

Der *pouvoir neutre* im Recht der Europäischen Union

Juliane Kokott*

I. Einleitung	275
II. Was bedeutet “ <i>pouvoir neutre</i> ”	276
1. Geistesgeschichtlich	276
2. “ <i>Pouvoir neutre</i> ” in der Neuzeit	277
III. Bedarf es eines “ <i>pouvoir neutre</i> ” im Recht der Europäischen Union?	278
IV. Politische Komponente des “ <i>pouvoir neutre</i> ” im Recht der Europäischen Union?	280
V. Der EuGH als “ <i>pouvoir neutre</i> ”?	281
1. Neutralität als Gemeinschaftsorgan	281
2. Gericht als “ <i>pouvoir neutre</i> ”	282
3. Zu einer Aufgabe des EuGH, Spannungen zwischen aktiven politischen Gewalten zu lenken oder zu entschärfen	284
a) (Politischer) Gestaltungsspielraum	284
b) Institutionelle Streitigkeiten	285
c) Individualrechtsschutz	285
d) Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten	286
e) Streitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten	286
aa) Direkte Streitigkeiten zwischen Gemeinschaftsinstitutionen und Mitgliedstaaten	286
bb) Inzidente Streitigkeiten zwischen Gemeinschaftsinstitutionen und Mitgliedstaaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens	287
f) Vorabentscheidungsverfahren und Mission des EuGH	287
VI. Ergebnis	288

I. Einleitung

“Seit Benjamin Constant zu Anfang des vorigen Jahrhunderts den Begriff des ‘*pouvoir neutre*’, einer vierten Staatsgewalt, geprägt hat, ist dieser Begriff noch unter jeder Verfassung Gegenstand rechtstheoretischer Erwägungen gewesen.”¹ So formulierte Karl Doehring im Jahre 1964. Aber trifft seine Aussage heute zu? Zum Thema “*pouvoir neutre*” im Recht der Europäischen Union sind bislang keine rechtstheoretischen Erwägungen ersichtlich; es handelt sich um ein neues Thema. Dies verwundert nicht, geht das Thema “Der *pouvoir neutre* im Recht der Europäischen Union” doch auf eine Anregung des Jubilars zurück, der zeitlebens nicht aufgehört hat, neue wissenschaftliche Felder in Angriff zu nehmen.

Die Figur des “*pouvoir neutre*” in das Recht der Europäischen Union zu übertragen, könnte allerdings vielleicht provozieren. Schließlich handelt es sich um ein staatstheoretisches Konzept. Die Europäische Union ist aber bekanntlich kein

* Prof. Dr. *iur.*, LL.M. (American University, Washington D.C.), S.J.D. (Harvard), Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH).

¹ K. Doehring, Der “*pouvoir neutre*” und das Grundgesetz, in: Der Staat 3 (1964), 201.

Staat. Und ob sie eine Verfassung hat, ist streitig und hängt vom zugrunde gelegten Verfassungsbegriff ab.² Die Untersuchung, ob die Europäische Union einen “*pouvoir neutre*” braucht und ob sie über einen “*pouvoir neutre*” verfügt, wirft daher zwangsläufig ein Schlaglicht auf die Verfassungsdebatte in der Union.

II. Was bedeutet “*pouvoir neutre*”

1. Geistesgeschichtlich

Benjamin Constant ordnete die Funktion des “*pouvoir neutre*” dem Monarchen zu. Dabei verstand Constant die “vierte” Gewalt des Monarchen nicht institutionell, sondern funktional, und zwar im Sinne einer nur koordinierenden und mäßigenden Funktion. Prägnant fasste Karl Doehring Constants Ansatz dahingehend zusammen, “dass die drei klassischen Gewalten im Falle einer ernsthaften Störung ihrer Kooperation einer vierten koordinierenden Gewalt bedürften. Eine solche koordinierende Funktion könne eine vierte Gewalt aber nur dann ausüben, wenn sie unverantwortlich und unabhängig gegenüber den anderen Gewalten sei; dabei müsse sie vorbeugend und wiederherstellend wirken, aber nicht feindlich den anderen Gewalten gegenüber treten.”³ – Der “*pouvoir neutre*” als “eine Staatsgewalt, die es nicht nötig habe, ihre Macht für eigene Interessen einzusetzen, sondern sich darauf beschränken könne, nur dann einzugreifen, wenn Spannungen zwischen den anderen Gewalten dies notwendig mache”.⁴ Derjenige “*pouvoir neutre*”, der die Streitigkeiten der Staatsbürger untereinander ausgleiche, sei die Gerichtsbarkeit; eine ähnliche Funktion übe der Monarch als “*pouvoir neutre*” im Konflikt zwischen Exekutive und Legislative aus.⁵ Constant sagte daher: “*Le pouvoir royal est, en quelque sorte, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs*”,⁶ was bereits an ein Verfassungsgericht denken lässt.

