer Grund dafür ist, dass die EU eine komplexe Rechtsordnung aufbauen sollte, da die Gründungsdokumente bedeutende Ziele anvisiert haben und so kann der EuGH als eine „positiv“ gesetzgebende Gewalt auftreten. „The ECJ has been deciding issues of political governance, defining democracy at European and national level, and contributing (...) to the creation of a European demos. Of course, (...) its role is decisively problematic in terms of democratic legitimacy.“ – schreibt Hınarejos. Einige wichtige konstitutionalisierende – und auch aus dem Hinblick der Demokratie umstritte - Urteile sind die folgenden: Der EuGH hat 1963 im Fall „Van Gend en Loos“ (C – 26/62) mit dem Prinzip der „unmittelbaren Wirkung“ zugleich auch den Vorrang des Unionsrechtes ausgesagt. Nur ein Jahr später hat er auch über das EU-Recht als über eine „selbständige Rechtsordnung“ disponiert und auch ihre Suprematie wurde „proklamiert“ („Costa/ENEL“ – C – 6/64). Diese Entwicklungen sind daher von grosser praktischen Bedeutung, weil der Gerichtshof sich später im Fall „Simmenthal II.“ (C – 106/77, 1977) dafür ausgesprochen hat, dass auch die nationalen richterlichen Foren unionsrechtswidriges mitgliedstaatliches Recht für 'nicht anwendbar' erklären können. Die Stauder-, und „Internationale Handelsgesellschaft“ - Entscheidungen (C – 29/69, 1969, C – 11/70 1970) waren wegen der „gemeinschaftsrechtlichen“ Konstitutionalisierung der Grundrechte wichtige Anfangspunkte. Demzufolge sollten die fundamentalen Grundrechte vom EuGH geschützt und ein integrierter Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechtes werden. Abschließend ist es noch sinnvoll, auch die Fälle „Les Verts“ (C – 190/84 1988) und „Opinion 1/1991“ (C - zu erwähnen. Der EuGH hat mit diesen Entscheidungen über eine Gemeinschaft „based on rule of law“ und über die Gründungsverträge als Verfassungschartas formuliert.⁴⁵

⁴⁴ Vgl. Christiansen, Thomas- Reh, Christine: Constitutionalizing the European Union, Palgrave Macmillan, Basingstoke, Hampshire, 2009, s. 62. ff.

⁴⁵ Vgl. dazu Christiansen – Reh a.a.O., S. 62. ff. (61-82.); und vgl. dazu Alicia Hınarejos a.a.O., S. 4 ff. und 95 ff.

