

Christian Starck

Völkerrecht, Unionsrecht und nationales Verfassungsrecht

- I Einleitung: Normenhierarchie und Kompetenz
- II Völkerrechtliche Verträge und nationales Verfassungsrecht am Beispiel der EMRK
- III Supranationalität und Souveränität
- IV Hierarchie innerhalb des Unionsrechts
- V Nationale und unionale Grundrechte

I Einleitung: Normenhierarchie und Kompetenz

Die drei in der Übersicht genannten Rechtsordnungen stehen nicht im Verhältnis einer strengen Normenhierarchie. Das ist für das Völkerrecht und das nationale Verfassungsrecht allgemein bekannt. Die Hierarchie oder Stufenordnung von Normen ergibt sich regelmäßig aus einer Kompetenzordnung. Diese ist innerstaatlich durch Verfassungsrecht vorgegeben. Als Beispiel erwähne ich Art. 31 GG, der wie folgt lautet: „Bundesrecht bricht Landesrecht“. Auf den ersten Blick scheint dieser Artikel eine strenge Hierarchie des Bundesrechts über das Landesrecht zu normieren. Sieht man sich aber die Kompetenzvorschriften für die Gesetzgebung im Grundgesetz an, wird deutlich, dass es Landesrecht gibt, das von Bundesrecht nicht gebrochen werden kann, weil dem Bund die Gesetzgebungskompetenz fehlt. Würde der Bund auf dem Gebiet der Landesgesetzgebungskompetenz regeln, wären seine Gesetze mangels Gesetzgebungskompetenz nichtig. Es läge also gar kein Bundesrecht vor, das Landesrecht brechen könnte. Nur auf dem Gebiete der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 Abs. 1, 2, 74 GG) gilt – neuerdings von einigen Ausnahmen (Art. 72 Abs. 3 GG) abgesehen – der Satz: „Bundesrecht bricht Landesrecht.“ Innerhalb der Rechtsordnung des Bundes oder eines Landes gilt zwischen der Verfassung und den Gesetzen und diesen und Rechtsverordnungen als niederrangigem Recht eine strenge Hierarchie.

Rechtshierarchien in einem demokratischen Verfassungsstaat beruhen auf dem Vorrang der Verfassung *und* auf der demokratischen Ableitung der Staatsgewalt. Das unmittelbar demokratisch legitimierte Parlament erlässt die Gesetze, in deren Rahmen auf Grund Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 GG) Regierungsbehörden Rechtsverordnungen erlassen können. Im Verhältnis der Gesetzgebung von Bund und Ländern liegen gleichwertige demokratische Ableitungsverhältnisse vor, die nach Maßgabe der bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung aktualisiert werden.¹ Der

¹ BVerfGE 36, S. 342, 361 ff.; zum Verhältnis Bundesverfassungsrecht und Landesverfassungsrecht vgl. PETER BADURA, Supranationalität und Bundesstaatlichkeit durch Rangordnung des Rechts, in:

verfassungsändernde Bundesgesetzgeber kann in gewissen Grenzen (Art. 79 Abs. 3 GG) über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern disponieren, indem er das Grundgesetz ändert (Art. 79 Abs. 1, 2 GG). Soweit die Kompetenz des Bundes zur Verfassungsänderung reicht, ist der Bund den Ländern hierarchisch übergeordnet. Kompetenz bestimmt also über Hierarchie. Dies ist zugleich Ausdruck der Bundesstaatlichkeit, in der der Bund die Kompetenz-Kompetenz hat, die seine innerstaatliche Souveränität zum Ausdruck bringt.

Nun zu meinem Thema „Völkerrecht, Unionsrecht, nationales Verfassungsrecht“. Ich beginne – noch einleitend – mit einigen Klarstellungen zu den drei Rechtskategorien.

1. *Völkerrecht* ist das Recht der Staatengemeinschaft, das auf Verträgen und zu Recht erstarkter Gewohnheit beruht; hinzukommen „von den Kulturvölkern anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze“.² Dieses zwischen den Staaten – *inter nationes* – geltende Recht beruht also auf dem Übereinkommen der Staaten durch Vertrag, durch Handeln und durch gemeinsame Überzeugung. Rechtswahrende Instanzen sind Organe der Vereinten Nationen, die freilich das Recht selten durchsetzen können, und mit besserer Durchsetzungskraft regional-völkerrechtliche Einrichtungen wie z.B. der Europarat mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

2. *Unionsrecht* sind völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (primäres Europarecht) und das auf Grund dieser Verträge von den Organen der Europäischen Union gesetzte Recht (sekundäres Europarecht). Zwischen dem Vertragsrecht und dem von den Organen der Europäischen Union gesetzte Recht besteht, wie die Abstufung primäres und sekundäres Recht schon anzeigt, ein klares Hierarchieverhältnis. Das sekundäre Unionsrecht muss sich im Rahmen des Vertragsrechts halten, innerstaatlich vergleichbar dem Verhältnis von Verfassungsrecht und einfachem Recht. Dem Gerichtshof der Europäischen Union ist die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge übertragen (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV).

3. *Nationales Verfassungsrecht* als höchste innerstaatliche Rechtsquelle (Vorrang der Verfassung) ist maßgeblich für die Ausübung der Staatsgewalt nach innen und außen. So regelt es den Abschluss völkerrechtlicher Verträge (Art. 59 GG), die sich auch in Gestalt der die Europäische Union betreffenden Vertragsgesetze im Rahmen der Verfassung halten müssen.³ Völkerrechtliche Verträge haben normalerweise Gesetzesrang. Das bedeutet, dass die Regel *lex posterior derogat legi priori* Anwendung findet, also das neue Gesetz alte Verträge verdrängt. Unter Berücksichtigung

Christian Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, S. 112 ff.

² Vgl. Art. 38 Abs. 1 Statut des Internationalen Gerichtshofs.

³ BERND KEMPEN, in: Herrmann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 59 Rn. 98 ff.; DIETRICH RAUSCHNING, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 59 Rn. 103 ff. (Stand 2009).

dieser Regel muss der Gesetzgeber darauf achten, neue Gesetze im Einklang mit früher geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen zu halten oder im Wege der Verhandlung der Regierung mit dem Vertragspartner zu versuchen, den Vertrag der geplanten neuen Gesetzgebung anzupassen, damit innerstaatliches Recht und völkerrechtliche Verpflichtungen im Einklang bleiben.⁴

Art. 25 GG erklärt die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Bestandteil des Bundesrechts; sie gehen den Gesetzen vor. An dieser Hierarchie nehmen nur teil die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts und das Völkergewohnheitsrecht, soweit es allgemeine Regeln enthält.⁵

Für die Entwicklung der Europäischen Union sehen Art. 24 Abs. 1 GG und die 1992 ins Grundgesetz aufgenommene Spezialregelung des Art. 23 Abs. 1 vor, dass durch Gesetz Hoheitsrechte übertragen werden können. Soweit das Grundgesetz dadurch in seinem Inhalt geändert wird, gilt das Verfahren für Grundgesetzänderungen. Art. 23 Abs. 1 GG enthält ferner inhaltliche Schranken für die Übertragungsakte, bindet also den Gesetzgeber bei dem Abschluss entsprechender völkerrechtlicher Verträge. Die Wahrung des Verfassungsrechts obliegt dem Bundesverfassungsgericht.⁶

Nach diesen einführenden Überlegungen zu Normenhierarchie und Kompetenz möchte ich im Folgenden ins Detail gehen. Zunächst geht es um das Verhältnis von völkerrechtlichen Verträgen und nationalem Verfassungsrecht hauptsächlich am Beispiel der Europäischen Menschenrechtskonvention (II). Danach folgt ein Blick auf die Supranationalität, die durch völkerrechtlichen Vertrag souveräner Staaten begründet wird, wobei die Souveränität der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union einer besonderen Betrachtung bedarf (III). Der Sicherung der Souveränität der Mitgliedstaaten dient die strenge Normenhierarchie innerhalb des Rechts der Europäischen Union (IV). Am Schluss behandle ich das Verhältnis der nationalen zu den unionalen Grundrechten (V).

