

Der „Motor der Integration“ schaltet einen Gang runter: Die neue Zurückhaltung des Gerichtshofes der Europäischen Union

Vor nun gut zehn Jahren erschien in einer Montagsausgabe der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* ein Beitrag unter dem Titel „Stoppt den Europäischen Gerichtshof“.¹ Der Aufsatz fand in kürzester Zeit weit über die Landesgrenzen hinaus Beachtung. Dies lag zum einen an der Bekanntheit seines (Mit-)Verfassers, Roman Herzog, Bundespräsident und Präsident des Bundesverfassungsgerichts a.D. Des Weiteren sprach der Artikel in einer ungewohnt offenen, beinahe schon rabiaten Weise aus, woran sich viele Beobachter des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) – aus Politik, Justiz und Wissenschaft – seit Längerem störten. Über Jahrzehnte war der Gerichtshof als „Motor der Integration“ aufgetreten. Er hatte die Bedeutung von EU-Recht ausgeweitet und nationale Kompetenzen beschränkt. Zu weit für Herzog, der in der FAZ zu einem Rundumschlag gegen die europäischen Richter ausholte:

Es kracht gewaltig im Gebälk der europäischen Rechtsprechung. Ursache ist der Europäische Gerichtshof, der mit immer erstaunlicheren Begründungen den Mitgliedstaaten ureigene Kompetenzen entzieht und massiv in ihre Rechtsordnungen eingreift. Inzwischen hat er so einen Großteil des Vertrauens verspielt, das ihm einst entgegengebracht wurde.

Seit Erscheinen des Artikels hat sich die Reputation des Gerichtshofs nicht wesentlich gebessert. Seine Rechtsprechung wurde prominenter Streitpunkt während der Brexit-Debatte, als sich britische Politiker einer Unterwerfung Großbritanniens unter die Jurisdiktion des Luxemburger Gerichts sperrten.² Auch in Deutschland hat man keinen leichten Stand. Jüngst befand *Die Welt*, dass der EuGH und seine Generalanwälte „Europa kaputt machen“.³ Das Gericht sei „berüchtigt dafür, nationales Recht genauso zu übergehen wie die Traditionen der abendländischen Rechtsauslegung, von bestehenden Verträgen zu schweigen.“ Selbst Journalist und Publizist Thomas Schmid, grundsätzlich Euro-Enthusiast, kritisierte „das Entscheidungsverhalten des Europäischen Gerichtshofs, der seine richterliche Beurteilungs- und Schiedskompetenz oft weit überschreitet, sich anmaßend zur politischen Instanz aufzuschwingen versucht und nicht immer über die beste juristische Expertise verfügt.“⁴

Kurz gefasst lautet der Vorwurf: der EuGH macht zu viel. Der Gerichtshof forcieren europäische Interessen, mische sich zu sehr in nationale Entscheidungen ein und stütze das Ganze zudem auf fragwürdige Auslegungsmethoden. Im wissenschaftlichen Diskurs wird

¹ R. Herzog/L. Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 8.9.2008.

² In seiner Chatham-House-Rede zur EU betonte David Cameron, dass man über die Einführung eines Kontrollmechanismus nachdenke, der sicherstellen würde, dass der EuGH im Rahmen seiner Kompetenzen handle. Boris Johnson, inzwischen britischer Außenminister, schrieb direkt nach dem Referendum im *Telegraph*: ‘the UK will extricate itself from the EU’s extraordinary and opaque system of legislation: the vast and growing corpus of law enacted (sic!) by a European Court of Justice from which there can be no appeal’. Auch die gegenwärtige Premierministerin, Theresa May, hält an diesem Kurs fest.

³ J. Schuster, Dieses Plädoyer ist eine Katastrophe für die Flüchtlingspolitik, *Die Welt* v. 11.2.2017.

⁴ Th. Schmid, Europa ist tot, lang lebe Europa!, 2016, S. 225.

dieser Vorwurf „Aktivismus“ genannt.⁵ Der EuGH überschreite die legitime Rolle, die einem Gericht in einer demokratischen Rechtsordnung zustehe, und treffe Entscheidungen, die aufgrund ihrer Signifikanz nur einem Gesetzgeber zustünden.