Nach Karl Doehring geht das System Constants davon aus, dass die königliche Macht im Sinne des “*pouvoir neutre*” die “weiseste” Instanz im Staate sein sollte. Weisheit und Neutralität in diesem Sinne kann nach Karl Doehring nur sein, “wer nicht politisch aktiv tätig werden kann oder darf”. Der Richter kann in dieser Art weisheitlich sein, denn er hat, jedenfalls im Grundsatz, nicht das Recht zu gestalten, sondern maßvoll anzuwenden, und er steht nicht selbst beteiligt zwischen den Streitenden, sondern über ihnen⁷ – als Schiedsrichter eben. Montesquieus Bezeichnung der richterlichen Gewalt als “*en quelque facon nul*” liege der Auffas-

² Kritisch D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung (1994).

³ Doehring (Anm. 1), 201 (202).

⁴ *Ibid.*, 203.

⁵ *Ibid.*

⁶ B. Constant, Cours de Politique constitutionnelle, Bd. 1, 1 ff. (1836) und so zitiert bei Doehring (Anm. 1), 203.

⁷ Doehring (Anm. 1), 201 (204).

sung Constant's von der schiedsrichterlichen Funktion des "*pouvoir neutre*" zugrunde.⁸ Diese Funktion des Richteramtes hat Karl Doehring auch immer wieder betont, indem er sich gegen richterliche Rechtsfortbildung wendete.⁹

Die Neutralität des "*pouvoir neutre*" hat zwei Aspekte: Erstens ist 'neutral' bei Constant im Gegensatz zu 'aktiv' bestimmt.¹⁰ Der zweite Aspekt bedeutet "über dem Zwiespalt der Meinungen steh[en]".¹¹

2. "*Pouvoir neutre*" in der Neuzeit

Übertragen auf das Verfassungsrecht der Neuzeit identifiziert Karl Doehring die politische und die gerichtliche Komponente des "*pouvoir neutre*". Zwei Institutionen des deutschen Verfassungsrechts seien es, die in diesem Zusammenhang und in besonderem Maße Beachtung verdienen: das Amt des Bundespräsidenten und die Institution des Bundesverfassungsgerichts.¹²

Weder Höchstgerichte noch der Bundespräsident sind mit beträchtlichen Machtbefugnissen ausgestattet. Darin muss aber kein Widerspruch zur begriffsgeschichtlichen monarchischen Tradition des "*pouvoir neutre*" liegen, im Gegenteil. Denn in der Funktion des *pouvoir neutre* sah Constant den Monarchen ja gerade nicht als den die Exekutivgewalt verkörpernden Machthaber.

Die Funktion des Bundespräsidenten als "*pouvoir neutre*" ist vielfach untersucht und überwiegend abgelehnt worden.¹³ In jüngster Vergangenheit, im Dezember 2008, zeigte der Luxemburgische Großherzog eindeutig, dass er sich nicht als "pouvoir neutre" versteht: Er verweigerte die "Sanktionierung" und Verkündung des vom Parlament beschlossenen Euthanasiegesetzes unter Berufung auf Gewissensgründe.¹⁴ Ausweg aus der – atypisch – vom vermeintlichen "*pouvoir neutre*" verursachten Verfassungskrise war die Änderung der Verfassung dahin gehend, dass der Großherzog nunmehr die Gesetze nur noch formal verkündet und nicht mehr "sanktioniert".

Im Recht der Europäischen Union fällt schon die Identifikation der politischen Komponente eines möglichen "*pouvoir neutre*" schwer. Karl Doehring stand

⁸ *Ibid.*, 205.

⁹ K. Doehring, Die Rechtsprechung als Rechtsquelle des Völkerrechts, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 541 (546).

¹⁰ B. Constant, Principes de politique, Chap. II – De la nature du pouvoir royal dans une monarchie constitutionnelle, 690 (692), in: Œuvres complètes, Bd. IX, 1 (2001); dazu F. Weber, Benjamin Constant und der liberale Verfassungsstaat (2004), 274.

¹¹ Vgl. Weber (Anm. 10), 275; Constant (Anm. 10), 692.

¹² Doehring (Anm. 1), 201.

¹³ C. Degenhart, Staatsrecht I (2007), 271.

¹⁴ Nach Art. 34 (vor der Änderung vom 12.03.2009) der Verfassung von Luxemburg sanktioniert und verkündet ("*sanctionne et promulgue*") der Großherzog die Gesetze. Dazu L. Frieden, Luxemburg Abolishes Royal Confirmation of Laws, in: The International Journal of Constitutional Law/I-CO, im Erscheinen.

ein Verständnis des EuGH als "*pouvoir neutre*" im Recht der Europäischen Union vor Augen, als er mir mein Thema vorschlug. Aber auch diese gerichtliche Komponente des "*pouvoir neutre*" ist aus mehreren Gründen problematisch. So schreiben viele Kritiker dem EuGH ein Selbstverständnis als Motor der Integration zu, der im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten gerade nicht neutral, sondern vielmehr übergreifend oder gar usurpierend sei.¹⁵ Zuerst aber soll die Frage untersucht werden, ob es überhaupt eines "*pouvoir neutre*" in der Europäischen Union bedarf.

III. Bedarf es eines "*pouvoir neutre*" im Recht der Europäischen Union?

Wenn es die erklärte Aufgabe eines "*pouvoir neutre*" ist, Spannungen im politischen Bereich auszugleichen, so gilt es zunächst, derartige Spannungen im Gefüge der Europäischen Union zu identifizieren.

