

von Bogdandy · Bast (Hrsg.)

Europäisches Verfassungsrecht

Theoretische und dogmatische Grundzüge

»L'Europe ne se fera
pas d'un coup, ni dans
une construction
d'ensemble«

2., vollständig aktualisierte
und erweiterte Auflage

 Springer

Verfassungsgerichtsbarkeit

Franz C. Mayer

Sonderdruck aus:

Armin von Bogdandy • Jürgen Bast (Hrsg.)

Europäisches Verfassungsrecht • Theoretische und
dogmatische Grundzüge

2., vollständig aktualisierte und erweiterte Auflage 2009

 Springer

ISSN 0937-7433

ISBN 978-3-540-73809-1

e-ISBN 978-3-540-73810-7

DOI 10.1007/978-3-540-73810-7

Springer Dordrecht Heidelberg London New York

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk- sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungs- pflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Einbandentwurf: WMXDesign GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Verfassungsgerichtsbarkeit

<i>Franz C. Mayer</i>	559
I. Bestandsaufnahme: Der EuGH und nationale oberste Gerichte – Kollision oder Kooperation?	560
1. Prozedurale Perspektive: Die Vorlageverpflichtung nach Art. 234 EG (Art. 267 AEUV)	562
a) Die Vorlageverpflichtung nationaler oberster Gerichte aus europarechtlicher Perspektive	562
b) Die Vorlagepraxis der nationalen obersten Gerichte	564
c) Stellungnahme	568
2. Materiell-rechtliche Perspektive	569
a) Die Sicht des EuGH	569
b) Die Perspektive der nationalen obersten Gerichte	572
aa) Das BVerfG	572
(1) Grundrechte: Solange I und II (1974/1986)	573
(2) Kompetenzen: Das Maastricht-Urteil (1993)	574
(3) Zusammenfassung: Das BVerfG auf der Brücke	577
bb) Die anderen Obergerichte der EU 15	578
cc) Die Obergerichte in den jüngsten Mitgliedstaaten der EU 27 und der Beitrittskandidaten	581
3. Zwischenergebnis	584
II. Analyse und theoretische Einordnung	585
1. Möglichkeiten zur rechtlichen Gestaltung der Letztentscheidungsfrage	585
2. Möglichkeiten einer theoretischen Einordnung	590
a) Bestehende Einordnungs- und Lösungsversuche	590
b) Einbettung in eine zeitgemäße Verfassungskonzeption	592
aa) Vorklärung: Welche Verfassung? Verfassung, Verfassungsverbund und Mehrebenenverfassung	593
bb) Die Rolle von Gerichten im europäischen Mehrebenensystem	596
c) Komplementäre Verfassungsgerichtsbarkeit – Einwände	598
aa) Asymmetrie der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit	598
bb) Verflüchtigung von Verantwortung und Heimatlosigkeit der Gemeinwohlbestimmung	601
cc) Erkenntniswert?	601
3. Zwischenergebnis	602
III. Neuere Entwicklungen im Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Gerichtsbarkeit	602
1. Die Gerichte und die Kernthemen des Reformprozesses	603
2. Offene Fragen	604
IV. Zusammenfassung	606

Verfassungsgerichtsbarkeit

Franz C. Mayer*

I.	Bestandsaufnahme: Der EuGH und nationale oberste Gerichte – Kollision oder Kooperation?	560
1.	Prozedurale Perspektive: Die Vorlageverpflichtung nach Art. 234 EG (Art. 267 AEUV)	562
2.	Materiell-rechtliche Perspektive	569
3.	Zwischenergebnis	584
II.	Analyse und theoretische Einordnung	585
1.	Möglichkeiten zur rechtlichen Gestaltung der Letztentscheidungsfrage	585
2.	Möglichkeiten einer theoretischen Einordnung	590
3.	Zwischenergebnis	602
III.	Neuere Entwicklungen im Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Gerichtsbarkeit	602
1.	Die Gerichte und die Kernthemen des Reformprozesses	603
2.	Offene Fragen	604
IV.	Zusammenfassung	606

„Der Richter war in Europa niemals lediglich ‚la bouche qui prononce les paroles de la loi‘.“¹ Diese Feststellung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahre 1987 gilt unabhängig von mitgliedstaatlichen Gerichtstraditionen auch für das europäische Verfassungsrecht. Entsprechend verbirgt sich hinter den Fragen nach der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit, nach der Letztentscheidung im Mehrebenensystem der Europäischen Union und dem Verhältnis zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und den obersten Gerichten in den Mitgliedstaaten zweierlei: Das Verhältnis zwischen den Gerichten ist einerseits Gegenstand einer europäischen Verfassungsrechtswissenschaft, zugleich sind die Gerichte Akteure in der Entwicklung eines europäischen Verfassungsrechts.

Die Befassung mit dem Verhältnis zwischen den Gerichten steht also nachfolgend im Vordergrund der Thematik Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, weni-

* Ich danke Miriam Söhne und Imke Stanik, Bielefeld, für ihre Unterstützung bei der zweiten Auflage dieses Beitrages.

¹ BVerfGE 75, 223 (243) – Kloppenburg, unter Hinweis auf das berühmte Zitat von Montesquieu; siehe dazu auch I. Pernice, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, S. 27 (35).

ger eine Darstellung des Rechtsschutzsystems.² Dieser Ansatz setzt eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme der Rechtsprechung voraus (I.). Die Analyse und theoretische Einordnung der Bestandsaufnahme (II.) lässt sich durch Überlegungen zu den jüngsten Entwicklungen im Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Gerichtsbarkeit ergänzen (III.).

I. Bestandsaufnahme: Der EuGH und nationale oberste Gerichte – Kollision oder Kooperation?

Auf der europäischen Ebene ist oberstes Gericht der EuGH in Luxemburg.³ Weniger übersichtlich ist demgegenüber die Lage auf der nationalen Ebene, so dass die für den EuGH als „Gesprächspartner“ in Betracht kommenden Spruchkörper zunächst identifiziert werden müssen.

Für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang sind als gerichtliche Letztentscheidungsorgane Verfassungsgerichte und Obergerichte von Interesse.⁴ Spezielle Verfassungsgerichte finden sich, neben obersten Fachgerichten, in Deutschland (BVerfG), Österreich (Verfassungsgerichtshof), Italien (Corte Costituzionale), Portugal (Tribunal Constitucional), Spanien (Tribunal Constitucional) und seit 1996 auch Luxemburg (Cour constitutionnelle). Die meisten der 2004/2007 beigetretenen Mitgliedstaaten verfügen über ein Verfassungsgericht: Lettland (Satversmes tiesa), Litauen (Konstitucinio Teismo), Malta (Qorti Kostituzzjonali), Polen (Trybunal Konstytucyjny), Tschechische Republik (Ústavní soud), Slowakei (Ústavný súd), Slowenien (Ustavno sodišče), Ungarn (Alkotmánybíróság) sowie Bulgarien (КОНСТИТУЦИОНЕН СЪД НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ) und Rumänien (Curtea Constitutionale). Die Beitrittskandidaten Türkei und Kroatien verfügen mit dem Anayasa Mahkemesi und dem Ustavni sud Republike Hrvatske ebenfalls über Verfassungsgerichte.

In Irland (Supreme Court) und Dänemark (Højesteret) finden sich oberste Gerichte, die gleichzeitig auch Verfassungsgerichte sind, oberste Gerichte finden sich auch in Estland (Riigikohus) und Zypern (Anotato Dikastirio tis Dimokratias⁵). In Großbritannien übt die zweite Kammer des Parlamentes, das House of Lords, die Funktionen eines Verfassungsgerichtes und eines obersten Gerichtes aus (ab Oktober 2009 gehen diese auf einen Supreme Court über). In den Niederlanden besteht

² Zu anderen Ansätzen siehe etwa M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, 2006, sowie S. Oeter und F. Merli, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, VVDStRL 66 (2007), S. 361 bzw. S. 392 m.w.N.

³ Art. 19 EUV-Liss. macht deutlich, dass zwischen dem Gerichtshof als Sammelbegriff für die europäischen Gerichte und als Bezeichnung für das oberste dieser Gerichte zu unterscheiden ist.

⁴ Zu den Obergerichten und Verfassungsgerichten in den Mitgliedstaaten siehe F. C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, S. 71 ff.; C. Tomuschat, *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 245.

⁵ Ανώτατο Δικαστήριο της Δημοκρατίας.

eine Reihe von gleichgeordneten obersten (Fach-) Gerichten, darunter der Raad van State und der Hoge Raad. Ähnlich ist die Verfassungslage in Schweden, wo es als oberste (Fach-) Gerichte ein Oberstes Gericht (Högsta domstolen) und ein Oberstes Verwaltungsgericht (Regeringsrätten) gibt, und Finnland (Korkein oikeus, Oberstes Gericht, und Korkein hallinto-oikeus, Oberstes Verwaltungsgericht). In Finnland besteht zudem ein Verfassungsausschuss des Parlamentes (Perustuslakivaliokunta), der eine Normentwurfkontrolle ausübt, in Schweden bilden Richter der beiden obersten Gerichte einen Rat (Lagrådet) zur nichtverbindlichen Normentwurfkontrolle. In Frankreich existiert formal neben den obersten Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Conseil d'Etat⁶) und der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Cour de cassation) kein Verfassungsgericht. Mit dem Conseil constitutionnel übt jedoch ein Organ im Bereich der Normentwurfkontrolle zunehmend Funktionen einer Verfassungsgerichtsbarkeit aus. In Belgien schließlich existierte neben den obersten Gerichten (Conseil d'Etat und Cour de cassation) seit 1983 eine zunächst auf die Kompetenzkontrolle spezialisierte Cour d'arbitrage. Seit 2007 heisst dieses Gericht Cour constitutionnelle und kann als vollwertiges Verfassungsgericht angesehen werden. In Griechenland besteht neben den obersten Fachgerichten Symvoulío Epikrateias (Staatsrat),⁷ Elegktiko Synedrio (Rechnungshof)⁸ und Areios Pagos (Oberstes Gericht)⁹ ein Oberster Sondergerichtshof (Anotato Eidiko Dikastirio),¹⁰ der aus Richtern der obersten Fachgerichte gebildet wird. Vergleichbare Einrichtungen finden sich vielfach in Systemen mit gleichrangigen obersten Fachgerichten, um eine Lösung von Konflikten und Widersprüchen zwischen solchen Gerichten zu ermöglichen. So existiert in Frankreich etwa ein Tribunal des Conflits zwischen Cour de cassation und Conseil d'Etat, in Deutschland ein Gemeinsamer Senat der obersten Bundesgerichte.

Der summarische Überblick über die obersten Gerichte in den EU-Mitgliedstaaten ergibt ein heterogenes Bild.¹¹ Es finden sich zwar durchaus Parallelen und Gemeinsamkeiten, bis hin zu Verwandtschaftsverhältnissen, etwa über die Vorbildrolle des österreichischen VfGH für das deutsche, italienische, spanische und polnische Verfassungsgericht oder die Orientierung am französischen Modell der Verwaltungsrechtspflege durch einen Staatsrat (Belgien, Niederlande, Griechenland,

⁶ Dem französischen Modell entsprechend übt bei als Staatsrat (Conseil d'Etat) bezeichneten Obergerichten (Belgien, Niederlande, Griechenland, bis 1996 auch Luxemburg) regelmäßig nur eine spezielle Rechtsprechungsabteilung gerichtliche Funktionen aus, während andere Abteilungen im Normsetzungsverfahren beratende und gutachterliche Aufgaben wahrnehmen. Die nähere Bezeichnung der jeweiligen gerichtlichen Abteilung, etwa in Frankreich Section du Contentieux, in den Niederlanden (seit 1994) Afdeling Bestuursrechtspraak, wird hier nicht verwendet.

⁷ Συμβούλιο της Επικρατείας.

⁸ Ελεγκτικό Συνεδριο.

⁹ Αρειος Πάγος.

¹⁰ Ανωτάτο Ειδικό Δικαστήριο.

¹¹ Diese Heterogenität erstreckt sich auf die Rolle des Richters in den verschiedenen Rechtskulturen, siehe P. Pernthaler, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl. 2000, S. 691.

Luxemburg). Es überwiegen jedoch die Kontraste: Traditionsreiche und altherwürdige Institutionen (House of Lords, Conseil d'Etat) finden sich neben neu gegründeten Gerichten (in Belgien, Luxemburg oder Polen). Mit umfassenden Kompetenzen ausgerüstete Verfassungsgerichte (BVerfG, VfGH) stehen neben weniger umfassend ausgestatteten Gerichten. Teilweise bestehen überhaupt keine eigenständigen Verfassungsgerichte (Dänemark, Irland), teilweise ist bereits die Vorstellung einer Verfassungsgerichtsbarkeit nicht ohne weiteres mit dem jeweiligen nationalen Verfassungsverständnis vereinbar (Frankreich, Finnland, Niederlande).

Ein erster Zugang zum Verständnis des Verhältnisses zwischen EuGH und diesen nationalen obersten Gerichten ergibt sich über eine bereits im Primärrecht vorgesehene Verbindung zwischen den Gerichtsebenen: das Vorlageverfahren zum EuGH (1.). Darüber hinaus bestehen mit der Frage nach dem Grundrechtsschutz sowie der Frage nach der Letztentscheidung über Kompetenzüberschreitungen der europäischen Ebene konkrete Themenfelder des materiellen europäischen Verfassungsrechts, die das Verhältnis zwischen den Gerichten geprägt haben (2.).

1. Prozedurale Perspektive: Die Vorlageverpflichtung nach Art. 234 EG (Art. 267 AEUV)

Das Europarecht sieht in zwei Fällen für nationale Gerichte eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH vor: einmal, wenn ein mitgliedstaatliches Gericht gleich welcher Instanz Zweifel an der Gültigkeit von Europarecht hat, weil der EuGH ein Verwerfungsmopol über Europarecht beansprucht.¹² Zum anderen besteht eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH im Falle des Art. 234 Abs. 3 EG (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Danach ist ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können,¹³ auch für Auslegungsfragen des Europarechts zur Anrufung des EuGH verpflichtet. Damit bestehen auf Ebene des Primärrechts konkrete Handlungspflichten für die obersten nationalen Gerichte, die durch EuGH-Rechtsprechung noch weiter konkretisiert worden sind (a). Ob die nationalen obersten Gerichte diese Pflichten beachten, lässt sich rechtsempirisch überprüfen (b).

a) Die Vorlageverpflichtung nationaler oberster Gerichte aus europarechtlicher Perspektive

Nach Versuchen mitgliedstaatlicher Gerichte, insbesondere¹⁴ des französischen Conseil d'Etat,¹⁵ für Auslegungsfragen des Europarechts die Kategorie der offen-

¹² EuGH, Rs. 314/85, Foto-Frost, Slg. 1987, 4199.

¹³ Dazu EuGH, Rs. C-99/00, Lyckeskog, Slg. 2000, I-4839, Rn. 10 ff.; siehe auch Art. 35 EU und Art. 369 VVE.

¹⁴ Siehe auch BFH, EuR 1985, S. 191 – Kloppenburg; Der EGMR stand hier auf der Seite des EuGH, siehe EGMR, Nr. 36677/97, Dangeville/Frankreich, ECHR 2002-III.

¹⁵ CE 9.01.1970, Sieur Cohn-Bendit, Rec. S. 15; CE Ass. 22.12.78, Ministre de l'Intérieur c. Sieur Cohn-Bendit, Rec. S. 524, Schlussfolgerungen Genevois, Revue Trimestrielle de Droit Européen 15 (1979), S. 157 = EuR 1979, S. 292 (deutsche Übersetzung).

kundigen Auslegung (*acte clair*¹⁶) zu etablieren, hat der EuGH die Frage der Vorlagepflicht mit einer eigenen, europarechtlichen *acte-clair*-Doktrin entschieden, die einen überaus strengen Maßstab formuliert.¹⁷ Keine Vorlagepflicht besteht danach nur dann, wenn eine Auslegungsfrage nicht entscheidungserheblich oder bereits entschieden ist oder die Auslegung des Europarechts offenkundig erscheint.¹⁸

Aus Sicht des Europarechts ist eine nationale Gerichtsentscheidung, die die vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur Vorlagepflicht mißachtet, eine Vertragsverletzung im Sinne der Art. 226, 227 EG (Art. 258, 259 AEUV). Soweit ein letztinstanzliches Gericht die Vorlagepflicht missachtet, wird regelmäßig Art. 234 Abs. 3 EG (Art. 267 Abs. 3 AEUV) verletzt sein. Rechtsakte von Gerichten werden trotz des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit¹⁹ dem Mitgliedstaat zugerechnet.²⁰ Nach Art. 228 EG (Art. 260 AEUV) kann der EuGH auf Antrag der Kommission unter bestimmten Voraussetzungen einen Pauschalbetrag oder ein Zwangsgeld verhängen, wenn die Vertragsverletzung anhält.

Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten wegen Rechtsakten von nationalen Gerichten sind noch nicht vor den EuGH gelangt.²¹ Soweit es bisher überhaupt zu Vorverfahren nach Art. 226 EG (Art. 258 AEUV) gekommen ist,²² beschränkte sich die Kommission darauf, unter Anerkennung der richterlichen Unabhängigkeit auf die Verbreitung ihrer Rechtsauffassung gegenüber den jeweiligen

¹⁶ Zum Begriff E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Bd. I, 1887, S. 449 f.; B. Pacteau, Note, *Recueil Dalloz Sirey* 1979, S. 164; siehe auch Cour de cassation, chambre sociale, *Madame X v CMSA*, Urteil v. 16.01.2003, oder das spanische Tribunal Supremo, Entscheidungen Nr. 9156/1996 v. 7.03.2002 und Nr. 4517/1997 v. 15.07.2002.

¹⁷ EuGH, Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, Rn. 18 f.; zu mitgliedstaatlichen (Dänemark) Einwänden gegen diese Strenge siehe *GA Tizzano* zu EuGH, Rs. C-99/00 (Fn. 13), Nr. 51 ff.

¹⁸ Nach der *CILFIT*-Rechtsprechung ist Letzteres aber nur dann der Fall, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel bleibt. Dies ist zu bejahen, wenn das nationale Gericht davon ausgehen kann, dass auch für Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den EuGH die gleiche Gewissheit bestünde. Dabei müssen die Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, die besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und die unterschiedlichen Sprachfassungen ebenso wie die Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft berücksichtigt werden. Der EuGH nimmt dann grundsätzlich keine Kontrolle der Entscheidungserheblichkeit mehr vor. EuGH, Rs. C-369/89, *Piageme*, Slg. 1991, I-2971; außer in Missbrauchsfällen Rs. 244/80, *Foglia*, Slg. 1981, 3045.

¹⁹ Siehe etwa Art. 97 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 47 Abs. 2 GR-Charta.

²⁰ Insoweit nimmt das Gemeinschaftsrecht gegenüber den Mitgliedstaaten gewissermaßen einen völkerrechtlichen Standpunkt ein; vgl. nur *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, *StIGH Rep.* 1932, Serie A/B Nr. 44, S. 24.

²¹ Siehe zu einem Vorverfahren gegen Schweden allerdings E. Lenski/F. C. Mayer, *Vertragsverletzung wegen Nichtvorlage durch oberste Gerichte?*, *EuZW* 2005, S. 225; siehe dort auch zur EMRK-Dimension von Vorlageverweigerung.

²² Dazu G. Meier, *Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen*, *EuZW* 1991, S. 11; J. Sack, *Verstoßverfahren und höchstrichterliche Vertragsverletzungen*, *EuZW* 1991, S. 246; *Editorial Comments, Use of the Preliminary Procedure*, *CMLRev.* 28 (1991), S. 241 (243).

Gerichten hinzuwirken und nur für den Fall von Wiederholungen gesetzgeberische Maßnahmen anzumahnen.²³

Damit deuten sich für die nähere Bestimmung des Verhältnisses zwischen EuGH und nationalen obersten Gerichten bereits Grenzen einer ausschließlich positivistischen Argumentation mit der geltenden Rechtslage an.²⁴

b) Die Vorlagepraxis der nationalen obersten Gerichte²⁵

Das *deutsche BVerfG* hat bisher keine Vorlagefragen an den EuGH gerichtet.²⁶ Es hat allerdings in der *Solange I*-Entscheidung 1974 und der *Vielleicht*-Entscheidung von 1979 seine grundsätzliche Bindung an Art. 177 EWG-Vertrag (jetzt Art. 234 EG bzw. Art. 267 AEUV) bejaht.²⁷ Nach der *CILFIT*-Entscheidung des EuGH von 1982 (s.o.) hat das *BVerfG* jedoch eine mögliche eigene Vorlageverpflichtung überhaupt nicht mehr thematisiert und lediglich die Voraussetzungen, unter denen die obersten Fachgerichte zur Vorlage verpflichtet sind,²⁸ ausgeformt. Besonders

²³ Hendrix GmbH (Pingo-Hähnchen), Vorverfahren nach Art. 169 EG-Vertrag (Art. 226 EG, Art. 258 AEUV) A/90/0406, Mahnschreiben der Kommission SG (90)/D/25672 v. 3.08.1990, Ziffer V (Nichtvorlage des BGH), siehe Meier (Fn. 22), S. 11 m.w.N. In einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage hat die Kommission schon 1983 geäußert, dass das Vertragsverletzungsverfahren keine geeignete Grundlage für die Kooperation zwischen EuGH und nationalen Gerichten darstelle, nicht als Verfahren zur Überprüfung nationaler Gerichtsentscheidungen konzipiert sei und daher nur bei systematischer und vorsätzlicher Nichtbeachtung der Vorlagepflicht durch Gerichte in Betracht komme, ABl. 1983 C 268, S. 25. Damit stellt die Kommission trotz Verpflichtung auf das Legalitätsprinzip für gerichtliche Vertragsverletzungen nicht vorgesehene Sonderkriterien auf.

²⁴ Der EuGH hat allerdings durch Eröffnung eines Staatshaftungsanspruchs gegen einen Mitgliedstaat bei Nichtvorlage von Gerichten neben das Vertragsverletzungsverfahren eine weitere Sanktionsmöglichkeit bei Vorlageverweigerung gestellt, bei der einmal mehr der Einzelne die Durchsetzung des Europarechts übernimmt, siehe dazu EuGH, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239, und Rs. C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, Slg. 2006, I-5177.

²⁵ Die Vorlagepraxis nationaler Gerichte ist dokumentiert in den Jahresberichten der Kommission über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, siehe etwa 24. Jahresbericht 2006, KOM(2007) 398; 25. Jahresbericht 2007, KOM(2008) 777.

²⁶ Die deutschen Obergerichte haben frühzeitig begonnen, den EuGH anzurufen: BSG seit 1967 (EuGH, Rs. 14/67, Welchner, Slg. 1967, 444); BFH ebenfalls 1967 (Rs. 17/67, Neumann, Slg. 1967, 592); BAG seit 1969 (Rs. 15/69, Südmilch, Slg. 1969, 363); BVerwG seit 1970 (Rs. 36/70, Getreide-Import, Slg. 1970, 1107); BGH seit 1974 (Rs. 32/74, Haaga, Slg. 1974, 1201) und verwenden das Vorlagenverfahren regelmäßig. Für Landesverfassungsgerichte siehe HessStGH, EuGRZ 1997, S. 213.

²⁷ BVerfGE 37, 271 (282) – *Solange I*; BVerfGE 52, 187 (202) – *Vielleicht*.