Die Rechtfertigungsversuche der rechtsschöpfenden Tätigkeit des EuGH

A. Das Kompetenzdilemma des EuGH: „effet utile“ und die Ultra-vires-Handeln

Eines der grössten Dilemmas im Bezug auf den Kompetenzkreis des EuGH, sowie das von ihm geschaffene Richterrecht, ist die Zweiheit der Grenzen und des Zwanges, der auf Rechtsschöpfung gerichteten Tätigkeit des EuGH. „Der EuGH balanciert stets bei seiner Rechtsprechung zwischen Kompetenzgrenze und Kompetenzpflicht (...). Einerseits darf er kompetenzrechtlich nur gewisses Richterrecht schaffen, andererseits ist er aber genau berufen, das Notwendige und Mögliche zu entwickeln.“ – schreibt Michel darüber.⁴⁶ Diese Spannung hängt eng mit der eigenartigen Lückenproblematik des Gemeinschaftsrechts zusammen. In erster Linie stellte sich die Frage der Kompetenzen der souveränen Mitgliedstaaten, ob die Lückenhaftigkeit der neuen europäischen Rechtsordnung nicht absichtlich ist? Die Antwort des EuGH auf diese Frage war u.a. im seinen Costa/ENEL- und van Gend & Loos – Rechtssprüchen angelegt. Sein „nein“ bedeutete, dass das Unionsrecht ein neues komplettes Rechtssystem, sogar „eine neue Völkerrechtsordnung“ ausmachen solle. Zwar ist die Rolle des Integrationsgebotes und seine Auslegungsmittel, die sog. „effet utile“-Formel in der Arbeit des EuGH ziemlich umstritten, sie kann aber ihre Grundkonzeption der Rechtfertigungslogik der richterlichen Rechtsschöpfung gut darstellen. Mit der Anwendung – unter anderem - des effet utile teleologischen Auslegungsprinzips hat der EuGH nach dem Muster der französischen Conseil d'Etat versucht, die maximal „nützliche Wirkung“ zu erreichen, um diese selbständige Rechtsordnung ausgestalten zu können. „Moreover, the fact that, within the „schematic effet utile“ orientation of the ECJ, the national law surroundings of EC law are not considered may ultimately lead to the paradoxical result that the combined application of EC and national law in a given specific case does not promote the effet utile of the applicable European legislation.“ – schreibt Schmid über die andere Seite dieser Problematik.⁴⁷ Der Zwang zur Rechtsentwicklung des EuGH folgt vor allem aus der Aufgabe der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung, die ihm von den Gründungsverträgen als Verpflichtungen vorgeschrieben sind. D. h., die Schaffung des Richterrechtes ist in gewissen Fällen ausdrücklich notwendig. Allerdings sollte es wichtige Grenzen geben, die die Grenzen der Verbands-, bzw. Organkompetenz des EuGH markieren und ihre Überschreitung bedeutet ein sog. Ultra-Vires-Akt. Die richterliche Rechtsfortbildung darf keine sog. „Kompetenz-Kompetenz“-Befugnis bedeuten, da die begrenzte Einzelmächtigung sich als – wiewohl nicht allgemeine, aber – wichtige Gebundenheit meldet. D. h., der EuGH darf solche Kompetenzen, die in den Verträgen nicht festgelegt sind, weder vorschreiben noch entziehen und muss die sog. „Verfassungsidentität“

⁴⁶ Michel, Morten Alexander: Die Kompetenzentwicklung des Europäischen Gerichtshofes in seiner jüngeren Rechtsprechung und ihre Integrationseffekte in den Mitgliedstaaten. Shaker Verlag, Aachen, 2002., 159.

⁴⁷ Christoph U. Schmid: 'The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. Bremen : ZERP an der Univ. Bremen, Bremen, 2006. S. 24.

der Mitgliedstaaten respektieren.⁴⁸ Trotzdem wurden zahlreiche solche richterlichen Entscheidungen seit den 1960zigen getroffen, bei denen die richtige Wahrung dieser Schranken streitig geworden ist. Die Entscheidungen (Franchovich-, Brasserie du pecheur-Urteile)⁴⁹ über die Errichtung der sog. europäischen Staatshaftung dienen als gute Beispiele. Die Essenz dieser EU-Beschlüsse besteht darin, dass die einzelnen Mitgliedstaaten gegenüber ihren Staatsbürgern mit der Ermöglichung des Anspruch auf Schadenersatz bezüglich der angemessenen Übernahme und Anwendung des Unionsrechtes verantwortlich gemacht wurden. Die Errichtung der Institution der Staatshaftung ist wieder ein ernsthafter Schritt in die Richtung der Integration gewesen und die zugleich auch Streit hervorgerufen hat, ob der EuGH überhaupt über angemessene Kompetenzen zu einem solchen Schritt verfügt? Zu einer vollständigen Prüfung der Kompetenzen des EuGH gehört die Aufdeckung zahlreicher weiterer Teilbereiche (Subsidiarität, effet utile, usw.), jedoch müssen wir uns auf die folgenden Bemerkungen einschränken: Die Schaffung eines solchen Richterrechtes, das die der Staatshaftung ähnlichen Rechtsfortbildung folgt, kann nach Michel nur in jenen Fällen akzeptiert werden, wo sie solchen Zielen dient, die nicht im Gegensatz zu den in den Gründungsverträgen offenbarten Willen der Mitgliedstaaten stehen, außerdem bringen sie die Rechtsstaatlichkeit und die Wirksamkeit des Europarechtes voran. Michel sieht das Problem darin, dass solche Urteile absolut nur ausnahmsweise vorkommen sollten, dagegen ist der EuGH einerseits – mit den Worten von Michel - der „Wegbrecher der Integration“, andererseits „der Notgesetzgeber“ der EU. Der EuGH hat nunmehr ein gewisse quasi Kompetenz, die dadurch legitimiert wird, dass die Mitgliedstaaten solche Entscheidungen des EuGH einfach stillschweigend akzeptieren.⁵⁰ „Dennoch muss man aus rechtstaatlicher Sicht wie aus Rechtssicherheitsgründen die Akzeptanzkompetenz als echte Organkompetenz des EuGH ablehnen.“ – schreibt Michel.⁵¹