Die klassische staatsrechtliche Spannungslage bestand zwischen Regierung und Volksvertretung; "die Kontrolle der Regierenden ist das Entstehungsmotiv des Parlamentarismus."¹⁶ Weder prägt aber diese Spannungslage heute noch das staatliche Verfassungsleben, noch die Europäische Union mit ihren andersartigen Entstehungsmotiven. Karl Doehring hat dargelegt, dass Organisationsstreitigkeiten im Verfassungsrecht nahezu ausschließlich zwischen Bund und Ländern, Opposition und Mehrheit einschließlich Regierung, aber kaum zwischen Legislative und Exekutive stattfinden.¹⁷ Weiter nennt Doehring Spannungen zwischen Staatsbürgern oder auch Interessengruppen und dem Gesetzgeber. Dies komme zum Ausdruck, wenn die Bürger ihre Grundrechte gegen Gesetze bzw. deren Anwendung in Anspruch nehmen.

Auch im Recht der Europäischen Union fehlt es nicht an Spannungssituationen, insbesondere zwischen den Mitgliedstaaten und der Union. Die Gründungsverträge übertragen der Gemeinschaft und der Union bestimmte Kompetenzen. Dass die Gemeinschaft bzw. die Union die Kompetenzen der Mitgliedstaaten nicht hinreichend achtet, sondern – unter Missachtung des Subsidiaritätsprinzips – deren Souveränität aushöhle, ist ein Dauerbrenner, insbesondere in der deutschen Staatsrechtswissenschaft.¹⁸ Das gilt, obgleich die Mitgliedstaaten am Entstehen dieser Spannungen beteiligt sind. Denn durch Vertragsänderungen schaffen sie neue Kompetenzen, an deren Ausübung sie im Rat teilhaben. Der quantitativ augenfälligste Ausdruck der Spannungen zwischen Union und Mitgliedstaaten sind die

¹⁵ Vgl. R. Herzog/L. Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, Frankfurter Allgemeine Zeitung am 08.09.2008.

¹⁶ Doehring (Anm. 1), 201 (205).

¹⁷ Ibid., 205 f.

¹⁸ J. Wieland, Der EuGH als Steuergesetzgeber?, Kolloquium zur Steuerrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, veranstaltet durch das Bundesfinanzministerium am 17. u. 18.11.2008 in Berlin, Tagungsband im Erscheinen.

Vertragsverletzungsklagen der Kommission gegen Mitgliedstaaten zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts. Daneben existieren auch klassische Gewaltenkonflikte auf der Ebene der Union. Das Parlament streitet häufig um weiter reichende Kompetenzen, insbesondere mit dem Rat. Klagen der Kommission gegen den Rat oder gegen Rat und Parlament sind auch nicht selten.

Weitere Zweifelsfragen ergeben sich laufend zur Reichweite der Grundfreiheiten und deren Schranken. So berufen sich die Unionsbürger gegenüber diskriminierenden oder beschränkenden Regelungen auf ihre Grundfreiheiten und Grundrechte. Dabei ist die Zahl der Rechtsinhaber und der Rechte gegenüber Constant's Zeit gewaltig gewachsen, die Notwendigkeit der Balancierung dementsprechend nicht vermindert, sondern vergrößert worden.¹⁹

Zweifelsfragen im Hinblick auf die Reichweite der Gemeinschaftskompetenzen sind also unvermeidlich und müssen entschieden werden. Die Spannungen sind nicht beseitigt, sondern lediglich verschoben. Und sie existieren sowohl auf staatlicher als auch auf supranationaler Ebene. Soll der "*pouvoir neutre*" politische Spannungen ausgleichen, so bleibt jedenfalls ein weites Betätigungsfeld. Und ebenso wie für das Verfassungsrecht gilt für das Recht der Europäischen Union: Auf den Ausgleich dieser neuen Spannungen kann nicht verzichtet werden und auch nicht auf eine diesen Ausgleich vornehmende Institution.²⁰

Allerdings hat sich auch die Art der auszugleichenden Spannungen geändert. Ging es bei Constant um die Koordinierung und Mäßigung politischer Gewalten, so geht es heute hauptsächlich um die Durchsetzung, aber auch Ausbalancierung von Rechtspositionen. Zwar ging wohl auch Constant von einer durch Prinzipien geleiteten Funktion des "*pouvoir neutre*" aus. Aber sowohl im modernen Verfassungsstaat als auch in der Europäischen Union sind die normativen Vorgaben für den "*pouvoir neutre*" viel dichter geworden: Nur teilweise handelt es sich immer noch um bloße Prinzipien, überwiegend jedoch um Normen, die manchmal detailliert formuliert sind oder durch vorausgegangene Rechtsprechung einen detaillierten Inhalt bekommen haben. Damit steigt die Bedeutung der gerichtlichen Komponente des "*pouvoir neutre*" zu Lasten der politischen, die heute ohnehin fragwürdig ist. Dementsprechend ist in fast allen Rechtsstaaten ein Trend zur Verfassungsgerichtsbarkeit erkennbar.

Auszugleichende Spannungen gibt es also durchaus auch im Rahmen der Europäischen Union. Ob die Europäische Union über einen "*pouvoir neutre*" in der Tradition Constant's und Karl Doehring's verfügt, ist damit allerdings noch nicht gesagt.