Ziel dieses Beitrages ist es darzulegen, dass inmitten der großen Aufregung um einzelne weitreichende Urteile des Gerichtshofes eine bedeutsame, jedoch größtenteils unbeachtete Entwicklung stattgefunden hat: der EuGH zieht sich zurück. Entgegen des anhaltenden Aktivismus-Narrativs beschränken die europäischen Richter zunehmend ihre Befugnisse sowie das Maß, mit welchem sie in mitgliedstaatliche Angelegenheiten eingreifen. Im Folgenden werden vier Symptome dieses Rückzugs vorgestellt. Obwohl die Grundsteine für ihre Entstehung schon vor Veröffentlichung des Herzog-Artikels gelegt wurden, sind sie erst innerhalb des letzten Jahrzehnts deutlich zum Vorschein gekommen.

I. Die Entdeckung der Unzulässigkeit

Viele Wege führen nach Luxemburg, doch eine Route ist besonders beliebt: Vorabentscheidungsersuchen von nationalen Gerichten. Etwa zwei Drittel aller vom EuGH erlassenen Urteile gehen auf Vorlagen mitgliedstaatliche Richter zurück. Wenn ein mitgliedstaatliches Gericht sich mit einer Frage beschäftigt, die mit EU-Recht zusammenhängt, kann es bei Unklarheiten nach Art. 267 AUEV – höchstinstanzliche Gerichte müssen sogar – den EuGH um Auslegung bitten.

In den Anfangsjahren waren Vorabentscheidungsersuchen rar. Der 1952 geschaffene Gerichtshof musste beinahe 10 Jahre warten, bis das erste mitgliedstaatliche Gericht eine Auslegungsfrage vorlegte. Als schließlich im Jahre 1961 der niederländische *Gerechtshof's-Gravenhage* in einem wettbewerbsrechtlichen Fall einen Vorlagebeschluss nach Luxemburg schickte,⁶ knallten, so eine oft erzählte europäische Legende, die Champagnerkorken auf den Fluren des EuGH. Innerhalb kurzer Zeit entwickelte sich das Ausnahmeereignis zur Regel. Aufgrund der wachsenden Bedeutung des Europarechts und der Vorlagewilligkeit nationaler Gerichte, erreichten die europäischen Richter immer mehr Vorlagebeschlüsse. Mitte der 1980er Jahre wurde die 100er Marke geknackt, im Jahre 2007 wurden erstmals mehr als 200 Vorlagefragen vorgelegt, drei Jahre später waren es bereits fast 300.

Zunächst kam die gesteigerte Kooperationsbereitschaft der nationalen Gerichte dem EuGH gelegen. Viele Rechtsfragen der noch jungen Römischen Verträge waren ungeklärt, viele Verbindlichkeiten der Mitgliedsstaaten noch nicht ausreichend präzisiert. Die europäischen Richter nutzten vor diesem Hintergrund Vorabentscheidungsverfahren zur Begründung einer

⁵ Startpunkt der europäischen Diskussion ist *H. Rasmussen*, Law and Policy in the European Court of Justice, 1986. In den U.S.A. wird die Aktivismus-Debatte, in Bezug auf den Supreme Court, bereits seit Ende der 1940er Jahre kontrovers geführt; siehe *K.D. Kmiec*, The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, California Review 2004, S. 1442, 1445 f.

⁶ EuGH, Rs. 13-61 (Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd), ECLI:EU:C:1962:11.

Reihe von Instituten und Prinzipien, die noch heute als Grundfesten des EU-Rechts gelten: die Autonomie der europäischen Rechtsordnung;⁷ der Vorrang von EU-Vorschriften gegenüber nationalem Recht;⁸ die Möglichkeit für nationale Gerichte, europarechtswidrige Vorschriften selbst gegen den Willen ihrer Verfassungsgerichte unanwendbar zu lassen;⁹ die Pflicht der Mitgliedsstaaten, bei Nicht-Umsetzung von Richtlinien Bürgern den hierdurch entstandenen Schaden zu begleichen.¹⁰ Im Laufe der Jahre wurde die Freude jedoch zur Last. Die wachsenden Zahlen der Vorabentscheidungsgesuche überforderten den EuGH und machten eine zeitige Beantwortung unmöglich. Mitte der 1990er betrug die Dauer zwischen Vorlagefrage und -entscheidung über zwei Jahre; eine nicht hinnehmbare Verzögerung gerichtlicher Verfahren auf nationaler Ebene.