II Völkerrechtliche Verträge und nationales Verfassungsrecht am Beispiel der EMRK

Das Völkerrecht ist ein wichtiges Instrument der Staaten, um miteinander zu kooperieren. Normalerweise werden zu diesem Zweck Verträge geschlossen. Im Wiener

⁴ Zum Problem am Beispiel eines aktuellen Falles aus dem Steuerrecht vgl. eingehend MARCEL KRUMM, *Legislativer Völkerrechtsbruch im demokratischen Rechtsstaat*, AöR 138 (2013), S. 364 ff.

⁵ CHRISTIAN KOENIG, in: Herrmann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 25 Rn. 20 f.; HANS JOACHIM CREMER, § 235 *Allgemeine Regeln des Völkerrechts*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 11: *Internationale Bezüge*, 3. Aufl. 2013, Rn. 10-18; RUDOLF GEIGER, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 3. Aufl. 2002, S. 164 ff.

⁶ Siehe zuletzt etwa BVerfGE 123, S. 267 ff.

Übereinkommen über das Recht der Verträge⁷ wird Bezug genommen auf die Grundsätze der Vereinten Nationen (Präambel Art. 1, 2 UN-Charta), darunter die souveräne Gleichheit und Unabhängigkeit der Staaten, die Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten der Staaten, das Gewaltverbot sowie die allgemeine Achtung und Wahrung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle.

Nach deutschem Verfassungsrecht bedürfen völkerrechtliche Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaft in der Form des Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 GG). Der Völkerrecht schaffende Vertrag ist Ausdruck der Souveränität und Gleichheit der Staaten. Innerstaatlich ist nach deutschem Verfassungsrecht das direkt demokratisch legitimierte Parlament zuständig, den Souveränitätsakt zu beschließen, der dann vom Bundespräsidenten nach außen vollzogen wird (Art. 59 Abs. 1 Satz 2 GG). So wie eine Privatperson mit einer oder mehreren anderen Privatpersonen einen Vertrag schließt und damit Recht schafft, schließen auch Staaten miteinander Verträge als rechtliche Grundlage für Zusammenarbeit jedweder Art.

Der im regionalen Völkerrecht garantierte Schutz der Menschenrechte durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wirft ein Hierarchieproblem auf. Die Konvention als Völkervertragsrecht steht unter den Grundrechten des Grundgesetzes. Die Bundesrepublik hat sich aber verpflichtet, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) anzuerkennen (Art. 46 EMRK). Individuen können sich an den EGMR wenden, um deutsche Rechtsakte, die schon am Maßstab der deutschen Grundrechte kontrolliert worden sind, vom EGMR am Maßstab der EMRK überprüfen zu lassen.

In der letzten Zeit ist es in einem alle Gerichtsstufen durchgelaufenen Rechtsstreit zwischen der Prinzessin CAROLINE VON HANNOVER (geborene VON MONACO) zu der Situation gekommen, dass eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom EGMR als menschenrechtswidrig beurteilt worden ist. Es ging um eine Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, die der EGMR im Hinblick auf den Begriff „Person der Zeitgeschichte“, die Bewertung des Presseorgans und die örtliche Bestimmung der Privatsphäre anders vorgenommen hat als das Bundesverfassungsgericht.⁸ Das Hierarchieverhältnis zwischen Grundgesetz und EMRK als völkerrechtlicher Vertrag wird faktisch umgedreht. Deshalb wird in Deutschland, einem Land, in dem die EMRK den Rang eines einfachen Gesetzes hat, sorgfältig darauf geachtet, dass kein Gesetz oder Urteil gegen die Menschenrechte der EMRK in der Auslegung des EGMR verstößt.

⁷ Vom 23.5.1969, in Kraft getreten am 27.1.1980 (BGBl. 1985 II, S. 926).

⁸ Ausführlich siehe CHRISTIAN STARCK, Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen, JZ 2006, S. 76 ff. = DERS., Praxis der Verfassungsauslegung II, 2006, S. 85 ff.

Dazu hat das Bundesverfassungsgericht, ohne auf das Rangproblem ausdrücklich einzugehen, unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen ausgeführt: „Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen [...] die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.“⁹ Die Grundrechte des Grundgesetzes können ohne interpretatorische Schwierigkeiten so ausgelegt werden, dass sie im Einklang mit der EMRK stehen.¹⁰

Ein weiteres Beispiel stammt aus dem Familienrecht. 2003 hat das Bundesverfassungsgericht § 1626a BGB, der die gemeinsame elterliche Sorge für ein uneheliches Kind allein vom Willen der Mutter abhängig machte, nicht als gegen Art. 6 Abs. 2 GG verstoßend betrachtet.¹¹ Der EGMR hat 2009 in einem deutschen Fall¹² anders entschieden, gestützt weniger auf Art. 8 und 14 EMRK, die zum Elternrecht nichts sagen, sondern auf die Rechtsentwicklung in den anderen europäischen Staaten.¹³ Bei der Regelung der elterlichen Sorge bestehe zwar ein Beurteilungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber, der sich allerdings verenge, wenn ein allgemeiner europäischer Standard festgestellt werden könne. Im Anschluss an diese Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht 2010 den § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 GG und verfassungswidrig erklärt.¹⁴ In einem neuen, sehr ausführlich begründeten Interpretationsansatz gelangt das Bundesverfassungsgericht auf die Linie des EGMR.¹⁵

In diesem Fall mag das Ergebnis überzeugen. Aber grundsätzlich muss man fragen: Wie stellt der EGMR einen allgemeinen europäischen Standard fest? Wie kann begründet werden, dass dieser normativen Status bekommt? Nehmen wir ein anderes Beispiel: Das Bundesverfassungsgericht hat seit 1959 stets entschieden, dass Ehe im Sinne des Grundgesetzes die Verbindung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft ist,¹⁶ ein Strukturprinzip, das der Verfü-

⁹ BVerfGE 111, S. 307, 317 unter Bezugnahme auf BVerfGE 74, S. 358, 370; 83, S. 119, 128.

¹⁰ JOCHEN ABR. FROWEIN, § 180 Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7: Normativität und Schutz der Verfassung, Internationale Beziehungen, 1992, Rn. 7, 24 f.

¹¹ BVerfGE 107, S. 150, 169 f.

¹² EGMR, Urt. vom 03.12.2009, Nr. 22028/04 (Zaunegger), NJW 2010, S. 501.

¹³ Siehe die Liste in BVerfGE 127, S. 132, 139 f.

¹⁴ BVerfGE 127, S. 132, 145 f.

¹⁵ BVerfGE 127, S. 132, 146-162.

¹⁶ BVerfGE 10, S. 59, 66; 31, S. 58, 82; 49, S. 286, 300; 53, S. 224, 245; 105, S. 313, 345; 121, S. 175, 198; 131, S. 239, 259.

gungsgewalt des Gesetzgebers entzogen ist.¹⁷ Soll das anders werden, wenn der EGMR feststellen sollte, dass der Entwicklungsstand in anderen europäischen Staaten auch die gleichgeschlechtliche Gemeinschaft als Ehe anerkennt? Das Beispiel zeigt, dass es Grenzen für die Anpassung an tatsächliche europäische Standards gibt.

Art. 10 Abs. 2 der Spanischen Verfassung von 1978 fordert ausdrücklich: „Die Normen, die sich auf die in der Verfassung anerkannten Grundrechte und Grundfreiheiten beziehen, sind in Übereinstimmung mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den von Spanien ratifizierten internationalen Verträgen und Abkommen über diese Materien auszulegen.“¹⁸ Ähnlich lautet Art. 16 Abs. 2 der Portugiesischen Verfassung von 1976. In diesen Ländern ordnet die Verfassung selbst den Vorrang der völkerrechtlichen Menschenrechtserklärungen an, denen das Land beigetreten ist. Die zitierten Verfassungsvorschriften dürften sich aber wohl nur auf die normative Substanz der Erklärungen beziehen, nicht auf den Entwicklungsstand der Staaten, die der Menschenrechtskonvention beigetreten sind.