B. Die rechtliche Grundlage: die „Wahrung des Rechts zu sichern“

Die Grundlage des Richterrechtes, das im Rahmen der rechtsschöpfenden Tätigkeit des EuGH geschaffen wird, wird von einer permissiven Interpretation der Wendung „sichert die Wahrung des Rechts“ in der Fachliteratur gegeben⁵² und sie umfängt nach dieser Interpretation auch die richterliche Rechtsfortbildung des Unionsrechtes. Diese breite Interpretation wird damit begründet, dass der Richter nicht nur im sog.

⁴⁸ Vgl. dazu Walter a.a.O., S. 45 ff. und 320 ff.; und Streinz: EUV/AEU. 3. Aufl. C.H.Beck, München, 2018., S. 210. Rn. 14-16.; und dazu auch Schmid a.a.O., S. 22-28.

⁴⁹ (C-6/90 und C-9/90 1991) (C-46/93 und C-48/93 1996)

⁵⁰ Vgl. dazu Michel a.a.O., S. 157. ff. und 162. ff.

⁵¹ Michel a.a.O., S. 170.

⁵² Vgl. dazu Michel a.a. O., S. 24. ff; und Calliess-Ruffert-Blanke: EUV-AEU: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar. 5. Aufl., C.H. Beck, München, 2016. S. 311. ff. Rn. 12-18 ; und dazu auch Streinz a.a.O., S. 209 f. Rn. 12-16.

„common law“ Rechtskreis, sondern auch in der europäischen Rechtstradition mehr als bloß „das Mund des Gesetzes“ war. Auch das BVerfG hat sich mit dieser Frage in seinem UStRil-Urteil beschäftigt und sich auf die Überlieferungen des Gemeinen Rechts, des Römischen Rechts bzw. des englischen common law berufen. Es hat das festgestellt, dass die Gründungsverträge auch aus der Perspektive der europäischen rechtsgeschichtlichen Traditionen interpretiert werden sollen. Ein weiteres Auslegungsargument ist, dass die EU vor allem eine „Rechtsgemeinschaft“ ist, und als solche, braucht es die aktive integrierende Tätigkeit des EuGH, damit das die Harmonie des Gemeinschaftsrecht verbürgen kann. „(...) muss der EuGH in gewissen Grenzen zur Verwirklichung des Rechts Normen schaffen dürfen um das Recht zu sichern, wenn diese Sicherung im Wege der Auslegung nicht zu erreichen ist.“ – schreibt Walter.⁵³

Der Versuch der demokratischen Legitimierung der Tätigkeit von EuGH

A. *Die Unabhängigkeit und die jüngsten Urteile des EuGH*

Die herausragende Bedeutung des EuGH innerhalb der EU kommt aus seinem umfangreichen Wirkungsbereich, sowie aus sonstigen organisatorischen Umständen. Solch ein „organisatorischer Umstand“ ist, dass mehrere Mitglieder des Organismus EU einander in den unterschiedlichen Verfahren ergänzen und kontrollieren, ihre Arbeit sich in einer speziellen Wechselwirkung verwirklicht. Daraus folgt, dass die klassische These der Gewaltenteilung sich in diesem Bezug nicht durchsetzt. Der EuGH verfügt über eine ziemlich große Unabhängigkeit und wesentliches Kompetenzpotenzial konzentriert sich in seiner Hand. Aus Hinsicht der Mitgliedstaaten ist die Position des EuGH noch stärker: Die Judikatur des EuGH schränkt sowohl die nationalen Parlamente, sowie die Verfassungsgerichte, als auch die nationalen Gerichte stark ein. Die nationalen (Verfassungs-) Gerichte müssen auf das Unionsrecht, sowie auf die Urteile des EuGH Rücksicht nehmen und darüber hinaus sogar anwenden, wenn die gerichtliche Rechtsauslegung dem Unionsrecht entsprechen soll. Aus diesem Grund verlagert sich das Machtpotenzial von den Mitgliedstaaten hin zum EuGH. Die demokratische Legitimation dieses Machtpotentials wird sowohl in der organisatorischen Struktur der EU, als auch aus Richtung der Mitgliedstaaten beansprucht.