Im Folgenden werde ich zunächst nach einer politischen Komponente des "*pouvoir neutre*" im Recht der Europäischen Union fragen. Anschließend werde ich ausführlicher untersuchen, ob der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Funktion eines "*pouvoir neutre*" erfüllt.

¹⁹ Vgl. K. Doehring (Anm. 1), 201 (206).

²⁰ *Ibid.*

IV. Politische Komponente des “*pouvoir neutre*” im Recht der Europäischen Union?

Der Rat besteht aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaates, der befugt ist, für die Regierung des Mitgliedstaates verbindlich zu handeln.²¹ Der Rat übt einerseits wesentliche Legislativbefugnisse aus, andererseits bringt er Fähigkeiten und Kenntnisse der nationalen Exekutiven in das Gemeinschaftsverfahren ein. Er verkörpert eine in der europäischen Integration typische Ausprägung exekutiver Rechtsgestaltung. Innerhalb des Rates wird der jeweiligen Präsidentschaft zwar idealtypisch die Rolle eines “ehrlichen Maklers” zu geschrieben, die Neutralität impliziert. Diese Neutralität, so sie praktisch existiert, zeigt sich jedoch fast ausschließlich im Verhältnis zwischen den Ratsmitgliedern und nicht in den interinstitutionellen Beziehungen. Nach alledem scheidet der Rat als “*pouvoir neutre*” aus.

Das Parlament besteht aus Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten.²² Es entwickelt sich zum Legislativorgan der Gemeinschaft.

Allenfalls käme die Kommission als politische Komponente des “*pouvoir neutre*” in Betracht. Ähnlich wie der vielfach als politische Komponente des “*pouvoir neutre*” erörterte Bundespräsident²³ als “Hüter der Verfassung”²⁴ bezeichnet wird, kommt der Kommission nach herrschender Auffassung die Rolle der “Hüterin des Gemeinschaftsrechts”²⁵ zu. Schließlich hat sie die Aufgabe, für die Anwendung des Vertrags sowie der von den Organen aufgrund des Vertrags getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen.²⁶ Dabei bieten die Kommissare “volle Gewähr für ihre Unabhängigkeit” und “üben ihre Tätigkeit in voller Unabhängigkeit zum Wohle der Gemeinschaften” aus.²⁷

Jedoch kommt der Kommission eine aktive politische Rolle zu. Insbesondere hat sie das Vorschlagsmonopol bei der Gesetzgebung und treibt so die Integration voran. Ihre Aufgaben erfüllt sie, “um das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten”.²⁸ Dazu hat sie Überwachungsfunktionen, Mitwirkungsrechte sowie exekutive Durchführungsbefugnisse.²⁹ Eindeutig geht dies über die einem “*pouvoir neutre*” zustehenden, nur koordinierenden und mäßigenden Funktionen hinaus.

²¹ Art. 203 EGV.

²² Art. 189 EGV.

²³ T. Maunz/R. Zippelius, Deutsches Staatsrecht (1998), 291, letztlich aber ablehnend Döehring (Anm. 1), 201 (209 ff.).

²⁴ Maunz/Zippelius (Anm. 23), 291.

²⁵ Vgl. z.B. K. Lenaerts/P. van Nuffel, Constitutional Law of the European Union (2005), 427 ff.

²⁶ Art. 211 EGV.

²⁷ Art. 213 EGV.

²⁸ Art. 211 EGV.

²⁹ Vgl. Art. 211 EGV sowie z.B. Lenaerts/van Nuffel (Anm. 25).

Da weitere Kandidaten für einen politischen “*pouvoir neutre*” in der Union nicht ersichtlich sind, kommt allenfalls in Betracht, dass nur die gerichtliche Komponente des “*pouvoir neutre*” in der Europäischen Union verwirklicht ist.

V. Der EuGH als “*pouvoir neutre*”?

1. Neutralität als Gemeinschaftsorgan

Kann der EuGH als Organ der Gemeinschaft überhaupt neutraler Richter sein, wenn es um Kompetenzstreitigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten geht? Eine Sicht des EuGH als “Motor der Integration” ist immer noch geläufig.³⁰ Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entscheide tendenziell gemeinschaftsfreundlich und wäre damit nicht neutral.

Zur Abhilfe schlägt eine Mindermeinung sogar die Errichtung eines sog. Kompetenzgerichtshofes vor.³¹ Dieser Kompetenzgerichtshof solle je zur Hälfte aus Richtern des EuGH und aus Richtern nationaler Verfassungsgerichte bestehen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob eine solche Instanz sinnvoller Weise praktisch realisierbar ist³². Auch wäre zu befürchten, dass sie die hoch gesteckten Erwartungen ihrer Befürworter ebenso wenig erfüllen würde wie der EuGH.

Erörterungen zur praktischen Realisierbarkeit und Effizienz sowie zum Problem der Rechtswegverlängerung durch ein solches Kompetenzgericht sind jedoch nicht ersichtlich.