Daneben kann es zu einem rechtlich gesicherten Anwendungsvorrang der Freiheitsrechte der EMRK kommen, wenn der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Behörden überprüft und Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV¹⁹ als Rechtserkenntnisquelle heranzieht.²⁰ Ein Beitritt der Europäischen Union zur EMRK ist geplant. Der Entwurf eines entsprechenden Abkommens liegt vor.²¹

III Supranationalität und Souveränität

Die Kooperation zwischen Staaten kann so eng werden, dass zwischenstaatliche Einrichtungen gegründet werden. Schon in der ursprünglichen Fassung des Grundgesetzes von 1949 war in Art. 24 Abs. 1 vorgesehen, dass der Bund durch Gesetz Hoheits-

¹⁷ BVerfGE 63, S. 323, 330.

¹⁸ „Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.“

¹⁹ Diese lauten: Abs. 2: „Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei. Dieser Beitritt ändert nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union.“ Abs. 3: „Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

²⁰ HANS-JOACHIM CREMER, Kapitel 32: Entscheidung und Entscheidungswirkung, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 1763 f.

²¹ Siehe JÖRG POLAKIEWICZ, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, EUGRZ 2013, S. 472 ff.

rechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen kann.²² Damit wurde der Weg geebnet von der Kooperation zur Integration, von der Internationalität zur Supranationalität. Supranationalität bedeutet, dass der Staat Hoheitsgewalt überträgt und der supranationale Hoheitsträger in den Vertragsstaaten, d.h. auch in Deutschland, unmittelbar wirksame Hoheitsakte erlassen kann. Die Einräumung von Hoheitsbefugnissen an supranationale Einrichtungen hat zur Folge, dass deren Wahrnehmung im Einzelnen nicht mehr stets vom Willen des Mitgliedstaates allein abhängt.

Die Hoheitsrechte werden durch Gesetz übertragen. Dieser *organisatorische Gesetzesvorbehalt* setzt voraus, dass Inhalt und Ausmaß der übertragenen Hoheitsrechte bestimmt sind.²³ Da der Akt der Hoheitsübertragung eine neue Hierarchie begründet, dem übertragenden Parlament Kompetenzen entzieht und beim Erlass von Richtlinien durch Organe der Europäischen Union (Art. 288 Abs. 3 AEUV) den Bundestag zur ausführenden Gesetzgebung verpflichtet, ist eine *hinreichende Bestimmtheit* der Hoheitsübertragung notwendig. Dies leuchtet besonders in Fällen ein, in denen Rechtsakte durch Mehrheitsentscheidung in den Unionsorganen erlassen werden.²⁴

Der 1992 neugefasste Art. 23 GG ist eine Sondervorschrift für die europäische Integration, die auf der Grundlage des Art. 24 GG (der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen) schon weit fortgeschritten war. Das Ziel ist nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG die Verwirklichung eines vereinten Europas. In der Präambel des Grundgesetzes heißt es schon in der ursprünglichen Fassung: „von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“.²⁵ Um dieses Ziel zu erreichen, soll Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mitwirken, „die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätze und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“ (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG). Zur Erreichung des Zieles der Integration kann der Bund durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG).

Grundlage der Europäischen Union sind völkerrechtliche Verträge. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union behalten ihre Souveränität, die Ausdruck der Selbstbestimmung des jeweiligen Staatsvolkes ist. Die Mitgliedstaaten bleiben „Herren der Verträge“, wie das Bundesverfassungsgericht nicht müde wird zu betonen.²⁶ Das ist im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts in aller Deutlichkeit zum Aus-

²² KLAUS VOGEL, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

²³ BVerfGE 89, S. 155, 183-188; 123, S. 267, 355; 134, S. 366, 395.

²⁴ CLAUS DIETER CLASSEN, in: Herrmann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 24 Rn. 9 f.

²⁵ Siehe dazu CHRISTIAN STARCK, in: Herrmann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Präambel Rn. 40 ff.

²⁶ So BVerfGE 123, S. 267, 349 in ständiger Rechtsprechung; vgl. BVerfGE 75, S. 223, 242; 89, S. 155, 200 (vom Willen der Vertragspartner getragen). Vgl. auch BADURA (Anm. 1), S. 116.

druck gebracht²⁷ und in den Leitsätzen zusammengefasst:²⁸ Die Europäische Union ist ein auf Dauer angelegter Staaten(ver)bund „souverän bleibender Staaten“, eine „Vertragsunion souveräner Staaten“, die weiterhin verantwortlich sind für „die politische Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“, für die Lebensumstände der Bürger, vor allem für den grundrechtlich geschützten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit. Weiter nennt das Gericht solche politischen Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind. Dazu dürfte auch die Mentalität der Bevölkerung gehören, über deren Berücksichtigung beim Erlass von Gesetzen uns die Gesetzgebungslehre Auskunft gibt.

Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) hat in der deutschen und ausländischen Literatur und Rechtsprechung zu einigen Verwirrungen geführt: So spricht das tschechische Verfassungsgericht von einer Aufteilung der Souveränität, vom „concept of shared – ‚pooled‘ – sovereignty [...] which is difficult to classify in political science categories“.²⁹ Einige meinen, die Souveränität als staats- und völkerrechtlicher Begriff sei obsolet geworden,³⁰ andere plädieren für eine föderative Gemeinschaftssouveränität.³¹ Ebenso unangemessen ist es, eine Schwebelage der Souveränität anzunehmen.³² Dagegen hat sich das Bundesverfassungsgericht gewandt, indem es mehrfach die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge bezeichnet hat.³³

²⁷ BVerfGE 123, S. 267, 339 ff.

²⁸ BVerfGE 123, S. 267 f.

²⁹ Zitiert nach ISABEL LEY, Brünn betreibt die Parlamentarisierung des Primärrechts, JZ 2000, S. 165.

³⁰ HANS-PETER IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 101; DERS., § 181 Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7: Normativität und Schutz der Verfassung, Internationale Beziehungen, 1992, Rn. 19; ERHARD DENNINGER, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, JZ 2000, S. 1121, 1125; JULIANE KOKOTT, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDStRL 63 (2002), S. 7, 21 ff.

³¹ HORST DREIER, Art. Souveränität, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 4, 7. Aufl. 1988, Sp. 1208; ULRICH EVERLING, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europaartikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, S. 936, 942 f.

³² IPSEN, § 181 (Anm. 30), Rn. 19; CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Die Europäische Union als Bund, AöR 129 (2004), S. 81, 104 ff. auf der Grundlage der Bundestheorie von CARL SCHMITT, Verfassungslehre, 1928, S. 363, 372 ff., der „substanzielle Gleichartigkeit“ und „seinsmäßige Übereinstimmung“ der Gliedstaaten voraussetzt (S. 376); SCHMITT schwebt bei seinen Ausführungen das 1871 gegründete Deutsche Reich, ein Bundesstaat, vor; weitere Angaben zur Literatur bei CHRISTIAN STARCK, Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union, in: Klaus Dicke u.a. (Hrsg.), Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost Delbrück, 2005, S. 722 f., Fn. 36-38.

³³ BVerfGE 123, S. 267, 349 f.; CLAUDIUS DIETER CLASSEN, in: Herrmann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 23 Rn. 3; anders INGOLF PERNICE, in: Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 36 jeweils mit weiteren Nachweisen.

Man muss sich von der Vorstellung freimachen, dass die Übertragung von Hoheitsrechten auf eine supranationale Union dem Staat, der die Übertragung durch völkerrechtlichen Vertrag vornimmt, die Souveränität ganz oder zum Teil entzieht, also der Staat, der Akteur ist, auf die Souveränität verzichtet. Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages, der den Staat rechtlich bindet, ist ein Akt der Souveränität. Ebenso wenig wie ich auf meine Freiheit verzichte, wenn ich in einen Verein oder eine Handelsgesellschaft eintrete und dort Bindungen unterliege, verzichtet der Staat auf seine Souveränität, wenn er Hoheitsrechte, besser Kompetenzen³⁴ oder Befugnisse³⁵ zur gemeinsamen Ausübung an eine supranationale Union überträgt, selbst wenn es sich um viele und wichtige Hoheitsrechte handelt.