²⁸ Siehe etwa BVerfG, EuZW 2001, S. 255 – Nichtvorlage BVerwG, sowie in der Folge EuGH, Rs. C-25/02, Rinke, Slg. 2003, I-8349, siehe auch BVerwGE 108, 289. Das BVerfG prüft eine Verletzung der Vorlagepflicht der Fachgerichte unter dem Aspekt des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), wobei es – über die *CILFIT*-Rechtsprechung hinaus – auf eine *willkürliche* Verletzung der Vorlagepflicht ankommt, im Einzelnen dazu F. C. Mayer, Das Bundesverfassungsgericht und die Verpflichtung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof, EuR 2002, S. 239; zur Verdichtung mitgliedstaatlich-verfassungsrechtlicher und EMRK-rechtlicher Garantien zu einem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch des Einzelnen auf Vorlage C. Grabenwarter, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, Verhandlungen des 14. Öst. Juristentages, Bd. I/2 (2001), S. 15 (65).

auffällig war dies im Maastricht-Urteil des BVerfG von 1993. Bekanntlich hat das BVerfG im Maastricht-Urteil einen verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt über die Kompetenzausübung der EU entwickelt.²⁹ Im Maastricht-Verfahren selbst hatte das BVerfG zur Klärung europarechtlicher Auslegungsfragen die einigermaßen originelle Lösung gewählt, den Generaldirektor des Juristischen Dienstes der Kommission anzuhören, anstatt eben den EuGH nach Art. 177 EWG-Vertrag anzurufen.³⁰ Im NPD-Beschluss von 2001 hat das BVerfG in einem Verfahren, in dem es eindeutig erste und letzte Instanz ist (Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 GG), die Chance nicht genutzt, grundsätzlich zu seiner eigenen Vorlageverpflichtung Stellung zu nehmen.³¹

Auch bei anderen obersten Gerichten findet sich eine Nichtvorlagepraxis, allerdings mit abnehmender Tendenz. Die *italienische Corte Costituzionale* hatte in der Giampaoli-Entscheidung 1991³² immerhin erkennen lassen, dass sie für sich die Möglichkeit, wenn auch nicht die Pflicht zu einer Vorlage an den EuGH nach Art. 177 EWG-Vertrag anerkannte. In der Folge nahm die Corte Costituzionale diese prinzipielle Bereitschaft aber wieder zurück: Mit dem Hinweis darauf, dass sie keine Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 177 EG-Vertrag sei und daher nicht unmittelbar mit dem EuGH im Wege des Art. 177 EG-Vertrag in Kontakt treten könne, ging sie 1995 mit der Entscheidung *Messaggero Servizi*³³ dazu über, Art. 177 EG-Vertrag bzw. jetzt Art. 234 EG für sich nicht als verbindlich zu betrachten. Allerdings hat die Corte Costituzionale gleichzeitig die vorhergehende Instanz angewiesen, ihrerseits eine Vorlage an den EuGH zu richten. Im April 2008 legte die Corte Costituzionale dann erstmals dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vor.³⁴ Maßgebend für den Sinneswandel dürften nicht zuletzt die Beispiele von Vorlagen anderer Verfassungsgerichte sowie eine Änderung der italienischen Verfassung von 2001 gewesen sein. Die Änderung betraf insbesondere Art. 117 der Verfassung, der nun für die Gesetzgebungsgewalt die Schranken des Europarechts nennt. Zumindest bei Direktklagen, d.h. ohne vorherige Befassung der Fachgerichte, ist danach nunmehr von einer Vorlagebereitschaft der Corte Costituzionale auszugehen.³⁵

²⁹ BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht.

³⁰ Dazu M. Zuleeg, *The European Constitution Under Constitutional Constraints*, ELRev. 22 (1997), S. 19.

³¹ BVerfGE 104, 214 – NPD-Verbot; dazu Mayer (Fn. 28); siehe auch BVerfGE 110, 141 (154 f.) – Kampfhunde.

³² Entscheidung Nr. 168/91 – Giampaoli, *Foro italiano*, 1992, I, 660 Rn. 5 f.

³³ Entscheidung Nr. 536/95 – *Messaggero Servizi*, Gazz. Uff. n. 1 I, 3.01.1996; ebenso die Entscheidung Nr. 319/96 – *Spa Zerfin*, Gazz. Uff. n. 34 I, 21.08.1996.

³⁴ Entscheidung Nr. 103/2008 – *Legge della Regione Sardegna* 11 maggio 2006/29 maggio 2007.

³⁵ Siehe im Einzelnen dazu F. Fontanelli/G. Martinico, *Cooperative Antagonists: The Italian Constitutional Court and the Preliminary Reference*, Eric Stein Working Paper Nr. 5 (2008), insbesondere S. 13, unter www.ericsteinpapers.eu; M. Dani, *Tracking Judicial Dialogue: The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court*, Jean Monnet Working Paper Nr. 10 (2008), unter www.jeanmonnetprogram.org.

Der *spanische Tribunal Constitucional* hat selbst noch nie vorgelegt und weigerte sich bisher, in Fällen der Nichtvorlage unter Verletzung von Art. 234 Abs. 3 EG (Art. 267 AEUV) gegenüber spanischen Gerichten Rechtsschutz zu gewähren.³⁶ Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass nach Auffassung des TC die korrekte Anwendung des Europarechts keine Frage der Verfassung ist, sie falle damit nicht in den Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit. Rechtsschutz gegen Europarecht verletzende spanische Rechtsakte werde durch die Fachgerichte und den EuGH gewährt.³⁷ Der *portugiesische Tribunal Constitucional* sieht sich grundsätzlich an die Vorlagepflicht aus Art. 234 EG (Art. 267 AEUV) gebunden,³⁸ hat aber bisher noch nicht vorgelegt.

Der *französische Conseil d'Etat* hat vor und nach der Cohn-Bendit-Entscheidung immer wieder Vorlagen an den EuGH gerichtet (zuerst 1970³⁹), gleichwohl auch nach der CILFIT-Entscheidung von der Rechtsprechung des EuGH abweichende Entscheidungen mit der Missachtung von Art. 234 Abs. 3 EG (Art. 267 AEUV) verbunden.⁴⁰ Die *Cour de cassation* legte bereits 1967 vor.⁴¹ Der *Conseil constitutionnel* hat 2006 deutlich gemacht, dass er in den Verfahren, in denen er binnen 60 Tagen entscheiden muss, keine Möglichkeit zur Vorlage sieht.⁴²

Die *belgischen obersten Gerichte Conseil d'Etat*⁴³ und *Cour de cassation*⁴⁴ haben bereits früh (1967 bzw. 1968) begonnen, Vorlagefragen an den EuGH zu richten. Die seit 1983 bestehende *Cour d'arbitrage* – jetzt *Cour constitutionnelle* – hat 1997 erstmals vorgelegt.⁴⁵ Die *niederländischen obersten Gerichte* legen seit Anfang der 70er Jahre (der *Raad van State* seit 1973,⁴⁶ der *Hoge Raad* seit 1974⁴⁷)

³⁶ TC Entscheidung 111/1993 v. 25.03.1993, BOE 27.04.1993; TC Entscheidung 180/1993 v. 31.05.1993, BOE 5.07.1993 – FOGASA; TC Entscheidung 372/1993 v. 13.12.1993, BOE 19.01.1994 – Lao.

³⁷ TC Entscheidung 28/1991 v. 14.02.1991, BOE 15.03.1991 – EP-Wahlen; TC Entscheidung 64/1991 v. 22.03.1991, BOE 24.04.1991 – APESCO.

³⁸ TC Entscheidung 163/90 v. 23.05.1990, Moreira da Costa e Mulher, Diário da República, 2 Nr. 240, 18.10.1990.

³⁹ Die erste Vorlage von 1970: EuGH, Rs. 34/70, Syndicat national du commerce extérieur des céréales, Slg. 1970, 1233.

⁴⁰ Siehe zur abweichenden Konzeption des Conseil d'Etat zur Auslegung von Art. 249 Abs. 3 EG (Art. 288 ff. AEUV) und zur zeitlichen Beschränkung der Wirkung von EuGH-Entscheidungen Commissaire du gouvernement Savoie in seinen Schlussfolgerungen zum Verfahren Tête (CE Ass. 6.02.1998, Tête, Rec. S. 30, Schlussfolgerungen S. 32) sowie P. Cassia, Le juge administratif français et la validité des actes communautaires, Revue Trimestrielle de Droit Européen 35 (1999), S. 409.

⁴¹ EuGH, Rs. 22/67, Goffart, Slg. 1967, 429.

⁴² CC 27.6.2006, Droit d'auteur, Rec. S. 88; dazu m.w.N. F. C. Mayer u.a., Der Vorrang des Europarechts in Frankreich, EuR 2008, S. 63.

⁴³ Seit 1967, EuGH, Rs. 6/67, Guerra, Slg. 1967, 293.

⁴⁴ Seit 1968, EuGH, Rs. 5/68, Sayag, Slg. 1968, 589.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-93/97, Fédération belge des chambres syndicales de médecins, Slg. 1998, I-4837.

⁴⁶ EuGH, Rs. 36/73, Nederlandse Spoorwegen, Slg. 1973, 1299.

⁴⁷ EuGH, Rs. 15/74, Centrafarm, Slg. 1974, 1147.

mit großer Regelmäßigkeit vor. Die *luxemburgische Cour de Cassation* legt seit 1967⁴⁸ vor, der *luxemburgische Conseil d'Etat* erst seit 1981.⁴⁹ Die *luxemburgische Cour Constitutionnelle*, ein jüngeres Gericht, hat bisher keine Vorlagefragen gestellt.

Das *britische House of Lords* hat erstmals 1979 vorgelegt und dies seitdem mit Regelmäßigkeit wiederholt.⁵⁰ Der *dänische Højesteret* gilt als eines der integrationskritischeren Gerichte, hat aber bereits zahlreiche Vorlagefragen an den EuGH gerichtet, zuerst 1978.⁵¹ Der *irische Supreme Court* hat 1983 begonnen vorzulegen⁵² und richtet seitdem immer wieder Vorlagen an den EuGH. Von den *obersten griechischen Gerichten* sind ebenfalls Vorlagen verzeichnet: durchaus regelmäßig und sehr früh seit 1983 vom *Symvoulío Epikrateias* (Staatsrat),⁵³ vereinzelt seit 1993⁵⁴ vom *Elegktiko Synedrio* (Rechnungshof) und seit 1996 gelegentlich auch vom *Areios Pagos* (Oberstes Gericht).⁵⁵ Der Oberste Sondergerichtshof (*Anotato Eidiko Dikastirio*) hat noch nicht vorgelegt.

Der *schwedische Högsta domstolen* hat fast unmittelbar nach dem schwedischen Beitritt 1995 bereits eine Vorlagefrage an den EuGH gerichtet.⁵⁶ Der *schwedische Regeringsrätten* folgte wenig später 1997.⁵⁷ Der eine nichtverbindliche Normenwurfskontrolle durchführende *Lagrådet* hat bisher nicht vorgelegt. Das *oberste finnische Verwaltungsgericht Korkein hallinto-oikeus* hat seit 1996 regelmäßig vorgelegt.⁵⁸ Für das *oberste Gericht Korkein oikeus* ist die erste Vorlage 1999 verzeichnet.⁵⁹ Der Verfassungsausschuss des Parlamentes (*Perustuslakivaliokunta*) hat bisher nicht vorgelegt. Der *österreichische VfGH* hat die Möglichkeit einer Vorlagepflicht nach Art. 234 EG schon früh bestätigt⁶⁰ und richtet seit 1999 regelmäßig Vorlagefragen an den EuGH.⁶¹

Für die 2004 und 2007 beigetretenen Mitgliedstaaten lässt sich teils mangels Gelegenheiten zur Vorlage noch keine verlässliche Aussage zur Vorlagefreudigkeit machen. Bedenklich erscheint allerdings, dass vereinzelt Gerichte trotz entspre-

⁴⁸ EuGH, Rs. 2/67, De Moor, Slg. 1967, 263.

⁴⁹ EuGH, Rs. 76/81, Transporoute, Slg. 1982, 417.

⁵⁰ EuGH, Rs. 34/79, Henn und Darby, Slg. 1979, 3795; bis 2001 sind siebenundzwanzig Vorlagen des House of Lords verzeichnet.

⁵¹ EuGH, Rs. 151/78, Sukkerfabriken Nykøbing, Slg. 1979, 1.

⁵² EuGH, Rs. 182/83, Fearon, Slg. 1984, 3677.

⁵³ EuGH, Rs. 142/83, Nevas, Slg. 1983, 2969.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-443/93, Vougioukas, Slg. 1995, I-4033.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11; Die folgende Vorlage von 1998, Rs. C-235/98, Pafitis, wurde nicht fortgeführt (ABl. 2000 C 3, S. 21).

⁵⁶ EuGH, Rs. C-43/95, Data Delecta, Slg. 1996, I-4661.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-241/97, Försäkringsaktiebolaget Skandia, Slg. 1999, I-1879.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-412/96, Kainuun Liikenne, Slg. 1998, I-5141.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-172/99, Liikenne, Slg. 2001, I-745.

⁶⁰ VfGH, Beschluss v. 11.12.1995, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 23 (1996), S. 24 – Bundesvergabeamt; Siehe auch K. Heller/F. Sinnl-Piazza, Verfassungsrechtliche Aspekte der Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten der EU, JBl. 1995, S. 636 und S. 700 (711).

⁶¹ EuGH, Rs. C-143/99, Adria-Wien Pipeline, Slg. 2001, I-8365.

chender Gelegenheit von Vorlagen abgesehen haben. So erklärte das *ungarische Verfassungsgericht Alkotmánybíróság* ein Gesetz des ungarischen Parlaments über die Bevorratung landwirtschaftlicher Überschussproduktion, das zugleich eine Verordnung der Europäischen Kommission umsetzte, im Mai 2004 ohne Vorlage an den EuGH für verfassungswidrig,⁶² wobei die beanstandeten Gehalte europarechtlich vorgegeben waren. Das Gericht argumentierte, Gegenstand der Entscheidung sei allein die Verfassungsmäßigkeit ungarischen Rechts, nicht dagegen stünde die Gültigkeit oder die Auslegung von Unionsrecht in Frage.⁶³

Das *estnische oberste Gericht Riigikohus* erklärte in Verfahren, die dieselbe Verordnung betrafen, das dortige nationale Umsetzungsgesetz für unanwendbar, und zwar wegen Verstoßes gegen Europarecht.⁶⁴ Auch dies erfolgte ohne Vorlage an den EuGH – weil die Rechtslage hinreichend klar sei. Und schließlich hat auch das *polnische Trybunal Konstytucyjny* 2005 bei der Entscheidung über die Vereinbarkeit des Europäischen Haftbefehls mit polnischem Recht nicht an den EuGH vorgelegt, wie übrigens auch das BVerfG.⁶⁵

Das tschechische Verfassungsgericht hat immerhin in einer Entscheidung von 2006 seine grundsätzliche Bereitschaft zur Vorlage an den EuGH bekundet.⁶⁶

c) Stellungnahme

Der Blick auf die Vorlagepraxis ergibt ein gemischtes Bild. Die sehr hohe europarechtliche Anforderungen formulierende CILFIT-Rechtsprechung wird durch eine Kommissionspraxis begleitet, die Nichtvorlagen nicht konsequent mit dem Instrument der Vertragsverletzungsverfahren verfolgt. Dem stehen auf der mitgliedstaatlichen Ebene Nichtvorlagen wichtiger Gerichte gegenüber. Neben der Nichtvorlagepraxis des BVerfG, die übrigens mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und 23 GG verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, fallen die Nichtvorlagen insbesondere des spanischen und lange Jahre des italienischen Verfassungsgerichts auf. Damit spielen ausgerechnet die im Anschluss an Diktaturen in Europa errichteten starken Verfassungsgerichte eine Sonderrolle, wobei mit der ersten Vorlage des italienischen Verfassungsgerichts 2008 diese Front Risse erhalten hat. Im europäischen Vergleich stehen nicht vorlegende Gerichte in einer Minderheit. Von dem sehr traditionsreichen britischen House of Lords und dem durchaus europakritischen dänischen Højesteret sind regelmäßige Vorlagen ebenso verzeichnet wie vom österreichischen VfGH, der sich als spezialisiertes Verfassungsgericht in einer ähnlichen Situation wie das spanische, italienische und deutsche Verfassungsgericht befindet.

Ein genauerer Blick auf die nichtvorlegenden Gerichte legt die Vermutung nahe, dass aus dem Motivbündel aus Selbstverständnis, verfassungsrechtlichen

⁶² Entscheidung 17/2004 (V.25) AB v. 25.05.2004.

⁶³ Ebd., S. 6.

⁶⁴ Entscheidung Nr. 3-3-1-33-06 v. 5.10.2006, Hadleri Toidulisandite AS.

⁶⁵ Entscheidung K 18/04 v. 11.05.2005, siehe auch BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl; dass es Klärungsbedarf gab, zeigt dabei die Vorlage in der Haftbefehlsfrage seitens der belgischen Cour d'arbitrage: EuGH, Rs. C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Slg. 2007, I-3633.

⁶⁶ Entscheidung Pl. ÚS 50/04 v. 8.03.2006 (Zuckerquoten).

Vorgaben und fehlender Gelegenheit zur Vorlage, das für die Gerichte den Nichtvorlagebefund erklärt, vor allem das Selbstverständnis als Hüter der (nationalen) Verfassung⁶⁷ besonderes Gewicht hat. Dies dürfte gerade auch Positionen wie die Ungarische oder die Polnische erklären, wo junge Institutionen und Verfassungen sich noch in der Konsolidierung befinden. Zudem vertrauen offenbar nationale Gerichte nicht immer darauf, dass der EuGH sich wirklich – wie von diesem jedenfalls behauptet – auf Aussagen zum Europarecht beschränkt und keine Aussagen auch über nationales Recht trifft,⁶⁸ was eine skeptische Haltung mitgliedstaatlicher Gerichte erklären helfen würde.⁶⁹

Die Analyse der prozeduralen Berührungspunkte zwischen EuGH und nationalen obersten Gerichten deutet jedenfalls auf offene Fragen hin.

Alleine aufgrund der binären rechtsempirischen Frage nach Vorlage oder Nichtvorlage ist allerdings nicht erklärbar, welche verfassungsrechtlichen Muster das Verhältnis zwischen den Gerichten und dem EuGH bestimmen. Dies kann nur eine materiell-rechtliche Analyse leisten.

2. Materiell-rechtliche Perspektive

a) Die Sicht des EuGH

Der EuGH nimmt für sich ein Verwerfungsmonopol über das (sekundäre)⁷⁰ Europarecht in Anspruch.⁷¹

⁶⁷ Siehe dazu bereits H. Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz 1931, S. 5 ff., gegen C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 12.

⁶⁸ Dazu K. Alter, Establishing the Supremacy of European Law, 2001, S. 10, mit Bezugnahme auf EuGH-Richter *Mancini*.

⁶⁹ Siehe in diesem Zusammenhang die Arsenal-Entscheidung in Großbritannien, wo der High Court eine Vorabentscheidung des EuGH ignorierte (Rs. C-206/01, Arsenal, Slg. 2002, I-10273), indem er dem EuGH das Recht absprach, über Tatsachen zu befinden oder die Tatsachenbefunde des nationalen Gerichts zu verwerfen, EWHC 2695/2002 (ch), AllER 2003 Vol. I, S.137. Diese Entscheidung wurde durch den Court of Appeal geändert (Court of Appeal, Entscheidung v. 21.05.2003, Arsenal Football Club v Matthew Reed, EWCA Civ 2003, 96). Das deutsche BVerfG betrachtet Nicht-Vorlagen nur dann als Verfassungsverletzung (siehe Fn. 28), wenn es um eine Auslegungs- und nicht um eine Anwendungsfrage geht, siehe BVerfG, NJW 2002, S. 1486 – Biobronch; siehe auch BVerfGE 82, 159 – Absatzfonds; BVerfG, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2004, S. 164 – Nichtvorlage.

⁷⁰ Zur Frage gemeinschaftsrechtswidrigen Primärrechts J. da Cruz Vilaca/N. Picarra, Y a-t-il des limites matérielles à la révision des Traités instituant les Communautés européennes?, Cahiers de Droit Européen 29 (1993), S. 3; U. Everling, Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als „Herren der Verträge“, in: FS Bernhardt, 1995, S. 1169.

⁷¹ Der EuGH überprüft europäische Rechtsakte auf ihre Rechtmäßigkeit im Verfahren nach Art. 230 EG (Art. 63 AEUV), als Inzidentfrage gemäß Art. 241 EG (Art. 277 AEUV) oder im Rahmen einer Vorlage. Nationale Behörden können nur vorlegen, wenn sie unter den gemeinschaftsrechtlichen Gerichts begriff fallen (für Vergabeüberwachungsausschüsse des Bundes EuGH, Rs. C-54/96, Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961); siehe hier auch Rs. C-431/92, Kommission/Deutschland, Slg. 1995, I-2189, zur Bindung der Behörden an Gemeinschaftsrecht. Siehe dazu auch die Diskussion im Kontext der Doc Morris-Problematik um das Recht nationaler Behörden, nationales Recht als gemeinschaftsrechtswidrig zu verwerfen.

Der EuGH entschied 1987 in der Rechtssache Foto-Frost,⁷² dass nationale Gerichte durchaus die Gültigkeit von Unionsakten prüfen und die Feststellung treffen könnten, dass ein Rechtsakt in vollem Umfang gültig ist, denn dann werde „die Existenz der Gemeinschaftshandlung nicht in Frage“ gestellt.⁷³ Nationale Gerichte seien jedoch nicht befugt, Handlungen der Unionsorgane für ungültig zu erklären.⁷⁴ Zur Begründung betont der EuGH die Einheit der Rechtsordnung der Gemeinschaft und Erfordernisse der Rechtssicherheit. Zudem wird auf die „notwendige Kohärenz“ des durch den EGV geschaffenen Rechtsschutzsystems verwiesen, das dem EuGH die ausschließliche Zuständigkeit für die Nichtigerklärung der Handlung eines Unionsorgans zuweise. Schließlich sei der EuGH auch am besten in der Lage, über die Gültigkeit von Unionshandlungen zu entscheiden, da sich die betroffenen Unionsorgane an Verfahren vor dem EuGH beteiligen und dem EuGH alle erforderlichen Auskünfte geben könnten. Der abschließende Charakter der im Vertrag vorgesehenen Verfahren über die Beilegung von Streitigkeiten folge aus Art. 219 EWG-Vertrag (jetzt Art. 292 EG bzw. 344 AEUV), nach dem sich die Mitgliedstaaten verpflichtet haben, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Vertrags nicht anders als im Vertrag vorgesehen zu regeln.⁷⁵ Die Bindung nationaler Gerichte an die Auslegung des Europarechts durch den EuGH ließe sich wohl auch über Art. 10 EG bzw. 4 Abs. 3 EUV-Liss. (Bindung der Mitgliedstaaten an die Verpflichtungen aus den Verträgen) begründen.⁷⁶

Mögliche Erklärungen für die restriktive Linie des EuGH über die von ihm selbst verwendeten Begründungen hinaus richten sich auf das vermutete Selbstverständnis des EuGH als Motor der Integration. Ein solches Selbstverständnis des EuGH vorausgesetzt, sind schon daraus Zielkonflikte mit nationalen Gerichten unvermeidlich. Die zurückhaltende Position des EuGH gegenüber Entscheidungsspielräumen nationaler Gerichte lässt sich dann auch mit einem gewissen Mißtrauen des EuGH gegenüber den nationalen Gerichten erklären, die sich bei Einräumung weiterer Entscheidungsspielräume einer zunehmenden Integration durch Rechtsprechung entgegenstellen könnten.