Im Hinblick auf die hier zu untersuchende Frage nach dem “*pouvoir neutre*” interessiert aber das dem Vorschlag zugrunde liegende Anliegen, nämlich die Frage des Letztentscheidungsrechts bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Union:

Wer entscheidet bei schwer wiegenden Differenzen über die Kompetenzabgrenzung zwischen der Union/EG einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits. Insbesondere das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich ausdrücklich das Recht zur Feststellung sog. ausbrechender Rechtsakte vorbehalten.³³ Derartige Rechtsakte seien nicht von den Kompetenzen der Gemeinschaft gedeckt und also in Deutschland unanwendbar. Damit beansprucht letztlich das BVerfG die Funktion des “*pouvoir neutre*” bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Union. Das ist bemerkenswert, weil die Mitgliedstaaten in den Grün-

³⁰ Vgl. Calliess/Ruffert – Wegener, Art. 220 EGV Rn. 17 ff. m.w.N.

³¹ U. Goll/M. Kennntner, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? – Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten, EuZW 2002, 101 (105).

³² U. Everling, Quis custodiet custodes ipsos? – Zur Diskussion über die Kompetenzordnung der Europäischen Union und ein europäisches Kompetenzgericht, EuZW 2002, 357 (362).

³³ BVerfGE 98, 145 (155).

dungsverträgen ja gerade dem EuGH die Kompetenz zur letztverbindlichen Auslegung des Vertrags übertragen haben.³⁴

Spräche man dem EuGH allein aufgrund seiner Eigenschaft als Organ der Gemeinschaft die Fähigkeit, *“pouvoir neutre”* zu sein, ab, müsste im Übrigen gleiches für das BVerfG im Bund-Länderstreit gelten. Karl Doehring und andere³⁵ verstehen das BVerfG aber dennoch als *“pouvoir neutre”*. Ähnliches muss für den EuGH gelten.

Streitig ist allenfalls, ob der EuGH die Funktion eines *“pouvoir neutre”* tatsächlich ausübt, d.h. neutral und nicht etwa tendenziell – zugunsten der Gemeinschaft – entscheidet.³⁶ Um diese Frage zu beantworten, wäre eine umfassende Analyse der Rechtsprechung erforderlich, die hier nicht geleistet werden kann. Angemerkt sei hier nur, dass das Bild als “Motor der Integration” jedenfalls gegenwärtig nicht dem Selbstverständnis der Institution entspricht. Zudem kann auch eine weite Auslegung von Vertragsbestimmungen, etwa im Sinne ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit, der Funktion eines *“pouvoir neutre”* entsprechen, nämlich dann, wenn sie vom Willen der Vertragsstaaten getragen ist.

Steht die Eigenschaft als Gemeinschaftsorgan der Qualifikation des EuGH als *“pouvoir neutre”* also nicht notwendiger Weise entgegen, so ist im Folgenden zu prüfen, ob der EuGH als Gericht *“pouvoir neutre”* sein kann.

2. Gericht als *“pouvoir neutre”*

Constant lehnte es ab, die neutrale Gewalt der Judikative zuzuordnen. *“Parce qu’il est impossible de passer d’une autorité discrétionnaire à l’exercice d’une autorité astreinte à des formes.”*³⁷ Für Constant gehörte zum *“pouvoir neutre”* die Prerogative eigenständiger Vermittlung und Bewahrung eines politischen Gleichgewichts³⁸ – Charakteristika des *“pouvoir royale”*. Auch Carl Schmitt sprach sich in seiner Schrift “Der Hüter der Verfassung” im Jahre 1931 gegen die Justiz als *“pouvoir neutre”* aus.³⁹ *“Pouvoir neutre”* soll nur eine Instanz sein, die beim Ausbügeln von Interessen und bei der Koordinierung von Gewalten über einen gewissen Spielraum verfügt. Das geht über die Auslegung und Anwendung von Gesetzen hinaus. Dementsprechend wurde eingewendet, auch das BVerfG könne, da es Gericht ist, nicht *“pouvoir neutre”* sein.⁴⁰

³⁴ Art. 220 EGV.

³⁵ Maunz/Zippelius (Anm. 23), 366.

³⁶ Letzteres behauptet etwa Wieland (Anm. 18).

³⁷ B. Constant, Fragments 381 und so zitiert bei Weber (Anm. 10), 278.

³⁸ B. Constant, Fragments 381, 390, 451 und so zitiert bei Weber (Anm. 10), 278.

³⁹ C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung (1931), 12 ff.

⁴⁰ H. Lehne, Der Bundespräsident als neutrale Gewalt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Heidelberg 1960, 200 ff.

Zudem kann das BVerfG – und das gilt auch für den EuGH – nicht aus eigener Initiative einschreiten, sondern ist an Anträge gebunden und muss nach fest stehenden Rechtssätzen entscheiden. Constant betrachtete beides, sowohl die schiedsrichterliche Komponente als auch die Spielraum zur Mäßigung ausnutzende politische Komponente als notwendige und kumulative Voraussetzungen des “*pouvoir neutre*”. Normalerweise fehlt es Gerichten an letzterem. Mit den besonderen Funktionen des BVerfG und anderen modernen Höchstgerichten konnten sich Constant und Schmitt allerdings noch nicht auseinandersetzen.