Die Europäische Union beruht immer noch auf dem demokratisch legitimierten Willen der Mitgliedstaaten. Deren fortbestehende Souveränität³⁶ erweist sich auch in dem Recht, aus der Europäischen Union auszutreten (vgl. Art. 50 EUV). Wie sollte ein Staat nach Aufgabe seiner Souveränität noch fähig sein, aus der Europäischen Union auszutreten? Wenn Souveränität geteilt wäre oder sich in Schwebelage befände, gäbe es keine souveränen Staaten mehr, die völkerrechtliche Verträge über die weitere Übertragung von Hoheitsrechten, über Neuzuschneidung bereits übertragener Hoheitsrechte oder über die Rücknahme einzelner Hoheitsrechte³⁷ abschließen könnten. Das würde zugleich bedeuten: Verabschiedung von Völkerrecht als Grundlage der europäischen Integration und Übergang in ein dynamisches Europarecht, das in ein europäisches Bundesstaatsrecht einmünden soll.

Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht 2009 im Lissabon-Urteil zum Souveränitätsverständnis des Grundgesetzes zutreffend gesagt:³⁸ Souveräne Staatlichkeit sei völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit. Souveräne Staatlichkeit stehe für einen befriedeten Raum und die darin gewährleistete Ordnung auf Grund individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht hebt hervor, dass das Grundgesetz eine europäische Integration und eine internationale Friedensordnung anstrebe. Wörtlich heißt es dann weiter:

Das Grundgesetz ermächtigt den Gesetzgeber zwar zu einer weitreichenden Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union, die Ermächtigung steht aber unter der Bedingung, dass

³⁴ So Art. 88-1 Französische Verfassung.

³⁵ Beschlussrechte Kap. X § 5 Schwedische Verfassung.

³⁶ HELMUT STEINBERGER, Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft, VVD-StRL 50 (1991), S. 9, 16 f.; THOMAS SCHMITZ, Die Integration in der Supranationalen Union, 2001, S. 237 ff.; CHRISTIAN HILLGRUBER, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, S. 1072, 1077 ff.; DERS., § 32 Der Nationalstaat in übernationaler Verflechtung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, Rn. 61-74; ALBRECHT RANDELZHOFFER, § 17 Staatsgewalt und Souveränität, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, Rn. 33 f.

³⁷ BVerfGE 123, S. 267, 350: Integrationschritte müssen durch den Übertragungsakt sachlich beschränkt und prinzipiell widerruflich sein.

³⁸ BVerfGE 123, S. 267, 346 f.

dabei die souveräne Verfassungsstaatlichkeit auf der Grundlage eines Integrationsprogramms nach dem Prinzip der *begrenzten Einzelermächtigung* und unter Achtung der *verfassungsrechtlichen Identität* als Mitgliedstaaten gewahrt bleibt und zugleich die Mitgliedstaaten ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht verlieren.³⁹

Das wird in der Praxis durch Kooperation zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof gesichert, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont hat. In seinem Vorlagebeschluss an den Europäischen Gerichtshof, betreffend die Europäische Zentralbank, vom 14. Januar 2014 ist dieses Kooperationsverhältnis wie folgt umschrieben worden: „Im Rahmen des bestehenden Kooperationsverhältnisses obliegt dem Gerichtshof die Auslegung der Maßnahme. Dem Bundesverfassungsgericht obliegt demgegenüber die Feststellung des unantastbaren Kernbestandes der Verfassungsidentität und die Prüfung, ob die Maßnahme (in der vom Gerichtshof festgestellten Auslegung) in diesen Kernbestand eingreift.“⁴⁰ Damit hat das Bundesverfassungsgericht das letzte Wort über die Gültigkeit von Rechtsakten der Organe der Europäischen Union in Bezug auf Deutschland. Im konkreten Fall wird der Europäische Gerichtshof die Maßnahmen der Europäischen Zentralbank genau auf Ihre Vereinbarkeit mit den Kompetenzen der Bank prüfen müssen. In der Auslegung des Gerichtshofs werden die Maßnahmen dann vom Bundesverfassungsgericht an den von ihm genannten Maßstäben überprüft.

Zur Grenze der Ermächtigung des Art. 23 Abs. Satz 1 GG sagt das Bundesverfassungsgericht: „Das Grundgesetz ermächtigt die für Deutschland handelnden Organe nicht, durch einen Eintritt in einen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität aufzugeben. Dieser Schritt ist wegen der mit ihm verbundenen unwiderruflichen Souveränitätsübertragung auf ein neues Legitimationssubjekt allein dem unmittelbar erklärten Willen des Deutschen Volkes vorbehalten.“⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht betont, dass einzelne Hoheitsrechte nur definiert übertragen werden dürfen. Eine Übertragung derart, dass daraus weitere Zuständigkeiten für die Europäische Union abgeleitet werden können, sei verfassungswidrig. Insbesondere sei die Übertragung oder Inanspruchnahme einer Kompetenz-Kompetenz⁴² untersagt. Diese Grundsätze sind *spiegelbildlich* auch in den Verträgen normiert: begrenzte Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV), Pflicht der Europäischen Union, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu wahren (Art. 4 Abs. 3 EUV).

³⁹ BVerfGE 123, S. 267, 347 (Hervorhebungen durch Verf.).

⁴⁰ BVerfGE 134, S. 366, 385.

⁴¹ BVerfGE 123, S. 267, 347 f.

⁴² Dazu eine Kette von Entscheidungen: BVerfGE 58, S. 1, 37; 89, S. 155, 187; 192, S. 199; 104, S. 151, 210; 123, S. 267, 349; 132, S. 195, 238 f.

IV Hierarchie innerhalb des Unionsrechts

Damit sind wir beim Vorrang des primären Unionsrechts (Völkerrechts) vor dem sekundären Unionsrecht angelangt. Die Organe der Europäischen Union, d.h. das Europäische Parlament, der Europäische Rat, der Rat, die Kommission, der Gerichtshof (Art. 13 ff. EUV) verdanken ihre Existenz den völkerrechtlichen Verträgen zur Gründung der Europäischen Union und sind in ihren Tätigkeiten an die vertraglich festgelegten Aufgaben und Befugnisse gebunden. Hieraus folgt eine strenge Hierarchie. Gleichwohl nehmen die Organe der Union unter Einschluss des Gerichtshofs Kompetenzerweiterungen durch Rechtsfortbildung vor unter Berufung auf die *implied-powers*-Doktrin und die *effet-utile*-Regel des Vertragsvölkerrechts. Das Bundesverfassungsgericht nimmt dies zur Kenntnis,⁴³ warnt aber vor einem schleichenden Übergang der Integrationsverantwortung auf Organe der Europäischen Union, vor allem durch den Europäischen Gerichtshof, der früher als Motor der Integration galt.⁴⁴

Die Integration kann ihre Dynamik nicht von innen her entfalten, sondern ist auf integrative Schritte der Mitgliedstaaten, der „Herren der Verträge“, angewiesen. *Implied powers* muss sich im Rahmen der begrenzten Einzelermächtigung halten. Alles andere ist Kompetenzanmaßung. Entsprechendes gilt für den *effet utile*, der keine Kompetenzoptimierungsklausel ist. *Effet utile* kann bei der Auslegung einer begrenzten Einzelermächtigung nur insofern Geltung beanspruchen, als anderenfalls die Auslegung einer Ermächtigung diese praktisch bedeutungslos machen würde.⁴⁵ Ich zitiere hierzu einen Satz von GÄRDITZ und HILLGRUBER: „Eine ausdehnende Auslegung einer (begrenzten) Unionskompetenz, die ausschließlich mit der damit angeblich verbundenen nützlichen Integrationswirkung („*effet utile*“) gerechtfertigt wird, begründet [...] geradezu die Vermutung einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung.“⁴⁶

Im Zusammenhang mit *implied powers* und *effet utile* steht Art. 352 AEUV, der eine Kompetenzergänzungsklausel enthält, die im Gegensatz zur Vorgängernorm des Art. 308 EGV, die eine vertragsimmanente Fortentwicklung des Unionsrechts nur auf Zielverwirklichungen im Rahmen des gemeinsamen Marktes beschränkt war,⁴⁷ alle Politikbereiche der Verträge umfasst (Ausnahme: Außen- und Sicherheitspolitik, Art. 352 Abs. 4 AEUV). Das Bundesverfassungsgericht sieht darin eine Blankettermächtigung, die eine substantielle Vertragsänderung ermögliche, ohne dass die mit-

⁴³ BVerfGE 123, S. 267, 351 f.

⁴⁴ Siehe mit weiteren Angaben KONRAD WALTER, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 258 f.; kritisch auch RUDOLF STREINZ, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 164, 566.