⁷² EuGH, Rs. 314/85 (Fn. 12), Rn. 11 ff.

⁷³ Ebd., Rn. 14.

⁷⁴ Ebd., Rn. 15.

⁷⁵ Vgl. dazu auch EuGH, Gutachten 1/91, EWR I, Slg. 1991, I-6079, Rn. 35.

⁷⁶ Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung des EuGH im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes nationalen Gerichten einen gewissen Spielraum für Gültigkeitsaussagen über Europarecht zugestanden hat, die Letztentscheidung über die Gültigkeit jedoch auch in diesen Fällen beim EuGH verbleibt: verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Süderdithmarschen, Slg. 1991, I-415, Rn. 14 ff.; Rs. C-465/93, Atlanta, Slg. 1995, I-3761. Der EuGH ist wohl nicht bereit, nationalen Gerichten eine eigene Entscheidungskompetenz bei besonders schwerer und offensichtlicher Fehlerhaftigkeit für die Feststellung inexistenter Rechtsakte der Gemeinschaft zuzugestehen, vgl. immerhin verb. Rs. 1/57 und 14/57, Société des usines à tubes de la Sarre/Hohe Behörde, Slg. 1957, 213.

Hinter dem Argument der einheitlichen Anwendung des Europarechts steht letztlich das Prinzip des Anwendungsvorranges⁷⁷ von Europarecht im Kollisionsfall, wie es vom EuGH entwickelt wurde.⁷⁸ Begründet wird der Vorrang des Europarechts dabei mit der Eigenständigkeit des Europarechts und dem Erfordernis einheitlicher Rechtsgeltung in den verschiedenen Mitgliedstaaten.⁷⁹ Europarecht ist danach „vorrangiger Bestandteil“ der nationalen Rechtsordnungen, gegenüber Europarecht wird „jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar“.⁸⁰ Dies gilt auch für Bestimmungen des Verfassungsrechts.⁸¹ Die Kritik an der Vorrangkonzeption des EuGH ist vielfältig,⁸² sie reicht vom Hinweis auf Besatzungsrecht (!)⁸³ bis zum Einwand der „rigorosen Simplizität“.⁸⁴ Die Absolutheit, mit der seitens des EuGH ein Vorrang jeder Norm des Europarechts vor jeder Norm des nationalen Rechts, also auch vor Bestimmungen des nationalen Verfassungsrechts festgelegt wurde, hat die Frage aufgeworfen, ob der EuGH mit dieser Ausgestaltung des Vorrangprinzips nicht seine Kompetenzen überschritten hat.⁸⁵ Danach besteht die Aufgabe des EuGH gerade auch aufgrund von Art. 234 EG (Art. 267 AEUV) darin, Europarecht auszulegen. Die Frage, wie nationale Rechtsordnungen Konflikte mit dem Europarecht lösen, sei möglicherweise keine Frage der Auslegung des Europarechts mehr.⁸⁶

Der Geltungsgrund des Europarechts wird in diesem Kontext vom EuGH⁸⁷ nicht eindeutig offengelegt, sondern durch die Aussagen zur Gestaltform nur angedeutet.

⁷⁷ Auf Englisch wird Vorrang als „supremacy“ (von der Konnotation her näher am Geltungsvorrang) oder „primacy“ (Anwendungsvorrang) bezeichnet, etwa in EuGH, Rs. 14/68, Walt Wilhelm, Slg. 1969, I, Rn. 5 („supremacy“). In Rs. 93/71, Leonasio, Slg. 1972, 287, ist von „precedence“ die Rede, ebenso in Rs. C-256/01, Allonby, Slg. 2004, I-873, Rn. 77. Im VVE wird „primacy“ verwendet (Art. 6 VVE).

⁷⁸ EuGH, Rs. 6/64, Costa/E.N.E.L., Slg. 1964, 1251. Zu Begriff und Typologie der Kollision S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 23 ff.

⁷⁹ EuGH, Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125.

⁸⁰ EuGH, Rs. 106/77, Simmenthal, Slg. 1978, 629, Rn. 21 ff.; siehe auch Rs. C-213/89, Factortame, Slg. 1990, I-2433, Rn. 20 f.

⁸¹ EuGH, Rs. 11/70 (Fn. 79), Rn. 3; Rs. C-473/93, Kommission/Luxemburg, Slg. 1996, I-3207, Rn. 38; siehe auch Rs. C-285/98, Kreil, Slg. 2000, I-69.

⁸² Siehe etwa H.-H. Rupp, Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht, NJW 1970, S. 953; Alter (Fn. 68), S. 88 ff., beschreibt, wie dieser Beitrag eventuell die folgenden Entwicklungen über die EuGH-Entscheidung in Rs. 11/70 (Fn. 79), die offen den Vorrang des Europarechts selbst gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht einfordert, bis zur Solange I-Entscheidung des BVerfG ausgelöst hat. Rupp ist nie überzeugt worden, siehe H.-H. Rupp, Anmerkungen zu einer Europäischen Verfassung, JZ 2003, S. 18; siehe auch H.-P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 267 ff.; prototypisch die Einwände bei T. Schilling, Zu den Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, Der Staat 33 (1994), S. 555.

⁸³ Siehe dazu die Nachweise bei Pernthaler (Fn. 11), S. 700.

⁸⁴ R. Abraham, L'application des normes internationales en droit interne, 1986, S. 155.

⁸⁵ Ebd., S. 154 f.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ Zum knappen Stil des EuGH siehe auch Pernthaler (Fn. 11), S. 694.

Dabei ist der EuGH von einer neuen „Rechtsordnung des Völkerrechts“ (1963)⁸⁸ über die „eigene Rechtsordnung“ (1964)⁸⁹ bis zum Konzept der Verträge als „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“ (1986)⁹⁰ bzw. „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“ (1991)⁹¹ gelangt. Mit dieser Verfassungsqualität wird die Gemeinschaftsrechtsordnung in ihrer Eigenständigkeit betont, zugleich aber auch nicht mehr als von den Mitgliedstaaten separierte Rechtsordnung konzipiert, sondern als übergreifende Rechtsordnung im Sinne einer Rechtsgemeinschaft, die durch die Mitgliedstaatenrechtsordnungen aufgenommen und ergänzt wird.

Der Vorrang wäre im Verfassungsvertrag erstmals kodifiziert worden.⁹² Der Vertrag von Lissabon erwähnt dagegen den Vorrang nur in einer Erklärung, deren Zweck nicht klar ist. Diese will entweder die bisherige – weitreichende – EuGH-Rechtsprechung bestätigen oder schlicht die Aussage treffen, dass sich am Status quo in der Vorrangfrage nichts ändern soll – und dieser Status quo ist wegen der Widerstände auf mitgliedstaatlicher Ebene gegen einen Vorrang auch gegenüber der nationalen Verfassung etwas komplexer als die EuGH-Rechtsprechung, wie gleich zu sehen sein wird.

b) Die Perspektive der nationalen obersten Gerichte

aa) Das BVerfG

Bereits in der ersten Entscheidung, in der das BVerfG sich detailliert zum Europarecht äußerte, dem Beschluss vom 5. Juli 1967,⁹³ wurde die zentrale Funktion des deutschen Zustimmungsgesetzes⁹⁴ als Brücke⁹⁵ zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht im Sinne des aus deutscher Sicht maßgeblichen Rechtsanwendungsbefehls und Geltungsgrundes des Gemeinschaftsrechts deutlich. Noch im selben Jahr formulierte das BVerfG seine bis heute gültige Konzeption von der Gemeinschaft als eigenständiger Hoheitsgewalt in einer eigenständigen Rechtsordnung. Das BVerfG qualifizierte den EWGV dabei als „gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft“ und das Gemeinschaftsrecht als „eigene Rechtsordnung, deren Normen weder Völkerrecht noch nationales Recht der Mitgliedstaaten

⁸⁸ EuGH, Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, 25.

⁸⁹ EuGH, Rs. 6/64 (Fn. 78), 1269.

⁹⁰ EuGH, Rs. 294/83, Les Verts/Parlament, Slg. 1986, 1339, Rn. 23; in der französischen Fassung heißt es „Charte constitutionnelle de base“.

⁹¹ EuGH, Gutachten 1/91 (Fn. 75), Rn. 21.

⁹² Art. 6 VVE: „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.“

⁹³ BVerfGE 22, 134 (142).

⁹⁴ Zustimmungsgesetz nach Art. 23 GG (früher Art. 24 GG).

⁹⁵ So das Bild von *Paul Kirchhof*, siehe etwa ders., Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, S. 965 (966); zum European Communities Act als britische ‚Brücke‘ N. Bamforth, Courts in a Multi-Layered Constitution, in: ders./P. Leyland (Hrsg.), Public Law in a Multi-Layered Constitution, 2003, S. 277 (288).

sind“.⁹⁶ Dabei deutete das BVerfG die Möglichkeit verfassungsrechtlicher Kontrollvorbehalte an, indem es die Frage nach den Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten an die Gemeinschaft durch die Bindung etwa an Grundrechtsgewährleistungen des GG ansprach, im Ergebnis jedoch offen ließ.⁹⁷

(1) Grundrechte: Solange I und II (1974/1986)

Zur Verteidigung der Grundrechtsgewährleistungen des Grundgesetzes legte das BVerfG 1974 verfassungsrechtliche Grenzen des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht und einen entsprechenden verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt mit der Solange I-Entscheidung vom 29. Mai 1974 fest.⁹⁸

Das Minderheitsvotum der unterlegenen Richter⁹⁹ verfolgte zur Frage des Verhältnisses von deutschem Verfassungsrecht zu Gemeinschaftsrecht eine andere Konzeption, die der des EuGH deutlich näher steht als die Mehrheitsmeinung und auch über die später in der Solange II-Entscheidung¹⁰⁰ erfolgte Abkehr des BVerfG von Solange I weit hinausgeht.¹⁰¹ Das Minderheitsvotum hält einen Kontrollvorbehalt des BVerfG – wie er sich auch in Solange II (s.u.) findet – für unzulässig. Die grundsätzlich angenommene Begrenzung der Übertragung von Hoheitsrechten an die Gemeinschaft wird nicht mit einem verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt verbunden.

Nachdem das BVerfG im Juli 1979,¹⁰² zweimal im Jahre 1981¹⁰³ sowie dann erneut im Februar 1983¹⁰⁴ eine Änderung der Solange I-Rechtsprechung angedeutet hatte, kam es mit der Solange II-Entscheidung vom 22. Oktober 1986¹⁰⁵ zu der erwarteten Ergänzung der Solange I-Entscheidung, die ohne grundsätzliche Preisgabe der verfassungsrechtlichen Kontrollmöglichkeiten die Frage der Grundrechtsgewährleistungen „im Sinne nützlicher Pragmatik entschärft“ hat.¹⁰⁶ Zwar hielt das BVerfG daran fest, dass die Einräumung von Hoheitsrechten für zwischenstaatliche Einrichtungen verfassungsrechtlichen Grenzen unterliege. Es bestehe keine Ermächtigung, im Wege der Einräumung von Hoheitsrechten für zwischenstaatliche Einrichtungen die Identität der geltenden Verfassungsordnung in Deutschland

⁹⁶ BVerfGE 22, 293 (296) – EWG-Verordnungen; der Hinweis auf die Eigenständigkeit der Rechtsordnung der EWG findet sich auch in BVerfGE 29, 198 (210), wo allerdings auch auf die „vielfältige Verschränkung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht“ hingewiesen wird. Zur Eigenständigkeit auch BVerfGE 31, 145 (174) – Lütticke; siehe in diesem Kontext A. Verdross, *Règles générales du droit international de la paix*, Recueil des Cours 30 (1929-V), S. 311.

⁹⁷ BVerfGE 22, 293 (298 f.) – EWG-Verordnungen.

⁹⁸ BVerfGE 37, 271 – Solange I.

⁹⁹ Ebd., 291 ff.

¹⁰⁰ BVerfGE 73, 339 – Solange II.

¹⁰¹ Siehe für Einzelheiten die Voraufgabe.

¹⁰² BVerfGE 52, 187 (202 f.) – Vielleicht.

¹⁰³ BVerfGE 58, 1 – Eurocontrol I; E 59, 63 – Eurocontrol II.

¹⁰⁴ BVerfG, NJW 1983, S. 1258 – Mittlerweile.

¹⁰⁵ BVerfGE 73, 339 – Solange II.

¹⁰⁶ G. Hirsch, *Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit*, NVwZ 1998, S. 907 (909).

„durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufzugeben“.¹⁰⁷ Nach ausführlicher Würdigung der Entwicklung auf europäischer Ebene hielt das BVerfG jedoch fest: Solange auf europäischer Ebene ein wirksamer Schutz der Grundrechte gewährleistet sei, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichzuachten sei, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürge,¹⁰⁸ werde das BVerfG „seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben“.¹⁰⁹ Die grundrechtsbezogenen Passagen des Maastricht-Urteils von 1993¹¹⁰ sowie der Bananenbeschluss von 2000¹¹¹ haben die Linie aus Solange II im Wesentlichen bestätigt.¹¹² Dass das BVerfG – wenn auch nicht durch eigene Vorlagen (s.o.), aber doch durch Überwachung der Vorlagepflicht der Fachgerichte – den Grundrechtsschutz gewährleistet sieht, bestätigt es in ständiger Rechtsprechung.¹¹³

(2) Kompetenzen: Das Maastricht-Urteil (1993)

Mit dem Maastricht-Urteil vom 12. Oktober 1993¹¹⁴ begründete das BVerfG einen verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt über die Kompetenzzusübung der EU: Danach prüft es, ob Rechtsakte der europäischen Ebene aus den Grenzen der eingeräumten Hoheitsrechte ausbrechen.¹¹⁵ Das BVerfG begründet seine Prüfungskompetenz über ausbrechende Rechtsakte der Gemeinschaft (*ultra-vires*-Akte¹¹⁶) mit den Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts. Es nimmt dabei aber eine eigenständige Auslegung des Gemeinschaftsrechts vor. Das im Zustimmungsgesetz und im EUV

¹⁰⁷ BVerfGE 73, 339 (375 f.) – Solange II; an dieser Stelle bezieht sich das Gericht auf die Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofes.

¹⁰⁸ Die Formel findet sich heute in Art. 23 GG.

¹⁰⁹ BVerfG (Fn. 105), 387.

¹¹⁰ BVerfGE 89, 155 (175, Ls. 5, S. 3, 6 und 7) – Maastricht.

¹¹¹ BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung; danach besteht für Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen ein besonderes Zulässigkeitserfordernis „unzureichender Grundrechtsschutz auf EU-Ebene“.

¹¹² So auch R. Hofmann, Zurück zu Solange II!, in: FS Steinberger, 2002, S. 1207. Die Solange-Formel hat übrigens 1994 Eingang in die Schwedische Verfassung gefunden, Kapitel 10(5), siehe O. Ruin, Suède, in: J. Rideau (Hrsg.), Les Etats membres de l'Union européenne, 1997, S. 440.

¹¹³ BVerfG, EuZW 2001, S. 255; siehe auch BVerwGE 108, 289 und zuletzt die Eilentscheidung in den Verfassungsbeschwerden gegen die Vorratsdatenspeicherung, BVerfG, EuGRZ 2008, S. 257.

¹¹⁴ BVerfGE 89, 155 – Maastricht; Entscheidung und Verfahren sind dokumentiert in I. Winkelmann, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994; weitere Nachweise bei Mayer (Fn. 4), S. 98 ff.

¹¹⁵ BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht; für die Terminologie „ausbrechender Rechtsakt“ schon BVerfGE 75, 223 (242) – Kloppenburg.

¹¹⁶ Zur Unterscheidung zwischen *ultra-vires*-Akten im engeren Sinne (Sachkompetenzüberschreitungen) und im weiteren Sinne (sonstige Rechtmäßigkeitseinwände): Mayer (Fn. 4), S. 24 f.

angelegte Integrationsprogramm¹¹⁷ könne später durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte nicht wesentlich geändert werden, ohne dass die Deckung durch das Zustimmungsgesetz verloren ginge. Generell sind damit über das (verfassungskonform auszulegende) deutsche Zustimmungsgesetz Gewährleistungen der deutschen Verfassung *und* das Europarecht selbst Prüfungsmaßstab: Es kommt zu einer Verdoppelung des Prüfungsmaßstabes. Das BVerfG überprüft nämlich Rechtsakte der EU am Maßstab einer „deutschen Version“ des Europarechts („Verfassungseuroparecht“). Die vorgebliche Beschränkung des Prüfungsmaßstabes auf das deutsche Recht erweist sich als Kunstgriff. Die Verfassungskonformität von Europarechtsakten hängt dabei von der Europarechtskonformität der Rechtsakte ab.

Offen bleibt in der Entscheidung hinsichtlich von Rechtsakten des EuGH, wo genau das BVerfG im Einzelfall die Grenze zwischen (erlaubter) richterlicher Rechtsfortbildung und Auslegung einerseits und (unzulässiger) Vertragserweiterung andererseits bzw. wesentlichen und unwesentlichen Änderungen der Kompetenzbestimmungen ziehen will und wie diese im Einzelfall zu bestimmen ist.¹¹⁸

Rechtsfolge einer beanstandenden Prüfung von europäischen Rechtsakten wäre die fehlende Bindungswirkung von ausbrechenden Rechtsakten in Deutschland. Der Vorrang des Europarechts steht damit unter einem grundgesetzlichen Kompetenzmäßigkeitsvorbehalt, über den das BVerfG wacht.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das Maastricht-Urteil in der Kontinuität der vorherigen Rechtsprechung des BVerfG zum Grundrechtsschutz steht, soweit es einen verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt formuliert und damit das Vorrangprinzip relativiert. Auffällig ist im Vergleich zu den vorhergehenden Entscheidungen der offensive Grundton der Entscheidung.¹¹⁹

Zu betonen ist allerdings ein grundlegender Unterschied zwischen der Grundrechtsdimension (Solange II) und der Kompetenzdimension (Maastricht). Der Fehlervorwurf an die europäische Ebene reicht bei der Kompetenzdimension über das Verhältnis deutsche Verfassungsordnung – europäische Rechtsordnung hinaus, weil die Kategorien „ausbrechender Rechtsakt“ und „grundgesetzgrundrechtsverletzender Rechtsakt“ verschieden sind: Der Ausfall einer bestimmten Grundrechtsgewährleistung seitens des EuGH kann sich schon aus prozeduralen Gründen ergeben oder aus einer auf europäischer Ebene abweichenden Schutzbereichsbestimmung für ein konkretes Grundrecht folgen, so dass die Formel des BVerfG vom Kooperationsverhältnis zwischen¹²⁰ BVerfG und EuGH im Sinne einer Reservegewährleistung

¹¹⁷ Merkwürdigerweise verwendet das BVerfG dieses Konzept des Integrationsprogramms auch im Kontext des NATO-Vertrages, BVerfGE 104, 151 – NATO-Strategiekonzept; siehe M. Rau, NATO's New Strategic Concept, GYIL 44 (2001), S. 545 (570).

¹¹⁸ Vgl. M. Zuleeg, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, S. 1 (3); C. Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, S. 489 (494).

¹¹⁹ In diesem Sinne auch U. Everling, BVerfG und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: GS Grabitz, 1995, S. 72.

¹²⁰ In der Entscheidung heißt es allerdings „Kooperationsverhältnis zum EuGH“, BVerfGE 89, 155 (175 und Ls. 7) – Maastricht.

gemäß der Solange II-Rechtsprechung hier nachvollziehbar ist. Die prinzipielle Aufrechterhaltung des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes beinhaltet nicht zwangsläufig einen Fehlervorwurf an die europäische Ebene und weist über das Verhältnis zwischen deutscher und europäischer Rechtsordnung nicht hinaus. Anders die Konzeption des ausbrechenden Rechtsaktes: Bei der Frage der Einhaltung sachlicher Kompetenzschränken ist kein Raum für ein Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH.¹²¹ Durch die Feststellung eines ausbrechenden Rechtsaktes würde das BVerfG stets zum Ausdruck bringen, dass es eine Fehlentwicklung korrigiert und damit einen entsprechenden impliziten, konfrontativen Fehlervorwurf an die Gemeinschaft und insbesondere den EuGH richten. Der Vorwurf eines kompetenzwidrigen Rechtsaktes betrifft zudem auch Geltung bzw. Anwendbarkeit des Europarechts in den anderen Mitgliedstaaten.

Durch die verschärften Vorgaben an vom EuGH entwickelte Auslegungsprinzipien wird dessen Spielraum erheblich begrenzt. Insbesondere reichen diese Vorgaben über den EUV, den Gegenstand des Maastricht-Urteils, hinaus.¹²² Letztlich wird hier die richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH angegriffen.¹²³

Über die (implizite) Annahme einer Überwachungspflicht des EuGH hinsichtlich der Einhaltung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf der europäischen Ebene werden schwierige Abwägungsentscheidungen des EuGH ebenso wie die richterliche Rechtsfortbildung auf europäischer Ebene durch das BVerfG überprüfbar.¹²⁴

Die unmittelbaren Auswirkungen des Urteils sind überschaubar geblieben. Immerhin hat mindestens ein Gericht, das FG Rheinland-Pfalz,¹²⁵ bereits einmal einen ausbrechenden Rechtsakt der Gemeinschaft festgestellt. Andere Gerichte (BGH, OVG Münster, BFH und auch VG Frankfurt¹²⁶) haben mit großer Selbstverständlichkeit das Vorliegen eines ausbrechenden Rechtsaktes geprüft, wenn auch im konkreten Fall jeweils verneint, wobei unterschiedlich weit reichende Verständnisse des „ausbrechenden Rechtsaktes“ deutlich geworden sind, die sich teilweise in Richtung einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle von Europarechtsakten bewegen.

Im Schrifttum ist die Figur des ausbrechenden Rechtsaktes zwar Gegenstand heftiger Kritik gewesen,¹²⁷ sie hat jedoch auch durchaus positive Aufnahme gefun-

¹²¹ Anders R. Scholz, Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht, DÖV 1998, S. 261 (267); der Sache nach stellt Scholz jedoch ein Konkurrenzverhältnis der Kompetenzprüfungskompetenzen von EuGH und BVerfG fest.

¹²² Vgl. Zuleeg (Fn. 118), S. 7.

¹²³ Dazu U. Everling, Richterliche Rechtfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217 (227).

¹²⁴ Winkelmann (Fn. 114), S. 52.

¹²⁵ FG Rheinland-Pfalz, EFG 1995, 378; siehe auch BFHE 180, 231 (236).

¹²⁶ Siehe die Nachweise bei Mayer (Fn. 4), S. 120 ff.