Für eine “*pouvoir neutre*”-Funktion von Gerichten spricht aber Folgendes: Gerichte müssen neutral – im Gegensatz zu aktiv Partei beziehend – sein sowie “über dem Zwiespalt der Meinungen steh[en]”,⁴¹ um ihre Funktion der Streitschlichtung wahrnehmen zu können. Und dass Gerichte nicht aus eigener Initiative aktiv werden können, sondern nur, wenn sie bei Differenzen angerufen werden, könnte man genauso gut als Argument für ihre “*pouvoir neutre*” Funktion verwenden. Auch die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit⁴² unterstützen die “*pouvoir neutre*” Funktion. Denn “[a]ußenstehend im Sinne von nicht in den alltäglichen politischen Meinungsstreit involviert können nach Constant nur Menschen sein, deren Status unabhängig vom Ausgang (tages-)politischer Entscheidungen gesichert ist und die folglich nicht gezwungen sind, ihre Interessen im Meinungsstreit zu artikulieren.”⁴³

Ob man nun auch die Fähigkeit, aus eigener Initiative politisch tätig zu werden, als Voraussetzung eines “*pouvoir neutre*” verlangt, ist eine Frage der Definition. Sowohl bei Constant als auch bei Carl Schmitt scheint nicht das fehlende Initiativrecht, sondern die Gebundenheit an feststehende Rechtssätze das Hauptargument gegen die Dritte Gewalt als “*pouvoir neutre*” zu sein.

Insbesondere war Carl Schmitt bereit, dem US-amerikanischen Supreme Court die Rolle eines “*pouvoir neutre*” zuzugestehen, obwohl auch der Supreme Court nicht aus eigener Initiative aktiv werden kann. Die fundamentale Eigenart des Amerikanischen Supreme Court liege nämlich darin, “dass er mit Hilfe allgemeiner, nur noch missbräuchlich als ‘Normen’ zu bezeichnender Prinzipien und grundsätzlicher Gesichtspunkte, die Gerechtigkeit und Vernünftigkeit von Gesetzen prüft und daraufhin gegebenenfalls ein Gesetz als nicht anwendbar behandelt”.⁴⁴ Nur in einem Justizstaat und nur dann kann ein Gericht nach Carl Schmitt Hüter der Verfassung sein, “wenn unter Verfassung vor allem die bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechte, persönliche Freiheit und Privateigentum verstanden sind, die von den Gerichten gegen den Staat, d.h. gegen Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung geschützt werden sollen”.⁴⁵ Schmitt stellt damit auf

⁴¹ Vgl. Anm. 11.

⁴² Vgl. z.B. Art. 223, 222 EGV; Art. 97, 94 Abs. 2 S. 2 GG.

⁴³ Weber (Anm. 10), 275.

⁴⁴ Schmitt (Anm. 39), 14.

⁴⁵ *Ibid.*

Charakteristika moderner Höchstgerichte ab, die, obwohl Gerichte, dann eben doch Funktionen eines “*pouvoir neutre*” ausüben können.

Moderne Höchstgerichte – dazu gehören u.a. Verfassungsgerichte und der EuGH – sind in der Tat nicht strikt normativ eingebundene Schiedsgerichte; vielmehr ist richterliche Rechtsgestaltung in gewissem Masse unvermeidbar, wenn die zugrunde liegenden Gesetzestexte weit sind und mehrere Auslegungen zulassen und Abwägungen fordern. In diesem Sinne hatte Karl Doehring in Bezug auf das BVerfG zutreffend eingewendet, dass es sich hier, gemessen an der klassischen Gewaltenteilung, um eine Institution eigener Art handele.⁴⁶ Er bescheinigte dem BVerfG schon im Jahre 1964 ein Machtpotential, “das der Bedeutung eines Gerichts nicht mehr angemessen erscheinen könnte”. Auch der EuGH hat viel mehr Befugnisse, Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten als die Gerichte, die Constant vor Augen gestanden haben mögen, als er einer mehr technisch verstandenen Judikative die Eignung als “*pouvoir neutre*” absprach.

Je nach Funktion des konkret zu betrachtenden Gerichts kommt eine Qualifikation als “*pouvoir neutre*” also durchaus in Betracht.⁴⁷ Letztlich kommt es darauf an, ob eher die mehr technische Arbeit mit dem Gesetzestext oder die ausgleichende Abwägung und Koordinierung gegensätzlicher Rechts- und Interessenpositionen ein Gericht prägen und ob im Rahmen letzterer Funktion ein Gericht in der Lage ist, “Spannungen zwischen aktiven politischen Gewalten zu lenken oder zu entschärfen”.⁴⁸

3. Zu einer Aufgabe des EuGH, Spannungen zwischen aktiven politischen Gewalten zu lenken oder zu entschärfen

a) (Politischer) Gestaltungsspielraum

Prima facie kommt das BVerfG der Funktion eines “*pouvoir neutre*” näher als der EuGH. Seine Kernaufgabe ist die Auslegung weit gefasster Grundgesetznormen, wohingegen der EuGH bisweilen sehr detaillierte Sekundärrechtsbestimmungen interpretieren muss.