⁴⁵ MICHAEL POTACS, *Effet utile* als Auslegungsgrundsatz, EuR 44 (2009), S. 465, 474 ff.

⁴⁶ KLAUS FERDINAND GÄRDITZ/CHRISTIAN HILLGRUBER, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen. Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, S. 872, 877.

⁴⁷ So BVerfGE 123, S. 267, 394 im Anschluss an THOMAS OPPERMAN, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 68.

gliedstaatlichen Parlamente zustimmen und kommt zu dem Ergebnis: Der deutsche Vertreter im Rat darf die förmliche Zustimmung zu einem entsprechenden Rechtssetzungsvorschlag der Kommission für die Bundesrepublik Deutschland nicht erklären, solange Bundestag und Bundesrat nicht gemäß Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 ratifiziert haben.⁴⁸

Hier stellt sich die Frage nach Hierarchie und Kompetenz so deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf frühere eigene Rechtsprechung von „Grenzüberschreitungen bei der Inanspruchnahme der Zuständigkeiten der Europäischen Union“ spricht und konsequent für sich die *ultra-vires*-Kontrolle in Anspruch nimmt:

Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 EUV) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.⁴⁹

Das bedeutet für die Frage nach Hierarchie und Kompetenz, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur Kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung gilt. Es liegt also ein relativer Vorrang vor, der nur *im Rahmen* übertragener *Kompetenzen* gilt. Der verfassungsrechtlich ermächtigte gesetzliche Übertragungsakt steht hierarchisch über dem von den Organen der Europäischen Union gesetzten Recht. Denn die Europäische Union ist kein Bundesstaat, der über eine Kompetenz-Kompetenz verfügt.

Die Kompetenz begründenden völkerrechtlichen Verträge sind Maßstäbe für die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, der selbst durch die Verträge geschaffen und mit Kompetenzen begabt worden ist. Der Gemeinschaft ist durch den EWG-Vertrag nicht eine Rechtsprechungsgewalt zur unbegrenzten Kompetenzerweiterung übertragen worden, sagt das Bundesverfassungsgericht schon 1987.⁵⁰ „Ausbrechende Rechtsakte“ der Kommission oder des Parlaments könnte und müsste der Gerichtshof also in einem bei ihm angestregten Verfahren feststellen und für rechtswidrig erklären. Tut er es nicht, muss er sich gefallen lassen, dass dies das Bundesverfassungsgericht tut mit der Folge, dass entsprechende Akte der Europäischen Union in Deutschland nicht anwendbar sind. Diese verfassungsrechtlich begründete Prüfungskompetenz, die der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) nicht widersprechen, ist erforderlich, um die „anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Staatlichkeit der Mitglieder bei fortschreitender Integration“

⁴⁸ BVerfGE 123, S. 267, 395.

⁴⁹ BVerfGE 58, S. 1, 30 f.; 75, S. 223, 235, 242; 89, S. 155, 188 („ausbrechender Rechtsakt“).

⁵⁰ BVerfGE 75, S. 223, 242.

zu wahren⁵¹ und die Mitgliedstaaten davor zu bewahren, allmählich in einen europäischen Bundesstaat hineinzugleiten.

Das Bundesverfassungsgericht hat 2010 noch einmal festgestellt, dass das Unionsrecht von der vertraglichen Übertragung und Ermächtigung abhängig bleibt.⁵² Die Unionsorgane unter Einschluss des EuGH bleiben somit für die Erweiterung ihrer Befugnisse auf Vertragsänderungen angewiesen, die die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Bestimmungen vornehmen und verantworten. Das Bundesverfassungsgericht sieht zwar die Gefahr, dass *ultra-vires*-Kontrollen nationaler Verfassungsgerichte den Anwendungsvorrang des Unionsrechts gefährden könnten, aber auch die Gefahr der vertragswidrigen Kompetenzerweiterung. Eine europafreundliche *ultra-vires*-Kontrolle verlange deshalb die Feststellung einer offensichtlich kompetenzwidrigen Handlung der Europäischen Union, die zudem noch erheblich ins Gewicht fällt, wozu mehrere deutsche Staatsrechtslehrer zitiert werden. Zutreffend schränkt das Bundesverfassungsgericht die Kompetenz des EuGH zur Rechtsfortbildung ein auf die Ausfüllung von vertraglich vorgesehenen Programmen, die Schließung von Lücken und die Auflösung von Wertungswidersprüchen. Verboten seien neue politische Grundentscheidungen und strukturelle Kompetenzverschiebungen.⁵³

Das Bundesverfassungsgericht weist auf die verschiedenen Verfahrensarten hin, in denen es seine Kontrollfunktion ausüben kann.⁵⁴ Interessant ist der Vorschlag des Gerichts, eine zusätzliche Verfahrensart zu schaffen, die speziell auf *ultra-vires*-Kontrolle und Identitätskontrolle zugeschnitten ist. Die Einführung einer solchen neuen Verfahrensart hätte in Richtung auf die Unionsorgane, besonders den EuGH, eine wichtige Signalwirkung; schon die entsprechende Erwägung des Bundesverfassungsgerichts ist eine deutliche Warnung.

V Nationale und unionale Grundrechte

Die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sind in den folgenden Garantien enthalten: freier Warenverkehr (Art. 28 ff. AEUV), Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 ff. AEUV), Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV), freier Dienstleistungsverkehr (Art. 56 ff. AEUV) und freier Kapital- und Zahlungsverkehr (Art. 63 ff. AEUV). Diese

⁵¹ BVerfGE 123, S. 267, 354 unter Hinweis auf BVerfGE 113, S. 273, 296; so auch für erhebliche und krasse Kompetenzüberschreitungen JULIANE KOKOTT, Deutschland im Rahmen der Europäischen Union, AöR 119 (1994), S. 207, 233; JOSEF ISENSEE, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsverbote, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 1239, 1255 f.; anderer Ansicht THOMAS SCHMITZ, Integration in der Supranationalen Union, 2001, S. 285 ff., wonach das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten den Entscheidungen des EuGH ohne Einschränkungen unterworfen sein soll.

⁵² BVerfGE 126, S. 286, 302; auch zum Folgenden, S. 303-307.

⁵³ BVerfGE 126, S. 286, 306.

⁵⁴ BVerfGE 123, S. 267, 354 f.

Grundfreiheiten sind zunächst Gleichheitsrechte in dem Sinne, dass beim Vorliegen grenzüberschreitender Sachverhalte Angehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit den eigenen Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaates gleichgestellt werden müssen. Die genannten Grundfreiheiten besagen z.B., dass Bier, das nicht dem deutschen Reinheitsgebot entspricht, aus einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland eingeführt werden darf⁵⁵ und dass jemand mit dem Befähigungsnachweis eines anderen Mitgliedstaates in Deutschland den betreffenden Beruf ausüben darf. Die Grundfreiheiten können dazu führen, dass Deutsche benachteiligt werden.

Darüber hinaus wirken die Grundfreiheiten des Unionsrechts inzwischen als echte Freiheitsrechte, zu denen sie sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach und nach entwickelt haben.⁵⁶ Das bedeutet eine unionsrechtliche Einflussnahme auf das deutsche Recht, indem unterschiedslos auf Inländer und Ausländer anwendbare Vorschriften auf ihre Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip geprüft werden. Die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs ist nicht mehr nur vertragskonform gleichheitsrechtlich, sondern auch freiheitsrechtlich orientiert, wie ein Zitat aus der Gebhard-Entscheidung belegt: Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebe sich, „dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden [1], sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein [2], sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten [3], und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Zieles erforderlich ist [4].“⁵⁷

Diese Aussage bedeutet, dass innerstaatliche Verhältnismäßigkeitsprüfungen vom Europäischen Gerichtshof in grenzüberschreitenden Fällen eigenständig überprüft werden und das Ergebnis der Prüfung in Konflikt mit der nationalrechtlichen Lösung geraten kann.⁵⁸ Da die unionsrechtlichen Grundfreiheiten dazu dienen sollen, die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten mit den Staatsangehörigen gleichzustellen, muss der Europäische Gerichtshof bei einer Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen die dahinter stehende Politik des betreffenden Staates berücksichtigen, so z.B. die Gesundheitspolitik, wofür die Mitgliedstaaten zuständig sind und die Union nur ergänzende Maßnahmen treffen darf. Eine Harmonisierung ist in Art. 168 Abs. 5 AEUV ausdrücklich ausgeschlossen. Es geht hierbei wieder um Kompetenzprobleme.