¹²⁷ J. A. Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, S. 806 (807 f.). Es fällt auf, mit welcher Schärfe zum Teil die Auseinandersetzung im deutschsprachigen Schrifttum geführt wurde: siehe zunächst den Bericht Sprengkraft der Banane, Focus 7/1999 v. 13.02.1999, S. 11; darauf U. Everling, Richterliche Unbefangenheit?, EuZW 1999, S. 225, sowie die Replik von P. Kirchhof, Der Weg Europas ist der Dialog, EuZW 1999, S. 353.

den und ist dabei insbesondere als Argumentationsstütze gegen vorgebliche „ausbrechende Rechtsakte“ der Gemeinschaft bzw. des EuGH (Entscheidungen in den Rechtssachen Süderdithmarschen, Alcan und Kreil) verwendet worden.¹²⁸ BVerwG und BVerfG sind jedenfalls im Alcan-Verfahren dem Argument, wonach das Alcan-Urteil des EuGH unwirksam und unbeachtlich sei, nicht gefolgt.¹²⁹

Fragen lässt sich allerdings, welcher Kompetenzbegriff den genannten Vorwürfen der Kompetenzüberschreitung in den Entscheidungen Süderdithmarschen und Alcan zugrunde gelegt wird. Das Argument der fehlenden Sachkompetenz suggeriert unzutreffend, dass durch die fraglichen EuGH-Urteile die europäische Ebene einen Sachbereich (Prozessrecht, Verwaltungsverfahren) umfassend regelt, für den sie sachlich nicht zuständig ist – in Alcan geht es dabei schlicht um die Durchsetzung der Beihilfenkontrolle. Weiter lässt sich fragen, inwieweit das Maastricht-Urteil die erwähnten Argumentationen zu „ausbrechenden Rechtsakten“ deckt. Die Formulierung des Konzeptes vom ausbrechenden Rechtsakt im Maastricht-Urteil deutet darauf hin, dass das BVerfG den sachlich ausbrechenden Rechtsakt im Sinne einer Ebenenkompetenz und nicht die Frage der Organkompetenz oder gar der allgemeinen Rechtmäßigkeit von Europarecht im Blick hat.

(3) Zusammenfassung: Das BVerfG auf der Brücke

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich für das BVerfG trotz Anerkennung der Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung die Verbindung zwischen Europarecht und nationalem Recht stets über Art. 24 GG bzw. heute Art. 23 GG und das entsprechende Zustimmungsgesetz ergibt – die Mitgliedstaaten bleiben „Herren der Verträge“.¹³⁰ Dies bedeutet im Ergebnis eine sehr weitreichende mittelbare Kontrolle des Europarechts am Maßstab des GG. Die vorgebliche Selbstbeschränkung, wonach BVerfG und EuGH in unabhängigen Rechtskreisen judizieren, erscheint dabei als Kunstgriff, der die mittelbare Kontrolle von Europarecht über die unmittelbare Kontrolle der verfassungsrechtlichen Grenzen einer gesetzlichen Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23/24 GG letztlich nur verschleiert. Dementsprechend

¹²⁸ Für eine Verwendung der Argumentationsfigur „ausbrechender Rechtsakt“ siehe etwa Sondergutachten 28 der Monopolkommission, Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union, 1999, Rn. 72 (gegen einen Systemwechsel zu einem System der gesetzlichen Ausnahme im europäischen Wettbewerbsrecht); dazu W. Möschel, Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht, JZ 2000, S. 61 (62) m.w.N.; Scholz (Fn. 121) (gegen die Alcan-Entscheidung), S. 267; ders., in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz (Stand: Juni 2007), Art. 12a, Rn. 189 ff. (gegen die Kreil-Entscheidung); F. Schoch, in: ders. u.a., VwGO (Stand: Jan. 2008), § 80, Rn. 270 ff. (gegen die Süderdithmarschen-Entscheidung); Auch die Mangold-Entscheidung des EuGH von 2005 (Rs. C-144/04, Mangold, Slg. 2005, I-9981) wurde 2007 als ausbrechender Rechtsakt vor dem BVerfG angegriffen, 2 BvR 2661/06 – Honeywell (anhängig).

¹²⁹ BVerwG, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 1998, S. 503 – Alcan; BVerfG, EuZW 2000, S. 445 – Alcan. Das BVerfG hat weder die Bananenmarktordnung (BVerfGE 102, 147) noch die Rundfunkrichtlinie BVerfGE 92, 203 für *ultra vires* erklären wollen.

¹³⁰ BVerfGE 75, 223 – Kloppenburg.

setzt das BVerfG dem europarechtlichen Vorrangprinzip verfassungsrechtliche Grenzen. Aus den verfassungsrechtlichen Grenzen folgt die Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts. In der Görgülü-Entscheidung zum Rang der EMRK in Deutschland hat das BVerfG 2004 nebenbei auch für das Recht der EU den eigentlichen Hintergrund seiner Argumentation enthüllt und von einem „Souveränitätsvorbehalt“ gesprochen.¹³¹ Die nüchtern distanzierte Haltung zur europäischen Integration, die sich nicht zuletzt in der latenten, mehr oder weniger abgestuften Gleichsetzung des Europarechts mit sonstigem Völkerrecht äußert, ist selbst im BVerfG nicht ohne Widerspruch geblieben.¹³²

Das BVerfG hat die Beanspruchung einer eigenen Entscheidungskompetenz über den verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt einer Kontrolle zu keinem Zeitpunkt grundsätzlich aufgegeben. Es hat seine „Eingriffsschwelle“ lediglich variiert, wie insbesondere die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hinsichtlich der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle zwischen Solange I und Solange II illustriert. Allein das Minderheitsvotum in der Solange I-Entscheidung lässt die Bereitschaft erkennen, einen solchen verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt völlig aufzugeben.

Schließlich ist der Unterschied zwischen der Grundrechtsdimension und der Kompetenzdimension zu betonen, weil die Kategorien „ausbrechender Rechtsakt“ und „grundrechtsverletzender Rechtsakt“ verschieden sind.

bb) Die anderen Obergerichte der EU 15¹³³

Beanspruchungen von Letztentscheidungskompetenzen über die Rechtmäßigkeit von Europarecht finden sich in Italien (Corte Costituzionale in den Entscheidungen Frontini¹³⁴ und Fragd¹³⁵); Irland (Supreme Court-Rechtsprechung zur Schwangerschaftsunterbrechung¹³⁶); Dänemark (Højesteret-Entscheidung Rasmussen 1998¹³⁷); Griechenland (Staatsrat-Entscheidung DI.K.A.T.S.A. 1998¹³⁸); Spanien (Tribunal Constitucional im Maastricht-Gutachten 1992¹³⁹) sowie Frankreich (Conseil constitutionnel-Entscheidung zum Droit de l'auteur 2006 und Conseil d'Etat-Entscheidung Arcelor 2007¹⁴⁰).

¹³¹ BVerfGE 111, 307 (319) – Görgülü.

¹³² Siehe dazu das Sondervotum des Richters M. Gerhardt in BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl, der der Mehrheit des Senats vorwirft, dass sie sich „einer konstruktiven Mitarbeit an europäischen Lösungen verweigert“.

¹³³ Zur Rechtsprechung dieser Gerichte im einzelnen Mayer (Fn. 4), S. 143–271.

¹³⁴ Entscheidung Nr. 183/73 – Frontini, Foro italiano, 1974, I, 314.

¹³⁵ Entscheidung Nr. 232/89 – Fragd, Foro italiano, 1990, I, 1855.

¹³⁶ SC SPUC (Ireland) Ltd. v Grogan, [1989] IR 753.

¹³⁷ Højesteret Entscheidung v. 6.04.1998, Carlsen u.a./Rasmussen, I 361/1997, UfR 1998, S. 800; eine deutsche Übersetzung findet sich in EuGRZ 1999, S. 49.

¹³⁸ Staatsrat Nr. 3457/98, Katsarou/DI.K.A.T.S.A.; siehe dazu auch das Gutachten Staatsrat 194/2000.

¹³⁹ TC Erklärung 108/1992 v. 1.07.1992 – Maastricht-Gutachten, RIE 1992, S. 633.

¹⁴⁰ CC 27.06.2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Rec. S. 88; CE Nr. 287110 Ass. 8.02.2007, Arcelor (dazu Mayer u.a., Fn. 42); siehe auch CE 30.10.1998, Sarran, Revue française de droit administratif 14 (1998), S. 1081; Cass. 2.06.2000, Fraisse; CE 3.12.2001, SNIP sowie CE Cohn-Bendit, Fn. 15.

Rechtsprechungsansätze, die sich in diese Richtung weiterentwickeln lassen können, bestehen in Belgien (Cour d'arbitrage-Rechtsprechung zu völkerrechtlichen Verträgen¹⁴¹). Anhaltspunkte außerhalb von Gerichtsentscheidungen, die die Beanspruchung einer Letztentscheidungskompetenz über Europarecht durch mitgliedstaatliche Gerichte zumindest möglich erscheinen lassen, bestehen in Schweden (Stellungnahme der obersten Gerichte zu beitriffsbedingten Verfassungsänderungen¹⁴²) und in Österreich (Erläuterungen der Regierung zum Beitritt¹⁴³).

Bisher nicht weiter aktualisierte verfassungsrechtliche Möglichkeiten zur Überprüfung des Europarechts am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts bestehen in Portugal (verfassungsrechtliche Integrationsschranken¹⁴⁴). Wegen des Vorrangs parlamentarischer Entscheidung kann der grundsätzlich bestehende verfassungsrechtliche Kontrollvorbehalt durch Gerichte in Großbritannien kaum eigenständig aktualisiert werden.¹⁴⁵

Sowohl von den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen her als auch nach der allgemeinen Tendenz der Rechtsprechung zum Verhältnis Europarecht – nationales Recht ist eine Beanspruchung von Letztentscheidungskompetenzen im oben beschriebenen Sinne nahezu ausgeschlossen in Luxemburg (keine Prüfung des Europarechts durch Gerichte möglich, zudem europafreundliche Haltung der Gerichte) und den Niederlanden (Ausschluss gerichtlicher Kontrolle von internationalen Verpflichtungen und unbedingter Vorrang von internationalen Verpflichtungen auch gegenüber der Verfassung). Auch in Finnland (keine Prüfung des Europarechts durch Gerichte möglich) ist wegen der Verfassungslage eine Beanspruchung von Letztentscheidungskompetenzen über Europarecht durch finnische Gerichte nicht zu erwarten.

Die Letztentscheidungskompetenz wird in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten, in denen eine solche Kompetenz beansprucht oder auch nur diskutiert wird, verfassungsrechtlich begründet. Damit erstreckt sich in diesen Staaten das Prinzip des

¹⁴¹ Entscheidung 26/91 v. 16.10.1991 – Commune de Lanaken (Niederländisch-Belgisches Doppelbesteuerungsabkommen), *Journal des Tribunaux* 111 (1992), S. 6670; danach etwa Entscheidung 12/94 v. 3.02.1994, *Ecole européenne* (Schulgebühren an europäischen Schulen), MB 11.03.1994, S. 6142; Entscheidung 33/94 v. 26.04.1994 – CEDH (EMRK), MB 22.06.1994.

¹⁴² EG och grundlagarna – sammanställning av remissyttranden över betänkandet SOU 1993:14 och departementspromemorian Ds 1993:36, Ds 1993:71.

¹⁴³ Erläuterungen zur Regierungsvorlage über das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, 1546 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates der Republik Österreich, XVIII. GP.

¹⁴⁴ Art. 7 Abs. 6 der portugiesischen Verfassung; Danach kann Portugal auf der Grundlage von Gegenseitigkeit, unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips und im Hinblick auf die Verwirklichung der wirtschaftlichen und sozialen Kohäsion die gemeinsame Ausübung der für den Aufbau der EU erforderlichen Gewalten vereinbaren.

¹⁴⁵ House of Lords, *Factortame Ltd. v Secretary of State*, [1991] 1 AC 603; siehe aber auch House of Lords, *Macarthy Ltd. v Smith* (No. 1), [1979] 1 All ER 325 (329); siehe auch den Fall der „metric martyrs“, High Court QBD, *Thoburn v Sunderland City Council et al.*, [2002] 4 All ER 156; siehe dazu auch Bamforth (Fn. 95), S. 277.

Anwendungsvorrangs von Europarecht gegenüber nationalem Recht nicht ohne weiteres auch auf die Verfassung. Aus dem Rahmen fallen die Niederlande, wo nicht nur die gerichtliche Prüfung von Europarecht mangels entsprechender gerichtlicher Kompetenzen, sondern auch jede Verfassungsbindung von Europarechtsakten ausgeschlossen ist, da die niederländische Verfassungsordnung den Vorrang des Europarechts vorbehaltlos anerkennt.

Ein Zusammenhang zwischen der gerichtlichen Feststellung von kompetenzüberschreitenden Gemeinschaftsrechtsakten und der Verletzung eines qualifizierten Kernbestandes der Verfassung wird hergestellt in Deutschland (Demokratieprinzip¹⁴⁶), Italien (als Gegenbeschränkungen gekennzeichnete Grundprinzipien der Verfassung, *controlimiti*¹⁴⁷) und Spanien. Die Rechtsprechung des Højesteret in Dänemark deutet auf die hervorgehobene Stellung von Verfassungsbestimmungen über Freiheitsgewährleistungen und die staatliche Unabhängigkeit hin. Der französische Verfassungsrat nennt neuerdings ausdrücklich die Verfassungsidentität Frankreichs als Schranke für das Europarecht.¹⁴⁸

Als spezifisches Gefährdungspotenzial für die einheitliche Auslegung des Europarechts lässt sich in der Rechtsprechung der obersten nationalen Gerichte das Phänomen der Auslegung des Europarechts aus der Sicht der nationalen Verfassung ausmachen, wobei gleichsam eine Parallelversion des Europarechts entsteht („Verfassungseuroparecht“). Eine Kompetenz zur eigenständigen, verfassungskonformen Parallelauslegung von Europarecht (Verdoppelung des Prüfungsmaßstabes) beanspruchen neben dem BVerfG in Deutschland (s.o.) die Corte Costituzionale in Italien (Frontini-Entscheidung¹⁴⁹), der Supreme Court in Irland (u.a. Entscheidung *Campus Oil*¹⁵⁰) und der Højesteret in Dänemark (Entscheidung *Carlsen/Rasmussen*¹⁵¹) sowie neuerdings auch Conseil constitutionnel und Conseil d’Etat in Frankreich (s.o.).

Zusammenfassend lässt sich eine bestimmte Tendenz in der Rechtsprechung einer nicht unerheblichen Anzahl von Mitgliedstaaten ausmachen. Diese Tendenz ist gekennzeichnet durch die Betonung vorrangfester Verfassungsbestände, die Beschränkung des europarechtlichen Vorrangprinzips durch den mitgliedstaatlichen Verfassungsrahmen und die eigenständige Auslegung von Europarecht durch mitgliedstaatliche Gerichte, was zu von der Auslegung des EuGH abweichenden Ergebnissen führen kann (Parallelauslegung, „Verfassungseuroparecht“).¹⁵² Insoweit

¹⁴⁶ BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

¹⁴⁷ M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, 1995, S. 8 und S. 95 ff.; siehe zu den *controlimiti* die Entscheidung des italienischen Consiglio di Stato 4207/05 v. 19.04.2005, *Admenta/Federfarma*, C.M.L.R. 2/2006, S. 1177.

¹⁴⁸ CC 27.06.2006, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, Rec. S. 88; dazu Mayer u.a. (Fn. 42).

¹⁴⁹ Siehe oben Fn. 134.

¹⁵⁰ *SC Campus Oil v Minister for Industry and Energy*, [1983] IR 82, hier ist der SC „plus communautaire que les Communautés“ (D. R. Phelan/A. Whelan, Irland, in: 17. FIDE Kongress, Bd. I, 1996, S. 292 (302)).

¹⁵¹ Siehe oben Fn. 137.

¹⁵² Siehe aber O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, 2001, S. 857 ff., der die nationalen Gerichte gerade mit gemeinschaftsrechtlicher Zuständigkeit ausstatten will.

bestätigt sich die Einschätzung von *Ulrich Everling* über ein auf Ebene der Mitgliedstaaten bestehendes „Konfliktpotential“.¹⁵³

cc) Die Obergerichte in den jüngsten Mitgliedstaaten der EU 27 und der Beitrittskandidaten

In den Jahren 2004 bis 2007 hat sich die EU um insgesamt 12 neue Mitgliedstaaten aus Mittel- und Osteuropa erweitert sowie Beitrittsverhandlungen mit der Türkei und Kroatien eröffnet. Auch für diese Staaten stellt sich die Frage nach Rolle und Funktion ihrer obersten Gerichte im Verhältnis zum EuGH.¹⁵⁴

In *Polen* entscheidet nach Art. 188 der polnischen Verfassung von 1997 der Verfassungsgerichtshof u.a. über die Vereinbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen mit der Verfassung, wobei die Verfassung über den internationalen Verpflichtungen steht (Art. 90). Als der Verfassungsgerichtshof 2005 das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl für unvereinbar mit Art. 55 der polnischen Verfassung befand,¹⁵⁵ wurde die Vorrangfrage nicht offen angesprochen. Nur wenige Tage später erklärte er indessen in seiner Entscheidung zur Vereinbarkeit des Beitrittsvertrags mit der polnischen Verfassung, dass es die polnische Verfassung sei, die in Polen gegenüber allem anderen Recht Anwendungs- und Geltungsvorrang genieße.¹⁵⁶

In *Ungarn* hat sich das Verfassungsgericht bereits früh ausdrücklich auf das Maastricht-Urteil des deutschen BVerfG bezogen. Nach dem Beitritt erklärte das Gericht ein ungarisches Gesetz über die Bevorratung landwirtschaftlicher Überschussproduktion für nichtig,¹⁵⁷ obwohl es sich um die explizite Umsetzung einer EG-Verordnung handelte und es Möglichkeiten gegeben hätte, eine solch direkte Konfrontation zwischen Europarecht und ungarischem Recht zu vermeiden.¹⁵⁸

In der *Tschechischen Republik* bestimmt Art. 1 Abs. 2 der Verfassung, dass die Tschechische Republik ihre völkerrechtlichen Pflichten zu beachten hat. Nach Art. 10 besteht ein Vorrang von Völkerrecht vor Gesetzesrecht, nicht allerdings vor Verfassungsrecht. In seiner Entscheidung vom 8. März 2006 bezog sich das Gericht u.a. ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BVerfG (Solange II) und der italienischen Corte Costituzionale. Die Tschechische Republik habe – wie dies Art. 10a

¹⁵³ Everling (Fn. 119), S. 68; siehe auch R. Streinz, Verfassungsvorbehalte gegenüber Gemeinschaftsrecht, in: FS Steinberger (Fn. 112), S. 1437.

¹⁵⁴ Siehe zum folgenden Überblick die Beiträge in: A. E. Kellermann u.a. (Hrsg.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, 2001, von J. Justynski (Polen), S. 279 (283 ff.); A. Harmathy (Ungarn), S. 315 (325); V. Balaš (Tschechien), S. 267 (273 ff.); T. Kerikmäe (Estland), S. 291 (299 f.); V. Vadapalas (Litauen), S. 347 (349 f.); P. Vehar (Slowenien) S. 369 (371 f.); P. G. Xuereb (Malta), S. 229 (239 ff.); N. Emiliou (Zypern), S. 243 (246 ff.); V. Kunová (Slowakei), S. 327 (335); E. Tanchev (Bulgarien), S. 301 (306); A. Ciobanu-Dordea (Rumänien), S. 311 (312); M. Soysal (Türkei), S. 259 (262 ff.).

¹⁵⁵ Entscheidung P 1/05 v. 27.04.2005.

¹⁵⁶ Entscheidung K 18/04 v. 11.05.2005.

¹⁵⁷ Entscheidung 17/2004 (V.25.) AB, unter www.mkab.hu/content/en/en3/03780404.htm (10.07.2008).

¹⁵⁸ Dazu A. Sajó, *Learning Co-operative Constitutionalism the Hard Way*, ZSE 3 (2004), S. 351.

der tschechischen Verfassung gestattet – Hoheitsrechte auf die EU übertragen. Diese Kompetenzübertragung sei jedoch nicht unbedingt erfolgt, sondern könne nur so lange Bestand haben, wie die EU diese Kompetenzen in einer Weise ausübe, die die Souveränität der tschechischen Republik nicht in Frage stelle und nicht die Grundfesten des Rechtsstaats bedrohe.¹⁵⁹ In seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon im November 2008 hat das Gericht diese Linie bestätigt.¹⁶⁰ Das Gericht tarift hier die Integrationsklausel (Art. 10a) mit der Ewigkeitsklausel (Art. 9 Abs. 2) und dem Souveränitätsartikel (Art. 1) aus.

Das Oberste Gericht von *Estland* hatte bereits in seiner Rechtsprechung zum Assoziierungsabkommen mit der EU die Bereitschaft erkennen lassen, Verfassungsauslegung und europarechtliche Verpflichtungen in Übereinstimmung zu bringen.¹⁶¹ In seiner Hadleri-Entscheidung aus dem Jahre 2006 vermied es dann folgerichtig die Kontrolle eines estnischen Umsetzungsgesetzes anhand der Verfassung, indem es als Kontrollmaßstab allein das Europarecht heranzog, auf Grund dessen es das Gesetz für unanwendbar erklärte.¹⁶² Die Debatte um die 2006 nachgeholte Änderung der Verfassung, die eigentlich schon zum Beitritt hätte erfolgen sollen, bot dem Gericht die Möglichkeit einer grundsätzlichen Positionsbestimmung. In seiner Stellungnahme vom 11. Mai 2006 postulierte es einen nahezu bedingungslosen Vorrang des Europarechts. Die Teile der Verfassung, die im Widerspruch zu Europarecht stünden, müssten unangewendet bleiben.¹⁶³

In *Lettland* besteht erst seit 1996 ein Verfassungsgericht. Ein Gesetz über die Internationalen Abkommen Lettlands von 1994 sieht den Vorrang von internationalen Abkommen vor dem nationalen Gesetzesrecht, nicht aber gegenüber der Verfassung vor. Auch das lettische Verfassungsgericht scheint jedoch um eine integrationsfreundliche Linie bemüht zu sein.¹⁶⁴

In *Litauen* wird die Verfassung durch den Verfassungszusatz zur Mitgliedschaft Litauens in der EU ergänzt, der zwar den Vorrang des Europarechts vor einfachem Gesetzesrecht, nicht aber vor Verfassungsrecht vorsieht. Das Verfassungsgericht hielt sich in seiner grundlegenden Entscheidung zur Vorrangfrage vom 14. März 2006¹⁶⁵ an diesen Wortlaut und hat diese Linie in der Folge beibehalten.¹⁶⁶

Auch in *Slowenien* steht die Verfassung über den internationalen Verpflichtungen, das slowenische Verfassungsgericht hat dies in verschiedenen Entscheidungen

¹⁵⁹ Entscheidung Pl. ÚS 50/04 v. 8.03.2006 (Zuckerquoten); siehe auch Pl. ÚS 66/04 v. 3.05.2006 (Europäischer Haftbefehl), C.M.L.R. 3/2007, S. 592.

¹⁶⁰ Entscheidung Pl. ÚS 19/08 v. 26.11.2008 (Vertrag von Lissabon).

¹⁶¹ Entscheidung Nr. 3-4-1-11-03 v. 24.09.2003, Vilu and Estonian Voters Union; Entscheidung Nr. 3-4-1-12-03 v. 29.09.2003, Kulbok.

¹⁶² Entscheidung Nr. 3-3-1-33-06 v. 5.10.2006, Hadleri Toidulisandite AS.

¹⁶³ Stellungnahme Nr. 3-4-1-3-06 v. 11.05.2006.