„Insbesondere im Hinblick auf die enorme Bedeutung und Autorität des EuGH und EuG im institutionellen Gefüge der EU scheint die Frage nach deren demokratischer Legitimation unausweichlich und von grundsätzlicher Bedeutung zu sein. (...) Diese beiden Fundamentalprinzipien beeinflussen sich gegenseitig, und sind untrennbar miteinander verbunden und bauen ein Spannungsverhältnis zueinander

⁵³ Walter a.a.O., S. 145.

auf.” – schreibt Kathrin F. Baltes.⁵⁴ Die Kritiker des EuGH lassen nach Baltes ein sehr wichtiges Postulat außer Acht, die richterliche Unabhängigkeit. Die Anforderung der Unabhängigkeit zieht eine Grenzlinie für die Erweiterung der demokratischen Legitimation des EuGH. Das Erfordernis der Unabhängigkeit wurde auch in den jüngsten Urteilen⁵⁵ des EuGH bekräftigt. Nach der Rechtssprechung des EuGH ist die richterliche Unabhängigkeit „von grundlegender Bedeutung“ und ein wichtiger Eckpfeiler der modernen rechtsstaatlichen Demokratie und im Vergleich zu den zwei anderen Staatsgewalten schreibt sie eine spezielle Anforderung der Judikative vor. Der Richter, der im gegebenen Fall Entscheidungen treffen soll, sollte vollständig unabhängig von anderen Organisationen und politischen und sonstigen Einflüssen sein. Der Richter soll auf die Gesetze Rücksicht nehmen und darf bei der Ausübung seines Amtes von niemandem angewiesen werden und seine Entscheidungen dürfen nicht von anderen (nicht gerichtlichen) Organen überprüft werden. Der EuGH hat vor kurzem in seinem Urteil ausgesprochen, dass die unabhängige Einrichtung des Gerichtes sowohl auf der Ebene der Union als auch auf der mitgliedstaatlichen Ebene unerlässlich ist. Sehr wichtig ist, dass der EuGH auch den – auf der Charta basierende - Grundrechtsschutz fest mit der richterlichen Unabhängigkeit zusammengebunden hat und zugleich als Bedingung einer „reibungslosen“ justiziellen Kooperation bestimmt hat. Zu der richterlichen Unabhängigkeit gehört die „völligen Autonomie“ – hat der EuGH betont. Ein entscheidendes Moment ist also die Unabhängigkeit gegenüber nationalstaatlicher Einflüsse.

B. „Zeitgemäße“ Legitimationsmodelle

Man muss zur umsichtigen Festsetzung der Position des EuGH die Legitimationswesenart der EU untersuchen. Die Errichtung der mit den Nationalstaaten analog einhergehenden demokratischen Legitimation ist – ohne Zweifel – problematisch im Bezug auf die EU. Allerdings, betont Baltes, gibt es zwar kein einheitliches „europäisches Demos“, aber das „Volk“ – im Einklang mit den europäischen gesellschaftlichen Tendenzen - ist nicht monistisch, kollektiv, sondern soll pluralistisch, individuell interpretiert werden.⁵⁶ Das ist daher ein entscheidender Punkt, weil die EU auf einer sog. dualistischen Legitimationsbasis beruht. Der simultane Status der mitgliedstaatlichen und europäischen Staatsbürgerschaft ermöglicht die demokratische Legitimation sowohl auf EU-Ebene, die von der Institution des Europäischen Parlaments präsentiert wird, als auch auf der Ebene der Mitgliedstaaten, die – außerhalb

⁵⁴ Baltes, Kathrin F.: Die demokratische Legitimation und die Unabhängigkeit des EuGH und des EuG. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011., S. 3.