⁵⁵ EuGH Slg. 1987, S. 1227.

⁵⁶ EuGH Slg. 1974, S. 837 (Dassonville); Slg. 1984, S. 2971 (Klopp); Slg. 1995, I-4165 (Gebhard).

⁵⁷ EuGH Slg. 1995, I-4165 (Gebhard), Rn. 37.

⁵⁸ Beispiel bei CHRISTIAN STARCK, *Rechtliche Bewertung der Niederlassungsfreiheit und des Fremdbesitzverbots im Apothekenrecht*, 2007, S. 17 ff., 40 ff.

Die Europäische Union übt öffentliche Gewalt aus, die ihr von den Mitgliedstaaten übertragen worden ist. Öffentliche Gewalt darf nach deutschem Verfassungsrecht nur übertragen werden, wenn Grundrechtsbindung besteht.⁵⁹ Als gemeinschaftsrechtliche Grundrechte galten auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁶⁰ die Menschenwürde, die Unversehrtheit der Person, die Achtung des Privat- und Familienlebens, die Unverletzlichkeit der Wohnung, der Schutz der Vertraulichkeit des anwaltlichen Schriftverkehrs, das Arztgeheimnis und das Geheimnis der persönlichen Daten, die Religionsfreiheit und die Freizügigkeit. Weiter noch: Kommunikationsgrundrecht, Berufsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, Eigentumsgrundrecht, Gleichheitsrechte und Verfahrensgrundrechte.

Die im Jahre 2000 in Nizza proklamierte und 2009 in Kraft getretene Grundrechtecharta der Europäischen Union (GrChEU) fasst die den Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundrechtsvorstellungen zusammen.⁶¹ Sie gilt gleichrangig mit den völkerrechtlichen Verträgen über die Europäische Union (Art. 6 Abs. 1 § 1 EUV). Durch die Bestimmungen der Charta werden die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert (Art. 6 Abs. 1 § 2 EUV, Art. 51 Abs. 1 GrChEU). Die Grundrechte der Charta binden die Organe der Europäischen Union und die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des Rechts der Union (Art. 51 Abs. 1 GrChEU). Bei der Anwendung der Unionsgrundrechte dürfen Kompetenzen der Mitgliedstaaten nicht berührt werden.

Damit bin ich am Ende meiner Darlegungen. Ich habe versucht, deutlich zu machen,

- dass man sich über Normenhierarchien immer nur auf der Grundlage einer Kompetenzordnung verständigen kann,
- dass Integration einen substanziellen Schritt weitergeht als Kooperation,
- dass aber Integration noch keine neue Staatlichkeit begründet.

⁵⁹ BVerfGE 37, S. 271, 280 f.; 58, S. 1, 30 f.; 73, S. 339, 376; 89, S. 155, 174 f.

⁶⁰ Vgl. HANS-WERNER RENGELING, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1992.

⁶¹ THOMAS SCHMITZ, Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht, JZ 2001, S. 833 ff.

Diskussion zum Vortrag von Christian Starck

Leitung: CHRISTOPH LINK

LINK:

Vielen Dank, Herr Starck. Sie haben uns wieder das Gewissen geschärft. Wir sehen ja doch, dass diese von Ihnen mit Recht festgehaltenen Grundsätze, vor allem derjenige, dass die Kompetenz über die Hierarchie bestimmt, nicht ganz das Verständnis des EuGH treffen, um es zurückhaltend zu sagen. Und die Frage, ob das BVerfG nur knurrt oder auch beißt, all das wird uns in der Diskussion beschäftigen. Bitte, Herr Hillgruber.

HILLGRUBER:

Herr Starck, ich würde gerne anknüpfen an Ihre Bemerkungen zum Verhältnis des Grundgesetzes zur EMRK. Sie haben das mit Recht als problematisch beschrieben und dabei im Wesentlichen darauf abgestellt, dass deutsche Fachgerichte und auch das BVerfG in all ihrer Weisheit, die ihnen eigen ist, schlecht voraussehen können, wie eine Abwägung in einem konkreten Einzelfall durch den EGMR erfolgen wird, und dass sich daher Friktionen ergeben können. Ich denke aber, man muss noch sehr viel grundsätzlicher ansetzen und fragen, ob die Rechtsprechung des BVerfG zu diesem Verhältnis von EMRK und Grundgesetz überhaupt zu überzeugen vermag.

Der Ausgangspunkt des BVerfG ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 59 Abs. 2 GG, nämlich dass die EMRK in der Bundesrepublik Deutschland nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, nämlich des Zustimmungsgesetzes zu ihr, hat. Vor diesem Hintergrund muss es aber überraschen, dass das BVerfG seit dem Beginn der 1980er Jahre die Auffassung vertreten hat, die EMRK könne Auslegungshilfe bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes und des Rechtsstaatsprinzips sein. Herkömmlicher Normenhierarchie würde es nicht entsprechen, höherrangiges Recht im Lichte einfachen Rechts zu interpretieren. Das würde die Normenhierarchie geradezu auf den Kopf stellen. Das BVerfG ist lange Zeit jede Begründung für diese These schuldig geblieben und hat dann in der Görgülü-Entscheidung eine Bestimmung des Grundgesetzes gestreift, die – wenn überhaupt – die einzige sein kann, die – und das ist notwendig für diese These – die EMRK über den einfachen Rang eines Bundesgesetzes doch hinaushebt, hochzont auf die Verfassungsebene, und das soll Art. 1 Abs. 2 GG sein. Nun ist das eine Bestimmung, die Sie ebenso wie ich kommentieren. Und wir sind uns auch da, wie in vielen anderen Fragen des Verhältnisses von nationalem Recht zu Europa- und Völkerrecht, einig: Die Annahme, dass das Bekenntnis des deutschen Volkes zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft und des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt eine – sei es auch nur indirekte – Bezugnahme auf die EMRK darstellen könnte, ist einigermaßen abwegig.

Die EMRK ist selbst in ihren frühesten Entwurfsstadien erst zu einem Zeitpunkt konzipiert worden, als das Grundgesetz bereits in Kraft getreten war – auch wenn jüngst auf der letzten Staatsrechtslehrertagung kühnerweise das Gegenteil behauptet worden ist. Also, diese Bezugnahme ist geradezu abwegig; es geht vielmehr – so haben Sie es auch dargestellt –, darum, dass das deutsche Volk sich nach der schrecklichen Unrechts- und Willkürherrschaft, Gewaltherrschaft des Nationalsozialismus wieder zur europäisch-atlantischen Menschenrechtsidee bekennt; deswegen auch „unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte“ – ganz unbestimmt, ohne bestimmten Artikel, das ist das Bekenntnis zu dieser Idee.

Ich glaube – das ist mein zweiter, kurzer Punkt –, dass damit auch keine Friktionen verbunden wären. So richtig es ist, dass Deutschland seine völkerrechtlichen Verpflichtungen einhalten muss, dass die EMRK beachtet werden muss und Entscheidungen des EGMR zumindest in Deutschland als Beklagten betreffenden Verfahren zu beachten sind, so scheint mir ebenso eindeutig zu sein, dass das nicht zu der Annahme einer Sinnidentität der Grundrechte des deutschen Grundgesetzes und der EMRK zwingt. Es geht nicht notwendig um Widersprüche, sondern schlicht und einfach darum, dass die inhaltliche Reichweite der Grundrechtsbestimmungen unterschiedlich sein kann. Wenn im Fall der Sicherungsverwahrung das BVerfG auch im zweiten Verfahren entschieden hätte, dass diese, so wie sie in Deutschland praktiziert wird, nicht gegen die Grundrechte des Grundgesetzes verstößt, wäre der Verstoß gegen die EMRK, den der EGMR angenommen hat, davon völlig unberührt geblieben und natürlich hätte der deutsche Gesetzgeber auf diese Friktion reagieren müssen und hätte den vom EGMR konstatierten Verstoß beheben müssen, aber das zwingt keineswegs dazu, anzunehmen, dass die Grundrechte des Grundgesetzes exakt dieselbe Bedeutung haben wie vergleichbare Konventionsbestimmungen. Wenn man das nämlich annimmt, dann verlieren wir im Bereich der Grundrechte vollständig die Verfassungsautonomie.