Der Gerichtshof hat auf diesen Engpass mit einem effektiven Mittel reagiert: er erklärt mehr und mehr Vorlagefragen für unzulässig, d.h. nimmt diese nicht zur Entscheidung an. Obwohl Unzulässigkeitsbeschlüsse seit Beginn des Bestehens des EuGH eine Option gewesen waren, wurden sie kaum von den europäischen Richtern angewandt. Zu groß war die Angst, nationale Gerichte abzuschrecken und so das gerade erst in Schwung gekommene europäische Integrationsprojekt zu bremsen. Inzwischen hat jedoch ein Umdenken stattgefunden. Zunehmend lässt der Gerichtshof verlauten, dass er über bestimmte Fragestellungen nicht entscheiden wird. Dies betrifft insbesondere Rechtsfragen nationaler Richter, die bereits geklärt sind,¹¹ unzureichend begründete Vorabentscheidungsgesuche¹² sowie rein hypothetische Probleme.¹³ Zwischen 2002 und 2011 wurden auf diese Weise über 100 Verfahren abgewiesen. Dies sind fast doppelt so viele wie in den gesamten ersten 50 Jahren seit Gründung des Gerichtshofes.¹⁴

II. Einschränkungen der Grundfreiheiten

Eine ähnliche Entwicklung hat in der Rechtsprechung zu den europäischen Freizügigkeitsrechten, den sogenannten Grundfreiheiten, stattgefunden. Die Römischen Verträge schufen fünf Wirtschaftsrechte: die Warenverkehrsfreiheit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie die Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁵ Ursprünglich als bloße Ergänzung zu gesetzlichen Maßnahmen der EWG gedacht, erlangten die Grundfreiheiten aufgrund der Paralyse des europäischen Legislativprozesses durch Ereignisse wie De Gaulles Politik des leeren Stuhles und den

⁷ EuGH, Rs. 26-62 (Van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1.

⁸ EuGH, Rs. 6-64 (Costa v E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66.

⁹ EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), ECLI:EU:C:1978:49.

¹⁰ EuGH, Rs. C-479/93 (Francovich), ECLI:EU:C:1995:372.

¹¹ Grundlage hierfür ist EuGH, Rs. C-283/81 (CILFIT), ECLI:EU:C:1982:335.

¹² EuGH, Rs. C-320/90, C-321/90 und C-322/90 (Telemarsicabruzzo), ECLI:EU:C:1993:26.

¹³ EuGH, Rs. C-197/10 (Unió de Pagesos de Catalunya), ECLI:EU:C:2011:590.

¹⁴ Im Zeitraum 1952-2001 hat der EuGH 61 Unzulässigkeitsbeschlüsse erlassen. Die hier genannten Zahlen beziehen sich auf alle Verfahren vor dem EuGH, d.h. einschließlich Vertragsverletzungsverfahren u.a.

¹⁵ Inzwischen in den Art. 34 AUEV ff. geregelt.

anschließenden politischen Stillstand eine besondere Bedeutung.¹⁶ Der EuGH zeigte sich bereit, das hierdurch entstandene Vakuum zu füllen und weitete den Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheiten aus.¹⁷ Umfassten diese zunächst nur Maßnahmen der Mitgliedsstaaten, die gegen ausländische Waren, Arbeitnehmer, Selbständige, Dienstleistungen oder Kapital diskriminierten (z. B. Berufsverbote, Importbeschränkungen oder erhöhte Gesundheitskontrollen), wurde ihre Reichweite Schritt für Schritt auch auf nicht-diskriminierende Maßnahmen ausgeweitet.¹⁸

Was sich wie ein rein technisches juristisches Phänomen anhört, ist in Wahrheit von enormer politischer Bedeutung: je weiter der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, desto weitgehender die Einschränkungen nationaler Souveränität. Die Erweiterung des Wirkungsradius der Freizügigkeitsrechte hatte zur Folge, dass immer mehr nationale Gesetze auf den Prüfstand kamen. Insbesondere das Recht auf freien Warenverkehr erwies sich als problematisch. Kreative Kläger machten sich die großzügige Rechtsprechung des EuGH zu Nutze und griffen sämtliche Regeln des Wirtschaftslebens an, die Ihnen im Weg standen, von Sonntagsverkaufsverboten über Bierbrauvorschriften und Werbebeschränkungen hin zu Hygienestandards.