⁵⁵ (Rechtssachen C 64/16, EU:C:2018:117 und C 216/18 PPU, EU:C:2018:586.)

⁵⁶ Baltes a.a.O., S. 65.

des EP – vom Ministerrat und dem Europäischen Rat realisiert wird. Während nach einigen die mitgliedstaatliche Legitimationsbasis, nach anderen die „europäische“ Legitimationsbasis Vorrang hat. Der EuGH hat sich schon in seinen früheren Urteilen (z.B.: 138/79, Roquette Frères vs. Rat) eher für die Letztere ausgesprochen, mit der Begründung, dass das EP „(although limited), it reflects at Community level the fundamental democratic principle that the peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly.“ Baltes unterstreicht ihre Gleichwertigkeit, als die Entwicklung der EU von Baltes als ein solcher „dynamischer Prozess“ bezeichnet wird, „der nicht auf ein konkretes, starres und ausnahmsloses Prinzip beschränkt werden kann.“⁵⁷

Laut der Klassifikation von Baltes kann die demokratische Relation zwischen der EU und den Staatsbürgern grundsätzlich durch zwei unterschiedlich logische Mechanismen, ferner durch die Kombination derselben geschaffen werden. Der erste Mechanismus ist die sog. „Legitimationsrückkopplung“, die darauf fokussiert, ob die Machtausübung auf den bürgerlichen Willen, bzw. auf dessen Initiative zurückgeführt werden kann. Unterschiedliche Schemata wurden als Methoden der Rückkopplung bearbeitet, z.B. die Schemata der „Legitimationsketten“ oder des „Kontrollmodells“. Im Fokus der Legitimationsketten steht das Volk, als die ständige und kontinuierliche Quelle der Staatsgewalt. Zwar gibt es Abweichungen zwischen den einzelnen unterschiedlichen praktischen Formen (institutionelle, formelle, persönliche, inhaltliche Legitimation, usw.), aber - nach der allgemeinen Form des Schemas – das Volk soll das Parlament wählen und dem im wesentlichen alle anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten untergeordnet sind: Die Regierungsmacht ist durch ihre parlamentarische Verantwortlichkeit – und in einzelnen Fällen auch durch konkretes Weisungsrecht – und durch Rechtsvorschriften, die vom Parlament als Legislative konstituiert werden begrenzt. Die Legitimationskette beruht auf dieser Dependenz. Es ist sichtbar, dass die Jurisdiktion schwieriger in die Legitimationskette eingefügt werden kann, so ist es auch schwieriger sie auf den Volkswillen zurückzuführen. Die Spannung kann ausschließlich nur in der Ausgestaltung der strengen Gesetzesbindung von richterlichen Amtsbefugnissen in diesem Legitimationsverständnis aufgelöst werden. Diese Verkettung ist deshalb leicht angreifbar und darüber hinaus entsteht ein weiteres Problem, die Legitimationskette kann auf der Ebene der EU – ungeachtet der Dualität der nationalen, sowie Unionsstaatsbürgerschaft – nur „schwerlich“ aufgezoogen werden. Aus dem Lösungsversuch dieses Dilemmas sind die weiteren Modelle, die – im Endeffekt – mehr oder weniger als Ergänzungen des Schemas der Legitimationskette dienen, entstanden. Die sog. personale Legitimation ist daher wichtig in diesem Themenbereich, weil ihre Theoretiker meinen, dass die Legitimationskette allein eben darum nicht maßgeblich ist, weil der Bewegungsraum der Richter nie vollständig eingeschränkt werden darf, zum Beispiel

⁵⁷ a.a.O., S. 83.