STARCK:

Ich bedanke mich vielmals für diese sehr ausführliche Darlegung. Ich habe nur das Wort „praktische Umkehrung“ verwendet und Sie haben das jetzt sehr ausführlich dargestellt. Ich möchte das nicht kommentieren, weil im Prinzip richtig ist, was Sie sagen. Man kann in der Tat der Meinung sein, dass das BVerfG so entscheiden soll, wie es das für richtig hält, und wenn der EGMR sagt: „Das verstößt gegen die EMRK“, dann muss der Gesetzgeber reagieren. Das würde genügen.

LINK:

Frau Wendehorst.

WENDEHORST:

Vielen Dank. Zwei ganz kurze Fragen. Die erste offenbart meine Ignoranz im Verfassungsrecht, es geht um die *ultra-vires*-Kontrolle. Wie überspielt man eigentlich argumentativ das Auslegungsmonopol des EuGH? Man könnte ja genauso gut argumen-

tieren: Der Vorrang des Unionsrechts besteht zwar nur im Rahmen der übertragenen Kompetenzen, dazu gehören aber auch prozessuale Kompetenzen, und zu diesen prozessualen Kompetenzen gehört das Auslegungsmonopol des EuGH – und damit wäre der *ultra-vires*-Kontrolle ja eigentlich der Boden entzogen.

Die zweite Frage: Sie haben gesagt, dass eine ausdehnende Auslegung, die mit einer nützlichen Integrationswirkung gerechtfertigt wird, die Vermutung offensichtlicher Kompetenzüberschreitung begründet. Wie stehen Sie dann dieser neueren Judikatur des EuGH gegenüber – Banco Español, Aziz und so weiter –, die im Umweg über die Klauselkontrolle in Verbraucherverträgen in größerem Umfang das Zivilprozessrecht der Mitgliedstaaten in Frage stellt. Um es kurz zu erläutern: Wenn das Zivilprozessrecht eines Mitgliedstaats so gestaltet ist, dass es dem Verbraucher die Berufung auf die Unfairness einer Klausel merklich erschwert – zum Beispiel weil er leicht eine Frist übersieht, um eine Vertragsklausel vor Gericht überprüfen zu lassen –, dann kann nach dieser Judikatur des EuGH das Prozessrecht des Mitgliedstaats insoweit keinen Bestand haben. Das wird mit dem *effet utile* begründet. Ist das schon eine Kompetenzüberschreitung?

STARCK:

Ich bin davon ausgegangen, dass Hoheitsrechte übertragen werden, dass diese Übertragung durch Gesetz geschieht und dass diese gesetzliche Übertragung bestimmt sein muss. Beim Begriff „bestimmt“ ist unter Juristen natürlich bekannt, dass er immer einen „Unbestimmtheitshof“ um sich herum hat. Daher kann das BVerfG nur tätig werden, wenn eine klare Überschreitung dieser übertragenen Kompetenzen vorliegt. Den Fall, den Sie zuletzt genannt haben, kenne ich nicht, sodass ich darauf keine Antwort geben kann. Ich kann nur allgemein wiederholen: Das Prinzip der Integration beruht darauf, dass Kompetenzen übertragen werden und dass dies bestimmt genug geschehen muss. Das gilt in den Verträgen – Einzelermächtigung heißt es da – und so ist es auch innerstaatlich zu betrachten. Da muss man dann die einzelnen Fälle genau analysieren und muss feststellen, ob eine Überschreitung vorliegt oder nicht.

LINK:

Herr Schönberger.

SCHÖNBERGER:

Ich habe zwei Anmerkungen. Die eine knüpft an das an, was Herr Hillgruber eben gesagt hat. Müssten wir nicht die gesamte Rechtsprechung des BVerfG zur EMRK, insbesondere im Fall Görgülü, verstehen als Versuch des Gerichts, sich bei der Interpretation der Rechte der EMRK irgendwie noch im Spiel zu halten?

Ich denke, dass Herr Hillgruber völlig richtig sagt: Im Grunde können wir den Verpflichtungen Deutschlands nach der EMRK auch ohne die interpretatorische Anpassung der Grundrechte des Grundgesetzes an die EMRK nachkommen. Der Effekt, den Herr Hillgruber nicht bemerkt hat, ist dann allerdings der, dass die Interpretation der EMRK zunehmend unser Grundrechtsregime gestaltet und die Rechtspre-

chung des BVerfG zu den Grundrechten an praktischer Bedeutung für die deutschen Grundrechtsfälle verliert. Auch so lässt sich die Einhaltung der EMRK sicherstellen. Ich denke daher, dass man das Problem stärker von der institutionellen Position des BVerfG in unserem System her begreifen muss: Ansonsten träten an seine Stelle faktisch die obersten Bundesgerichte im Dialog mit den europäischen Gerichten. Das ginge auch, aber das BVerfG möchte dies aus begrifflichen Gründen nicht.

Zweiter Aspekt – und da würde ich gerne ihr Souveränitätsverständnis hinterfragen wollen: Sie haben am Ende in zwei Sätzen Ihre Konzeption zusammengefasst und gesagt: Supranationalität ist nicht Internationalität, aber Supranationalität begründet auch keine Staatlichkeit. Dann ist die Frage: Wie unterscheiden Sie die beiden denn? Denn alles, was Sie uns zur Souveränität gesagt haben, sind im Grunde die Kategorien der Internationalität. Sie sagen: Es ist weiterhin maßgeblich der Vertrag, es ist weiterhin maßgeblich der souveräne Einzelstaat. Das sind alles die Kategorien des allgemeinen Völkerrechts. Und wie kommen wir dann noch zu einem Verständnis der Supranationalität, also des Gemeinsamen und der Besonderheit dieses Gemeinsamen? Ich glaube, beides zusammen bekommen Sie nicht. Sie müssen sich für das eine oder für das andere entscheiden. Entweder wir begreifen die Europäische Union mit den Kategorien des völkerrechtlichen Souveränitätsbegriffs wie jeden zwischenstaatlichen Vertrag – dann, glaube ich, bekommen wir die Eigenheit der Europäischen Union nicht in den Blick. Oder wir tun das nicht – dann müssen wir Kategorien anbieten, die nicht einfach der völkerrechtliche allgemeine Souveränitätsbegriff sind. Mir würde also diese Zwischenebene fehlen. Wie begreifen wir das Unionsrecht in seiner Eigenart?

STARCK:

Zum ersten Punkt, in dem Sie sich auf Herrn Hillgruber beziehen, würde ich sagen, dass Sie wahrscheinlich Recht haben. Das BVerfG möchte nicht außen vor bleiben, es möchte sich sozusagen im Gespräch halten.

Und nun kommen Sie zu dieser wirklich schwierigen Frage zur Souveränität. Ich habe Schwierigkeiten, die Integration zu verbinden mit dem Verzicht auf Souveränität. Die Integration ist ja ein Prozess, der allmählich verläuft und irgendwann springt die Integration über in einen Bundesstaat. Also es gibt eben die Kooperation mit normalen völkerrechtlichen Verträgen, dann gibt es diese intensive Kooperation, die wir Integration nennen – dass man Kompetenzen überträgt und eine supranationale Organisation über uns regieren kann –, und dann gibt es die Bundesstaatlichkeit, die wir ja ziemlich genau kennen, weil wir in einem Bundesstaat leben. Ich sehe aber – auch rein faktisch, ganz unabhängig von den rechtlichen Kategorien – einen großen Unterschied zwischen dem Bundesstaat, den wir in Deutschland haben, und der europäischen Integration. Ich glaube, dass wir diesen Unterschied beachten müssen. Dies betrifft auch die Änderungen der Verträge zur Verstärkung der Integration: Wer soll denn das machen, wenn nicht die souveränen Staaten? Anderenfalls müsste die Union dies irgendwie selbst machen. Das sind alles solche Unklarheiten, weswegen ich darauf bestehen möchte, dass wir den Souveränitätsbegriff weiter verwenden

und die Staaten zum Beispiel übertragene Kompetenzen zurücknehmen können. Wie wollen wir etwas zurücknehmen, wenn wir nicht mehr souverän sind? Und Souveränität bedeutet nicht, dass sie über alle Hoheitsrechte dauernd eigenständig verfügen können. Sie können sie auch weggeben für eine Zeit oder wiederholen. Wir brauchen für die juristische Klarheit den Begriff der Souveränität.