Mitte der 1990er Jahre erkannte der EuGH die Risiken dieser Entwicklung und beschloss eine Kehrtwende. In dem Urteil *Keck und Mithouard* (1993) distanzieren sich die europäischen Richter in einer ungewohnt offenen Weise von ihrer bisherigen Rechtsprechung und kündigten an, Gesetze, die bloße „Verkaufsmodalitäten“ darstellen – d.h. nicht das Produkt selbst, dessen Inhalt, Größe oder Verpackung betreffen – sowie in- und ausländische Waren gleichmäßig beschweren, fortan nicht mehr zu prüfen.¹⁹ Obwohl der EuGH nach Erlass des Urteils nur wenige Klagen an dieser Hürde scheitern ließ, hatte *Keck* eine weitreichende Signalwirkung. Nationale Gerichte schickten weniger Vorlagefragen zum Thema Warenverkehr nach Luxemburg, Kläger stützten ihre Anträge immer seltener auf Verstöße gegen Art. 34 AUEV.

Keck blieb nicht die einzige Manifestierung des neuen, zurückhaltenden Kurses des EuGH. Wenige Monate später ließ der Gerichtshof in *Peralta* verkünden, dass entgegen seiner früheren Urteile Maßnahmen, die die wirtschaftliche Freizügigkeit nur geringfügig beeinträchtigen, nicht mehr unter den Geltungsbereich der Grundfreiheiten fallen würden.²⁰ Diese Linie wurde einige Zeit später in *Burmanjer* und *Deliège* bestätigt.²¹ Trotz einiger

¹⁶ J.H.H. Weiler, The Transformation of Europe, Yale Law Journal 1991, S. 2403, 2410 ff.

¹⁷ M. Maduro, We the Court, 1998.

¹⁸ EuGH, Rs. 8-74 (Dassonville), ECLI:EU:C:1974:82; Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), ECLI:EU:C:1979:42; Rs. C-76/90 (Säger), ECLI:EU:C:1991:331; Rs. C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463; Rs. C-212/97 (Centros), ECLI:EU:C:1999:126.

¹⁹ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard), ECLI:EU:C:1993:905.

²⁰ EuGH, Rs. C-379/92 (Peralta), ECLI:EU:C:1994:296, Rn. 24.

²¹ EuGH, Rs. C-20/03 (Burmanjer), ECLI:EU:C:2005:307; Rs. C-191/97 (Deliège), ECLI:EU:C:2000:199.

Schwankungen in der Rechtsprechung²² sind derartige sog. *de minimis* Regeln nunmehr fester Bestandteil des europäischen Binnenmarktrechts: bei bloßen Minimaleinschränkungen schreitet der Gerichtshof nicht mehr ein; er begrenzt seine Kontrolltätigkeit auf gewichtige Eingriffe in die wirtschaftliche Freiheit.

III. Beurteilungs- und Handlungsspielräume der Mitgliedsstaaten

Welche mitgliedstaatlichen Maßnahmen überprüft werden, hängt eng mit der Frage zusammen, *wie intensiv* diese überprüft werden. In dieser Hinsicht hatte der EuGH sich über die Jahre einen klaren, wenn auch zweifelhaften Ruf aufgebaut. Die europäischen Richter nahmen nationale Gesetz regelmäßig rigoros unter die Lupe; eine Vielzahl hielt der Überprüfung nicht stand. Dies brachte dem Gerichtshof den oben genannten Vorwurf des „Aktivismus“ ein.²³ Der EuGH, so viele Stimmen in der Politik und Wissenschaft, verhalte sich oftmals nicht wie ein Gericht, sondern wie ein Gesetzgeber, eine Kritik, der sich Roman Herzog ausdrücklich anschließt.