wegen der Notwendigkeit der Entwicklung, bzw. Interpretation des Unionsrechts. Daraus folgt die Forderung, dass die Auswahl der Richter „demokratisch“, so zum Beispiel durch Parlamentsausschüsse stattfinden sollte. Man muss – nach einer anderen „Legitimationsergänzung“ – mit fachlichen Vorschriften bzw. Standards die Legitimationskette verstärken (z.B.: Amtshaftung, die Publizität des gerichtlichen Verfahrens, bzw. der gerichtlichen Beschlüsse). Das Kontrollmodell basiert ebenfalls auf der derivativen Partizipation, sowie auf der Rückkopplung des Volkswillens, aber weicht inhaltlich von der Auffassung des Legitimationsmodelles ab. Der Verfasser dieses Modelles, Axel Tschentscher betont die fachlichen und auch persönlichen Faktoren. Der entscheidende Punkt in diesem Modell ist die unabhängige Position des Richters von anderen Institutionen abzusichern. In Tschentschers Auffassung ist die richterliche Rechtsschöpfung, bzw. die Anwendung des Richterrechts in einer demokratischen Ordnung daher nicht problematisch, weil die Legislative ein „praktisches“ Revisionsrecht hat: Falls das Parlament anders beschließt, kann es eine von der richterlichen Entscheidung abweichende Rechtsnorm schaffen – legt Baltes das theoretische System von Tschentscher dar.⁵⁸

C. *Legitimationsvielschichtigkeit*

Die Konzeption der sog. Ergebnislegitimation unterscheidet sich im Wesentlichen von der Legitimationsrückkopplung durch die „Output-Seite“ des demokratischen Entscheidungsprozesses, d. h. auf der inhaltlich-qualitativen Beschaffenheit der gegebenen richterliche Entscheidung. Baltes legt die Konzeptionen von zwei Theoretikern Fritz Scharpf und Anne Peters dar. Scharpf nähert sich statt der Auffassung „government of citizens“ mit dem Denkmodell „government of governments“ grundsätzlich anders an die demokratische Ordnung der EU an. Daraus folgt, dass die Relation „EU vs. europäische Bürger“ legitimatorisch weniger wichtig als die „EU vs. Mitgliedstaaten“ ist. Die identischen Interessen geben den gemeinsamen Nenner auf der europäischen Ebene gegenüber dem mitgliedstaatlichen Rahmen in dem die „kollektive Identität“ eine zentrale Rolle im gesunden Funktionieren der demokratischen Ordnung spielt. Die europäischen Entscheidungen sollen diesen „identischen“-„gemeinschaftlichen“ Interessen, d. h. dem europäischen Gemeinwohl dienen. Das ist der Leitfaden der Ergebnislegitimation. Man braucht zu den „guten Ergebnissen“ gute Leistung, zur guten Leistung Sachverständnis und daraus ergibt sich, dass die „Demokratisierung“ der Richterauswahl – zumindest aufgrund des Prinzips der Volkssouverenität – keine Priorität hat. Nach der Darstellung von Baltes auch Peters meint, dass die Rechtfertigung der Richterselektion eben nicht in ihrem demokratischen Auswahlprozess steht, vielmehr in der Rücksichtnahme des Sachverständes und der Unbefangenheit des Richters. Peters nimmt die

⁵⁸ a.a.O., S. 86. ff.

demokratische Legitimation der Beschlüsse des EuGH nach einer output-inhaltlichen Untersuchung wahr, falls die richterlichen Entscheidungen – im Einklang mit den EU-Gründungsverträgen – die demokratischen Werte effektiv, „nach ihrem Inhalt“ berücksichtigen und verteidigen.⁵⁹