¹⁶⁴ Entscheidungen 119–123/2003.

¹⁶⁵ Entscheidung Nr. 13/2000-14/2000-20/2000-21/2000-22/2000-25/2000-31/2000-35/2000-39/2000-8/01-31/01 v. 14.03.2006.

¹⁶⁶ Entscheidungen 30/03 v. 21.12.2006 und 47/04 v. 8.05.2007.

bekräftigt.¹⁶⁷ Die Integrationsklausel des Art. 3a der slowenischen Verfassung regelt die Vorrangfrage darüber hinaus nicht.

Für *Malta* stellen sich für das dortige Verfassungsgericht Fragen im Hinblick auf das Verhältnis zur EMRK.

In *Zypern* stehen völkerrechtliche Verträge nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichts über dem Gesetzesrecht, aber unterhalb der Verfassung. Die zypriotische Verfassung löst in Art. 148 Abs. 2 die Vorrangfrage zugunsten des Europarechts, erwähnt dabei jedoch nicht das Verfassungsrecht. Das Oberste Gericht erkennt den Vorrang des Europarechts vor Gesetzesrecht an. Der Entscheidung über die Frage nach dem Vorrang gegenüber Verfassungsrecht konnte das Gericht in seinem Urteil zur Umsetzung des Europäischen Haftbefehls – ganz ähnlich wie die Gerichte in Polen und Deutschland, s.o. – unter Hinweis darauf, dass es lediglich nationales Recht überprüfe, das zudem nur einen Rahmenbeschluss der dritten Säule der EU umsetze, ausweichen. Dabei bezog es sich ausdrücklich auf die einschlägigen Entscheidungen in Deutschland, Polen, Griechenland und Frankreich.¹⁶⁸ Insgesamt dürfte das Gericht der europäischen Integration aufgeschlossen gegenüberstehen.¹⁶⁹

In der *Slowakei* besteht nach einer Verfassungsänderung von Februar 2001 zwar eine umfangreiche Integrationsklausel (Art. 7), die den Vorrang des Europarechts vor den einheimischen Gesetzen anordnet. Ob das dortige Verfassungsgericht damit auch einen Vorrang vor der Verfassung annehmen würde, ist offen. Immerhin setzte das Gericht Anfang 2006 das Ratifikationsverfahren zum Verfassungsvertrag bis zur weiteren verfassungsgerichtlichen Prüfung aus.¹⁷⁰

In *Bulgarien* misst die Verfassung von 1991 internationalen Abkommen einen Rang über den Gesetzen, aber unterhalb der Verfassung zu,¹⁷¹ wodurch auch das bulgarische Verfassungsgericht gebunden sein dürfte.

Für *Rumänien* bzw. für das rumänische Verfassungsgericht ist nach einer umfassenden Verfassungsänderung seit 2003 die Verfassungsgrundlage eindeutiger geworden. Ein neuer Titel VI regelt nun die Übertragung von Hoheitsrechten sowie die Fragen um die unmittelbare Anwendbarkeit und den Vorrang – zumindest vor Gesetzesrecht – des Europarechts.

In der *Türkei* wird für das türkische Verfassungsgericht und den Fall eines EU-Beitritts ausdrücklich eine Orientierung an der Solange I und II-Rechtsprechung

¹⁶⁷ Vgl. dazu Entscheidung Rm-1/97, S. 7.

¹⁶⁸ Vgl. Entscheidung Nr. 133(1)/04 v. 7.11.2005, englische Zusammenfassung unter www.supremecourt.gov.cy; siehe ferner aus der Fülle von Stimmen zum Europäischen Haftbefehl BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl; Polnischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung K 18/04 v. 11.05.2005; Griechisches Oberstes Gericht, Entscheidung 504/2005; Französischer Conseil d'Etat, CE 368282 v. 26.09.2002.

¹⁶⁹ Siehe den Vortrag von C. Artemides, Supreme Court of Cyprus, in: A. Mavi (Hrsg.), *The Position of Constitutional Courts Following Integration into the European Union* (2005), S. 159, auch unter www.us-rs.si/media/zbornik.pdf (7.01.2009).

¹⁷⁰ Entscheidung v. 18.01.2006 – Dostal u.a.

¹⁷¹ Art. 5 Abs. 4 der bulgarischen Verfassung.

des BVerfG und den Entscheidungen Frontini und Fragd der italienischen Corte Costituzionale angenommen.

Der summarische Überblick ergibt, dass fast alle Neumitgliedstaaten wie auch die Türkei und Kroatien über ein Verfassungsgericht verfügen und dass ein Vorrang von Europarecht vor der Verfassung sich vielfach nicht mit der geltenden Verfassung vereinbaren lässt. Teilweise bemühen sich die nationalen Verfassungshüter um pragmatische Lösungen.¹⁷² Es zeichnet sich allerdings ab, dass auch für die meisten Obergerichte der jüngsten Mitgliedstaaten nicht von einer bedingungslosen Anerkennung des Letztentscheidungsanspruchs des EuGH ausgegangen werden kann. Am deutlichsten wird dies in der von Aussage und Stil her besonders drastischen Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichtshofs zum Beitrittsvertrag von Mai 2005.¹⁷³

3. Zwischenergebnis

Das Verhältnis zwischen EuGH und nationalen obersten Gerichten ist nicht von offenen Konflikten geprägt. Fehlende Bereitschaft, im Wege des Vorlageverfahrens in einen Dialog mit dem EuGH zu treten, indiziert, in welchem Maße nationale Gerichte bereit sind, auf einer eigenen Position gegenüber dem EuGH zu beharren. Hier fallen das deutsche BVerfG und der spanische Tribunal Constitucional, aber auch Gerichte aus jüngeren Mitgliedstaaten wie der ungarische Alkotmánybíróság auf.

Unterhalb der Schwelle offener Konflikte lassen sich Tendenzen in der Rechtsprechung der obersten Gerichte der Mitgliedstaaten ausmachen, die als Reibungsphänomene beschrieben werden können. Dazu gehört die Betonung vorrangfester Verfassungsbestände (Grundrechte, Grundprinzipien, nationale Verfassungsidentität) sowie die eigenständige Auslegung von Europarecht durch mitgliedstaatliche Gerichte (Kompetenzfragen), die zu von der Auslegung des EuGH abweichenden Ergebnissen führen kann (Parallelauslegung, „Verfassungseuroparecht“).¹⁷⁴

Als Tendenz lässt sich weiter ausmachen, dass bei Bestehen eigenständiger Verfassungsgerichte regelmäßig auch Grenzen des Europarechts in besonderem Maße problematisiert werden (Deutschland, Italien, Spanien, wohl auch Polen). Umgekehrt erscheint aus der Perspektive des Europarechts das Fehlen eines zentralen mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichts, das als Hüter der (nationalen) Verfassung zumindest den Kern der Verfassung gegen das Europarecht verteidigt, von Vor-

¹⁷² Vgl. A. Albi, *Supremacy of EC Law in the New Member States*, *European Constitutional Law Rev.* 3 (2007), S. 25 (28 f.).

¹⁷³ Siehe Fn. 156.

¹⁷⁴ Es fällt auf, dass die hier analysierten Äußerungen von nationalen Gerichten recht häufig jenseits konkreter zu entscheidender Rechtsfragen fielen (obiter dicta, Gutachtenverfahren). Eine naheliegende Deutung ist dazu, dass die Gerichte Signale aussenden wollten, die jedenfalls auch an den EuGH gerichtet waren; siehe dazu Alter (Fn. 68), S. 118, unter Bezugnahme auf E. Blankenburg.

teil.¹⁷⁵ Folgerichtig ist aus Mitgliedstaatsicht daher der Trend zum Verfassungsgericht in alten (siehe etwa Belgien) wie auch fast allen neuen Mitgliedstaaten. Das Fehlen eines eigenständigen Verfassungsgerichts schließt aber die Beanspruchung von Letztentscheidungskompetenzen letztlich nicht aus, wie etwa das dänische Beispiel belegt.

II. Analyse und theoretische Einordnung

Auch wenn die Reibungsphänomene im Verhältnis zwischen EuGH und nationalen obersten Gerichten bisher unterhalb der Schwelle offener Konflikte liegen, lässt sich doch über Möglichkeiten zur Auflösung dieser Phänomene (1.) oder ihrer theoretischen Einordnung (2.) nachdenken.

1. Möglichkeiten zur rechtlichen Gestaltung der Letztentscheidungsfrage

Es lässt sich der Versuch unternehmen, ein rechtliches Instrumentarium zusammenzustellen, mit dessen Hilfe der gerichtliche Konflikt um die Letztentscheidungszuständigkeit durch Einwirkung auf den rechtlich determinierten Kontext oder die rechtliche Determinierung der Gerichte in einen geordneteren Umgang überführt, in diesem Sinne rationalisiert und gelöst werden kann.¹⁷⁶

Ein Beispiel dafür, wie Gegensätze zwischen europäischer und nationaler Rechtsordnung um die Letztentscheidung über Europarecht durch Änderungen von (im weitesten Sinne) Kompetenzbestimmungen bzw. den Maßstäben des erkennenden Gerichts entschärft werden können, findet sich auf europäischer Ebene bereits mit der „irischen Lösung“, wo auf der Ebene des Primärrechts (Protokoll) verankert wurde, dass das Europarecht nicht die Anwendung bestimmter irischer Verfassungsbestimmungen zur Schwangerschaftsunterbrechung berührt. Um einen ähnlichen Versuch der Kompetenzbegrenzung handelt es sich bei den so genannten Opt-outs Großbritanniens und Polens bezüglich der Grundrechte-Charta im Vertrag von Lissabon von 2007. Dabei ist zu differenzieren: Die Lösung eines aktuellen oder potenziellen Konfliktes lässt sich im Sinne der irischen Lösung für einzelne konkrete Sachbereiche bewerkstelligen. Im Hinblick auf die Letztzuständigkeit für Kompetenzüberschreitungen im engeren Sinne (Sachkompetenzüberschreitungen) können konkurrierende gerichtliche Ansprüche jedoch durch noch so detaillierte materielle Kompetenzbestimmungen alleine kaum ausgeschlossen werden. Die einfachste Erklärung für die begrenzte Problemlösungskapazität von Kompetenzformulierungen ist dabei, dass sich Auslegungsspielräume bei Rechtsregeln nie völlig ausschließen lassen.

¹⁷⁵ Ähnlich M. Claes/B. de Witte, Report on the Netherlands, in: A.-M. Slaughter u.a (Hrsg.), *Constitutional Courts in the Member States of the European Union* (1995), S. 190.

¹⁷⁶ Ausführlicher dazu F. C. Mayer, *The European Constitution and the Courts*, Jean Monnet Working Paper Nr. 9 (2003), unter www.jeanmonnetprogram.org.

Denkbar ist ferner der Ansatz auf institutioneller Ebene durch Schaffung einer gerichtsförmigen oder politischen Kompetenzkontrolle. Die Errichtung eines Kompetenzgerichtes¹⁷⁷ ist für die EU immer wieder vorgeschlagen worden,¹⁷⁸ in jüngerer Zeit auch von Richtern am BVerfG (eigenes Vertragsschiedsgericht aus 15 Vertretern nationaler Gerichte und einem Vertreter des EuGH,¹⁷⁹ „gemeinsames Verfassungsgericht“ „aus dem Kreis der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte“¹⁸⁰). Andere Vorschläge richten sich in diesem Zusammenhang auf einen Europäischen Obersten Gerichtshof bzw. ein Europäisches Verfassungsgericht,¹⁸¹ einen Union Court of Review,¹⁸² einen Verfassungsrat (Constitutional Council)¹⁸³ oder ein European Conflicts Tribunal.¹⁸⁴

Als zuständige Institutionen einer politischen Kompetenzkontrolle kommen bestehende (Ministerrat, EP) und neu zu schaffende Einrichtungen wie etwa ein parlamentarischer Ausschuss¹⁸⁵ in Betracht. Entwickelt man die Idee einer „weichen“ politischen Instanz weiter, so ließe sich auch über andere Verfahren nachdenken, bei denen die konkrete Streitentscheidung zugunsten des Gedankens der Konfliktvermeidung durch Verfahren und Diskurs in den Hintergrund tritt (Berichtsverfahren, Ombudsmannverfahren).¹⁸⁶

¹⁷⁷ Die Idee ist dabei nicht neu sondern in den USA immer wieder diskutiert worden, siehe zuletzt den Vorschlag zur Errichtung eines Court of the Union von 1962, dazu im Einzelnen Mayer (Fn. 4), S. 308.

¹⁷⁸ Siehe dazu auch die Nachweise bei A. Schwartz, Kompetenzverteilung und Entscheidungsverfahren in einer Europäischen Verfassung, in: M. E. Streit/S. Voigt (Hrsg.), Europa reformieren, 1996, S. 136 f.; M. Hilf, Ungeschriebene EG-Kompetenzen im Außenwirtschaftsrecht, ZfV 1997, S. 295.

¹⁷⁹ S. Broß, Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwArch 92 (2001), S. 425.

¹⁸⁰ U. Di Fabio, Ist die Staatswerdung Europas unausweichlich?, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 2.02.2001, S. 8.

¹⁸¹ K. Friedrich, Bundesfinanzhof contra Europäischen Gerichtshof, RIW 1985, S. 794; S. Magiera, Kommentar zu T. Stein und P. Kirchhof, in: D. Merten (Hrsg.), Föderalismus und Europäische Gemeinschaften, 1990, S. 125 (127).

¹⁸² European Constitutional Group, A Proposal for a European Constitution, 1993, S. 13.

¹⁸³ J. H. H. Weiler, The European Union Belongs to its Citizens, ELRev. 22 (1997), S. 150 (155); siehe dazu auch ders./U. R. Haltern/F. C. Mayer, European Democracy and Its Critique, West European Politics 18 (1995), S. 4 (38); Weiler u.a., Certain Rectangular Problems of European Integration, 1996, S. 14; ders., In der Unterwelt der Ausschüsse, Die Zeit v. 22.10.1998, S. 9.

¹⁸⁴ P. Lindseth, Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism, Columbia Law Rev. 99 (1999), S. 628 (731 ff.).

¹⁸⁵ I. Pernice, Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, S. 866 (874, 876), schlägt einen Subsidiaritätsausschuss vor. Ähnlich J. Schwarze, Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht, DVBl. 1995, S. 1265 (1267) (verbindliche Entscheidungen treffende Einrichtung). Siehe hier auch die Beratungen in der Arbeitsgruppe I des Konvents, CONV 286/02 (unter <http://europeanconvention.eu.int>).

¹⁸⁶ Dazu im Einzelnen F. C. Mayer, Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), S. 577 (606 f.).

Mit dem EuGH besteht freilich bereits ein Kompetenzkontrolleur, der seiner Aufgabe durchaus nachkommt.¹⁸⁷ Der Vorschlag eines weiteren, umfassend zuständigen Kompetenzgerichtes zielt auf eine grundlegende Veränderung des Institutionengefüges in der EU ab. Der Vorschlag einer präventiven Kontrolle der Kompetenzen würde Rechtsakte des EuGH nicht erfassen. Ein paritätisch von nationaler und europäischer Ebene besetztes Kompetenzgremium könnte etwaige Konflikte möglicherweise auch nicht entscheiden oder unterbinden. Alle denkbaren Konfliktsituationen könnten also auch durch neue Institutionen nicht aufgefangen werden. Zudem geht es bei der Kompetenzfrage in nicht-unitarischen Systemen letztlich darum, bei allen Akteuren ein dauerhaft hohes Sensibilitätsniveau in Kompetenzangelegenheiten zu erreichen. Dies können für sich genommen weder detaillierteste Kompetenzbestimmungen noch institutionelle Arrangements leisten.¹⁸⁸ Dies spricht eher für die angesprochenen „weichen“ Verfahren (Berichte o.Ä.), die auf einen strukturell anderen, vorsichtigen Umgang mit Kompetenzen abzielen.

Immerhin würde eine (auch) mit Kompetenzfragen befasste Einrichtung, die ohne als zusätzliches Gericht ausgestaltet zu sein aus Richtern des EuGH und der nationalen Gerichte zusammengesetzt wäre, zumindest ein weiteres Forum für einen juristischen Dialog¹⁸⁹ zwischen den Gerichten der Ebenen bieten. Der juristische Dialog bzw. das ständige Gespräch zwischen den Gerichten der verschiedenen Ebenen im Wege des Verfahrens nach Art. 234 EG (Art. 267 AEUV) hat sich bereits als tragendes Element der durch den EuGH in der Vergangenheit vorangetriebenen Konstitutionalisierung der Gemeinschaftsrechtsordnung erwiesen¹⁹⁰ und dürfte auch für die Zukunft großes Konfliktlösungspotenzial aufweisen. In diesem Sinne wäre die Einrichtung eines „Gemeinsamen Senates der obersten Gerichte der Europäischen Union“ zu erwägen. Letztlich würden damit zahlreiche bereits bestehende informelle Kontakte¹⁹¹ zwischen den Gerichten lediglich einen formelleren Rahmen erhalten.

Jenseits der Errichtung neuer Institutionen können zwei in den USA für das Verhältnis zwischen Bundesgewalt und Einzelstaaten entwickelte Erklärungsversuche auch für die europäische Situation Hinweise geben. Die Theorie der *Political Safeguards of Federalism*¹⁹² betont die Sicherung von Belangen der Einzelstaaten durch Strukturmerkmale der übergreifenden Ebene, was den Gerichten eine dies-

¹⁸⁷ Siehe dazu die seinerzeitige EuGH-Richterin N. Colneric, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Kompetenzgericht, EuZW 2002, S. 709.

¹⁸⁸ Anders jedenfalls zum letztgenannten Punkt wohl A. v. Bogdandy/J. Bast, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, S. 441 (458), die die europäische Organstruktur für entscheidend halten.

¹⁸⁹ Zum Begriff Pernice (Fn. 1), S. 29.

¹⁹⁰ Siehe auch J. H. H. Weiler, The Autonomy of the Community Legal Order, in: ders., The Constitution of Europe, 1999, S. 286 (287 und 322): „constitutional discourse“.

¹⁹¹ Siehe in diesem Kontext www.confcoconsteu.org; www.uepcsj.org; www.juradmin.eu.

¹⁹² H. Wechsler, The Political Safeguards of Federalism, Columbia Law Rev. 54 (1943), S. 543; D. Shapiro, Federalism, 1995, S. 116 ff.; siehe auch US Supreme Court, *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 US 528 (1985).

bezügliche Zurückhaltung (*self-restraint*) ermöglicht. Vereinzelt ist angenommen worden, dass dieser Ansatz den Verhältnissen in der EU eigentlich eher entspricht als den amerikanischen Verfassungsverhältnissen.¹⁹³ Hier müssen freilich vor allem die letztentscheidenden Gerichte auf Mitgliedstaatenebene die Einschätzung teilen, dass die strukturellen Sicherungen der Mitgliedstaatenbelange auf europäischer Ebene ausreichen.

Die Grundidee des *judicial federalism* in den USA ist die Gewährleistung von eigenständigen, abschließenden Kompetenzen der Einzelstaatengerichte in Mehrebenensystemen. Von den in den USA entwickelten Doktrinen und Mechanismen,¹⁹⁴ könnte jedenfalls das Certification-Verfahren (Vorlagefragen der Bundesgerichte an die Einzelstaatengerichte zu Fragen des Einzelstaatenrechts) von konkretem Interesse für die EU sein: Ein vergleichbares Verfahren würde die Handhabung einzelner Bestimmungen auf Ebene der EU, die als Rechtmäßigkeitsverweisungen auf das nationale Recht gedeutet werden könnten, erleichtern. Ein solches Verfahren würde zudem die Eigenständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte unterstreichen und dem Eindruck einer Hierarchie zwischen den Gerichten der verschiedenen Ebenen entgegenwirken.

Schließlich könnte eine differenzierte Behandlung der Vorrangfrage helfen, wird doch eine vorbehaltlose Anerkennung des Vorrangs von Europarecht vor allem nationalen Recht teilweise als die Schaffung föderaler Staatlichkeit auf europäischer Ebene gedeutet.¹⁹⁵ Noch anschaulicher ist der in der schwedischen Debatte für die bedingungslose Anerkennung des Vorrangprinzips verwendete Begriff der Prostration,¹⁹⁶ der eine demütige Unterordnung versinnbildlicht: Die Preisgabe von Möglichkeiten, dem Vorranganspruch des Europarechts verfassungsrechtliche Einwände entgegenzusetzen, erscheint als Unterordnung unter eine „äußere“ Gewalt. Immerhin ist eine solche Anerkennung keine lediglich theoretische Vorstellung, sondern beispielsweise in den Niederlanden geltendes Verfassungsrecht.

Die irische Lösung, über ein auf Ebene des europäischen Primärrechts verankertes Protokoll sicherzustellen, dass die nationalen Verfassungsbestimmungen zur Schwangerschaftsunterbrechung unberührt bleiben, lässt sich zum einen als Beispiel für eine kompetenzgestaltende problemspezifische Lösung verstehen, die nicht über den Einzelfall des Schwangerschaftsunterbrechungsverbotes der irischen Verfassung hinausweist (s.o.). Zum anderen lässt sie sich aber auch allgemeiner so formulieren, dass von der Unionsebene aus der Vorranganspruch in Anbetracht bestimmter mitgliedstaatlicher Interessen zurückgenommen wird, wenn diese Interessen für einen Mitgliedstaat von besonderer Bedeutung sind. Die Rücksichtnahme auf Mitgliedstaateninteressen ist keine neue Idee, sondern findet sich bereits in den

¹⁹³ K. Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *American Journal of Comparative Law* 38 (1990), S. 205 (222).

¹⁹⁴ Siehe dazu ausführlich Mayer (Fn. 4), S. 310 ff.

¹⁹⁵ M. Herdegen, *Maastricht and the German Constitutional Court*, *CMLRev.* 31 (1991), S. 235 (240).

¹⁹⁶ *Ruin* (Fn. 112), S. 440.

Gründungsverträgen, beispielsweise mit den Bereichsausnahmen zugunsten der öffentlichen Verwaltung (Art. 39 Abs. 4 EG, Art. 45 Abs. 4 AEUV) bzw. der Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 45 EG, Art. 51 AEUV) sowie den Ausnahmen von den Grundfreiheitsgewährleistungen (Art. 30, 46 und 55 EG bzw. 36, 52 und 62 AEUV),¹⁹⁷ die unionsweit einheitlich als Begriffe des Europarechts bestimmt werden. Denkbar wäre, gemeinsame Bestände an mitgliedstaatlichen Verfassungsgrundlagen zu formulieren und diese dem Vorrang des Europarechts zu entziehen.¹⁹⁸

Darüber geht Art. 6 Abs. 3 EU (Art. 4 Abs. 2 EUV-Liss.) hinaus. Nach dieser Bestimmung achtet die Europäische Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten. Hier ergibt ein europarechtlicher, einheitlicher Begriff der nationalen Identität kaum Sinn. Vielmehr verweist diese Bestimmung auf die Mitgliedstaaten zurück. Da die nationale Identität auch die Verfassungsidentität umfasst, wie Art. 4 Abs. 2 EUV-Liss. nun auch deutlich macht, der die ‚grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen‘ nennt, besteht mit Art. 6 Abs. 3 EU bzw. Art. 4 Abs. 2 EUV-Liss. auf Ebene der EU ein Ansatzpunkt, um von der europäischen Ebene aus den Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zurückzunehmen. Ergänzt wird Art. 6 Abs. 3 EU dabei durch das in Art. 10 EG (Art. 4 Abs. 3 EUV-Liss.) niedergelegte Prinzip der Gemeinschaftstreue, dem teilweise ebenfalls die Verpflichtung der Gemeinschaft zum Respekt nationaler Verfassungsstrukturen entnommen worden ist.¹⁹⁹

Indessen stellt sich die Frage, wie von der Unionsebene aus der Begriff der nationalen Identität auch für die Mitgliedstaaten zufriedenstellend ausgefüllt werden kann. Eine Möglichkeit wäre hier, die Mitgliedstaatenebene in die Klärung dieses Begriffes mit einzubeziehen: Es vermag kaum zu überraschen, dass gerade ein irischer Beitrag den in Art. 6 Abs. 3 EU bzw. Art. 4 Abs. 2 EUV-Liss. angelegten Gedanken eines Schutzes mitgliedstaatlicher (Verfassungs-) Grundentscheidungen so weiterentwickelt, dass die nationalen letztentscheidenden Gerichte den Inhalt von europarechtlich anerkannten und geschützten Verfassungsgrundentscheidungen bestimmen sollen,²⁰⁰ dabei könnte eine europäische Variante des amerikanischen Certification-Verfahrens (s.o.) hilfreich sein.

¹⁹⁷ Vgl. die Übersicht bei D. R. Phelan, *Revolt or Revolution*, 1997, S. 422 ff.

¹⁹⁸ Siehe B. de Witte, *Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales*, *Droits* 14 (1991), S. 87, der den Versuch unternimmt, solche gemeinsamen Bestände zu ermitteln, jedoch selbst eingestehen muss, dass als Problem die jedem Mitgliedstaat eigenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen bleiben, die gerade die nationale Verfassungsidentität ausmachen („*identité constitutionnelle nationale*“, ebd., S. 95).

¹⁹⁹ Vgl. A. v. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der EU* (Stand: Jan. 2008), Art. 10 EG, Rn. 82 ff.; allgemein zu Art. 10 EG bzw. Art. 5 EWG-Vertrag M. Blanquet, *L'article 5 du Traité C.E.E.*, 1993.

²⁰⁰ Phelan (Fn. 197), S. 416; *Phelan* erörtert verschiedene Szenarien für die künftige Entwicklung der EU und schlägt zur Vermeidung einer Revolte oder einer Revolution im Rechtssinne eine Vertragsergänzung vor, wonach Grundprinzipien der nationalen Verfassungen, die Leben, Freiheit, Religion, Familie, länderspezifische Menschenbilder oder Moralvorstellungen, Legitimitätsgrundlagen der nationalen Rechtsordnung sowie die Bewahrung der natio-

Der Grundgedanke der Rücksichtnahme der europäischen Ebene auf Verfassungsgrundsätze der Mitgliedstaaten ließe sich auch von Art. 6 Abs. 3 EU (Art. 4 Abs. 2 EUV-Liss.) lösen: Ein anderer Vorschlag richtet sich auf eine Ergänzung von Art. 10 EG um eine Verpflichtung für die Gemeinschaft, wonach diese bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen Rücksicht auf die nationalen Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten zu nehmen hätte.²⁰¹ In diese Richtung geht nun Art. 4 Abs. 3 EUV-Liss.

Einzelne Gerichte haben begonnen, den Topos der nationalen Verfassungsidentität aufzunehmen und damit eine Brücke zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht zu schlagen. Zu erinnern ist in diesem Kontext an den Hinweis auf die nationale Verfassungsidentität als Grenze des Vorrangs, wie ihn der französische Conseil constitutionnel 2004 implizit und 2006²⁰² ausdrücklich gegeben hat, und der sich auch in der jüngsten Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts findet.²⁰³

Insgesamt lässt sich jedenfalls festhalten, dass es Möglichkeiten gibt, die offene Frage der Reichweite des Vorrangprinzips differenziert zu beantworten. Dies reicht von der vorbehaltlosen Anerkennung des Vorrangs des Rechts der übergreifenden Ebene (Unionsebene) durch die Mitgliedstaaten bis zu komplexeren Lösungen wie der unionsrechtlichen Absicherung von bestimmten Grundentscheidungen der Mitgliedstaaten.

2. Möglichkeiten einer theoretischen Einordnung

a) Bestehende Einordnungs- und Lösungsversuche

Wo Gegensätze zwischen nationalen obersten Gerichten und EuGH sichtbar werden, lässt sich versuchen, die eine oder die andere Position rechtlich zu falsifizieren. So ist beispielsweise für die Konfliktstellung des Maastricht-Urteils vielfach versucht worden, mit verfassungsrechtlichen²⁰⁴ und bzw. oder gemeinschaftsrechtli-

nalen Rechtskonzeption betreffen, gegenüber dem Gemeinschaftsrecht Vorrang genießen. Die Reichweite dieses Grundwertevorbehaltes soll von nationalen (gerichtlichen) Letztentscheidungsorganen festgelegt werden, ebd., S. 417 ff. Kritisch zu Phelan M. P. Maduro, *The Heteronyms of European Law*, *ELJ* 5 (1999), S. 160, und N. MacCormick, *Risking Constitutional Collision in Europe?*, *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), S. 517; siehe in diesem Zusammenhang D. R. Phelan, *The Right to Life of the Unborn v the Promotion of Trade in Services*, *Modern Law Rev.* 55 (1992), S. 670.

²⁰¹ Siehe dazu auch H.-P. Folz, *Demokratie und Integration*, 1999, S. 387.

²⁰² CC 19.11.2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* (deutsche Übersetzung *EuR* 2004, S. 911); CC 27.06.2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*; siehe dazu Mayer u.a. (Fn. 42).

²⁰³ Tribunal constitucional, Urteil v. 13.12.2004, *DTC* 1/2004; deutsche Übersetzung *EuR* 2005, S. 343.

²⁰⁴ Eine von verschiedenen möglichen Deutungen der Position des BVerfG bei Kirchhof (Fn. 95), S. 965; G. Hirsch, *Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht*, *NJW* 1996, S. 2457, versucht, die Position des BVerfG mit verfassungsrechtlichen Gründen zu widerlegen.

chen²⁰⁵ Argumentationen, gelegentlich auch mit völkerrechtlichen²⁰⁶ Argumenten, den Nachweis zu führen, dass entweder das BVerfG oder der EuGH „im Recht“ ist. Letztlich führen diese Ansätze deswegen nicht weiter, weil nicht erkennbar ist, dass BVerfG oder EuGH sich von der jeweils entgegengesetzten Rechtsposition überzeugen lassen.

Ein diese Einsicht aufnehmender anderer Ansatz berührt die Grenzen rechtlicher Argumentation, indem er die Konfliktstellung für rechtlich nicht auflösbar erklärt. Sowohl EuGH als auch BVerfG argumentieren danach aus ihrer rechtlichen Perspektive zutreffend, was rechtstheoretisch auf einen Konflikt von Grundnormen im Sinne von *Kelsen* zurückgeführt werden kann, für den es keine weitere rechtliche Lösung gibt.²⁰⁷ Diese Position verdient besondere Beachtung, weil sie einen Grundeinwand gegen jede nähere Beschäftigung mit dem potenziellen Letztentscheidungskonflikt darstellt, die über die Evaluierung der jeweiligen Rechtsstandpunkte hinausgehen möchte: Da für die Auflösung der widerstreitenden Positionen der beiden Gerichte gerade keine weitere „rechtliche“ Instanz in Sicht ist, ist etwa der im deutschen Maastricht-Urteil angelegte Konflikt um die Letztentscheidung möglicherweise gar kein rechtliches Problem im herkömmlichen Verständnis. EuGH und nationale oberste Gerichte könnten als „Grenzorgane“ im Verdross'schen Sinne betrachtet werden, die zwar an das Recht gebunden, jedoch keiner rechtlichen Kontrolle mehr unterworfen sind, so dass die Lösung eines Konfliktes eine politische oder eine soziologisch determinierte Frage wäre,²⁰⁸ letztlich eine „Sache der Macht“.²⁰⁹ Dies ist auch der Kern der Überlegungen, die die Letztentscheidungsfrage in der Schwebe halten wollen.²¹⁰ Reizvoll an diesen letztgenannten Ansätzen ist zweifellos deren pragmatische Unaufgeregtheit. Allerdings bleibt der Vorwurf möglich, dass diese Ansätze sich möglicherweise gerade mit dem Hinweis auf einen Konflikt von Grundnormen bzw. eine Doppelgrundnorm zu hastig von einer etwas kleiner kalibrierten rechtlichen Argumentation verabschieden und nicht

²⁰⁵ Siehe etwa Tomuschat (Fn. 118), S. 494 ff.; weitere Nachweise bei Mayer (Fn. 4), S. 117.

²⁰⁶ T. Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order*, Harvard International Law Journal 37 (1996), S. 389; krit. Weiler (Fn. 190), S. 286 ff.; siehe auch A. Paulus, *Kompetenzüberschreitende Akte von Organen der Europäischen Union*, in: B. Simma/C. Schulte (Hrsg.), *Akten des 23. Österreichischen Völkerrechtstages*, 1999, S. 49; zu einer vermittelnden Auslegung der sich gegenüberstehenden Positionen etwa I. Pernice, *Einheit und Kooperation*, in: GS Grabitz (Fn. 119), S. 523 (534 f.).

²⁰⁷ Siehe M. Heintzen, *Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?*, AöR 119 (1994), S. 564; N. MacCormick, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, ELJ 1 (1995), S. 259; W.-D. Grussmann, *Grundnorm und Supranationalität*, in: T. v. Danwitz u.a. (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit*, 1993, S. 47 ff.

²⁰⁸ Vgl. dazu A. Verdross, *Völkerrecht*, 1950, S. 24 ff., unter Bezugnahme auf *Hans Kelsen*.

²⁰⁹ J. Isensee, *Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte*, in: FS Stern, 1997, S. 1265.

²¹⁰ Vgl. J. A. Frowein, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, ZaöRV 54 (1994), S. 1 (7).

zu dem, was Recht, gerade auch Verfassungsrecht, vordringlich leisten soll, beitragen: zu Rechtssicherheit und rechtlicher Einhegung von Macht.

Schließlich findet sich in der Rechtsprechung des deutschen BVerfG eine Einordnungsperspektive mit der Argumentationsfigur des Kooperationsverhältnisses zwischen EuGH und obersten nationalen Gerichten. Dazu ist festzuhalten, dass das Kooperationsverhältnis im Maastricht-Urteil lediglich im Zusammenhang mit der Frage des Grundrechtsschutzes verwendet wurde.²¹¹ Damit ist an die Verschiedenheit der beiden Kategorien „ausbrechender Rechtsakt“ und „grundgesetzgrundrechtsverletzender Rechtsakt“ zu erinnern (s.o).²¹² Auch im Schrifttum aus der Zeit vor dem Maastricht-Urteil war die Kooperation von BVerfG und EuGH lediglich in Zusammenhang mit dem Grundrechtsschutz angeregt worden, nicht aber für den Fall der Überschreitung sachlicher Kompetenzen.²¹³ Das BVerfG hat die Figur des Kooperationsverhältnisses in der Folge erneut herangezogen.²¹⁴ Sie hat allerdings in der Rechtsprechung noch keine klareren Konturen erlangt und bedarf näherer Konkretisierung.²¹⁵

b) Einbettung in eine zeitgemäße Verfassungskonzeption

Oben ist gezeigt worden, dass durchaus Möglichkeiten bestehen, die Gegensätze zwischen den Gerichten rechtlich zu gestalten und aufzulösen.²¹⁶ Dass dies nicht geschieht, lässt sich damit erklären, dass das Problem nicht gewichtig oder akut genug ist, um die Verträge zu ändern, oder schlicht von den Regierungen nicht verstanden wird.²¹⁷ Es erklärt sich möglicherweise aber auch dadurch, dass den Gegensätzen zwischen den Gerichten eine bestimmte Funktion im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und EU zukommt, die man als mittelbare Interessenwahrung deuten kann: Die Beanspruchung einer Letztentscheidungskompetenz über Unions-

²¹¹ BVerfGE 89, 155 (175 und Ls. 7) – Maastricht.

²¹² Anders R. Scholz, Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht, DÖV 1998, S. 261 (267); er überträgt das Kooperationsverhältnis vom Bereich der Grundrechtsgewährleistungen auf den Bereich der sachlichen Kompetenzen und geht dort von einem „entsprechenden ‚Kooperationsverhältnis‘“ aus. Der Sache nach stellt Scholz jedoch ein Konkurrenzverhältnis der Kompetenzprüfungskompetenzen von EuGH und BVerfG fest.

²¹³ R. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 304 ff.

²¹⁴ Siehe die Nachweise unter Fn. 111 und 113.

²¹⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang M. Zuleeg, in: E. Denninger u.a (Hrsg.), AK-GG, 2001, Art. 23 GG, Rn. 32 ff. („Verhältnis der Zusammenarbeit“), und die wiederkehrende Formulierung des EuGH seit dem ablehnenden Beschluss über die Zulassung als Streithelfer in Rs. 6/64 (Fn. 78), 1309, von der „Zusammenarbeit des Gerichtshofes mit den staatlichen Gerichten“ (in der englischen bzw. französischen Sprachfassung „cooperation“ bzw. „coopération“) bzw. die Bindung auch der nationalen Gerichte an den „Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ aus Art. 10 EG (Art. 4 Abs. 3 EUV-Liss.), EuGH, Rs. C-50/00 P, UPA/Rat, Slg. 2002, I-6677, Rn. 42.

²¹⁶ Art. 35 EU und Art. 68 EG belegen im Übrigen, dass die Mitgliedstaaten sehr wohl über die Möglichkeit verfügen, dem EuGH ‚die Flügel zu stützen‘; siehe Alter (Fn. 68), S. 197.

²¹⁷ Alter (Fn. 68), S. 182 ff., macht auf die unterschiedlichen Zeithorizonte und Schwerpunkte von Politikern und Richtern aufmerksam.

rechtsakte durch letztentscheidende mitgliedstaatliche Gerichte kann den Mitgliedstaaten die Loslösung von interessewidrigen europarechtlichen Verpflichtungen ermöglichen. Die (mögliche) Beanspruchung einer Letztentscheidungskompetenz durch mitgliedstaatliche Gerichte erscheint gleichsam als Kompensation für immer weiter abnehmende Einflussmöglichkeiten auf die europäische Entscheidungsebene. Man könnte der Letztentscheidungsfrage daher auch stabilisierende Züge zuschreiben, weil die potenzielle Ausübung einer Letztentscheidungskompetenz die Berücksichtigung von Minderheitsinteressen auf europäischer Ebene begünstigt²¹⁸ und damit die Balance zwischen den Ebenen wahren hilft.

Die Herausforderung an eine europäische Verfassungsrechtswissenschaft besteht darin, die Phänomene der europäischen Verfassungswirklichkeit in einer zeitgemäßen Verfassungskonzeption aufzufangen. Reibungsphänomene zwischen den Gerichten und deren Funktion sind Teil dieser europäischen Verfassungswirklichkeit.

aa) Vorklärung: Welche Verfassung? Verfassung, Verfassungsverbund und Mehrebenenverfassung

Ob man von einer europäischen Verfassung bereits heute sprechen kann bzw. sollte, lässt sich kontrovers diskutieren. Der Verfassungsvertrag hätte diese Frage übrigens nicht entschieden,²¹⁹ entsprechend führt auch die Abstandnahme von der Verfassungsrhetorik im Vertrag von Lissabon für die materielle Klärung der europäischen Verfassungsdimension nicht weiter.²²⁰

Kritisiert wird nicht nur die Lösung des Verfassungsbegriffs vom Staat.²²¹ Darüber hinaus wird durch ein Konzept „Europäische Verfassung“ die Schwächung der nationalen Verfassung befürchtet, weil die in den nationalen Verfassungen angelegte strukturelle Sicherheit in Frage gestellt werde, zudem sei eine Verfassung die Festschreibung einer erreichten Rechtskultur, wovon bei der EU noch nicht ausgegangen werden könne.²²² Ein solcher emphatischer Verfassungsbegriff mag zahlreiche Vorteile bieten, darunter nicht zuletzt die Vertrautheit der Verfassungsinterpreten mit ihm.

In Anbetracht der Entwicklungen auf übernationaler Ebene in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wird demgegenüber schon seit längerem ein „Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs“²²³ gefordert. Spätestens mit den veränderten

²¹⁸ Zur Instrumentalisierung nationaler Verfassungsgerichtsrechtsprechung M. Hilf, Solange II: Wie lange noch Solange?, EuGRZ 1987, S. 1 (2): „In den politischen Beratungen vor allem des Rates wurde gelegentlich die Karte der Karlsruher Richter als letztes Mittel ausgespielt“.

²¹⁹ Technisch gesehen handelte es sich bekanntlich um einen völkerrechtlichen Vertrag.

²²⁰ Vgl. zur Eliminierung der Verfassungsrhetorik F. C. Mayer, Die Rückkehr der europäischen Verfassung?, ZaöRV 67 (2007), S. 1141.

²²¹ Siehe nur J. Isensee, in: ders./P.Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 2004, §15, Rn. 1, 3 f., sowie die Nachweise bei C. Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2000), S. 290 (292).

²²² P. Kirchhof, Große Entwürfe und kleine Schritte, Handelsblatt v. 8.08.2001, S. 6.

²²³ P. Badura, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), S. 34 (95).

Rahmenbedingungen in der „postnationalen Konstellation“ (Jürgen Habermas, Michael Zürn)²²⁴ dürfte ein pragmatischerer Verfassungsbegriff, der betont, dass nur so viel Staat bzw. Hoheitsgewalt besteht, wie durch die Verfassung konstituiert,²²⁵ vorzugswürdig sein.

Für die EU sind in diesem Zusammenhang zwei Beobachtungen von Bedeutung: Erstens besteht eine europäische Hoheitsgewalt, die den Einzelnen in seinem Rechtsstatus unmittelbar betrifft, bereits.²²⁶ Zweitens weist zumindest die deutsche Verfassung durch das Integrationsziel in der Präambel und in Art. 23 GG über sich selbst hinaus. Damit lässt sich jedenfalls die Frage nach einer Verfassungsdimension der europäischen Integration bejahen. Eine²²⁷ mögliche Konzeptualisierung dieser Verfassungsdimension ist die Annahme einer komplementären Struktur von nationaler und europäischer Verfasstheit (Verfassungsverbund),²²⁸ einer Mehrebenenverfassung (*multilevel constitutionalism*). Nach diesem Ansatz besteht eine Europäische Verfassung bereits heute, und zwar in der Verbindung von nationaler

²²⁴ J. Habermas, Die postnationale Konstellation, 1998, S. 91 ff.; M. Zürn, The State in the Post-National Constellation, ARENA Working Papers 35 (1999), unter www.arena.uio.no; siehe auch D. Curtin, Postnational Democracy, 1997, S. 5, 48 ff., 51 ff.; J. Shaw, Postnational Constitutionalism in the European Union, Journal of European Public Policy 1999, S. 579 (586 ff.).

²²⁵ A. Arndt, Umwelt und Recht, NJW 1963, S. 24 (25): „In einer Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt“; vgl. auch P. Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, S. 620.

²²⁶ Gemeinschaftsgewalt als Herrschaftsgewalt schon bei Badura (Fn. 223), S. 59.

²²⁷ Siehe nur den Prinzipien-Ansatz von A. v. Bogdandy, in diesem Band; siehe ferner etwa das Konzept der Doppelverfassung (T. Öhlinger, Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, S. 165; P. Pernthaler, Die neue Doppelverfassung Österreichs, in: FS Winkler, 1997, S. 773); dazu VfGH, EuZW 2001, S. 219 (222) – Inländerdiskriminierung; siehe zur Verfassungsdebatte auch die Nachweise bei A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; P. Craig, Constitutions, Constitutionalism, and the European Union, ELJ 7 (2001), S. 125; L. S. Rossi, „Constitutionalisation“ de l’Union européenne et des droits fondamentaux, Revue Trimestrielle de Droit Européen 38 (2002), S. 27; D. Blanchard, La constitutionnalisation de l’Union européenne, 2001.

²²⁸ Der Begriff geht zurück auf I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), L’espace constitutionnel européen, 1995, S. 225 (261 ff.), siehe im Einzelnen ders., Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 163 ff. m.w.N.; siehe auch ders., Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006; 1995 als Alternativ- und Gegenentwurf zum Staatenverbund des BVerfG entwickelt, wird der Begriff Verfassungsverbund zunehmend aus dieser Alternative gelöst verwendet, siehe etwa P. M. Huber, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 194. Zum Verbund als Ordnungsidee E. Schmidt-Aßmann, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie, in: FS Steinberger (Fn. 112), S. 1375 (1381 ff.). Zum Begriff „multilevel constitutionalism“ siehe I. Pernice, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration, in: E. Riedel (Hrsg.), German Reports: XV. International Congress on Comparative Law, 1998, S. 40. Für eine französische Konzeptualisierung als *constitution composée* siehe ders./F.C. Mayer, De la constitution composée de l’Europe, Revue Trimestrielle de Droit Européen 36 (2000), S. 623, für eine italienische Version siehe dies., La Costituzione integrata dell’Europa, in: G. Zagrebelsky (Hrsg.), Diritti e Costituzione nell’Unione Europea, 2003, S. 3.

und europäischer Verfassungsebene. Europäisches und nationales Verfassungsrecht bilden zwei Ebenen eines materiell-rechtlich, funktional und institutionell zu einer Einheit verbundenen Systems.²²⁹ Das Prinzip des Anwendungsvorrangs impliziert in dieser Deutung keine Über- bzw. Unterordnung zwischen europäischem und nationalem (Verfassungs-) Recht im Sinne einer Normenhierarchie, hier liegt der Unterschied zwischen „supremacy“ und „primacy“:²³⁰ „Für den Verfassungsverbund ist gerade charakteristisch, dass er nicht hierarchisch strukturiert ist“.²³¹ Der Geltungsgrund dieser Europäischen Verbundverfassung findet sich letztlich beim Einzelnen, auf den der nationalen und der europäischen Teilverfassung allozierte Hoheitsrechte zurückgeführt werden können,²³² hier liegt auch die Begründung für den Anwendungsvorrang²³³

Jenseits einer solchen Konzeptualisierung von Europäischer Verfassung deutet *Josef Isensee* nach wie vor gültige Feststellung, wonach die EU den hergebrachten Typologien des Völkerrechts und des Staatsrechts entgleitet,²³⁴ bereits an, weshalb möglicherweise bei bestimmten Fragestellungen noch grundsätzlicher über die hergebrachten Typologien – und zu diesen zählt auch ‚Verfassung‘ – hinausgegangen werden muss.²³⁵ Auch der integrationsimmanente Kontext der rechtsvergleichenden Betrachtung spricht für die Einrichtung eines analytischen Konzepts, das möglichst neutral ist. Die Unterschiedlichkeit von Vorstellungen über Rechts- und Verfassungsbegriffe, wie sie schon in Europa das – je nach Sprach- und Rechtskulturkreis unterschiedliche – Verständnis etwa von Staat, Föderalismus, Souveränität und Verfassung illustriert, erzeugt für die Verwendung dieser Begriffe im europäischen Kontext enormen Vorklärungsbedarf. Allein die sprachliche Übertragung neuer Begriffe wie Staatenverbund oder auch Verfassungsverbund etwa ins Englische er-

²²⁹ Vgl. in diesem Kontext A. v. Bogdandy/M. Nettesheim, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, EuR 1996, S. 1; Pernice, VVDStRL (Fn. 228), S. 173.