Auch in Bezug auf die gerichtliche Prüfdichte hat in Luxemburg ein Umdenken stattgefunden. Immer häufiger betonen die europäischen Richter nicht mehr die strengen Erfordernisse des EU-Rechts, sondern die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Mitgliedsstaaten. Im *Schmidberger*-Urteil, dem eine mehrstündige Blockade der Brenner-Autobahn durch einen Umweltprotest zugrunde lag, befand der Gerichtshof, dass trotz der negativen Auswirkungen auf den freien Warenverkehr den österreichischen Behörden ein weites Ermessen zukam, über die Zulässigkeit derartiger Erscheinungsformen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit zu entscheiden.²⁴ In *Omega Spielhallen* räumte der EuGH der Oberbürgermeisterin der Stadt Bonn ein, den Betrieb einer Laser-Tag-Halle mit Hinweis auf ein besonderes deutsches Verständnis der Menschenwürde zu untersagen.²⁵ In *Sayn-Wittgenstein* stellte er schließlich klar, dass Mitgliedsstaaten frei über das Führen von Adelstiteln entscheiden können, selbst wenn dies europäisches Recht einschränkt.²⁶ Es gibt zahlreiche weitere Beispiele. All diesen Fällen ist gemeinsam, dass der Gerichtshof die Maßstäbe, die er an die Überprüfung der Rechtmäßigkeit nationalen Handelns legt, herunterschraubt. Hierdurch weitet er die Gesetzgebungs- sowie Entscheidungsfreiheit nationaler Parlamente und Behörden.

Parallel hierzu delegiert der Gerichtshof immer mehr Aufgaben im Zusammenhang mit der Anwendung von EU-Recht an nationale Gerichte. Die europäischen Verträge sehen eigentlich vor, dass die gerichtliche Überprüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen arbeitsteilig erfolgen soll: während die Auslegung der EU-Normen dem EuGH vorbehalten ist, sollen nationale

²² EuGH, Rs. C-514/12 (Salzburger Landeskliniken), ECLI:EU:C:2013:799.

²³ Die wichtigste wissenschaftliche Analyse in diesem Zusammenhang bleibt *H. Rasmussen* (Fn. 2).

²⁴ EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 82.

²⁵ EuGH, Rs. C-36/02 (Omega Spielhallen), ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 31.

²⁶ EuGH, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), ECLI:EU:C:2010:806, Rn. 87.

Gerichte Feststellungen tatsächlicher Art treffen und die europäischen Vorschriften auf den konkreten Fall anwenden.²⁷ Es ist jedoch ein offenes Geheimnis, dass der Gerichtshof sich in der Vergangenheit oftmals nicht an diese Arbeitsteilung gehalten hat.²⁸ In vielen Fällen stellte er umfangreiche Ausführungen zu Tatsachenfragen an und wendete auf diese Weise *de facto* das Unionsrecht selbst an, den nationalen Gerichten jeglichen Handlungsspielraum nehmend. Die Urteile des EuGH aus den letzten Jahren zeugen von einem Neuansatz in diesem Punkt. Der Gerichtshof vermeidet es zunehmend, im Alleingang über die Rechtmäßigkeit mitgliedstaatlicher Akte zu entscheiden, und überträgt nationalen Gerichten die Befugnis, bestimmte rechtliche oder tatsächliche Fragen eigenständig zu beantworten. Auf eine Klage gegen ein französisches Gesetz, welches Homosexuellen das Blutspenden untersagte, vertraute er die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit der Regelung dem zuständigen Straßburger Verwaltungsgericht an (*Léger*).²⁹ Hinsichtlich der Frage, ob private Unternehmen einer Angestellten das Tragen eines Kopftuches verbieten können, übertrug er die Letztentscheidung dem vorliegenden belgischen Gericht (*Achbita*).³⁰ Über die Rechtmäßigkeit einer verbraucherbelastenden Klausel eines Hypothekendarlehens – eine im Nachklang der Weltwirtschaftskrise politisch und sozial heikle Problematik – ließ er das Handelsgericht Barcelona urteilen (*Aziz*).³¹ Europäisches Recht wird auf diesem Wege verstärkt dezentralisiert. Welche Verhaltensweisen europäische EU-Normen erlauben und welche nicht, wird nicht mehr allgemeinverbindlich durch die Luxemburger Richter geklärt, sondern durch die Tausenden ober- und unterinstanzlichen Gerichte der Mitgliedsstaaten.