Baltes sieht die demokratischen Ressourcen der EU und des EuGH in einer Legitimationsvielschichtigkeit. „So kann ein dynamisches, zeit- und sachgemäßes Legitimationskonzept im Sinne einer komplexen Legitimationsbündelung erzeugt werden – insbesondere unter Berücksichtigung des Spannungsverhältnisses von demokratischer Legitimation und Unabhängigkeit der Judikative.“ – schreibt Baltes.⁶⁰ Die Gründungsverträge bedeuten den ersten und wichtigsten Legitimationsfaktor, da ihr Zustandekommen auf die mitgliedstaatlichen Parlamente zurückzuführen ist. Die Verträge sichern zugleich den Rahmen der Gesetzesgebundenheit ab, weil auch die grundsätzlichen Werte der Union in ihnen gefestigt wurden und als eine Art Leitfaden dienen. Ein weiterer wichtiger Faktor ist die sich auf die Richterwahl richtende dichotomie – mitgliedstaatliche und unionsstufige – Verfahrensordnung.⁶¹ Allerdings sollten – nach Baltes – die sich auf die Richterernennung beziehenden Rechtsnormen sowohl auf der mitgliedstaatlichen, als auch auf Unionsebene verfeinert werden.⁶² Das sich auf die richterliche Tätigkeit konzentrierende Kontrollsystem ist bedeutsam. Demnach sollen die Richter „die Wahrung des Rechts“⁶³ gewährleisten, das umfangreich aufgefasst werden soll, nicht bloß im Bezug auf das Primärrecht und Sekundärrecht, sondern auch auf die unionsrechtlichen Grundprinzipien. Der schwierigste Punkt ist die rechtsentwickelnde Tätigkeit des EuGH, die aber aufgrund des Art. 19. EUV ein konkreter Auftrag bedeutet, meint Baltes. Aus diesem Grund ist die Legitimation der Rechtsentwicklung, die sich auf die zwangsläufig vorkommende Lückenfüllung richtet, nicht bestreitbar, höchstens in ihrem Ausmaß beschränkt. In dieser Hinsicht liegen zwei wichtige demokratische Grenzen vor: Einerseits muss der EuGH im Laufe seiner rechtsentwickelnden Tätigkeit die Rechtsordnung der EU und der Mitgliedstaaten berücksichtigen. Andererseits hat die legislative Gewalt der Union die Möglichkeit durch die Gesetzgebung die Entscheidungen des EuGH zu revidieren.⁶⁴ Baltes hält für die demokratische Legitimation auch solche Institutionen, wie Kollegialität, Unbefangenheit, Unabhängigkeit, sowie die Öffentlichkeit für wesentlich.⁶⁵ Baltes teilt die Output-Legitimation in zwei Punkte ein. Der erste Punkt beschäftigt sich mit jenen Statusvorschriften und Verfahrensregelungen, die versuchen das Ergebnis sozusagen vorträglich („ex-ante“) abzusichern und garantieren daher den Sachverstand und die unabhängige Position des Richters. Der zweite Punkt evaluiert das

⁵⁹ a.a.O., S.108-117.

⁶⁰ a.a.O., S.212.

⁶¹ EUV Art. 19. und AEUV Art. 253., 254.

⁶² a.a.O. S. 209.

⁶³ EUV Art. 19. (1). Bem.: Engl. Ueb. „Observed“ – deutsch: „Wahrung“

⁶⁴ a.a.O. S. 196. ff.

⁶⁵ EUGH-Satzung, Art. 18., 31., 37., usw.

Legitimationspotenzial der Institutionen sowie die Transparenz, die Amtshaftung, bzw. die unmittelbare Klage⁶⁶ usw., die für das Ergebnis nachträglich („ex-post“) nach der Entscheidung bürgen.⁶⁷ „Im Ergebnis begründen im Rahmen eines dynamischen, komplexen Demokratieverständnisses unterschiedliche Faktoren durch eine kooperative Legitimationsbündelung bereits eine nicht zu unterschätzende Legitimationsbasis für den Europäischen Gerichtshof und das Gericht.“ – stellt Baltes zusammenfassend fest.⁶⁸

Fazit

Wie man das auch basierend auf dem oben dargestellten wahrnehmen kann, können/müssen wir den Demokratie“index“ der europäischen Organisationsstruktur nunmehr auf mehreren Ebenen analysieren und – zu einem authentischen, angemessenen Ergebnis – die Problematik der WTO-Struktur und der sog. „Juristokratie“ bzw. „Weltkonstitutionalisierung“ (siehe oben bei Ehs), das Dilemma des Parlamentarismus (siehe oben bei Veil) und auch der Mitgliedstaaten (siehe oben z. B. bei den Ultra-Vires Handeln), etc. zusammen betrachten und prüfen. Es beansprucht noch weitere Prüfschritte. Daraus ergibt sich, dass wir uns auf die folgenden Feststellungen beschränken müssen:

Ein wichtiger Punkt ist, dass bedeutende Theoretiker das unverzichtbare Element der Demokratie im Parlamentarismus wahrnehmen. Das Fehlen eines tatsächlich funktionierenden Parlamentes kann auf der Ebene der EU festgestellt werden, weil wichtige gesellschaftliche und politische Bedingungen dazu nicht oder nur mangelhaft vorhanden sind. Es ist zu betonen, dass der Mangel an Parlamentarismus – unter anderem – daher problematisch ist, weil die europapolitischen richtungsgebenden Entscheidungen nicht vom Volk, bzw. nicht von den europäischen Bürgern bestimmt werden können. Wie im zweiten Teil dargestellt wurde, hat der EuGH – nach z.B. Michel – seit den Sechzigern diese quasi („ersatz-, oder not-,“) gesetz-, und richtungsgebende Rolle des Parlamentes teilweise übernommen. Baltes weist – siehe den dritten Teil der Untersuchung – auf die besondere Bedeutung der institutionellen Unabhängigkeit des EuGHs hin, allerdings unterscheiden sich seine Legitimationskonzepte grundsätzlich von den „traditionellen“ nationalstaatlichen Demokratievorstellungen, d. h. von der auf der Volkssouveränität basierenden parlamentarischen Demokratie. Falls die Befugnisse des EuGH weiterhin so weitreichend bleiben, kann man schwierig das institutionelle Gefüge der EU nicht als juristokratische Machtstruktur definieren. In diesem Bezug scheint Hans Kelsen's Stellungnahme über die Notwendigkeit der Einheit der staatlichen Gewalten aus der Hinsicht der Demokratie vorausschauend und bemerkenswert zu sein. Das Erfordernis der richterlichen Unabhängigkeit und das sehr große Kompetenzpotenzial ohne wirklich funktionierende

⁶⁶ AEUV Art. 263. (4)

⁶⁷ a.a.O. S. 204. ff

⁶⁸ Baltes a.a.O., S. 214.

parlamentarische Gegenkontrolle bedeutet zusammen auf der Ebene eines sich noch immer entwickelnden Staatenverbundes eine bedeutsame Machtkonzentration in der Hand des EuGH. Also, was unsere Grundfrage angeht, d. h. ob die europäischen Bürger wirklich einen demokratischen, effektiven Einfluss auf die Entscheidungen der EU ausüben können, kann man nicht eindeutig mit „ja“ oder „nein“ beantworten. Münch und auch Baltes schreiben über eine „zeitgemäße“ Demokratievorstellung, die die Gesellschaft pluralistisch und individualistisch betrachtet. Die sog. „Output“- oder Ergebnislegitimationsmodelle können sich zwar als sehr wichtige Bestandteile eines demokratischen Gefüges des EuGH bzw. der EU erweisen, allerdings ersetzen sie nicht die demokratische Funktion des zur Zivilgesellschaft gehörenden (siehe oben bei Habermas) Parlamentes. Darüber hinaus liegt auch ein weiteres Problem mit der Ergebnislegitimation vor: Wie schon im ersten Kapitel dargestellt wurde, bedeutet die sog. Elitebildung immer eine ernsthafte Gefahr für die Demokratie. Sofern die Einzelnen als „Volk“ ihren Willen durch das Parlament nicht validieren vermögen und so auch Schumpeter's Wettbewerbsmodell über die „Herrschaft der Politiker“ marginalisiert wird, wird das Risiko der Herausbildung von Elitegruppierungen noch beachtlicher. Eine Demokratie muss den Rahmen des politischen Kampfes („Wettbewerbes“) der Mehrheits- und Minderheitsansichten immer gewährleisten, ferner das eine Minderheitsmeinung zu einer Mehrheitsmeinung werden kann. Daraus folgt, dass man unbedingt prüfen muss, wie die Effizienz des Parlamentarismus auch auf der Ebene der EU aussieht, wie die europapolitischen Auseinandersetzungen für die mitgliedstaatlichen Bürger wirksamer verdeutlicht werden können und – vor allem – wie die Kompetenzverteilung zwischen dem EP und dem EuGH noch effektiver zugunsten der Prinzipien des Parlamentarismus ausgestaltet werden kann.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.....	Absatz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
A.a.O.	am angegebenen Ort
Bd.	Band
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d. h.	d. h.
EU	Europäische Union
EuGH.....	Europäischer Gerichtshof
ff.	folgende
gem.	gemäß
Hrsg.	Herausgeber
halbs.	Halbsatz
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
Nr.	Nummer
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogenannt
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert

