



JUSTIN

Working Paper Series

No. 5/2023

**RECHTSSCHUTZAUFTRAG ODER
RECHTSSTAATLICHKEITSKRITERIUM? ZUM
BEDEUTUNGSWANDEL DES ART. 19 EUV IN DER
RECHTSPRECHUNG DES EUGH**

Attila Vincze

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author(s).

JUSTIN Working Paper Series
David Kosař & Katarína Šipulová, Co-Editors in Chief
ISSN 2336-4785 (online)
Copy Editor: Lukáš Hamřík
© Attila Vincze
2023

M U N I

Masaryk University, Faculty of Law
Veveří 70, Brno 611 70
Czech Republic

The final version of this working paper has been published in *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte* (Vol. 62, No. 1, pp. 71–89, 2023, <http://dx.doi.org/10.3790/staa.62.1>).

Abstract

The Lisbon Treaty created a duty for the Member States to provide an effective remedy. This mandate has been transformed to a yardstick of the judicial independence during the last few years. Since the case of the Portuguese Judges, more and more areas of the internal organization of the judiciary became subjects of European law, and, in doing so, a tool for tackling the crisis of the Rule of Law in Europe has been created. This genuine European standard requires a gradual progression towards an independent judiciary.

Unfortunately, the perspective has been rather a substantive one, yet. This is however very narrow and neglects the procedural obstacles, because it mainly focuses on those question which were settled before the CJEU but does not deal with those which have not made it so far. This perspective is therefore a lopsided one.

The present article divides the cases on judicial independence into different categories. First, it differentiates the infringement procedures and preliminary rulings. Second, regarding the preliminary rulings, it differentiates among three types of cases: procedures from the outside, cases directly tackling the judicial independence and “emergency calls”. The first group covers those cases which are put forward by a court because of alleged violations of judicial independence in another member state typically in connection with an European arrest warrant. To the second group belong those ones, which either directly concern individual judges or are lodged by an interest-group. To the third group belong those cases, in which the judges feel encroached in their independence but have no access to a court, and therefore they “hijack” an ongoing case and put forward a preliminary question regarding their own independence. The paper highlights two main points: first, the eminent role of public interest litigation and, second, the access to the court. If the first one does not exist and the access to the courts is denied because of a successful court-packing, a number of disputes cannot be settled before the CJEU, which then concludes in “emergency calls”.

The paper also points out the information asymmetry in cases on judicial independence. Neither the Commission nor the CJEU are in a very good position to gather and evaluate the judicial organization of a member state because the decisions are taken mainly secretly, and therefore reliable information about the law in action is limited, which narrows the possibility of launching an infringement procedure or giving useful answers for a preliminary question. Informal practices and the abuse of law remain often under the radar.

Last, the paper also highlights that the right to access to the courts – as part of the effective judicial protection – is a precondition for any assessment of the judicial independence, because if that lacks, a number of cases simply does not achieve the CJEU.

Keywords

Effective remedy, rule of law, locus standi, Court of Justice of the European Union, Article 19 TEU, independent judiciary, judicial independence

Suggested citation:

Vincze, Attila. ‘Rechtsschutzauftrag oder Rechtsstaatlichkeitskriterium? Zum Bedeutungswandel des Art. 19 EUV in der Rechtsprechung des EuGH’. 62 *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, pp. 71–89, 2023.

RECHTSSCHUTZAUFTRAG ODER RECHTSSTAATLICHKEITSKRITERIUM? ZUM BEDEUTUNGSWANDEL DES ART. 19 EUV IN DER RECHTSPECHUNG DES EUGH

Attila Vincze¹

1. Problemaufriss

Der Vertrag von Lissabon verpflichtet die Mitgliedstaaten, das System der unionsrechtlichen Rechtsbehelfe auf mitgliedstaatlicher Ebene zu ergänzen und insbesondere die wegen der beschränkten Klagebefugnis vor europäischen Gerichten bestehenden Lücken zu schließen.² Dieses Mandat beruht auf dem grundsätzlichen Vertrauen³ in die mitgliedstaatlichen Verfahrensgarantien und soll die *Dezentralität des Rechtsschutzes im Sinne einer loyalen Zusammenarbeit verstärken*.⁴ Das vorhandene Potential wurde jedoch nicht ausgeschöpft, stattdessen erlebte und erlebt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einen Bedeutungswandel und dient nun als substantieller Maßstab, an dem die rechtsstaatlichen Garantien der nationalen Gerichtsbarkeit gemessen werden (II.). Dieser Wandel wird oft als ein Ausweg aus der Rechtsstaatlichkeitsmisere⁵ bejubelt, ohne jedoch dabei die prozessrechtlichen Rahmenbedingungen (III.) oder Fragen der Beweisführung (IV.) in den Blick zu nehmen und die ihnen gebührende Aufmerksamkeit zu widmen, obwohl beide die materiellrechtliche Prüfung vorprogrammieren, teilweise einengen oder sogar ausschließen können. Mit dieser Fokussierung auf die objektiven Rechtsstaatlichkeitskriterien (auf den „*European way of life*“⁶) einhergehend, wurde die Wirksamkeit der Rechtsbehelfe, also der ursprüngliche, an die Mitgliedstaaten gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV gerichtete Auftrag denaturiert und in ein Justizförmigkeitskriterium umgewandelt, was weder gewollt war noch praktisch ist. (V). Diese Entwicklungen führen zu einer eher ernüchternden Bilanz (VI).

2. Die Objektivierung von Art. 19 EUV als Rechtsstaatlichkeitskriterium

Die Genese des Rechtsschutzauftrages der Mitgliedstaaten gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV geht auf die Begrenzungen der Klagebefugnis des Einzelnen in den Urteilen *Jégo-Quéré*⁷

¹ Das Manuskript entstand im Rahmen des durch das European Research Council (ERC) finanzierten EU-Rahmenprogramms für Forschung und Innovation Horizont 2020 (INFINITY, grant agreement no. 101002660). Der Autor dankt Prof. Dr. András Jakab und Michael Wilding für die wertvollen Anmerkungen zu einer früheren Version des Manuskripts.

² Bernhard W. Wegener. In: EUV/AEUV, 6 AUFL. (Christian Calliess und Matthias Ruffert, Hrsg., 2022), Art. 19 EUV Rn. 64.

³ Elena Marie Kullak. VERTRAUEN IN EUROPA (2020).

⁴ Thomas Jaeger. 'Gerichtsorganisation und EU-Recht: Eine Standortbestimmung'. EUR (2018), S. 611.

⁵ Oliver Mader. 'Wege aus der Rechtsstaatsmisere: der neue EU-Verfassungsgrundsatz des Rückschrittsverbots und seine Bedeutung für die Wertedurchsetzung'. EuZW (2021), S. 917.

⁶ Treffend Frank Schorkopf. 'Europäischer Konstitutionalismus oder die normative Behauptung des „European way of life“'. NJW (2019), S. 3418.

⁷ EuGH, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré* (ECLI:EU:T:2002:112); aufgehoben durch EuGH, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré* (ECLI:EU:C:2004:210). Hierzu Christopher Brown und John Morijn. 'Case C-263/02 P Commission v. Jégo-Quéré & Cie SA'. COMMON MARKET LAW REVIEW (2004), S. 1639 (1649).

und *Unión de Pequeños Agricultores*⁸ zurück. Der EuGH hat in diesen Entscheidungen – trotz der abweichenden Auffassung des EuG und einzelner Generalanwälte – klargestellt, dass die zentralen und dezentralen Rechtsschutzinstrumente (also die Nichtigkeitsklage sowie das Vorabentscheidungsverfahren) ein umfassendes System bilden, mit dem die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe gewährleistet wird. Da die Klagebefugnis natürlicher oder juristischer Personen zur Anfechtung allgemeiner Normen der EU beschränkt ist,⁹ haben die Mitgliedstaaten die Aufgabe, „ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann“¹⁰. Aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit folgte dementsprechend die Pflicht, die Prüfung der Rechtmäßigkeit nationaler Entscheidungen oder anderer Maßnahmen zu gewährleisten, damit eine inzidente Prüfung der Gültigkeit der auf den konkreten Sachverhalt angewandten Unionsnorm möglich ist.¹¹

Diese Verpflichtung wurde von der konkreten Entscheidung gelöst und als allgemeiner Rechtsschutzauftrag im Vertrag von Lissabon kodifiziert. Die Mitgliedstaaten wurden verpflichtet, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, „damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist“. Diese rechtsschutzeffektuiende Aufgabe der Mitgliedstaaten¹² ist wesentlich breiter als die ursprünglich vom EuGH intendierte und funktioniert in der Realität als ein objektiv-rechtliches Pendant des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf gemäß Art. 47 GRC.¹³ Wahrscheinlich hat eben diese objektiv-rechtliche Dimension – also die anscheinend fehlende Individualisierbarkeit – dazu beigetragen, dass Streitigkeiten über Mängel der mitgliedstaatlichen Rechtsschutzmechanismen aufgrund der Nichtberücksichtigung des Unionsrechts die Auslegung vom Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nur ausnahmsweise und *per tangentem* betroffen haben. Denn die ursprüngliche Frage betraf die Grenzen der Verfahrensautonomie bei der Schaffung der jeweiligen Rechtsbehelfe und weniger ihre objektiv- oder subjektiv-rechtliche Dimension. Dementsprechend waren sehr ähnliche Fragen in Bezug auf die Wirksamkeit der innerstaatlichen Rechtsbehelfe mit oder ohne Bezug zu Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV vom EuGH zu entscheiden, ohne dass es zu einem nennenswerten Unterschied in der Auslegung gekommen wäre, wie die Judikatur in den Rechtssachen *Târșia*¹⁴ *Hochtief Solutions*,¹⁵ *Hochtief AG*,¹⁶ *XC*,¹⁷ *Randstad Italia*¹⁸ sowie *Hoffmann-La Roche*¹⁹ plastisch illustriert.

Im Gegensatz zu dieser zurückhaltenden Rechtsprechung zur Wirksamkeit der staatlichen Rechtsschutzinstrumente kam es zu einer „kopernikanische Wende“, als begonnen wurde,

⁸ EuGH, Rs. C-50/00 P, *Union de Pequenos Agricultores* (ECLI:EU:C:2002:462).

⁹ EuGH, *supra* N. 7, Rn. 40; EuGH, *supra* N. 6, Rn. 30.

¹⁰ EuGH, *supra* N. 7, Rn. 41; EuGH, *supra* N. 6, Rn. 31.

¹¹ EuGH, *supra* N. 7, Rn. 42; EuGH, *supra* N. 6, Rn. 32.

¹² So Carsten Nowak. In: VERWALTUNGSRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION (Terhechte Hrsg.), § 11 Rn. 10.

¹³ Hanns Peter Nehl. In: FRANKFURTER KOMMENTAR ZU EUV/GRC/AEUV (Matthias Pechstein, Carsten Nowak und Ulrich Häde Hrsg., 2017), Art. 47 GRC Rn. 2.

¹⁴ EuGH, Rs. C-69/14, *Târșia* (ECLI:EU:C:2015:662).

¹⁵ EuGH, Rs. C-620/17, *Hochtief Solutions AG* (ECLI:EU:C:2019:630).

¹⁶ EuGH, Rs. C-362/18, *Hochtief AG* (ECLI:EU:C:2019:1100).

¹⁷ EuGH, Rs. C-234/17, *XC* (ECLI:EU:C:2018:853).

¹⁸ EuGH, Rs. C-497/20, *Randstad Italia* (ECLI:EU:C:2021:1037), insb. Rn. 77-80.

¹⁹ EuGH, Rs. C-261/21, *Hoffmann-La Roche* (ECLI:EU:C:2022:534).

Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV mit der richterlichen Unabhängigkeit zu verknüpfen und in ihm eine Organisationsgarantie der Justiz zu sehen. Seit der Feststellung in der Rechtssache *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*²⁰, dass die Bezahlung portugiesischer Richter eine Angelegenheit des Unionsrechts ist, wurde mehrmals bekräftigt, dass der Aufbau der Gerichtsbarkeit nicht nur als eine rein innerstaatliche Sache anzusehen ist, sondern diesem Aufbau auch eine europäische Dimension innewohnt.²¹ Daraus wurde ein Rückschrittverbot (*non-regression*) entwickelt²² und den Mitgliedstaaten die Pflicht auferlegt, keine „Regeln zu erlassen, die die richterliche Unabhängigkeit untergraben würden.“²³ Diese Pflicht wurde später sogar zu einer „Ergebnispflicht“²⁴ und einer Fortschrittspflicht weiterentwickelt.²⁵ Als Teil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen²⁶ ermöglicht diese genuin europarechtliche Auffassung der richterlichen Unabhängigkeit²⁷ organisatorische Änderungen der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit zu prüfen,²⁸ wie Entscheidungen zum Ruhestandsalter,²⁹ der Zusammensetzung von Disziplinargerichten,³⁰ zur Abordnung³¹ oder zur dienstrechtlichen Verantwortung der Richter³² zeigen.

Die Gerichtsbarkeit in den Mitgliedstaaten ist jedoch vielfältig, was zum einen Teil eine dem faktischen Befund entsprechende Beschreibung der Verfahrensautonomie ist, zu einem

²⁰ EuGH, Rs. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ECLI:EU:C:2018:117).

²¹ Matteo Bonelli und Monika Claes. 'Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary'. *EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW* (2018), S. 622; Laurent Pech und Sébastien Platon. 'Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case'. *COMMON MARKET LAW REVIEW* (2018), S. 1827; Jaeger, *supra* N. 3, S. 611.

²² Mathieu Leloup, Dimitry Kochenov und Dimitrovs Aleksejs. 'Opening the door to solving the "Copenhagen dilemma"? All eyes on *Republika v Il-Prim Ministru*'. *EUROPEAN LAW REVIEW* (2021), S. 692; Mader, *supra* N. 4, S. 917.

²³ EuGH, Rs. C-896/19, *Republika v Il-Prim Ministru* (ECLI:EU:C:2021:311), Rn. 64; bestätigt durch EuGH, Rs. C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"* (ECLI:EU:C:2021:393), Rn. 162; EuGH, Rs. C-791/19, *Kommission/Polen* (ECLI:EU:C:2021:596), Rn. 51.

²⁴ EuGH, *supra* N. 22, Rn. 250.

²⁵ Madalina Moraru und Raluca Bercea. 'The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, and their follow-up at the national level'. *EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW* (2022), S. 82.

²⁶ EuGH, Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, *A. K.* (ECLI:EU:C:2019:982), Rn. 120. Kritisch zur Ableitung aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen Peter M. Huber. 'Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten – Identifizierung und Konkretisierung'. *EUR* (2022), S. 145 (149). Demgegenüber betonen Krajewski und Ziólkowski die Näherung der Standards der EMRK und der EU Michal Krajewski und Michal Ziólkowski. 'EU judicial independence decentralized: *A.K.*'. *COMMON MARKET LAW REVIEW* (2020), S. 1107.

²⁷ Rafael Bustos Gisbert. 'Judicial Independence in European Constitutional Law'. *EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW* (2022), S. 591.

²⁸ Aida Torres Pérez. 'From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence'. *MAASTRICHT JOURNAL OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW* (2020), S. 105; Ondřej Kandlec und David Kosař. 'Romanian version of the rule of law crisis comes to the ECJ: The AFJR case is not just about the Cooperation and Verification Mechanism'. *COMMON MARKET LAW REVIEW* (2022), S. 1823.

²⁹ EuGH, Rs. C-192/18, *Kommission/Polen* (ECLI:EU:C:2019:924); EuGH, Rs. C-619/18, *Kommission/Polen* (ECLI:EU:C:2019:615). Hierzu Piotr Bogdanowicz und Maciej Taborowski. 'How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience'. *EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW* (2020), S. 306; Beáta Bakó. 'Judges Sitting on the Warsaw-Budapest Express Train: The Independence of Polish and Hungarian Judges Before the CJEU'. *EUROPEAN PUBLIC LAW* (2020), S. 587 (591-595).

³⁰ EuGH, *supra* N. 25; Bakó, *supra* N. 28, S. 587 (601-604).

³¹ EuGH, Rs. C-748/19 bis C-754/19, *W.B.* (ECLI:EU:C:2021:931).

³² EuGH, *supra* N. 22, *Kommission/Polen*; EuGH, *supra* N. 22, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*; EuGH, Rs. C-430/21, *R.S.* (ECLI:EU:C:2022:99).

anderen Teil wird diese Vielfaltigkeit auch der Verfassungsidentität zugeschrieben.³³ Aus diesem Grund muss die Frage, welche Aspekte der Justiz eben jene, die nationale überlagernde,³⁴ europäische Dimension haben, die auch vom EuGH überprüfbar sind,³⁵ beantwortet werden. Vorgeschlagen wurde den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV „auf die Korrektur von Problemen in Bezug auf strukturelle Unzulänglichkeiten in einem bestimmten Mitgliedstaat“ zu beschränken, die „am besten als systemische oder allgemeine Mängel“ zu bezeichnen sind, da sie die Unabhängigkeit in ihrem „Wesensgehalt“ antasten³⁶ und eine gewisse, über die bloße Möglichkeit hinausgehende, Ernsthaftigkeit der Gefahr verlangen.³⁷

Von strukturellen Unzulänglichkeiten ist dann zu sprechen, wenn diese „sich unweigerlich auf den Vorabentscheidungsmechanismus nach Art. 267 AEUV“ auswirken.³⁸ Da sich *bereichsübergreifende und strukturelle Änderungen* der nationalen Gerichtsbarkeit logischerweise auf *sämtliche* von den nationalen Gerichten wahrgenommene *Aufgaben* auswirken, beeinträchtigen sie auch ihre Funktion als „Unionsgerichte“. ³⁹ Der EuGH scheint jedoch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV breiter verstehen zu wollen⁴⁰ und ganz allgemein scheint eine Grenzziehung zwischen strukturellen Mängeln und Bagatellsachen zumindest schwierig, vielleicht sogar unmöglich zu sein,⁴¹ da für eine Systemrelevanz keine beträchtliche Anzahl von Fällen oder die Betroffenheit großer Teile des nationalen Rechtssystems vorliegen muss,⁴² sondern auch die Beeinträchtigung einer Institution von herausragender Bedeutung ausreichen kann⁴³ und sogar die zutreffende Formulierung einer auf dem ersten Blick geringfügigen Frage zu einer systemischen Unzulänglichkeit umqualifiziert werden kann.⁴⁴ Der EuGH scheint einen groben *inhaltlichen* Filter für die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zu verwenden und verlangt einen tatsächlichen, nicht nur bloß möglichen Bezug zum Unionsrecht, wobei dieser auch locker sein kann.⁴⁵ Diese substantielle Sicht lenkt jedoch die Aufmerksamkeit vom Prozessrecht weg und selten wird die Frage gestellt, welche Rechtssachen den EuGH überhaupt erreichen.

³³ Das polnische Verfassungsgericht hat sowohl in Bezug auf die EU (Urteil vom 7. Oktober 2022, Az. K 3/21) als auch auf die EMRK betont, dass die Justiz zum *domaine réservé* des Staates gehört, hierzu Marten Breuer. ‘Principled Resistance’ Meets ‘ultra vires’: New Techniques in Opposing ECtHR Judgments’. ZAÖRV (2022), S. 641. Das ungarische Verfassungsgericht hat dieselbe Meinung in einem Urteil zum Einheitlichen Patentgericht vertreten, hierzu Katalin Gombos und Endre Orbán. ‘The Hungarian and German constitutional courts refused the ratification of the agreement on a Unified Patent Court. What’s next?’. JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE (2022), S. 1.

³⁴ Klaus Ferdinand Gärditz. In: Handbuch des Verfassungsrechts (Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher und Klaus Ferdinand Gärditz Hrsg., 2021), § 13 Rn 64.

³⁵ GA Bobek, Schlussantrag, Rs. C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"* (ECLI:EU:C:2020:746), Rn. 243.

³⁶ GA Tanchev, Schlussantrag, Rs. C-192/18, *Kommission/Polen* (ECLI:EU:C:2019:529), Rn. 115; GA Tanchev, Schlussantrag, Rs. C-585/18, C-624/18 und C-625/18, *A.K.* (ECLI:EU:C:2019:551), Rn 145-147.

³⁷ Ein vermeintlicher Erledigungsdruck in Bezug auf die zügige Abarbeitung der Rechtssachen reicht hierfür nicht aus, EuGH, Rs. C-272/19, *Land Hessen* (ECLI:EU:C:2020:535).

³⁸ GA Tanchev, Schlussantrag, Rs. C-558/18 und C-563/18, *Miasto Łowicz* (ECLI:EU:C:2019:775), Rn. 92.

³⁹ GA Bobek, Schlussantrag, Rs. C-556/17, *Torubarov* (ECLI:EU:C:2019:339), Rn. 54.

⁴⁰ Bogdanowicz und Taborowski, *supra* N. 28, S. 307 (320).

⁴¹ GA Bobek, *supra* N. 34, Rn. 207-208.

⁴² GA Bobek, Schlussantrag, Rs. 748/19 bis C-754/19, *WB* (ECLI:EU:C:2021:403), Rn. 148.

⁴³ GA Tanchev, Schlussantrag, Rs. 824/18, *A.B.* (ECLI:EU:C:2020:1053), Rn. 129.

⁴⁴ GA Bobek, *supra* N. 34, Rn. 222.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-558/18 und C-563/18, *Miasto Łowicz* (ECLI:EU:C:2020:234), Rn. 49-51.

3. Prozessrechtliche Filter der Rechtsstaatlichkeitsprüfung

Welche Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit den EuGH tatsächlich erreichen, hängt nicht zuletzt auch davon ab, welche dieser Aspekte prozessual überhaupt thematisiert werden bzw. werden können. Bekanntlich bieten die Gründungsverträge zwei Wege an: (1) entweder kann die Kommission, als Hüterin der Verträge, bestimmte Meinungsverschiedenheiten, einschließlich der Unabhängigkeit der Justiz,⁴⁶ mittels eines Vertragsverletzungsverfahrens gerichtlich klären lassen, (2) oder die mitgliedstaatlichen Gerichte können dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen.

3.1. Vertragsverletzungsverfahren

Die Kommission leitet ein Verfahren nur in sehr wenigen Fällen ein und im Vergleich mit den zahlreichen Rügen und Kritiken, die in den Berichten über die Rechtsstaatlichkeit enthalten sind, erreicht nur ein Bruchteil dieser Rügen und Kritiken den EuGH in Form einer Klage.⁴⁷ Die Kommission hat ein Vorrecht zu bestimmen, in welchen Fällen sie ein Vertragsverletzungsverfahren einleitet,⁴⁸ was auch – wegen der effektiven Nutzung der beschränkten sachlichen und personellen Ressourcen und der möglichen Vor- und Nachteile einer Auseinandersetzung mit einem Mitgliedstaat⁴⁹ – gewissen Opportunitätsabwägungen unterliegt. Dies erscheint zumindest dann kontrovers, wenn sie Mitgliedstaaten in einem rechtlich unverbindlichen Bericht tadelt, aber ansonsten keine weiteren Schritte unternimmt. Die Wahl des Präsidenten des ungarischen Obersten Gerichts (Kúria) wurde z.B. beanstandet, weil er trotz einer ablehnenden Stellungnahme des Landesrichterrats (aufgrund fehlender richterlicher Erfahrung des damaligen Kandidaten) gewählt wurde.⁵⁰ Diese delikate Frage wurde jedoch gerichtlich nicht weiter verfolgt.⁵¹ Die Entscheidung der Kommission ist

⁴⁶ EuGH, *supra* N. 28; Bakó, *supra* N. 28, S. 587 (598-601).

⁴⁷ Die Kommission hat eigentlich nur in wenigen Fällen die Rechtsstaatlichkeit direkt gerügt, die zwei Fälle hinsichtlich der Herabsetzung des Ruhestandsalters der polnischen Richter (*supra* N. 28) waren juristisch gesehen eigentlich nicht kompliziert, sie wurden schon früher im Zusammenhang mit Ungarn entschieden, vgl. EuGH, Rs. C-286/12, *Kommission/Ungarn*, kritisch Bakó, *supra* N. 28, S. 587 (591-592). Das Verfahren wegen der disziplinarischen Verantwortung der Richter löste eine weitreichende Debatte über den Vorrang des Unionsrechts aus, *Kommission/Polen*, *supra* N. 22; hierzu Luke Dimitrios Spieker. 'The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law: Commission v. Poland'. *COMMON MARKET LAW REVIEW* (2022), S. 777. Das dritte Verfahren ist noch anhängig, EuGH Rs. C-204/21, *Kommission/Polen*.

⁴⁸ Ulrich Karpenstein. In: *Das Recht der EU*, 77. (Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf und Martin Nettesheim Hrsg., EL September 2022), Art. 258 AEUV, Rn. 14-16.

⁴⁹ Karpenstein, *supra* N. 47, Rn. 4-7. Tanja Börzel. *WHY NONCOMPLIANCE: THE POLITICS OF LAW IN THE EUROPEAN UNION* (2021), S. 20-23. Sivaram Cheruvu. 'When does the European Commission Pursue Noncompliance?' *EUROPEAN UNION POLITICS* (2022) S. 375. Daniel Kelemen und Tommaso Pavone. 'Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supranational Forbearance in the European Union'. *APSA PREPRINTS* (2022).

⁵⁰ Europäische Kommission. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2021 (SWD(2021) 714 final), Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn.

⁵¹ Den juristisch ebenso problematischen Amtsverlust des früheren Präsidenten Baka hat die Kommission gerichtlich nicht verfolgt, Attila Vincze. 'Dismissal of the President of the Hungarian Supreme Court: ECtHR Judgment Baka v. Hungary'. *EUROPEAN PUBLIC LAW* (2015), S. 445.

dahingehend verständlich, dass die Stellungnahme des Landesrichterrates formal nicht verbindlich (und damit die Ernennung formal nicht rechtswidrig) war, die Ablehnung vielmehr auf einer früher weitgehend respektierten Konvention beruhte, dass die Präsidenten des Obersten Gerichts aus der Mitte der Richterschaft gewählt werden. Diese wurde jedoch 2019 formal geändert. Ein eventueller Rechtsstreit hätte deshalb auch die bisher ungeklärten und aus diesem Grund risikohaften Fragen, ob und inwieweit die Nuancen der Richterbestellung,⁵² ihre formal einwandfreie Abänderung bzw. die Bindungskraft informeller Regeln, europarechtlich überhaupt überprüfbar und an einem genuin europarechtlichen Standard zu messen sind, betroffen.

3.2. Vorabentscheidungsverfahren

Das Vorabentscheidungsverfahren,⁵³ als zweiter möglicher Weg zum EuGH, setzt einen Rechtsstreit vor einem nationalen Gericht voraus, mit dem Fragen der Unabhängigkeit der Justiz verknüpft sind.⁵⁴ Diese Bedingung folgt aus der Voraussetzung, dass hypothetische Fragestellungen, die nicht mit der Entscheidung des Rechtsstreits zusammenhängen, sondern durch die der EuGH lediglich zur Abgabe eines „Rechtsgutachtens“ bewegt werden soll, abgewiesen werden.⁵⁵ Insoweit unterscheidet sich die Frage der Lohnkürzungen für portugiesische Richter⁵⁶ von der Frage der Entlohnung ihrer ungarischen Kollegen,⁵⁷ da im ersteren Fall ganz genau diese Frage Streitgegenstand im nationalen Verfahren war, während im zweiten Verfahren lediglich das Recht auf Dolmetschen zu interpretieren war, der Richter jedoch dies mit seinen eigenen Arbeitsbedingungen verknüpfte. Diese im zweiten Verfahren geschaffene hypothetische Zusammenhang mit dem Streitgegenstand zeigt jedoch auch die prozessualen Schranken des Verfahrens. Bisher haben sich drei Konstellationen von Vorabentscheidungsfragen herauskristallisiert, in denen die richterliche Unabhängigkeit problematisiert wird.

⁵² Zur Zurückhaltung des EuGH in dieser Frage Krajewski und Ziólkowski, *supra* N. 25, S. 1107 (1116 -1123). Die Kuriositäten beschränken sich nicht auf Ungarn, vgl. zB Christopher Orth. VERFASSUNGSRICHTER UND IHRE FRÜHERE BETEILIGUNG AN GESETZGEBUNGSVERFAHREN (2022); Ulf Domgörgen. ‘Vom parteipolitischen Zugriff auf hohe Richterämter’. NVwZ (2022), S. 1073. Umfassend aus österreichischem Blickwinkel zur Richterbestellung Markus Vašek. DIE RICHTERBESTELLUNG IN ÖSTERREICH (2022).

⁵³ Die Unabhängigkeit des Gerichts hat nach Art. 267 AEUV eine andere Bedeutung als nach Art. 19 I UA 2 EUV; ansonsten wäre das Vorabentscheidungsverfahren wegen einer Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit nicht möglich, da ein nicht unabhängiges Gericht nicht den Kriterien des Art 267 AEUV entspricht, hierzu Charlotte Reyns. ‘Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?’. EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW (2021), S. 26.

⁵⁴ EuGH, *supra* N. 44, Rn. 49-51.

⁵⁵ Wegener, *supra* N. 1, Art. 267 AEUV, Rn. 24.

⁵⁶ EuGH, *supra* N. 19.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-564/19, IS (ECLI:EU:C:2021:949); hierzu Kim Lane Scheppelle. ‘The law requires translation: The Hungarian preliminary reference on preliminary references: IS’. COMMON MARKET LAW REVIEW (2022), S. 1107.

a) Vorabentscheidungsverfahren vom "Außen"

Zum einen handelt es sich um Verfahren, die insbesondere im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit und im Zusammenhang mit der Nicht-Anerkennung bzw. Nicht-Durchsetzung eines europäischen Haftbefehls wegen befürchteter fehlender Unabhängigkeit des Richters in einem anderen Mitgliedstaat, angestrengt werden.⁵⁸ Das Verfahren hat seinen Ursprung also nicht im betroffenen Mitgliedstaat, sondern in einem anderen, in dem das erkennende Gericht (begründet oder unbegründet) Besorgnisse hinsichtlich der Standards des anderen Mitgliedstaats hegt. Der EuGH verlangt in diesen Verfahren eine direkte und nachweisliche Verbindung zwischen dem konkreten Fall und den angeblichen Unzulänglichkeiten der richterlichen Unabhängigkeit. Damit werden systemische Fehler und Einzelfall entkoppelt⁵⁹ und im Ergebnis dem Vertrauen Vorrang gegenüber dem Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit eingeräumt.⁶⁰ Bisher dominierte das Strafrecht diese Vorabentscheidungsverfahren, da hier besondere Garantien verlangt werden, aber eine analoge Anwendung auf das Verwaltungsrecht – eine horizontale Sped-Pro Konstellation⁶¹ – ist auf den Gebieten zu erwarten, in denen ein illiberaler Einfluss auf das Marktgeschehen (Sanktionierung, Monopolisierung und rent-seeking⁶²) durch captured institutions⁶³ immer intensiver wird.⁶⁴

b) Streitigkeiten direkt über die richterliche Unabhängigkeit

Eine zweite Gruppe von Verfahren betrifft diejenigen, in denen der Streitgegenstand direkt die richterliche Unabhängigkeit ist. Hier spielt das nationale Prozessrecht und insbesondere die jeweiligen Grenzen der *public interest litigation* eine enorme, bisher jedoch unterschätzte Rolle. Je breiter und großzügiger die Klagebefugnis ausgestaltet ist, desto mehr Raum haben Gruppen von Interessenvertretern oder „gesellschaftlich engagierte Bürger“ ("*public-spirited citizen*") eine Klage zu erheben, mit der zwar keine Verletzung eigener Rechte, jedoch ein

⁵⁸ EuGH, C-216/18, *LM* (ECLI:EU:C:2018:586); EuGH, C-354/20 PPU und C-412/20 PPU, *L und P* (ECLI:EU:C:2020:1033); EuGH, Rs. C-562/21 PPU, C-563/21 PPU, *X u. Y* (ECLI:EU:C:2022:100).

⁵⁹ Matthias Wendel. 'Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen'. *EuR* (2019), S. 111 (119-121); Theodore Konstadinides. 'Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: *LM*'. *COMMON MARKET LAW REVIEW* (2019), S. 743 (765-769); Agnieszka Frackowiak-Adamska. 'Trust until it is too late! Mutual recognition of judgments and limitations of judicial independence in a Member State: *L and P*'. *COMMON MARKET LAW REVIEW* (2022), S. 113.

⁶⁰ Dimitry Kochenov Petra Bárd. 'Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe'. *JOURNAL OF COMMON MARKET STUDIES* (2022), S. 150 (155-157).

⁶¹ EuGH, Rs. T-791/19, *Sped Pro* (ECLI:EU:T:2022:67); hierzu Dieter Krimphove. 'Der EuGH und die Rechtsstaatlichkeit Polens – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 9.2.2022, Rs. T-791/19 (*Sped-Pro*)'. *EuR* (2022), S. 639.

⁶² Paul H. Rubin. 'Crony Capitalism'. *SUPREME COURT ECONOMIC REVIEW* (2015), S. 105; Todd J. Zywicki. 'Rent-Seeking, Crony Capitalism, and the Crony Constitution'. *SUPREME COURT ECONOMIC REVIEW* (2015), S. 77.

⁶³ Nicholas Chesterley and Paolo Roberti. 'Populism and institutional capture'. *EUROPEAN JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY* (2018), S. 1.

⁶⁴ Maciej Bernatt. *POPULISM AND ANTITRUST* (2022).

öffentliches Interesse an der Klärung der betreffenden Frage geltend gemacht wird.⁶⁵ Dies kann dann *auch* bestimmte Punkte der richterlichen Unabhängigkeit betreffen, wie es in Portugal, auf Malta oder in Rumänien der Fall war, wo Richtervereinigungen⁶⁶ oder ein Verein mit dem Ziel der Förderung von Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit die jeweiligen Kläger waren.⁶⁷ Haben allerdings Richtervereinigungen in einem Mitgliedstaat keine Klagebefugnis oder ihre Prozessstandschaft wird nicht anerkannt (z.B. weil eine derartige Institution nicht existiert), können derartige Fragen die Gerichtsbarkeit und damit den EuGH nicht erreichen, da eine *conditio sine quo non*, nämlich ein Kläger, fehlt.

Verlangt die Klagbefugnis eine stärkere Verbindung zwischen Kläger und Klagegegenstand und zwar die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts, ist der Umfang der möglichen Fragestellungen wesentlich kleiner. Er ist dann auf Disziplinarverfahren, Ernennungen oder ähnliche Streitigkeiten beschränkt,⁶⁸ bei denen der Sinn des Verfahrens darin besteht, Rückendeckung vom EuGH zu erhalten und die Auslegung der richterlichen Unabhängigkeit in eine Frage Vorrangs umzudeuten: die Unabhängigkeit im Sinne des Unionsrechts sticht diejenige des nationalen Rechts.

Da aber die Justiziabilität und die Reichweite der Klagebefugnis vom nationalen Recht bestimmt werden, kann auch der Weg zum EuGH ausgeschlossen werden, was die „Ergebnispflicht“⁶⁹ der Mitgliedstaaten hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit in ein ganz anderes, neues Licht rückt. Die Gefahr ist nach einem erfolgreichen *Court-Packing* offensichtlich: wenn der Feind der richterlichen Unabhängigkeit zugleich der Hüter des Rechtsweges wird, kann er auch verhindern oder zumindest erschweren, dass bestimmte Streitigkeiten die Gerichtsbarkeit und damit dann auch den EuGH überhaupt erreichen können. Wenn das Vorabentscheidungsverfahren als ein Dialog von Gericht zu Gericht,⁷⁰ als ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten zu verstehen sein soll,⁷¹ dann kann das ausschließliche Recht der mitgliedstaatlichen Gerichte, die Notwendigkeit sowie den Inhalt der Vorlagefrage zu bestimmen, missbraucht, und der Kommunikationskanal geschlossen werden.

Exemplarisch ist in dieser Hinsicht die Ernennung von polnischen bzw. ungarischen Richtern: Während die fehlerhafte Ernennung der Richter in Polen gerichtlich geltend gemacht werden

⁶⁵ Peter Cane. 'Statutes, standing and representation'. PUBLIC LAW 1990, S. 307; Ders., 'Standing up for the Public', PUBLIC LAW 1995, S. 276. Grundsätzlich gibt es drei Arten von Gruppenklagen: Verbandsklagen (*associational standing*), Ersatzklagen (*surrogate standing*) und Klagen im öffentlichen Interesse (*public interest standing*). Die deutsche Dogmatik nennt die erste Konstellation als egoistische Verbandsklage bzw. Prozessstandschaft, die zweite ist eher der Prozessstandschaft ähnlich, da fremdes Recht im eigenen Namen geltend gemacht wird, wobei die dritte als altruistische Verbandsklage bekannt ist.

⁶⁶ EuGH, *supra* N. 19; EuGH, *supra* N. 22, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*.

⁶⁷ EuGH, *supra* N. 22, *Repubblica*.

⁶⁸ EuGH, *supra* N. 31, *R.S.*

⁶⁹ EuGH, *supra* N. 22, Rn. 250.

⁷⁰ EuGH, C-42/17, *M.A.S. und M.B.* (ECLI:EU:C:2017:936), Rn. 22

⁷¹ *Ibid.*, Rn. 23.

konnte und dadurch der prozessuale Weg mittels Vorlagefrage zum EuGH zumindest potentiell eröffnet wurde,⁷² wurde eine ähnliche Fragestellung (Beförderung eines Richters in ein höheres Amt) in Ungarn als schlicht nicht justiziabel eingestuft⁷³ und damit praktisch auf Eis gelegt.⁷⁴ In derselben Situation befand sich eine ungarische Richterin, die nach dem Ablauf der dreijährigen Probezeit, als „ungeeignet“ eingestuft und deshalb entlassen wurde.⁷⁵ Gegen diesen Entscheidung konnte kein Rechtsmittel eingelegt werden, da das Disziplinargericht diese Frage als nicht justiziabel einstufte.⁷⁶ Auch der Antrag auf Vorabentscheidung wurde abgelehnt,⁷⁷ was nach Ansicht des Verfassungsgerichts keine Verletzung des Rechts auf wirksamen Rechtsschutz darstellt.⁷⁸

Diese Situation führt oft zum dritten Typ der Vorabentscheidungsverfahren, in dem Richter vom Privileg der freien und ungestörten Kommunikation mit dem EuGH Gebrauch machen⁷⁹ und ihre eigene Unabhängigkeit in Frage stellen.

c) „Notrufverfahren“

Fehlen Klagebefugnis oder Justiziabilität, können Richter Angriffe auf ihre Unabhängigkeit nur sehr umständlich, manchmal aber auch gar nicht, vor den EuGH bringen, was oft verzweifelte und deshalb auch verfehlte „Notrufe“ zur Folge hat. Die Richter verbinden dann Fragen der Unabhängigkeit mit einem beliebigen anhängigen Fall, den sie dem EuGH vorlegen.⁸⁰ Da das Vorbringen zur richterlichen Unabhängigkeit kaum mit dem Rechtsstreit zusammenhängt, werden die Fragen zur Unabhängigkeit – wenig überraschend – nicht beantwortet.⁸¹ Die rechtspolitische Kritik, der EuGH würde dadurch diese Richter im Stich lassen, ist nachvollziehbar, da der EuGH die politischen Umstände des Vorabentscheidungsverfahrens und die Situation des vorlegenden Richters nicht beachtet.⁸²

Jedoch vernachlässigt diese Kritik die dogmatischen Grenzen der anzuwendenden Vorschriften. Vorausgesetzt, dass die Fragen des vorlegenden Richters berechnete Sorgen ausdrücken, bleiben diese leider dahingehend hypothetisch, als sie nur eine indirekte und

⁷² EuGH, Rs. C-824/18, A.B. (ECLI:EU:C:2021:153).

⁷³ Urteil des ungarischen Obersten Gerichts (Kúria) Mfv.X.10.049/2021/16.

⁷⁴ Da eine Beschwerde beim EGMR gemäß Art. 35 EMRK auch die Erschöpfung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens verlangt, kann dieser notwendige Schritt den Zugang zum EGMR jahrelang hindern.

⁷⁵ Eszter Zalán. ‘Hungarian judge claims she was pushed out for political reasons’. EUOBSERVER (Jul. 6., 2021) <https://euobserver.com/rule-of-law/152349>.

⁷⁶ Entscheidung des erstinstanzlichen Dienstgerichts v. 10.Mai. 2021 SZÉ.5/2021/22.

⁷⁷ Entscheidung des zweitinstanzlichen Dienstgerichts beim Obersten Gericht (Kúria) v. 4. 11. 2021. SzfÉ.9/2021/14.

⁷⁸ Beschluss des ungarischen Verfassungsgerichts 3239/2022. (V. 18.) AB.

⁷⁹ EuGH, *supra* N. 69, Rn. 22-23; EuGH, C-404/07, *Katz* (ECLI:EU:C:2008:553), Rn. 37.

⁸⁰ GA Pikamäe, Schlussantrag, Rs C-564/19, *IS* (ECLI:EU:C:2021:292). Die Intensität und die Seriosität der Probleme können selbstverständlich unterschiedlich sein, EuGH, *supra* N. 36.

⁸¹ EuGH, *supra* N. 56; EuGH, *supra* N. 36.

⁸² Kritisch deshalb Scheppele, *supra* N. 56.

entfernte Verbindung mit dem eigentlichen Streitgegenstand haben und deshalb nicht beantwortet werden können, ohne die Zulässigkeitskriterien des Vorabentscheidungsverfahrens grundsätzlich neu zu vermessen. Dem EuGH reichen diejenigen allgemeinen Schwächen und Mängel des Justizsystems nicht aus, die keinen spezifischen Bezug zum konkreten Rechtsstreit haben.⁸³ Dies entkoppelt den konkreten Fall wiederum von den Systemmängeln.

Der EuGH ist auch deshalb in einer schwierigen Situation, weil er nicht sicher sein kann, inwieweit die erwähnte Voraussetzung (also die Begründetheit der Sorgen um die Rechtsstaatlichkeit) tatsächlich gegeben ist oder ob es sich nur um persönliche Überempfindlichkeiten, Konflikte und Frustrationen, die eigentlich keinen wirklichen Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit bedeuten, handelt. Ohne zuverlässige Informationen über die tatsächliche Arbeitsweise und -umstände der nationalen Gerichtsbarkeit sowie die Auslegung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften sind derartige delikate Vorlagefragen nur schwer zu beantworten, da die Informationen asymmetrisch verteilt sind.

4. Asymmetrische Informationslage

Um fehlende richterliche Unabhängigkeit oder einen Mangel der Rechtsstaatlichkeit glaubhaft rügen zu können, müssen detaillierte Informationen über die Organisation, Arbeits- und Funktionsweisen, die Kultur, Tradition sowie die eingeübte Praxis der gegebenen Gerichtsbarkeit, die aus dem Gesetzesblatt oft gar nicht abzulesen sind, vorliegen. Ohne diese zu kennen, ist es sehr kompliziert, einen einzelnen Exzess oder Ausrutscher (wie sie fast überall vorkommen) von systemischen Fehlern, persönliche Konflikte von politischem Druck, schlichte Fehlbesetzungen von Vetternwirtschaft und *Court-Packing* sowie Hybris von Korruption zu unterscheiden.

Welche Informationen konkret notwendig sind, hängt nicht zuletzt davon ab, was genau beanstandet wird: der Normtext oder seine Anwendung. Eine Prüfung „rein anhand des Textes“⁸⁴ kratzt oft nur an der Oberfläche und hilft wenig, wenn das Problem in einem Missbrauch in der Praxis besteht oder wenn die Schwächen auf dem Papier nicht sichtbar sind,⁸⁵ oder „auf dem Papier“ zwar alles rechtskonform ist, das Papier jedoch wertlos ist, da die Vorschrift im „besonderen rechtlichen und institutionellen Kontext eines Mitgliedstaats“ missbraucht werden kann.⁸⁶

Die erste Option – die Bewertung des Gesetzestextes – ist nur eine Grobprüfung des Rechtssystems, die zur Filterung der auffälligsten Unzulänglichkeiten geeignet ist,⁸⁷ wie etwa einer Altersdiskriminierung.⁸⁸ So können aber subtilere Formen des Rechtsmissbrauchs oder

⁸³ EuGH, *supra* N. 56, Rn. 142-143.

⁸⁴ GA Bobek, *supra* N. 34, Rn. 241.

⁸⁵ *Ibid.*, Rn. 242

⁸⁶ *Ibid.*, Rn. 243

⁸⁷ Kandlec und Kosař, *supra* N. 27, S. 1823 (1848-1849).

⁸⁸ EuGH, *supra* N. 28.

informellen Praktiken nicht erfasst werden⁸⁹ und ohne Kenntnisse des Kontexts läuft eine derartige Prüfung auch oft leer.⁹⁰ Diesen Kontext kennt aber eben derjenige Mitgliedstaat am besten, dem eine Verletzung der Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit vorgeworfen wird. Der mögliche Streitgegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens ist nicht auf Handlungen der Legislative beschränkt, sondern kann auch Akte der Exekutive oder der Judikative umfassen,⁹¹ wobei eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Exekutive erst dann eine Vertragsverletzung begründen kann, wenn die anwendbare nationale Regelung als solche mit dem Unionsrecht vereinbar ist.⁹² Dies ist dann der Fall, wenn die fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Exekutive eine beträchtliche Zahl von Fällen betrifft, sich wegen Wiederholung und Fortsetzung der unionsrechtswidrigen Anwendung eine zu einem bestimmtem Grad verfestigte und eher allgemeine Praxis zeigt.⁹³ Eine Einzelentscheidung reicht nicht aus, sondern es wird ein Mindestmaß an Konsolidierung erwartet, die von den obersten Organen der Rechtsprechung zumindest toleriert wird.⁹⁴ Anders formuliert: Es werden systemische Fehler und keine Einzelfallexzesse verfolgt.⁹⁵ Im Hinblick auf die der Kommission obliegende Beweislast im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens⁹⁶ müssen die systemischen Zuwiderhandlungen dargelegt werden, wobei einerseits bei internen Angelegenheiten wie Ernennungen; Beförderungen oder Disziplinentscheidungen diese Informationen schwer zugänglich sind. Andererseits wird ein Referenzmaßstab hinsichtlich ihrer systemischen Relevanz verlangt. Dieser Maßstab kann qualitativ und/oder quantitativ gebildet werden, also aufgrund der Zahl der missbräuchlichen Fälle oder aufgrund der Wichtigkeit der konkreten Entscheidung, wie z.B. die Bestellung von Gerichtspräsidenten, die Beförderung zu den obersten Gerichten usw. Da es mehr als fraglich ist, ob die Kommission zu dieser akribischen Arbeit in der Lage ist, ob sie alle relevanten Informationen sammeln und auswerten kann, bleibt oft nichts anderes als den jeweiligen Gesetzestext zu beanstanden, der aber in sich, wie es schon angedeutet wurde, kein vollständiges Bild liefern kann.

Bei Vorabentscheidungsverfahren existieren ebenfalls Informationsasymmetrien. Bei den Vorabentscheidungsersuchen vom „Außen“, bei denen ein Gericht aus einem Mitgliedstaat die rechtsstaatlichen Garantien in einem anderen Mitgliedstaat bemängelt (oben III. 2 a)), haben sowohl der EuGH selbst als auch das mitgliedstaatliche Gericht nur beschränkte Möglichkeiten die Begründetheit der Vorwürfe und Besorgnisse zu prüfen, und die Befragung der konkreten ausländischen Justizbehörde zu ihrer eigenen Unabhängigkeit ist zumindest widersprüchlich.⁹⁷

⁸⁹ Diesen Punkt kritisiert auch Scheppele, *supra* N. 56.

⁹⁰ Krajewski und Ziólkowski, *supra* N.25, S 1107 (1126); Beáta Bakó. ‘Hungary’s Latest Experiences with Article 2 TEU: The Need for ‘Informed’ EU Sanctions’. In DEFENDING CHECKS AND BALANCES IN EU MEMBER STATES (Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Christoph Grabenwarter, Maciej Taborowski und Matthias Schmidt Hrsg., 2021), S. 35 ff.

⁹¹ Luca Prete. ‘Enforcement Actions’. In OXFORD PRINCIPLES OF EUROPEAN UNION LAW VOL. I (Schütze und Tridimas Hrsg., 2018), S. 947.

⁹² EuGH, Rs. C-278/03, *Kommission/Italien* (ECLI:EU:C:2005:281), Rn. 13; EuGH, Rs. C-441/02, *Kommission/Deutschland* (ECLI:EU:C:2006:253), Rn. 47.

⁹³ EuGH, Rs. C-135/05, *Kommission/Italien* (ECLI:EU:C:2007:250), Rn. 20-21.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-129/00, *Kommission/Italien* (ECLI:EU:C:2003:656), Rn. 32-33.

⁹⁵ Einzelentscheidungen werden dann verfolgt, wenn sie langfristige bzw. systemische Auswirkungen haben, vgl. EuGH, Rs. C-20/01 und C-28/01, *Kommission/Deutschland* (ECLI:EU:C:2003:220).

⁹⁶ EuGH, Rs. C-60/01, *Kommission/Frankreich* (ECLI:EU:C:2002:383), Rn. 25.

⁹⁷ Kullak, *supra* N., S. 71.

Wesentlich besser ist die prozessuale Lage in den Verfahren, in denen der betroffene Richter selbst oder eine Gruppe von Interessenvertretern in einer *public interest litigation* beteiligt sind, da sie gemäß Art 96 EuGHVfO auch vor dem EuGH ein Äußerungsrecht haben, somit eine Stellungnahme abgeben bzw. am mündlichen Verfahren teilnehmen und so wertvolle Informationen unterbreiten können.⁹⁸ Ohne die Bedeutung dieser Verfahrensrechte zu unterschätzen, besteht bei diesem prozessualen Setting allerdings die geringste Gefahr, dass das mitgliedstaatliche Gericht die Fakten und die Bedeutung des anhängigen Verfahrens nicht korrekt wiedergäbe. Das Vorabentscheidungsersuchen zeigt nämlich die Bereitschaft und den Wunsch, Rückendeckung durch den EuGH zu erhalten.

Die ungünstigste prozessuale Position haben diejenigen Richter, die eine Vorlagefrage hinsichtlich der eigenen Unabhängigkeit stellen,⁹⁹ da sie gemäß Art. 96 EuGHVfO im Unterschied zu dem Mitgliedstaat, von dem behauptet wird, die richterliche Unabhängigkeit nicht zu respektieren, am Vorabentscheidungsverfahren nicht beteiligt sind. Die an die Parteien gestellten Fragen gemäß Art. 61 EuGHVfO helfen auch nur begrenzt weiter, da der eigentliche Rechtsstreit in dieser Konstellation nicht mit der richterlichen Unabhängigkeit zusammenhängt. Die befragten Parteien können oder wollen hier wahrscheinlich wenig zur Klärung der Situation beitragen. Ein Ersuchen an das vorliegende Gericht um Klarstellung gemäß Art. 101 EuGHVfO bietet sich als die einzige Möglichkeit an, um Informationen vom vorlegenden Richter zu erhalten, wobei dieser Weg im Vergleich zur Teilnahme an der mündlichen Verhandlung oder der Abgabe einer Stellungnahme umständlicher ist, da dieses Ersuchen normalerweise vor der mündlichen Verhandlung erfolgt, worauf dann in der Verhandlung reagiert werden kann.¹⁰⁰

Das Vorabentscheidungsverfahren ist so konzipiert, dass ein Richter Informationen über eine bei ihm anhängige Streitsache übermittelt, ohne am Ausgang des konkreten Verfahrens interessiert zu sein, und genau deshalb kann den von ihm übermittelten Informationen Glauben geschenkt werden. Falls der vorliegende Richter aber das Verfahren gleichsam „entführt“ und Fragen zu seiner eigenen Position stellt, hat er sofort Interesse am Verfahren (*causa sua*) und fällt damit als neutrale und deshalb zuverlässigen Informationsquelle aus. Selbst wenn der vorliegende Richter versucht, seine Situation detailliert zu beschreiben und die Umstände der Gerichtsbarkeit darzustellen, müssen diese Informationen wegen der Interessenlage verifiziert werden, wobei das Vorentscheidungsverfahren dafür weder geeignet noch gedacht ist. Die Schuld dafür beim EuGH zu suchen, ist zwar einfach und bequem,¹⁰¹ jedoch ist dies nur die halbe Wahrheit. Die richtigen Fragen sind die folgenden: Warum sind wirksame innerstaatliche Rechtsbehelfe, mit denen ein Richter oder eine Richtervereinigung Fragen der richterlichen Unabhängigkeit vor einem Gericht geltend machen können, nicht vorhanden und warum wurde das eigentlich statthafte Verfahren, das Vertragsverletzungsverfahren, nicht eingeleitet, wenn es sich tatsächlich um systemische Mängel handelt?

⁹⁸ Morten Broberg und Niels Fenger. PRELIMINARY REFERENCES TO THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE, 3. AUFL. (2021), S. 327-332.

⁹⁹ EuGH, *supra* N. 56.

¹⁰⁰ Broberg und Fenger, *supra* N. 97, S. 327-332.

¹⁰¹ Scheppele, *supra* N. 56, S. 1107 (1122-1125).

5. Die Reduktion der Wirksamkeit auf eine Justizförmigkeit

Obwohl die Verknüpfung der Prüfung der richterlichen Unabhängigkeit mit der Pflicht der Schaffung des erforderlichen und *wirksamen* Rechtsschutzes oft und nicht ohne Grund als revolutionäre Wende gesehen wird,¹⁰² bedeutet sie im Ergebnis eher eine Verkürzung der *ratio materiae* des Wirksamkeitskriteriums hin zu einer formalen Justizförmigkeitsprüfung. Ohne Zweifel gehört die richterliche Unabhängigkeit zum Konzept des Rechtsstaates,¹⁰³ welches im Rahmen einer allgemeinen Justizgewährleistungspflicht Zugang zu unabhängigen und unparteiischen Gerichten verlangt.¹⁰⁴ Das wird als ein Minimum angesehen, da das Verfahren ohne die Unabhängigkeit des Forums nicht fair sein kann und dem Rechtsschutz deshalb jedwede Wirksamkeit fehlt.

Umgekehrt besteht der Zusammenhang jedoch nicht: Die bloße Unabhängigkeit garantiert noch keine Wirksamkeit der Rechtsbehelfe. Dabei bezieht sich der Auftrag des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV darauf und die Justizgewährleistungspflicht sollte eigentlich über das Minimum einer bloßen Justizförmigkeit hinausgehen.¹⁰⁵ Denn diese Verpflichtung ist als ein Element der gemeinsamen Verfassungstraditionen schon seit dem Vertrag vom Maastricht im Art. 6 Abs. 3 EUV verschriftlicht (und wurde bereits früher anerkannt). Es gibt keinen Anhaltspunkt, dass es das Ziel vom Art. 19 Abs.1 UAbs. 2 EUV wäre, diesen Grundsatz erneut zu kodifizieren.

Beachtet man diese Zusammenhänge nicht, wird das Wirksamkeitskriterium (als eine wahrscheinliche Folge der Marginalisierung der subjektivrechtlichen Seite des Rechtsschutzes¹⁰⁶) allgemein vernachlässigt und unionsrechtlich werden nur noch diejenigen Konstellationen als relevant betrachtet, die die Justizförmigkeit verletzen. Das manifestiert sich auch in der Rechtsfolge der Verletzung der objektivrechtlichen Dimension der gerichtlichen Unabhängigkeit,¹⁰⁷ da dieser im Gegensatz zu anderen Verletzungen, Verkennungen oder Missverständnissen des Unionsrechts eine wesentlich härtere Konsequenz, innewohnt: eine zumindest potentielle Nichtigkeit. Diese Judikatur ist letzten Endes auch kontraproduktiv, weil sie den Maßstab der Verletzung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV künstlich hochschraubt und seine substantielle Reichweite minimalisiert.

5.1. Justizförmigkeit vs. Wirksamkeit: die unterschiedlichen Rechtsfolgen

In der Rechtsache WZ wurde aus der klaren und präzisen Ergebnisspflicht gemäß Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV eine potentielle oder vermutete Nichtigkeit des streitigen Beschlusses abgeleitet, falls das Gericht fehlerhaft be- bzw. zusammengesetzt war, das Verfahren also nicht justizförmig ablief.¹⁰⁸ Demgegenüber hat die Verkennung oder die Missachtung des Unionsrechts nicht diese Wirkung. Auch aus dem Effektivitätsgrundsatz kann keine Pflicht der

¹⁰² Luke Dimitrios Spieker. 'Werte, Vorrang, Identität: Der Dreiklang europäischer Justizkonflikte vor dem EuGH'. *EuZW* (2022), S. 305 (308-309).

¹⁰³ BVerfGE 148, 69 (89); Gärditz, *supra* N. 33, § 13, Rn. 51.

¹⁰⁴ Mader, *supra* N. 4, S. 917 (920-922).

¹⁰⁵ Wegener, *supra* N. 1, Art. 19 EUV, Rn. 64.

¹⁰⁶ Pech und Platon, *supra* N. 20, S. 1827 (1836).

¹⁰⁷ Spieker, *supra* N. 101, S. 305 (308-309).

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-487/19, *W.Z.*, Rn. 160. Zur Frage der Vermutung der Nichtigkeit Rafał Mańko und Przemysław Tacik. 'Sententia non existens: A new remedy under EU law?: Waldemar Zurek (W. Z.)'. *COMMON MARKET LAW REVIEW* (2022), S. 1169 (1178).

Mitgliedstaaten abgeleitet werden, „neben den nach innerstaatlichem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen neue zu schaffen, es sei denn, es gibt nach dem System der betreffenden nationalen Rechtsordnung keinen Rechtsbehelf, mit dem wenigstens inzident die Wahrung der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleistet werden könnte“.¹⁰⁹ Falls also der Zugang zu einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht im Sinne von Art. 47 Abs. 2 GRC gewährleistet wird, verlangt das Unionsrecht keinen weiteren Rechtsbehelf.¹¹⁰

Das Wirksamkeitskriterium wurde also in der Rechtsprechung des EuGH trotz der Tatsache denaturiert, dass Art 47 GRC ein *subjektives* Recht auf einen *wirksamen* Rechtsbehelf einräumt, welches durch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV als objektiv-rechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten bekräftigt wird. Die klare und präzise Ergebnisspflicht¹¹¹ besteht aber lediglich in der Schaffung eines unabhängigen, unparteiischen und gesetzlich errichteten Gerichts, also in der Errichtung einer organisatorischen Struktur und im fairen Zugang zu dieser, wobei die Ausgestaltung der eigentlichen Rechtsbehelfe grundsätzlich als Teil der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten aufgefasst wird. Diese Entwicklung markieren die Urteile *Târșia*¹¹² *Hochtief Solutions*,¹¹³ *Hochtief AG*,¹¹⁴ *XC*¹¹⁵ und zuletzt *Randstad Italia*¹¹⁶ sowie *Hoffmann-La Roche*,¹¹⁷ die im Gegensatz zur sich ausbreitenden Judikatur zur Unabhängigkeit der nationalen Gerichtsbarkeit stehen,¹¹⁸ die unionsrechtlichen Anforderungen an die Rechtsmittel deutlich enger fassen. Diese Rechtsprechungslinie bestätigt die Zweiteilung der Verstöße in strukturelle und nicht-strukturelle Unzulänglichkeiten: Strukturelle oder systemrelevante Unzulänglichkeiten sind dabei diejenigen, die den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in Frage stellen, und dadurch das Vertrauen in der nationalen Gerichtsbarkeit untergraben. Andersartige Verstöße werden vom EuGH als irrelevant eingestuft werden.¹¹⁹ Diese Judikatur ist nicht nur unlogisch, sondern auch unpraktisch.

5.2. Der faire Zugang zum Gericht als Kriterium der Wirksamkeit

Die Judikatur ist unlogisch, weil sie keine Antwort auf die Frage geben kann, was eigentlich passiert, wenn ein Zugang zum Gericht nicht vorhanden ist. Je tiefer ein Staat in einer Rechtsstaatlichkeitskrise ist, je erfolgreicher das *Court-Packing* ist, desto mehr kann der Zugang zur Justiz künstlich – durch eine formalistische Beschränkung der Klagebefugnis oder die der Justiziabilität – verweigert werden. Dazu bedarf es nicht einmal einer formalen

¹⁰⁹ EuGH, *supra* N. 17, Rn. 62; EuGH, *supra* N. 18, Rn. 47. EuGH, Rs. C-175/21, *Harman International Industries*, Rn. 67.

¹¹⁰ EuGH, *supra* N. 17, Rn. 62.

¹¹¹ EuGH, *supra* N. 22, Rn. 250.

¹¹² EuGH, *supra* N. 13.

¹¹³ EuGH, *supra* N. 14.

¹¹⁴ EuGH, *supra* N. 15.

¹¹⁵ EuGH, *supra* N. 16.

¹¹⁶ EuGH, *supra* N. 17.

¹¹⁷ EuGH, *supra* N. 18.

¹¹⁸ Vgl. die in N. 22 zitierte Rsp.

¹¹⁹ Der Schadenersatz als sekundärer Anspruch zur Korrektur der offensichtlichen Verkennung des Unionsrechts ist weniger wirksam, da eine höhere Stufe der Rechtsverletzung verlangt wird und bestimmte Nachteile nicht notwendig erstattet werden können.

Änderung der Rechtsvorschriften, es reicht, ihre Auslegung zu beherrschen.¹²⁰ Dies ist durch die Besetzung der Schlüsselpositionen durch ein erfolgreiches *Court-Packing* möglich. Ohne Zugang zum Gericht gibt es auch keine Möglichkeit, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten und durch dieses die Rückendeckung des EuGH zu erlangen. Hieraus folgt jedoch, dass eine Vorlagefrage ein Indiz dafür ist, dass zumindest eine inzidente Wahrung der Rechte möglich ist (und dadurch eigentlich die minimalistischen Kriterien des EuGH erfüllt sind). Umgekehrt, wenn der Zugang zur Gerichtsbarkeit mit dem Argument verweigert wird, dass die streitige Frage nicht justiziabel ist (wie in den oben erwähnten ungarischen Fällen), erreichen die Streitigkeiten den EuGH nicht, und damit bleiben sie nun aber auch unter dem Radar der Rechtsstaatlichkeitsprüfung. Je größer das Problem ist, desto geringer die Möglichkeiten seiner Lösung.

In diesen Konstellationen wäre oder ist eine gewisse Solidarität innerhalb der Richterschaft, ein Zugehörigkeitsgefühl, ein *esprit de corps* nötig, um den Rechtsweg und dadurch den Zugang auch zum EuGH zu eröffnen. Je höher dieser professionelle Zusammenhalt ist, desto niedriger sind die individuellen Kosten (potentielle Sanktionen) einer Vorlagefrage, weil die anderen Richter (und im idealen Fall sogar die Vertreter der anderen juristischen Berufe) für den vorlegenden Richter eintreten. Diesen Zusammenhalt können die Richtervereinigungen wesentlich fördern können.¹²¹ Die niedrigen individuellen Kosten können wiederum dazu führen, die Vorlagebereitschaft zu erhöhen und die „Abwehrkräfte“ der Justiz zu stärken. Eigenschaften, die in der Soziologie oft als Elitismus beschrieben und teilweise auch verurteilt werden,¹²² können auch zur Resilienz beitragen, da sie auch die gegenseitige Rückendeckung der Richterschaft (national und international) sichern können.¹²³

Wo jedoch diese Eigenschaften fehlen, werden wesentliche Fragen der richterlichen Unabhängigkeit nicht laut gestellt, da die individuellen Kosten auf Grund eventueller Konsequenzen für die Karriere der Richterin oder des Richters (Stigmatisierung als Störenfried und Nestverschmutzer) wesentlich höher ausfallen. Dies führt dann zu den verzweifelten Notrufen nach Luxemburg (oben III.2.c)). Da aber keine nützliche Antwort erwartet werden kann,¹²⁴ ist das Risiko für den einzelnen Richter noch höher. Unter diesen Umständen bleiben zwei Optionen: die Individualbeschwerde vor dem EGMR¹²⁵ oder ein Vertragsverletzungsverfahren.¹²⁶ Die erste verlangt die Erschöpfung des innenstaatlichen

¹²⁰ Weiterhin aktuell Carl Schmitt. GESETZ UND URTEIL (1912). Hierzu *Giorgio Agamben*. 'A Jurist Confronting Himself: Carl Schmitt's Jurisprudential Thought'. In: THE OXFORD HANDBOOK OF CARL SCHMITT (Jens Meierhenrich und Oliver Simons Hrsg., 2016), S. 457 (458).

¹²¹ Claudia-Y. Matthes. 'Judges as activists: how Polish judges mobilise to defend the rule of law'. EAST EUROPEAN POLITICS (2022), S. 468.

¹²² John A.G.Griffith. POLITICS OF THE JUDICIARY, 3. AUFL. (1985). Kritisch hierzu, Mike McConville und Luke Marsh. THE MYTH OF JUDICIAL INDEPENDENCE (2020); S. 206 ff.

¹²³ Diese Strategie beschränkt sich nicht auf die richterliche Unabhängigkeit, sondern sie ist sehr verbreitet, vgl. Mattias Wendel. 'Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform'. DER STAAT (2013), S. 339 (362-64).

¹²⁴ EuGH, *supra* N. 56; Scheppelle, *supra* N. 56, S. 1107 (1128-35).

¹²⁵ Mathieu Leloup. 'Who safeguards the guardians? A subjective right of judges to their independence under Article 6(1) ECHR'. EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW (2021), S. 394.

¹²⁶ Das Urteil *Randstad Italia* verpflichtet die mitgliedstaatlichen Gerichte, „unionsrechtswidrige Rechtsprechung unangewendet zu lassen“, und – falls dies nicht geschieht – eröffnet die Möglichkeit des Vertragsverletzungsverfahrens für die Kommission und – „im Übrigen“ – die Staatshaftungsklage für die Betroffenen, EuGH, *supra* N. 17, Rn. 79-80.

Rechtswegs und kann deshalb oft erst nach einer *fait accompli* greifen,¹²⁷ die zweite unterliegt der Opportunität und einem politischen Kalkül.

Unpraktisch ist die Judikatur des EuGH, weil sie dazu führt, dass die streitenden Parteien nur dann auf eine Intervention des EuGH hoffen dürfen, wenn sie die Wichtigkeit des Verfahrens durch die Behauptung hochschrauben können, dass ihnen der faire Zugang zu einer unabhängigen und unparteiischen Gerichtsbarkeit verkürzt wurde. Abgesehen davon, dass diese Behauptung vor einem Gericht schon den Zugang zu diesem verlangt, ist die Infragestellung des Forums ganz allgemein eine risikoreiche Strategie, da ein erfolgloser Antrag immer einen bitteren Beigeschmack hinterlässt.¹²⁸ Doch die vom EuGH gewählte Strategie ist auch wenig durchdacht. Sie basiert auf der Kooperation und dem Vertrauen zwischen Partei und Richter, da der Richter den jeweiligen Antrag der Partei hinsichtlich der fehlenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht als Angriff, sondern als Möglichkeit verstehen muss, die Streitigkeit und dadurch auch Fragen der richterlichen Unabhängigkeit dem EuGH vorlegen zu können. Ob dieses Maß an Vertrauen insbesondere in jenen Mitgliedstaaten vorliegt, wo ein *Court-Packing* versucht oder sogar erfolgreich durchgeführt wurde, ist mehr als zweifelhaft. Auch wenn der Richter die zugespitzt formulierten Fragen richtig versteht, so hängt doch die Vorlagebereitschaft weiterhin von den möglichen Konsequenzen der Vorlagefrage ab. Und hier gilt: Je tiefer ein Staat in einer Rechtsstaatlichkeitskrise ist, desto höher können die individuellen Kosten und desto niedriger die Vorteile ausfallen, was zu einem *circulus vitiosus*, zu einer erlernten Hilflosigkeit führt.

6. Fazit

Durch den EuGH hat Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV einen Bedeutungswandel erfahren. Der Auftrag zur Schaffung wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelfe wurde zu einem Maßstab der richterlichen Unabhängigkeit und damit zu einem Rechtsstaatlichkeitskriterium verändert. Dieser Prozess wurde bisher weitestgehend positiv bewertet. Dafür lassen sich zwei Gründe finden: erstens die materiellrechtliche, substantielle Betrachtung, d.h. die Fokussierung auf den erarbeiteten Maßstab, zweitens die Bewertung der vom EuGH entschiedenen Fälle und Konflikte, die nur die Spitze des Eisberges darstellen. Dementsprechend wurden die verfahrensrechtlichen Bedingungen kaum untersucht, die, wie es in diesem Aufsatz versucht wurde zu demonstrieren, wesentlich darüber bestimmen, welche Streitigkeiten den EuGH überhaupt erreichen können. Es sind dies oft nur die skandalösesten Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit, denen der EuGH abhelfen kann. Viele, insbesondere subtilere (aber nicht weniger gefährliche) Angriffe bleiben unter dem Radar. Der Grund dafür ist, dass ein wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf gegen diesen Angriff nicht vorhanden ist und der EuGH eben diesen Aspekt sehr minimalistisch überprüft.

¹²⁷ Z.B. die Entlassung des ehemaligen Präsidenten des ungarischen obersten Gerichts, Vincze, *supra* N. 50.

¹²⁸ William E. Wegner. 'Disqualifying the Judge'. LITIGATION (1996), S. 44.