IV. Konservative Auslegung von EU-Recht

Auf einen letzten Punkt, der zentrales Element des Herzog-Artikels war, ist noch einzugehen: die Auslegungsmethoden des EuGH. In seinem Beitrag kritisierte der ehemalige Bundespräsident die „immer erstaunlicheren Begründungen“ des Gerichtshofes und dessen systematische Missachtung „zentraler Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung“. Stein des Anstoßes war das *Mangold*-Urteil, in welchem die Luxemburger Richter eine Regelung im deutschen Arbeitsrecht wegen Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung kippten.³²

Die zahlreichen Leserbriefe und Kommentare, die die *FAZ* in den Tagen und Wochen nach Veröffentlichung des Artikels druckte, machten bereits deutlich, dass die Kritik Herzogs,

²⁷ Vgl. Art. 267 und 19 I AUEV. Dies wurde vom EuGH in zwei Grundsatzentscheidungen aus den 60er Jahren bestätigt; siehe EuGH, Rs. 26-62 (Van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1 und Rs. 6-64 (Costa v E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66.

²⁸ H. Rasmussen, Remediating the Crumbling EC Judicial System, *Common Market Law Review* 2000, S. 1071; P. Craig, *EU Administrative Law*, 2014, S. 637; G. Davies, Abstractness and Concreteness in the Preliminary Reference Procedure, in: N. Nic Shuibhne (Hrsg.), *Regulating the Internal Market*, 2006, S. 216.

²⁹ EuGH, Rs. C-528/13 (*Léger*), ECLI:EU:C:2015:288.

³⁰ EuGH, Rs. C-157/15 (*Achbita*), ECLI:EU:C:2017:203.

³¹ EuGH, Rs. C-415/11 (*Aziz*), ECLI:EU:C:2017:203.

³² EuGH, Rs. C-144/04 (*Mangold*), ECLI:EU:C:2005:709.

wenngleich nicht völlig ungerechtfertigt, in jedem Falle überzogen war.³³ Zwar war der EuGH in *Mangold* unkonventionell vorgegangen, sowohl bezüglich der Drittwirkung von Sekundärrechtsakten (diese ist grundsätzlich verboten), als auch der Auslegung der verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedsstaaten (nur zwei Verfassungen, die finnische und portugiesische, verboten Altersdiskriminierung ausdrücklich). Jedoch kam es in der Folgezeit zu einer gerichtsinternen Kritik sowie einer Abschwächung der *Mangold*-Prinzipien durch den EuGH selbst.³⁴

Aber auch außerhalb der Frage der Altersdiskriminierung hat der Gerichtshof leisere Töne angeschlagen, wenn es um die Auslegung von EU-Rechtsakten geht. Die einst so offensive Anwendung des sog. *effet utile*-Grundsatzes, demzufolge Unionsrecht so auszulegen ist, dass es eine möglichst effektive Wirkung entfaltet, ist in den Hintergrund geraten.³⁵ In den vergangenen Jahren kommen stattdessen häufiger konservative, mitgliedsstaatsfreundliche Entscheidungen aus Luxemburg. Die Verfahren *Dano* und *Alimanovic*, die in den deutschen Medien breit diskutiert wurden, versinnbildlichen dies.³⁶ Auf die Frage, ob eine EU-Richtlinie nicht-erwerbstätigen Ausländern das Recht verleiht, beitragsunabhängige Sozialleistungen wie Hartz IV zu empfangen, verneinte der Gerichtshof einen derartigen Anspruch. Er gab den Vorschriften der Richtlinie eine enge Auslegung und auf diese Weise den Mitgliedsstaaten weiten Entscheidungsraum. Das ebenfalls in den Fokus der Öffentlichkeit geratene Urteil *X und X* geht in eine ähnliche Richtung.³⁷ Streitgegenstand war das Schicksal einer syrischen Familie, die in der belgischen Botschaft in Beirut einen Asylantrag gestellt hatte, hiermit jedoch gescheitert war. Belgien stellte sich auf den Standpunkt, dass hier nicht europäisches Recht gelte, sondern es den Fall aufgrund geltender nationaler Gesetze entscheiden könne. Der EuGH bestätigte dies. Er legte den EU-Visakodex zurückhaltend aus und gab den belgischen Behörden Recht.

VI. Fazit und Ausblick: Von der „Tugend des Nichttuns“

Von Louis D. Brandeis, amerikanischem Juristen und langjährigem Richter am U.S. Supreme Court, ist über seine Richtertätigkeit der folgende Satz überliefert: „*The most important thing we do is not doing.*“ Alexander Bickel, seines Zeichens Verfassungstheoretiker, hat hiervon inspiriert sog. „passiven Tugenden“ von Richtern gefordert.³⁸ Gerichte, insbesondere solche mit der Kompetenz, über die Verfassungsmäßigkeit staatlicher Maßnahmen zu urteilen, müssten nicht immer über jeden Fall entscheiden, der an sie herangetragen wird. Manchmal

³³ N. Reich, Einladung zur Enthauptung, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 25.9.2008; Th. Grob, Keine ausgewogene Darstellung, ebenda.

³⁴ EuGH, Rs. C-411/05 (Palacios), ECLI:EU:C:2007:604.

³⁵ Vgl. U. Šadl, The Role of Effet Utile in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law, European Journal of Legal Studies 2015, S. 18.

³⁶ EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358; Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597.

³⁷ EuGH, Rs. C-638/16 PPU (X und X), ECLI:EU:C:2017:173.

³⁸ A.M. Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, 1962.

sei es unter Gesichtspunkten der Gewaltenteilung angebracht, sich zurückzunehmen, einer Entscheidung auszuweichen und nicht in geltendes Recht einzugreifen.

Der EuGH hat sich, wie die obigen Ausführungen darlegen, Bickels passiven Tugenden zu eigen gemacht. Anstatt wie in seiner Anfangsphase nationalem Recht kühn und oftmals äußerst kritisch entgegenzutreten, zieht sich der Gerichtshof in letzter Zeit zunehmend zurück. Dies zeigt sich zum einen an der Beschränkung der Anzahl der Entscheidungen, die er zulässt, sowie zum anderen am Umfang und an der Intensität seiner Überprüfung mitgliedersstaatlicher Maßnahmen. Ein denkbares Missverständnis ist an dieser Stelle auszuräumen. Der Rückzug des EuGH ist kein totaler. In einigen Bereichen können wir auch gegenwärtig noch eine hohe Aktivität der europäischen Richter beobachten. Dies betrifft mitunter den Datenschutz,³⁹ das Antidiskriminierungsrecht⁴⁰ sowie den Umweltschutz.⁴¹

Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass das Engagement des Luxemburger Gerichts abgenommen hat. Welche Konsequenzen hat dies für das Europäische Projekt, welche für die nationalen Rechtssysteme? Andere Institutionen werden den Platz des EuGH einnehmen können, ja müssen. Zum einen wird mitgliedersstaatlichen Institutionen eine größere Bedeutung zukommen. Dasselbe gilt für den europäischen Gesetzgeber. Wie so vieles, bringt dies sowohl Vor- als auch Nachteile. Nationale Parlamente haben, so ein häufig vorgetragenes Argument, insbesondere in politisch sensiblen Bereichen die demokratische Legitimität, die dem Gerichtshof fehlt. Mitgliedsstaatliche Behörden und Gerichte besitzen teilweise eine größere Fachkompetenz und können bestimmte lokale Phänomene besser beurteilen. Zugleich werden in einigen Bereich einheitliche europäische Antworten seltener werden. Dies mag dem Euro-Skeptiker entgegenkommen, der sich nationale Entscheidungen auf Gebieten wie Hochschulbildung, Gewinnspiel und Gesundheit zurückwünscht. Für diejenigen, die eine Fortführung und Intensivierung der europäischen Zusammenarbeit befürworten, bergen die jüngsten Entwicklungen aber ein Risikopotential. Mit ihnen könnten ebenfalls couragierte Gerichtsurteile zu Themen wie Pressefreiheit, Rechtsstaatlichkeit und Homophobie verschwinden.

³⁹ EuGH, verb. Rs. C-203/15 und C-698/15 (Tele2 Sverige), ECLI:EU:C:2016:970; Rs. C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650; Gutachten 1/15 (Abkommen zum Austausch von Fluggastdaten mit Kanada), ECLI:EU:C:2016:656.

Abkommen mit Kanada

⁴⁰ EuGH, Rs. C-236/09 (Test Achats), ECLI:EU:C:2011:100.

⁴¹ EuGH, Rs. C-142/16 (Kommission gg. Deutschland [Kraftwerk Moorburg]), ECLI:EU:C:2017:301; Rs. C-441/17 (Kommission gg. Polen [Bialowieza-Urwald]), einstweilige Anordnung vom 27.07.2017.