Daneben erfordert die Dynamik der Europäischen Integration aber immer wieder Grundsatzentscheidungen, in denen es oft um die fundamentale und im Einzelnen strittige Frage der Abgrenzungen mitgliedstaatlicher und gemeinschaftlicher bzw. unionaler Kompetenzen oder auch den Grundrechtsschutz geht. Beispiele sind die kontroversen Urteile zur Kompetenz der Gemeinschaft im Umweltstrafrecht und das Urteil *Mangold* zum Verbot der Altersdiskriminierung. Der EuGH ist also durchaus dem Typus des nicht im Wesentlichen technisch rechts-

⁴⁶ Doehring (Anm. 1), 201 (211).

⁴⁷ Bejahend für das BVerfG Doehring (Anm. 1), 201 ff.; ders. Staatsrecht (1984), 153; R.-R. Grauhan, Der Bundespräsident – Aktiv oder neutral?, JR 1965, 379 (381 f.).

⁴⁸ Doehring (Anm. 1), 201 (212).

anwendenden, sondern auch politisch einflussreichen und gestaltenden Gerichts zuzuordnen. Diese Funktion hat sich der EuGH nicht selbst gegeben. Sie ist vielmehr notwendige Folge seiner Rechtsgrundlagen. Selbst bei deren restriktiver Auslegung bleibt oder bliebe es dabei, dass der EuGH nicht beispielsweise wie ein bloßes Schiedsgericht oder Zivilgericht funktionieren kann, wie es Constant oder auch Montesquieu vor Augen gestanden haben mag.

Aber ob der EuGH dem "*pouvoir neutre*" zugeordnet werden kann, hängt mit den schon zitierten Worten Karl Doehring's davon ab, ob seine Befugnisse gegebenenfalls ausreichen, "Spannungen zwischen aktiven politischen Gewalten zu lenken oder zu entschärfen"⁴⁹ und ob diese Ausgleichs- und Mäßigungsfunktion für seine Arbeit prägend ist. Um diese Frage zu beantworten, gehe ich kurz auf die Befugnisse des EuGH⁵⁰ ein.

b) Institutionelle Streitigkeiten

Der EuGH ist zuständig für Kompetenzstreitigkeiten zwischen Gemeinschaftsorganen. Solche institutionellen Streitigkeiten werden dem EuGH direkt – durch Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage – oder indirekt im Rahmen anderer Verfahren unterbreitet. Insbesondere das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission können Nichtigkeitsklage erheben gegen gemeinsame Handlungen des Europäischen Parlaments und des Rates sowie gegen Handlungen des Rates, der Kommission, des Parlaments.⁵¹ Auch inzident kann sich ein vom EuGH zu entscheidender Rechtsstreit zwischen Organen der EG ergeben, wenn die Organe einer Rechtsstreitigkeit vor dem EuGH beitreten⁵² oder wenn sie schriftliche oder mündliche Erklärungen im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren abgeben.⁵³

Der EuGH kann also direkt und indirekt zur Konfliktlösung zwischen den Legislativ- und Exekutivorganen der Gemeinschaft beitragen und füllt insoweit die Rolle des "*pouvoir neutre*" aus.

c) Individualrechtsschutz

Im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen, Nichtigkeits- und Untätigkeitsklagen muss der EuGH natürlichen und juristischen Personen Rechtsschutz gewähren.⁵⁴ Hat der Einzelne nicht im Wege der Nichtigkeitsklage Direktzugang zum EuGH, so ist das nationale Gericht gemeinschaftsrechtlich gehalten, sein nationales Prozessrecht so auszulegen, dass dem Einzelnen der Rechtsweg offen

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Zum Folgenden Lenaerts/van Nuffel (Anm. 25), 443 ff.

⁵¹ Vgl. im Einzelnen Art. 230 EGV.

⁵² Vgl. Art. 40 EuGH Statut.

⁵³ Vgl. Art. 23 EuGH Statut.

⁵⁴ Art. 230, 232, 234 EGV.

steht.⁵⁵ Diese wesentliche individual- und freiheitsschützende Funktion des EuGH wird immer wichtiger, da der EuGH zunehmend auch Fälle aus grundrechtssensiblen Bereichen wie dem Strafrecht und dem Familienrecht zu entscheiden hat.⁵⁶ Aber auch schon herkömmlicher Weise war eine Kernaufgabe des EuGH die Durchsetzung der Grundfreiheiten gegenüber den Mitgliedstaaten und damit die Gewährleistung der Bürgerfreiheit.

d) Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten

Der Gerichtshof ist auch zuständig, Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten zu entscheiden, wozu es allerdings nur ausnahmsweise kommt. Geht es um die Auslegung oder Anwendung des EG-Vertrages, hat der EuGH sogar ein Entscheidungsmonopol.⁵⁷

e) Streitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten

aa) Direkte Streitigkeiten zwischen Gemeinschaftsinstitutionen und Mitgliedstaaten

Weiter entscheidet der EuGH direkt und indirekt Streitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten: direkt, wenn die Kommission einen Mitgliedstaat etwa wegen Nichtumsetzung einer Richtlinie verklagt,⁵⁸ oder wenn ein Mitgliedstaat Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage gegen Handlungen oder Unterlassungen der Gemeinschaftsorgane erhebt.⁵⁹ Da die Mitgliedstaaten das gleiche Recht wie die Gemeinschaftsorgane haben, Verfahren beizutreten oder Erklärungen in anhängigen Verfahren zu unterbreiten, können sich auch indirekt Streitigkeiten zwischen den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten ergeben. Von diesen Rechten, insbesondere dem Recht, Erklärungen in Verfahren abzugeben, machen die Staaten in hohem Maße Gebrauch. Dabei vertreten sie oft den der Kommission entgegengesetzten, weniger integrationsfreundlichen und dafür souveränitätsschützenderen Standpunkt.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 25.07.2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Rat* (C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, Rn. 39).

⁵⁶ Vgl. Art. 35 EUV.

⁵⁷ Art. 292 EGV.

⁵⁸ Art. 226, 228 EGV.

⁵⁹ Art. 230, 232 EGV.

bb) Inzidente Streitigkeiten zwischen Gemeinschaftsinstitutionen und Mitgliedstaaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens

Bei Vorabentscheidungsverfahren wird allerdings die Besonderheit der hier als indirekt oder inzident bezeichneten Streitigkeiten besonders deutlich. Letztlich liegen ihnen zunächst gar keine Spannungen zwischen einem Mitgliedstaat und der Gemeinschaft (oder zwischen Organen der Gemeinschaft zu unter b)) zugrunde. Vielmehr geht es beim Vorabentscheidungsverfahren um den justiziellen Dialog zwischen innerstaatlichen Richtern und dem EuGH darüber, wie das Gemeinschaftsrecht letztverbindlich auszulegen ist. Nur eben inzident, indirekt, im Rahmen dieses Dialogs kann es dazu kommen, und kommt es oft dazu, dass die Mitgliedstaaten einerseits und die Kommission andererseits unterschiedlicher Auffassung sind. Je nachdem, wie das Vorabentscheidungsverfahren ausgeht, können sich Unzufriedenheit der Mitgliedstaaten bis hin zu Spannungen zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten ergeben.

Überspitzt könnte man sagen, dass hier die Spannung zwischen der Gemeinschaft und Mitgliedstaaten erst durch das EuGH-Urteil entsteht. Der EuGH ist dann gerade nicht Spannungen beilegender oder zumindest abmildernder "*pouvoir neutre*". Man denke an das Urteil *Mangold*. Das Verfahren begann zunächst ganz unspektakulär durch justiziellen Dialog zwischen einem deutschen Arbeitsgericht und dem EuGH. Kontrovers und "spannend" wurde es erst in der Reaktion auf das Urteil des EuGH!

f) Vorabentscheidungsverfahren und Mission des EuGH

Diese Besonderheit, dass der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens keine Spannungen lenkt oder beilegt, fällt besonders ins Gewicht. Denn das Vorabentscheidungsverfahren betrifft die Kernmission des EuGH: Dessen Hauptfunktion ist es nämlich, für die einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten zu sorgen. Die Kernfunktion des EuGH besteht insofern nicht darin, Spannungen zwischen Gemeinschaftsorganen oder zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zu lenken und beizulegen. Vielmehr ist seine Hauptaufgabe, "die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung" des Vertrags und in der ganzen Gemeinschaft die einheitliche Anwendung und Auslegung zu sichern, und zwar im Wege des justiziellen Dialogs und in Kooperation mit den mitgliedstaatlichen Gerichten. Prägend ist hier nicht der Ausgleich von Spannungen im Rahmen der vertikalen oder horizontalen Gewaltenteilung, sondern die Kooperation mit den nationalen Gerichten, auf die der EuGH wesentlich angewiesen ist. Dies ist zu weit von Constants Funktion des "*pouvoir neutre*" entfernt. Nur bei Begriffsüberdehnung: 1. Übertragung von Constants Prinzip auf die Gerichtsbarkeit und 2. – unpassender Weise – auf den justiziellen Dialog ließe sich der EuGH noch als "*pouvoir neutre*" qualifizieren. Folglich ist der EuGH der dritten Gewalt zu zuordnen und stellt keine eigenständige vierte Gewalt im Sinne des "*pouvoir neutre*" Constants dar.

VI. Ergebnis

Als Gericht könnte der EuGH zwar "*pouvoir neutre*" sein. Ein anderer "*pouvoir neutre*" ist in Europa auch nicht ersichtlich. Weiter könnten die Zuständigkeiten des EuGH ihn *prima facie* als "*pouvoir neutre*" erscheinen lassen, nämlich zu entscheiden bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Organen der EG, bei Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten, bei Streitigkeiten insbesondere bzgl. der Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten und schließlich die Freiheit der Individuen zu wahren.

Kernaufgabe des EuGH ist jedoch die Sicherung der Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags. Insbesondere diese Kernaufgabe, die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens zu sichern, prägt ihn mehr als seine Vermittlungsfunktion zwischen Organen der Gemeinschaft und zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten.

Folglich könnte man den EuGH nur bei sehr weiter Auslegung, bei Überdehnung des Begriffs des "*pouvoir neutre*" noch als solchen bezeichnen. Im Ergebnis weist die Europäische Union gegenwärtig also keinen "*pouvoir neutre*" auf.