²³⁰ Zu Hierarchien R. Bieber/I. Salomé, Hierarchy of Norms in European Law, CMLRev. 33 (1996), S. 907 (912); vgl. auch das spanische Tribunal Constitucional, 6603/2004, Entscheidung 1/2004 v. 13.12.2004, C.M.L.R. 1/2005, S. 981, oder EuR 2005, S. 343.

²³¹ Pernice, VVDStRL (Fn. 228), S. 185, in Abgrenzung zum Verband; krit. M. Nettesheim, German Report for the XX. FIDE Conference 2002, EuR Beiheft 2/2004, S. 7.

²³² In diesem Sinne I. Pernice, Die Europäische Verfassung, in: FS Steinberger (Fn. 112), S. 1319 (1324); siehe auch ders. u.a., Renewing the European Social Contract, King's College Law Journal 12 (2001), S. 61 (64 f., 68 f.); auf die Probleme dieser Argumentation mit dem Einzelnen macht u.a. U. K. Preuss, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60 (2000), S. 384, aufmerksam.

²³³ Dies kann hier nicht in allen Einzelheiten ausgeführt werden. Siehe zum Konzept der Europäischen Verfassung im Übrigen C. Möllers, in diesem Band.

²³⁴ J. Isensee, Integrationsziel Europastaat?, in: FS Everling, 1995, S. 567; vgl. auch *Schupperts* Hinweis, wonach die Gemeinschaft „nur mit einer Denkweise und Begrifflichkeit erfasst werden kann, die der Eigenart und dem Prozesshaften der EG Rechnung trägt“, G. F. Schuppert, Zur Staatswerdung Europas, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1994, S. 35 (60).

²³⁵ Siehe zu den Einwänden gegen das „überkommene Begriffsrepertoire“ Schuppert (Fn. 234), S. 53; siehe auch E.-W. Böckenförde, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 8; siehe im Übrigen die Nachweise in der Voraufgabe.

weist sich als problematisch: Wo für den Verfassungsverbund mit dem Begriff *multilevel constitutionalism* (s.o) immerhin die Idee des Konzeptes transportiert werden kann, bleibt die englische Fassung des Staatenverbundes, *compound of states*²³⁶, sperrig. Für Nuancierungen zwischen Verbund und Verband bleibt dabei kein Raum.

Ein weitgehend neutrales Konzept, das hier verwendet werden kann, ist das des „Mehrebenensystems“.²³⁷ Besonders nützlich ist hier, dass das Bild von unterschiedlichen Ebenen nicht zwingend mit der Vorstellung von Über-/Unterordnung verbunden ist. Vielmehr lassen sich Ebenen als Plattformen vorstellen, die nebeneinander auf gleicher Höhe stehen können, in anderen Fällen auf unterschiedlichen Höhen angesiedelt sind, vielleicht sogar flexibel umeinander kreisen. Ferner muss Hoheitsgewalt im Mehrebenensystem nicht über das Gewaltmonopol definiert werden, dem herkömmlichen Definitionselement für Souveränitätsvorstellungen,²³⁸ sondern kann zunächst ohne die Frage nach der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung zu stellen über die Entscheidungskompetenz bestimmt werden, die in der Regel als Norm- bzw. Rechtsaktsetzungsbefugnis ausgestaltet ist. Die Entscheidungskompetenz stellt einen teilmengengerechten Ausschnitt aus den den klassischen Staatsbegriff (Staatsgewalt) prägenden Elementen Gewaltmonopol und ausschließliche Rechtsetzungsbefugnis²³⁹ dar. Insoweit erfolgt die Aktualisierung der als Kompetenz bezeichneten Rechtsmacht in einer Entscheidung. Ebenen im Sinne eines rechtlichen Mehrebenensystems sind *Entscheidungsebenen*.²⁴⁰ Entscheidung versteht sich dabei als Chiffre für rechtlich determinierte und organisierte Entscheidungsfindung.²⁴¹

bb) Die Rolle von Gerichten im europäischen Mehrebenensystem

Wenn sich die europäische Verfassung als komplementäre Struktur (Verfassungsverbund) verstehen lässt, liegt es nahe, eine europäische Verfassungsgerichtsbarkeit

²³⁶ Vgl. G. Wegen/C. Kuner, Germany: Federal Constitutional Court Decision Concerning the Maastricht Treaty, *International Legal Materials* 33 (1994), S. 388; siehe aber in diesem Zusammenhang L. Siedentop, *Democracy in Europe*, 2000, S. 27 (Hinweis auf Madisons Wort von der „compound republic“).

²³⁷ Siehe dazu ausführlicher die Voraufgabe.

²³⁸ Das Gewaltmonopol als Grundlage für Staat und hoheitliche Strukturen schon bei *Max Weber: Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1985, S. 835 f.

²³⁹ A. v. Bogdandy, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus*, *Integration* 1993, S. 210 (215).

²⁴⁰ Ähnlich F. W. Scharpf, *Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, 1994, S. 25 (29), und R. Mayntz, *Föderalismus und die Gesellschaft der Gegenwart*, AöR 115 (1990), S. 232; vgl. auch die Beschreibung der Europäischen Gemeinschaft als politisches Gebilde mit mehreren Entscheidungsebenen durch Schuppert (Fn. 234), S. 39, oder als „Mehrebenenentscheidungssystem“ durch M. Zürn, *Über den Staat und die Demokratie in der Europäischen Union*, ZERP-Diskussionspapier 3 (1995), S. 19 ff.

²⁴¹ Vgl. in diesem Zusammenhang den Staatsbegriff *Hermann Hellers: Staatslehre*, 1934, S. 228 ff., wonach der Staat als organisierte Wirkungs- und eben auch Entscheidungseinheit zu verstehen ist; siehe auch v. Bogdandy (Fn. 239), S. 217.

entsprechend zu beschreiben.²⁴² „Die“ europäische Verfassungsgerichtsbarkeit würde dann, in optimistischer Deutung,²⁴³ wahrgenommen durch die nationalen Obergerichte und den EuGH. Da sowohl die nationalen Gerichte wie auch der EuGH ihre Autorität als Verfassungsgericht auf den Einzelnen zurückführen, besteht zwischen den Gerichten kein vorgegebenes Vorrangverhältnis, sondern eine Verpflichtung zur Kooperation.

Konfliktuelle Elemente in den Rechtsbeziehungen zwischen den Ebenen sind letzten Endes die Vorrangfrage und die Geltungsgrundfrage. Die Frage des Geltungsgrundes der europäischen Ordnung ist für das Konzept des Verfassungsverbundes streitig.²⁴⁴ Sie kann bei der Betrachtung der EU als Mehrebenensystem offen gelassen werden.

Für die Vorrangproblematik macht die Mehrebenenbetrachtung den Blick frei auf die Grundvoraussetzungen, unter denen ein bedingtes Vorrangprinzip zwischen verschiedenen Ebenen von Hoheitsgewalten funktionieren kann: Die Vorrangfrage beantwortet sich eindeutig letztlich nur nach den Festlegungen, die auf der übergreifenden Ebene vorgenommen werden. In der EU ist dies das Prinzip des Anwendungsvorranges des Rechts der übergreifenden Ebene. Anwendungsvorrang impliziert dabei nicht notwendig eine Hierarchie. Vielmehr handelt es sich eher um eine Art Vorfahrtsregel. In anderen Sprachen ist der Unterschied zwischen hierarchischer und nicht-hierarchischer Vorfahrtsregel terminologisch besser greifbar, wenn zwischen (hierarchischer) Vorherrschaft (supremacy) oder nicht hierarchischem Vorrang (primacy) unterschieden wird.²⁴⁵

Wenn darüber hinaus für den Fall der Normenkollision bestimmte vorrangfeste Bestände eingefordert werden, kann dies nur dann konfliktfrei bleiben, wenn diese vorrangfesten Bestände auf beiden Rechtsebenen grundsätzlich anerkannt und im konkreten Fall von beiden Ebenen aus einvernehmlich festgestellt werden. Dies führt auf die Kernfrage nach der Verortung von Letztentscheidungsansprüchen der nationalen obersten Gerichte auf der *europäischen* Ebene. Die Antwort weist in prozeduraler Hinsicht auf Art. 234 EG (Art. 267 AEUV) und in materieller Hinsicht auf Art. 6 Abs. 3 EU (Art. 4 Abs. 2 EUV-Liss.) – die Achtung mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität. Die Ausfüllung dieser Norm ist dabei Aufgabe der obersten Gerichte *und* des EuGH. Dass die jeweiligen letztentscheidenden Gerichte als Hüter

²⁴² Das deutsche BVerfG beobachtete immerhin bereits in BVerfGE 73, 339 (367 f.) – Solange II – die „funktionelle Verschränkung der Gerichtsbarkeit der Europäischen Gemeinschaften mit der Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten“ mit einer „teilweisen funktionalen Eingliederung des Europäischen Gerichtshofs in die mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit“.

²⁴³ Die pessimistische Deutung wäre der Wettbewerb der Gerichte. Siehe etwa M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict*, *ELJ* 11 (2005), S. 262.

²⁴⁴ Siehe in diesem Zusammenhang H. Hofmann, *Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?*, *JZ* 1999, S. 1065.

²⁴⁵ In diesem Sinne insbesondere Tribunal Constitucional, Urteil v. 13.12.2004, DTC 1/2004, deutsche Übersetzung *EuR* 2005, S. 343; „primacia“ bedeutet danach Anwendungspriorität im Kollisionsfall, „supremacia“ ist der Anspruch auf die höchste hierarchische Stellung, vgl. dazu A. Becker, *Vorrang versus Vorherrschaft*, *EuR* 2005, S. 353.

der Belange der jeweiligen Ebene sich schon heute geradezu dialogisch an den Kern eines auf beiden Ebenen anerkannten vorrangfesten Rechtsbestandes heranarbeiten, illustrieren die Grundrechtesaga von Solange I bis zu den Bananen-Entscheidungen von EuGH und BVerfG ebenso wie die Entscheidungen des französischen Conseil constitutionnel zu den in der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten liegenden Grenzen des Europarechts (s.o.).

c) Komplementäre Verfassungsgerichtsbarkeit – Einwände²⁴⁶

aa) Asymmetrie der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Heterogenität der obersten nationalen Gerichte ist eingangs erläutert worden. Die Vorstellung einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit Verbundcharakter führt wegen der verschiedenen Reichweiten von nationalen Obergerichten zu einer höchst unterschiedlichen Ausformung von europäischer Verfassungsgerichtsbarkeit je nach Mitgliedstaat. Konkret besteht beispielsweise die Möglichkeit, dass in einem Mitgliedstaat wie Deutschland durch ein starkes Verfassungsgericht über Letztentscheidungsansprüche die Anerkennung mitgliedstaatlicher Verfassungsfiguren als vorrangfeste Bestände eingefordert werden, in den Niederlanden mangels Verfassungsgericht dagegen nicht.

Einerseits ist diese Asymmetrie in der Heterogenität der EU-Mitgliedstaaten, dem entscheidenden Verfassungsmerkmal der Union, bereits angelegt.²⁴⁷ Zudem deutet sich an, dass Reformüberlegungen hin zu einer Errichtung von Verfassungsgerichten im Sinne eines Konvergenzphänomens²⁴⁸ gerade durch die Letztentscheidungsproblematik motiviert sein können, wie das schwedische Beispiel belegt.²⁴⁹ Die jüngsten Mitgliedstaaten jedenfalls haben sich fast durchgehend mit einem Verfassungsgericht ausgestattet (s.o.).

Allgemein wird hier einer der Vorzüge der Mehrebenenbetrachtung für die Frage des Verhältnisses zwischen nationalen Gerichten und EuGH deutlich: Die entscheidende Trennlinie ist die zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene. Gerade die Entwicklung in der Grundrechtefrage belegt, dass es ausreichen kann, wenn ein einziges Gericht der Ebene Ebenenbelange artikuliert. Dabei steht nicht

²⁴⁶ Einwände, die sich grundsätzlich gegen das Konzept Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. die Theoriebildung zu diesem Konzept richten, bleiben hier außer Betracht. Für die amerikanische Debatte A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, 1999.

²⁴⁷ Siehe in diesem Zusammenhang J. Tully, *Strange Multiplicity*, 1995, S. 183 ff. (Verfassung als kontinuierliche interkulturelle Verhandlung).

²⁴⁸ Von einer allgemeinen Konvergenz in Europa, hin zur Rechtskontrolle durch ausgewiesene Verfassungsgerichte, kann wegen zahlreicher Staaten mit grundsätzlichen Vorbehalten gegen die (ex post) Kontrolle des Parlamentes durch den Richter wohl noch nicht ausgegangen werden, siehe aber Tomuschat (Fn. 4), S. 245 ff.

²⁴⁹ Die schwedische Regierung wollte bei der beitriffsbedingten Verfassungsänderung ausdrücklich sichergestellt wissen, dass die schwedischen Gerichte im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht dieselben Kompetenzen besitzen wie das deutsche BVerfG, Justitiedepartementet, *Våra Grundlag och EG – förslag till alternativ, Ds 1993:36*.

die Beobachtung im Vordergrund, wonach das deutsche BVerfG auf der mitgliedstaatlichen Ebene für andere Gerichte Vorbild- oder doch zumindest Orientierungsfunktion ausübt. Vielmehr geht es darum, dass die aus den Vorbehalten des BVerfG zum Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene zumindest deutlicher gewordene Rechtsprechung des EuGH zum Grundrechtsschutz allen Mitgliedstaaten zugute kommt, auch wenn diese kein Verfassungsgericht kennen, das die mitgliedstaatlichen Grundrechtsbelange hätte artikulieren können. In diesem Sinne ist das BVerfG nicht nur Hüter der deutschen Verfassung, sondern wirkt darüber hinaus als Hüter von Belangen der Mitgliedstaatenebene. Entsprechendes gilt für die anderen nationalen Obergerichte in ihrer Positionierung zum EuGH.

Der Einwand, wonach schon eine Vergleichbarkeit zwischen dem EuGH und den nationalen obersten Gerichten – trotz der gelegentlichen Bezeichnung des EuGH als Verfassungsgericht²⁵⁰ – nicht besteht, hat besonderes Gewicht. Er beschreibt möglicherweise eine Asymmetrie, die das Konzept einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit Verbundcharakter als solches ausschließt.²⁵¹

Als Unterschied lässt sich beispielsweise nennen, dass in Verfahren vor dem EuGH nur in Ausnahmefällen Einzelne unmittelbar auftreten. Es sind die Mitgliedstaaten, die Kommission und die vorlegenden nationalen Gerichte, die den Dialog mit dem Gerichtshof führen.²⁵² In der jüngsten Rechtsprechung hat der Gerichtshof dies gegen das Gericht erster Instanz und gegen den Generalanwalt ausdrücklich bestätigt.²⁵³ Diese Perspektive führt auf die integrationspezifische Funktion des EuGH und der EuGH-Rechtsprechung, in Wahrheit womöglich weniger orientiert am Rechtsschutz des Einzelnen als am Fortgang der Integration.²⁵⁴ Die – letztlich erfolglose – Diskussion um eine Grundrechtsbeschwerde im Verfassungskonvent²⁵⁵ hätte hier eine Wende bedeuten können, wenn der EuGH stärker als Unionsbürger-

²⁵⁰ J. Schwarze (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983; O. Due, *A Constitutional Court for the European Communities*, in: D. Curtin/D. O’Keeffe (Hrsg.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, 1992, S. 3; K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, 2001, S. 225.

²⁵¹ Ähnlich letztlich der Einwand von P. Badura, *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 60 (2000), S. 353, gegen das Mehrebenensystem (keine Vergleichbarkeit der Ebenen).

²⁵² Dazu H. Schepel/E. Blankenburg, *Mobilizing the European Court of Justice*, in: G. de Búrca/J. H. H. Weiler (Hrsg.), *The European Court of Justice*, 2001, S. 9 (18 ff.); siehe auch die restriktive Linie des EuGH zur Zulassung von Streithelfern in Vorlageverfahren seit EuGH, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Beschl. vom 3. 6. 1964, Slg. 1964, 1307.

²⁵³ EuGH, Rs. C-50/00 P (Fn. 215); dagegen (weite Auslegung des Kriteriums der individuellen Betroffenheit nach Art. 230 Abs. 4 EG) GA Jacobs, ebd., Nr. 59 ff., und EuG, Rs. T-177/01, *Jégo-Quééré/Kommission*, Slg. 2002, II-2365, Rn. 41 ff., 50 (unter Hinweis auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in Art. 47 GR-Charta), kassiert in EuGH, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quééré/Kommission*, Slg. 2004, I-3425; siehe die minimale Besserstellung der Individuen nach Art. 263 AEUV, dazu J. Bast, in diesem Band, S. 555 ff.

²⁵⁴ H. Rasmussen, *The European Court of Justice*, 1998, S. 198 ff.; siehe auch L. Hooghe/G. Marks, *Multi-Level Governance and European Integration*, 2001, S. 26 f.

²⁵⁵ Dazu N. Reich, *Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde*, ZRP 2000, S. 375; siehe auch Konvents-Dokument CONV 72/02, S. 3, sub I.3.; CONV 354/02.

gericht konzipiert worden wäre, mit allen damit verbundenen Folgen. Letztlich gab es zu diesem Punkt keine Verständigung im Konvent.²⁵⁶

Am schwerwiegendsten ist vielleicht der Einwand der unterschiedlichen demokratischen Legitimation zwischen EuGH einerseits und nationalen obersten Gerichten andererseits. Dass in vielen Mitgliedstaaten die Gerichte Recht „Im Namen des Volkes“ sprechen,²⁵⁷ nicht aber der EuGH, führt auf die Frage, wer und was den EuGH legitimiert. Nach Art. 223 EG (Art. 253 AEUV) werden die Richter von den Regierungen der Mitgliedstaaten ernannt, eine parlamentarische Beteiligung etwa des EP ist dort nicht vorgesehen.²⁵⁸ Die Richter des deutschen BVerfG werden demgegenüber immerhin vom Parlament gewählt (Art. 94 GG). Allerdings wird man auch die Ernennung der EuGH-Richter durch ihrerseits demokratisch gewählte Regierungen über mehr oder weniger lange Legitimationsketten demokratisch absichern können. Im Übrigen steht das Unionsrecht einer parlamentarischen Mitwirkung an der Richterauswahl auf der mitgliedstaatlichen Ebene nicht entgegen, wie das österreichische Beispiel der parlamentarischen Beteiligung an den entsprechenden Personalentscheidungen belegt.²⁵⁹ Der Vertrag von Lissabon bringt hier eine gewisse Verbesserung, indem ein Ausschuss eingerichtet wird, der die Aufgabe hat, eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerber für die Ausübung des Amtes eines Richters oder Generalanwalts beim Gerichtshof oder beim Gericht abzugeben.²⁶⁰

²⁵⁶ Siehe den Schlussbericht von Arbeitsgruppe II, CONV 354/02 Punkt C und die Erörterung in der Diskussionsrunde zum Gerichtshof (Circle I), CIRCLE I WD 08, Rn. 17 ff.; CONV 543/03. Siehe auch die Anhörung des Präsidenten des EuGH, Rodríguez Iglesias, in Circle I am 17. Februar 2003, CONV 636/03 (gegen die Einführung von Art. 230 Abs. 4 EG; die Anhörung des Präsidenten des EuGH Vesterdorf am 24. Februar 2003, CONV 588/03 (zugunsten einer Ausweitung von Art. 230 Abs. 4 EG, ebenso GA *Jacobs*, WG II WD 20, siehe auch Richter Skouris, WG II WD 19)). Siehe auch U. Everling, Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht auf der Grundlage der Konventsregeln, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, S. 263; F. C. Mayer, *Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht*, DVBl. 2004, S. 606; ferner J. Bast, in diesem Band, S. 556 f.

²⁵⁷ Auf diesen Aspekt macht O. Dubos in seiner umfassenden Studie (Fn. 152), S. 855, aufmerksam.

²⁵⁸ Sonderlich planvoll wirkt die deutsche Personalpolitik hinsichtlich der EuGH-Richter nicht, wurden doch die Richter *Everling*, *Zuleeg*, *Hirsch* und *Colneric* jeweils nach einer Amtszeit abgelöst. Alter (Fn. 68), S. 200, berichtet zwar, dass *M. Zuleeg* u.a. deswegen nicht erneut benannt, sondern durch *G. Hirsch* aus Bayern ersetzt wurde, weil ersterer zu sehr gewillt erschien, europäisches Recht extensiv zu interpretieren. Möglicherweise besteht aber schlicht auf Ebene der Regierungen nur begrenztes Interesse an der Richterfrage.

²⁵⁹ Art. 23c der öst. Verf. (B-VG).

²⁶⁰ Art. 255 AEUV, eines der 7 Mitglieder wird vom EP nominiert. Probleme bei der Richterauswahl bleiben, etwa wenn frühere Kommissionsbedienstete als Richter oder Mitarbeiter von Richtern tätig werden und sich die Frage nach informellen Informationskanälen zwischen Kommission und EuGH stellt. Letzteres ist bisher ebenso wenig Gegenstand europarechts- oder sozialwissenschaftlicher Analyse gewesen wie etwa die Rolle der Mitarbeiter am EuGH, der *référéndaires*, die bisher weitgehend unsichtbar bleiben und nicht einmal auf der Internetseite des EuGH auftauchen. Möglicherweise liegen damit wichtige Elemente für das Verständnis der Funktionsweise des EuGH noch im Dunkeln.

Allgemein wird man hier auch auf mitgliedstaatlicher Ebene auf zahlreiche ungeklärte Grundfragen der Richterlegitimation stoßen,²⁶¹ und schließlich die Heterogenität mitgliedstaatlicher oberster Gerichte in je nach Mitgliedstaat höchst unterschiedlichen Vorstellungen über die Natur und den Umfang demokratischer Legitimation von Gerichten im Allgemeinen gespiegelt sehen.

bb) Verflüchtigung von Verantwortung und Heimatlosigkeit der Gemeinwohlbestimmung

Grundlegendere Einwände gegen eine komplementäre Verfassungsgerichtsbarkeit betreffen die Frage nach der Verantwortungszurechnung und danach, wie in einer solchen komplementären Ordnung die Gemeinwohldefinition geleistet werden kann. Wie im exekutivischen Bereich zwischen Rat, nationalen Regierungen und Administrationen Gemengelagen entstanden sind,²⁶² kann eine gerichtliche Verbundstruktur zu Unschärfen in der Zuständigkeit bis hin zur Verflüchtigung der Verantwortung für den Grundrechtsschutz des Einzelnen führen, wie die Bananenproblematik²⁶³ es möglicherweise bereits angedeutet hat.

Problematisch wäre es durchaus, wenn zwischen dem Einzelnen und der europäischen Ebene ein Forum der Gemeinwohlbestimmung,²⁶⁴ in dem sich auch ein Solidaritätsgedanke entfalten könnte, kaum mehr erkennbar wäre. Solidaritätsfreie Individualisierung hätte dann auch das Verfassungsrecht erreicht.

cc) Erkenntniswert?

Der Erkenntniswert einer nicht-hierarchischen Konstruktion der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Verfassungsverbund oder im Mehrebenensystem liegt vor allem in den prospektiven Möglichkeiten: Ausgehend von einer Konzeption, die nationale und europäische Ebene in die Verantwortung einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit einbindet, lässt sich die Horizontalität der Gerichte mit klareren Konturen ausstatten, mehr Verfassungsklarheit erzielen und eine gegenseitige Verstärkung der Verfassungsgebundenheit bewirken.

Konkret kann die Mehrebenenbetrachtung als Ausgangspunkt für eine Entwicklung von Kriterien der Zuständigkeitsabgrenzung genommen werden und konzeptionelle Grundlage für den konstitutionellen Dialog zwischen den Gerichten sein, mit einer der Verfassungskonzeption entsprechenden Einordnung der Funktionen der verschiedenen Gerichte. Dies bedeutet eine Abkehr vom Kollisionsparadigma

²⁶¹ So aus der deutschen Sicht A. Voßkuhle/G. Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673; Pernice (Fn. 1), S. 36, argumentiert demgegenüber mit einer funktionalen Legitimation der Judikative.

²⁶² Siehe dazu F. C. Mayer, Nationale Regierungsstrukturen und europäische Integration, EuGRZ 2002, S. 111.

²⁶³ Siehe oben Fn. 111.

²⁶⁴ Zu „Mehrebenen-Gemeinwohl“ G. F. Schuppert, Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa, in: H.-P. Schwintowski (Hrsg.), Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierten Energiemarkt, 2002, S. 11 (20 ff.); siehe auch P. Häberle, Gibt es ein europäisches Gemeinwohl?, in: FS Steinberger (Fn. 112), S. 1153 (1166 ff.); R. Uerpman, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 266 f.

und eine Absicherung des Kooperationsparadigmas. Die Nichtunterordnung der nationalen Gerichte, die etwa eine mitgliedstaatliche Verfassungsidentität wahren (Spanien, Frankreich, s.o.) wäre damit auch europaverfassungsrechtlich erklärbar und legitimiert und nicht mehr europarechtswidrig. Die Nichtunterordnung wäre jedenfalls aber auch mit klareren Grenzen für die nationalen Gerichte versehen, was irreführenden rechtlichen Argumentationen (etwa mit ausbrechenden Rechtsakten²⁶⁵) von vornherein den Boden entziehen würde.

3. Zwischenergebnis

Die Reibungsphänomene zwischen den obersten nationalen Gerichten und dem EuGH sind einer rechtlichen Analyse zugänglich und rechtlich gestaltbar. Ihnen kommt im Verhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten eine Funktion zu. Es bestehen theoretische Ansätze, die helfen können, diese Funktion und den rechtsempirischen Befund der Existenz von Gegensätzen konstruktiv aufzunehmen und einzuordnen. Mit den Erklärungsansätzen des Verfassungsverbundes oder des Mehrebenensystems lässt sich das Kooperationsparadigma absichern.

III. Neuere Entwicklungen im Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Gerichtsbarkeit

Mit dem Wegfall des Eisernen Vorhanges begann 1989/90 eine Entwicklung, in deren Verlauf sich die Zahl der Mitgliedstaaten von 12 auf 27 erhöht hat und die rechtlichen Grundlagen der europäischen Integration mehrfach geändert worden sind. Die jüngste Phase des Reformprozesses ist im Oktober 2007 mit dem Vertrag von Lissabon zu einem vorläufigen Ende gekommen.²⁶⁶ Diese Veränderungen der Bedingungen und Grundlagen der europäischen Integration berühren Grundfragen des europäischen Verfassungsrechts, die auch die Gerichte betreffen. So wird beispielsweise durch den Wegfall der Säulenstruktur mit dem Vertrag von Lissabon die Jurisdiktion des EuGH ausgeweitet.

Die Gerichtsbarkeit auf europäischer und nationaler Ebene stand allerdings nicht im Mittelpunkt des Reformprozesses. Weder der Vertrag über eine Verfassung für Europa, wie ihn 2002/2003 der Verfassungskonvent entworfen hat,²⁶⁷ noch die anschließenden Änderungen an diesem Verfassungsvertrag durch die Regierungskonferenz 2003/2004 noch der Vertrag von Lissabon von 2007 enthalten unmittelbare substantielle Neuerungen, die den EuGH oder die nationalen Gerichte betref-

²⁶⁵ Siehe nur die Beispiele für vorgebliche ausbrechende Rechtsakte oben (Fn. 128).

²⁶⁶ Der Vertrag von Lissabon bedarf noch der Ratifikation, er wird wohl nicht vor 2010 in Kraft treten.

²⁶⁷ Siehe CONV 850/03. Erst zu einem sehr späten Stadium wurde eine „Diskussionsrunde über den Gerichtshof“ (CIRCLE I) eingerichtet, wenn auch mit einem eher beschränkten Mandat, siehe CONV 543/03. Für den Schlussbericht siehe CIRCLE I WD 08.

fen. Gleichwohl haben die Kernthemen des Verfassungsprozesses auch mit der Gerichtsbarkeit in der EU zu tun (1.). Offene Fragen bleiben (2.).

1. Die Gerichte und die Kernthemen des Reformprozesses

Spätestens mit der dem Vertrag von Nizza von 2001 beigefügten „Erklärung zur Zukunft der Union“ war das Kompetenzthema als Dauerthema des Europäischen Verfassungsrechts ausgewiesen.²⁶⁸ Im weiteren Verlauf der Kompetenzdebatte wurde immer wieder auch über ein zusätzliches Kompetenzgericht nachgedacht,²⁶⁹ was sich aber nicht durchsetzen konnte. Die im Vertrag von Lissabon gewählte Lösung setzt vielmehr – ebenso wie bereits der Verfassungsvertrag – auf Kompetenzkategorien und eine verstärkte Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips, bei der auch die nationalen Parlamente eine Rolle spielen. Ob die wiederholten – so nicht berechtigten²⁷⁰ – Vorwürfe, der EuGH erfülle seine Aufgabe der Kompetenzkontrolle nicht, die Position des EuGH nachhaltig geschwächt haben, mit destabilisierenden Effekten für die gesamte europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, ist noch nicht abzusehen. Das Kompetenzthema ist aber ein Beispiel dafür, wie Verfassungsfragen, die an sich nicht unmittelbar mit den Gerichten zusammenhängen, mittelbar eben doch die Gerichte betreffen.

Die Reformdebatte um die Institutionen ist dafür ein weiteres Beispiel. Sollte etwa die Kommission aufgrund ihrer Zusammensetzung oder wegen der Verschiebungen im institutionellen Gefüge in Zukunft immer weniger in der Lage sein, ihre Aufgabe als Hüterin der Verträge zu erfüllen, dann hätte das insofern Auswirkungen auf die Rolle des EuGH, als dessen Verantwortung für die Verteidigung der supranationalen Originalität und Unabhängigkeit des Integrationsprojektes sich steigern würde. Die Unterscheidung von europäischer Legislative und Exekutive verleitet zu der Annahme, dass Gewaltenteilungsvorstellungen aus den Mitgliedstaaten auf die EU übertragbar sind. Dies ist nicht ohne weiteres der Fall. Die Judikative könnte sich als letzte verbleibende Institution erweisen, die die Grundidee der europäischen Integration der letzten fünf Jahrzehnte weiter verfolgt, nämlich die Vermittlung politischer Gegensätze durch das Recht und seine (vorgebliche) Rationalität.²⁷¹

²⁶⁸ In der Erklärung, die Grundlage für die folgenden Arbeiten am Verfassungsvertrag und damit auch am Vertrag von Lissabon war, hieß es, dass bei einer Vertragsreform „unter anderem“ die Frage zu behandeln sein wird, „wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten hergestellt und danach aufrechterhalten werden kann“.

²⁶⁹ Siehe oben Fn. 179 und Fn. 180; zusammenfassend U. Everling, *Quis custodiet custodes ipsos?*, *EuZW* 2002, S. 357; zur Debatte im Konvent CONV 286/02.

²⁷⁰ Siehe nur EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2000, I-8419; siehe auch Mayer (Fn. 186), S. 594 ff., sowie aus der Sicht einer EuGH-Richterin N. Colneric (Fn. 187).

²⁷¹ Die *Carpenter*-Entscheidung von Juli 2002 (Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279), in der der EuGH eindeutig jegliche Einschränkung ignorierte, die Art. 51 GR-Charta für seine ERT-Rechtsprechung bewirken könnte, scheint darauf hinzuweisen, dass es nicht einfach ist, den EuGH zu umgehen; I. Pernice/F.C. Mayer, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 199), nach Art. 6 EU, Rn. 32 ff.

Noch ein Beispiel für mögliche mittelbare Auswirkungen von institutionellen Veränderungen auf den EuGH und wahrscheinlich auch das eigentliche Kernthema der Reformversuche der letzten 15 Jahre ist die Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen im Ministerrat. Der Bezug zum EuGH bzw. zur europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich am Beispiel der Bananenmarktverordnung illustrieren.²⁷² Die im Rat gegen Deutschland verabschiedete Verordnung führte ausgerechnet in Deutschland zu massiven Grundrechtsproblemen. Allgemeiner formuliert: Mit einer Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen fallen die Regierungen im Ministerrat als Hüter bestimmter Belange aus. Soweit diese Belange verfassungsrechtlich hinreichend verdichtet sind (Beispiel Grundrechte), könnten die nationalen Verfassungs- und Obergerichte zunehmend in eine aktivistischere Rolle von Hütern dieser Belange gegenüber der EU gedrängt werden, wobei diese teilweise womöglich als integrationsfester nationaler Verfassungsbestand ausgewiesen werden können.

Hier kommt die weitere Verrechtlichung des Grundrechtsschutzes in der EU in den Blick. Durch einen Verweis in Art. 6 EUV-Liss. wird die Grundrechte-Charta mit dem Vertrag von Lissabon rechtlich verbindlich.²⁷³ Dies könnte mit einer höheren Sichtbarkeit der Divergenzen in der Kontrolldichte²⁷⁴ einhergehen.

Allgemeiner betrachtet könnte die Verbindlichkeit der Charta fundamentale Veränderungen gerade auch für den EuGH nach sich ziehen. Auch ohne eine Grundrechtsbeschwerde zum EuGH²⁷⁵ lässt sich über einen grundlegenden Paradigmenwechsel von der Wirtschaftsgemeinschaft zur Grundrechtsgemeinschaft nachdenken.²⁷⁶ Vereinzelt wird erwartet, dass sich die Grundrechtsverantwortung von der politisch gestaltenden zur rechtsprechenden Gewalt verschiebt und die rechtsprechende Gewalt „erneut in die Rolle eines Motors der Integration gedrängt“ wird (*Paul Kirchhof*).²⁷⁷ Nicht auszuschließen ist dabei eine Überforderung des EuGH.

2. Offene Fragen

Etlliche Fragen, die die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit betreffen, sind auch nach Verfassungsvertrag und Vertrag von Lissabon noch offen.²⁷⁸ Neben der

²⁷² Siehe dazu F. C. Mayer, Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte, *EuZW* 2000, S. 685.

²⁷³ Die Charta ist bisher lediglich eine feierliche Erklärung, siehe *ABl.* 2000 C 364, S. 1, bzw. in der Fassung des Lissaboner Vertrags *ABl.* 2007 C 303, S. 1.

²⁷⁴ Dazu M. Nettesheim, Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, *EuZW* 1995, S. 106; P. Selmer, Die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH, 1998, S. 133 ff.

²⁷⁵ Siehe oben Fn. 255.

²⁷⁶ Siehe A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, *JZ* 2001, S. 157.

²⁷⁷ Kirchhof (Fn. 222).

²⁷⁸ Zu der von der Verfassungsdiskussion weitgehend abgekoppelten, langjährigen Gerichtsreformdebatte siehe etwa J. H. H. Weiler, Epilogue: The Judicial Après Nice, in: G. de Búrca/J. H. H. Weiler (Hrsg.), *The European Court of Justice*, 2001, S. 215; U. Everling, Zur Fortbildung der Gerichtsbarkeit der Europäischen Gemeinschaften durch den Vertrag von Nizza, in: *FS Steinberger* (Fn. 112), S. 1103 ff. m.w.N.

oben bereits angesprochenen Problematik der Gemeinwohlbestimmung in einem komplementär verfassten Europa sind logistisch-infrastrukturelle Hindernisse für die Funktionsfähigkeit des EuGH in einer EU mit 27 und mehr Mitgliedern absehbar, mit möglichen mittelbaren Auswirkungen auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in der EU insgesamt. Dies betrifft die Sprachenfrage²⁷⁹ ebenso wie die Frage der nach Mitgliedstaaten ausgewogenen Zusammensetzung der Spruchkörper.

Allgemein fragt sich, ob im Reformprozess nicht zentrale Fragen des Europarechts zu Unrecht ausgeblendet worden sind: So wäre möglicherweise eine politische Entscheidung darüber mehr als fällig gewesen, welche Grenzen dem Binnenmarkt gesetzt werden. Dies betrifft nicht nur sozio-kulturelle Besonderheiten der Mitgliedstaaten, sondern auch gesellschaftliche Grundentscheidungen zum Verhältnis Markt-Hoheitsgewalt mit Blick auf soziale und andere Präferenzen. Die PreussenElektra-Entscheidung des EuGH illustriert am Beispiel Warenverkehrsfreiheit versus Umweltschutz, dass der Gerichtshof bei der Bestimmung dieser Grenzen trotz der Keck-Entscheidung aus dem Tritt zu kommen droht.²⁸⁰ Ein jüngeres Beispiel für die Tragweite der Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH, das gesellschaftliche Grundentscheidungen und die Konzeption der Grundfreiheiten (hier: Drittwirkung) betrifft, sind die Entscheidungen in den Rs. Viking und Laval.²⁸¹

Insgesamt ist die Betrachtung der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit eingebettet in den über die EU hinausreichenden Kontext der Konzeptualisierung von Hoheitsgewalt im Zeitalter der Globalisierung und Internationalisierung. Zwischen Mitgliedstaaten und EU aufgetretene Reibungsphänomene und Konfliktlinien wiederholen sich dort möglicherweise und können den EuGH gegenüber Gerichten jenseits der EU in eine ähnliche Position bringen, wie sie die nationalen obersten Gerichte gegenüber dem EuGH einnehmen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist hier zu nennen, der mit seiner Kontrolle auch gegenüber der EU²⁸² in einem weiten Sinne ebenfalls ein Element Europäischer Verfassungs-

²⁷⁹ Die steigende Zahl der Sprachen ist nicht nur ein logistisches Problem, sondern erhöht möglicherweise auch die Unschärfe von Urteilstexten, dazu I. Pernice/F. C. Mayer, in: Grabitz/Hilf (Fn. 199), Art. 220 EG, Rn. 86 ff.; siehe F. C. Mayer, *The Language of the European Constitution – Beyond Babel?*, in: A. Bodnar u. a. (Hrsg.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, 2003, S. 359; siehe auch ders., *Europäisches Sprachenverfassungsrecht*, *Der Staat* 44 (2005), S. 367.

²⁸⁰ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099; siehe zu den Grundfreiheiten auch T. Kingreen, in diesem Band.

²⁸¹ EuGH, Rs. C-438/05, *ITF (Viking Line)*, Slg. 2007, I-10779; Rs. C-341/05, *Laval*, Slg. 2007, I-11767.

²⁸² Siehe EGMR (GK), Nr. 45036/98, *Bosphorus/Irland*, NJW 2006, S. 197, wo eine Art Solange II-Formel im Hinblick auf die EU eingesetzt wird, allerdings mit der Möglichkeit einer Aktivierung der Kontrolle in jedem Einzelfall; siehe ferner EGMR (GK), Nr. 24833/94, *Matthews/Großbritannien*, EuGRZ 1999, S. 200; siehe auch EuGH, Rs. C-17/98, *Emesa Sugar*, Slg. 2000, I-665 (zum Recht, zu den Schlussanträgen des Generalanwaltes Stellung zu nehmen). Zu letzterem auch EGMR, Nr. 39594/98, *Kress/Frankreich*, ECHR 2001-VI; siehe ansonsten auch EGMR, Nr. 56672/00, *Senator Lines/15 EU Mitgliedstaaten*, EuGRZ 2000, S. 334; als Bestätigung der Entscheidungen EuG, T-191/98 R, *Senator Lines/Kommission*, Slg. 1999, II-2531, und EuGH, C-364/99 P (R), *Senator Lines/Kommission*, Slg. 1999,

gerichtsbarkeit ausmacht. Mit der Mitgliedschaft der EU im EMRK-System, wie sie durch den Vertrag von Lissabon ermöglicht wird (Art. 6 Abs. 2 EUV-Liss.), wird sich klären, ob EU-Akte dann immer noch nur ausnahmsweise vom EGMR untersucht werden.²⁸³

Daneben bestehen zahlreiche neue Grundfragen von der Frage nach der Einhegung neuer, bisher unbekannter Formen der Bedrohung individueller Freiheit durch wirtschaftliche Macht über die globalisierungsbedingten neuartigen Rechtsfragen des im Kampf gegen den Terror auch gegen Einzelne gerichteten VN-Rechts²⁸⁴ oder des Welthandelsrechts, bis zur Frage nach der Legitimation neuer Governance-Formen.²⁸⁵ Die Antworten auf diese Fragen werden sich auch auf Rolle und Funktion von nationalen oder supranationalen Gerichten auswirken.

IV. Zusammenfassung

Die Analyse der Konflikte zwischen den obersten Gerichten auf europäischer und auf mitgliedstaatlicher Ebene reicht über das Verhältnis zwischen diesen Gerichten hinaus: Aus der Betrachtung des Verhältnisses zwischen den Gerichten lassen sich allgemeinere Aussagen darüber ableiten, wie einzelne Mitgliedstaaten mit dem Spannungsverhältnis zwischen mitgliedstaatlicher Rechtsordnung und Unionsrechtsordnung umgehen und wo Problemstellen im Gesamtgefüge der europäischen Integration liegen. Über das Rechtliche hinaus reflektieren Gerichte auch Meinungs- und Stimmungsumschwünge über die europäische Integration in den verschiedenen Mitgliedstaaten.²⁸⁶ Auch insoweit sind Gegensätze und Konflikte zwischen Gerichten „Stellvertreterkonflikte“.

I-8733; Die EGMR-Verfahren wurden auf Grund der Entscheidung des EuGH in den verb. Rs. T-191/98 u.a., *Atlantic Container Line u.a./Kommission*, Slg. 2003, II-3275, nicht fortgesetzt. Wenn man die gegenseitigen Bezugnahmen in den Entscheidungen des EuGH und des EGMR sowie Entscheidungen wie die in *Dangeville/Frankreich* in den Blick nimmt (EGMR, Nr. 36677/97, *Dangeville/Frankreich*, ECHR 2002-III, der EGMR stellte sich hier auf die Seite des EuGH), dann scheint das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem EGMR in diesem Punkt durch Kooperation und gegenseitigen Respekt gekennzeichnet zu sein. Bemerkenswert ist, dass der EGMR schon vor dem EuGH Bezug auf die Grundrechte-Charta nahm, EGMR, Nr. 25680/94, I/Großbritannien, EGMR 2002-VI, § 80; Nr. 28957/95, *Goodwin/Großbritannien*, EGMR 2002-VI, § 10, unter Hinweis auf Art. 9 GR-Charta. Für das Verhältnis des EuGH zu den WTO-, 'Gerichten' siehe EuGH, Rs. C-377/02, *Van Parys*, Slg. 2005, I-1465.

²⁸³ Der EGMR stellt in der *Bosphorus*-Entscheidung (Nr. 45036/98, Fn. 282) bei der EU darauf ab, ob der EuGH einen der EMRK mindestens gleichwertigen Schutz gewährleistet – eine Testfrage, die beispielsweise dem BVerfG nicht gestellt wird.

²⁸⁴ Siehe nur EuGH, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi u.a./Rat und Kommission*, Slg. 2008, I-0000.

²⁸⁵ Siehe dazu J. Tully, *The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy*, *Modern Law Rev.* 65 (2002), S. 204 (209) m.w.N.; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Rev.* 65 (2002), S. 317.

²⁸⁶ J. H. H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, *JCMS* 35 (1997), S. 97 (107).

Das Verhältnis zwischen EuGH und nationalen obersten Gerichten kann insgesamt noch nicht als konsolidiert bezeichnet werden, es befindet sich aber auf dem Wege der Konsolidierung, hin zu einer komplementär angelegten europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Dabei deutet sich eine Richtung an, die sich mit Kooperation statt Kollision umschreiben lässt und gekennzeichnet ist von Ansätzen eines – teilweise sehr mittelbaren – Gesprächs zwischen den Gerichten um Fragen des Grundrechtsschutzes, des Vorrangs von Europarecht oder die Wahrung der mitgliedstaatlichen Verfassungsidentität, wobei je nach Mitgliedstaat Differenzierungen vorzunehmen sind.

Wie sich die Dinge nach der Erweiterung um 12 Mitgliedstaaten 2004/2007 und mit den durch den Vertrag von Lissabon erneuerten vertraglichen Grundlagen der europäischen Integration entwickeln werden, ist offen.²⁸⁷ Somit gilt in dieser Zeit des europäischen Umbruchs für das Verhältnis zwischen den Gerichten das gleiche, was auch für die gesamte europäische Integration unter den Bedingungen von 27 und mehr Mitgliedstaaten gilt: An einem Scheideweg stehend geht es darum, Erreichtes zu sichern und zu bewahren. Dafür Konzepte und Ideen anzubieten, ist auch und gerade eine Aufgabe für die Europäische Verfassungsrechtswissenschaft.

²⁸⁷ Soweit der Verfassungsvertrag bzw. der Vertrag von Lissabon Gegenstand mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichtsentscheidungen war bzw. sein wird, entwickelt sich mit diesen Entscheidungen das europäische Verfassungsrecht weiter. Die Verfahren zum Verfassungsvertrag vor dem BVerfG (2 BvR 839/05 und 2 BvE 2/05 – Gauweiler) sind nicht weiter verfolgt worden, siehe hier auch das slowakische Verfassungsgericht, Entscheidung v. 14.07.2005, Aufschiebung der Ratifikation, und das Tschechische Verfassungsgericht, Antrag des Präsidenten Vaclav Klaus v. 2.02.2005. Siehe ansonsten zum Verfassungsvertrag in Großbritannien Court of Appeal of England and Wales, *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Southall and Anor*, C.M.L.R. 3/2003, S. 562 (kein Referendum zum Verfassungsvertrag); in Frankreich Conseil constitutionnel, Entscheidung 2004/505 DC v. 19.11.2004, *Journal Officiel* 273 (2004), S. 19885 (dazu F.C. Mayer, *Europarecht als französisches Verfassungsrecht*, *EuR* 2004, S. 925), und in Spanien das Tribunal Constitucional, 6603/2004, Entscheidung 1/2004 v. 13.12.2004, C.M.L.R. 1/2005, S. 981 oder *EuR* 2005, S. 353 (siehe dazu Becker, Fn. 245). Zur Vereinbarkeit des Vertrags von Lissabon mit der französischen Verfassung siehe Conseil constitutionnel, Entscheidung 2007-560 DC v. 20.12.2007, *JO No.* 302 v. 29.12.2007, S. 21813 (deutsche Übersetzung unter www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560/index.htm (10.07.2008)), vgl. hier auch Mayer u.a. (Fn. 42). In Deutschland sind mehrere Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon vor dem BVerfG anhängig gemacht worden (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09).