LINK:

Vielen Dank. Herr Schorkopf.

SCHORKOPF:

Herr Starck, ich habe Ihnen sehr gern zugehört. Ich stehe aber auch noch unter dem Eindruck des Vortrags von Herrn Oestmann und frage mich, wie ich das vielleicht zusammendenken kann. Ich habe eine Anmerkung, die ein Stück weit eine Parallethese zu dem etabliert, was Sie sagten. Denn bei Herrn Oestmann habe ich mitgenommen, dass das Nebeneinander von verschiedenen Rechtsordnungen stark mit problemorientierten Lösungsansätzen zu tun hat. Ich will Ihnen dafür, dass es heute vielleicht weniger auf Hierarchie, sondern im Grunde genommen auf praktische Problemlösungen in der Kooperation ankommt, zwei aktuelle Beispiele geben – und zwar aus der Bankenunion, die gerade verhandelt wird. Die Bankenunion hat drei Säulen: Die erste Säule ist jetzt in Kraft getreten, die Bankenaufsicht; eine zweite Säule, die Abwicklung von Banken, wird gerade verhandelt; und dann gibt es noch eine dritte Säule, das ist noch alles sehr neblig. Zum ersten Beispiel: Es gibt jetzt eine Verordnung zur Bankenaufsicht, die die Europäische Zentralbank machen soll. Die ist auf eine Norm im AEU-Vertrag gestützt: auf Art. 127 Abs. 6 AEUV. Diese Norm gibt es seit 1992, seit Maastricht, und sie sieht auch eine Delegation, also eine Betrauung der Zentralbank mit Aufsichtsfunktionen, vor. Jetzt kommt die Verordnung – und was macht der Bundestag? Der Bundestag erlässt ein Gesetz auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG und sagt: „Ja, wir stimmen dieser Bankenaufsicht, dieser Verordnung, zu.“ Obwohl dieser Typus in keinerlei Begleitgesetz zu Art. 23 GG vorgesehen ist, denn Art. 127 Abs. 6 AEUV, der schon sehr alt ist, taucht dort nicht auf. Und was ist das jetzt? War dem Bundestag unwohl, weil er gedacht hat: „Um Gottes Willen, was kommt jetzt“? Sozusagen eine salvatorische Gesetzgebung? Hat er gedacht: „Nein, das ist kompetenzübertretend, ich legitimiere das nachträglich“? Wir wissen es nicht. Der Gesetzgeber sagt das nicht so richtig. Vielleicht war er aber auch ganz selbstbewusst und wollte der Bundesregierung sagen: „Ich sehe das, was du da machst, aber ich stimme dir zu.“ Aber möglicherweise hatte der Bundestag das BVerfG und das Lissabon-Urteil im Kopf. Es gibt sogar Kollegen, die sagen: „Es war schlichtweg rechtswidrig, was der Bundestag gemacht hat; europarechtswidrig, vielleicht sogar verfassungswidrig.“

STARCK:

Darf ich noch mal dazu eine Zwischenfrage stellen? Ist das europarechtlich oder intergouvernemental?

SCHORKOPF:

Eine supranationale Verordnung, ganz klassisch.

STARCK:

Also der Europäischen Union?

SCHORKOPF:

Und der Bundestag erlässt ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, was er nach Lissabon jetzt in vielen Fällen kann – nur in diesem Fall gerade nicht – und sagt: „Ich stimme dieser Verordnung zu.“

Das zweite Beispiel ist noch interessanter: Der zweite Fall betrifft die Bankenunion und die Abwicklung, auf die man sich politisch geeinigt hat und mit der die EZB betraut ist. Dort ist es so: Es ist bislang noch nicht gesehen worden, dass bei diesem ganzen Mechanismus nationales Bankenrecht angewendet wird. Es gibt nämlich überhaupt nur ganz rudimentär europäisches Bankenaufsichtsrecht, sodass die EZB – und das ist ein völliger Bruch mit allem, was wir kennen – jetzt nationales Bankenaufsichtsrecht anwendet. Wenn sie die Deutsche Bank beaufsichtigt, wird also deutsches Bankenaufsichtsrecht angewendet. Es ist klar, warum – weil alles fürchtbar schnell gehen muss und man keine Zeit hatte, ein europäisches Bankenrecht zu schaffen.

STARCK:

Auch griechisches Bankenrecht.

SCHORKOPF:

Griechisches Bankenrecht, zypriotisches Bankenaufsichtsrecht, es kommt auf die Bank an, die beaufsichtigt wird. Eine EU-Behörde wendet nationales Recht an, was den Grundsätzen völlig widerspricht, weil normalerweise nationales Recht von nationalen Behörden angewendet wird und europäisches Recht von europäischen Behörden.

Ja, was folgt daraus? Jetzt versuche ich, den Bogen zu Herrn Oestmann zu schlagen. Die Deutsche Bank wird beaufsichtigt, erhält einen Verwaltungsakt von der EZB, klagt dagegen. Wo klagt sie jetzt? Klagt sie vor einem deutschen Gericht oder beim EuGH? Klagt sie, weil die EZB handelt, beim EuGH oder bei einem nationalen Gericht, weil es sich um nationales Recht handelt und der EuGH wohl schlecht deutsches Bankenrecht anwenden kann? Wenn der EuGH zuständig sein wird – wofür viel spricht –, dann wird wahrscheinlich eine Vereinheitlichung eintreten. Er muss auf der Grundlage von Prinzipien und Grundsätzen das Bankenaufsichtsrecht aller im Blick haben, und zwar zypriotisches, griechisches, deutsches usw. Er muss diese Grundsätze in die „Territorien“ – historisch betrachtet – übersetzen und er wird prinzipienorientiert ein Bankenaufsichtsrecht schaffen, das in zwanzig Jahren kodifiziert werden wird. Wenn die nationalen Gerichte zuständig sind – bei einem deutschen Fall ein deutsches Gericht –, dann wird sich das deutsche Gericht daran orientieren, was die anderen machen. Das heißt, kodifikatorisch spielt das Ganze gar keine Rolle. Es ist im

Grunde genommen eine Frage des Forums, das heißt die Gerichte spielen eine ganz zentrale Rolle, und zweitens eine Frage der Problemorientierung in einer Fachbruderschaft – schlichtweg hier Kapitalaufsicht, Bankenaufsicht und dergleichen. Das heißt: Hierarchie fällt dann raus. Der Ansatz wäre im Grunde genommen ein völlig pragmatischer, problemorientierter. Deshalb stand ich so unter dem Eindruck Ihres Beitrags, Herr Oestmann, weil ich den Eindruck hatte, dass die Ergebnisse und Problemlösungen ein Stück weit auch eine Beliebigkeit hatten. Das können wir vielleicht aus der Geschichte wiedererkennen.

STARCK:

Es ist schwierig, darauf eine Antwort zu finden. Ich würde aber meinen, wenn ein europäisches Organ das Recht des jeweiligen Landes anwendet, muss das vor dem EuGH verhandelt werden und der EuGH muss sich irgendwelcher Hilfen bedienen. Aber dass deutsche Gerichte darüber urteilen, das halte ich kaum für möglich, weil ja europäische Organe gehandelt haben.

LINK:

Vielen Dank. Herr Grabenwarter.

GRABENWARTER:

Vielen Dank, ich möchte auf die erste Frage von Herrn Hillgruber noch einmal zurückkommen. Ich teile die Kritik an dem Begründungstopos in Gorgülü und dann nochmals deutlicher bei der Sicherungsverwahrung, besonders an der Herleitung des Rangs der EMRK aus Art. 1 Abs. 2 GG. Abgesehen von den interpretatorischen Schwächen, also Wortlaut und Systematik, sprechen in besonderer Weise die historischen Argumente gegen eine solche Sicht. Man muss sich auch überlegen, und das wäre meine Anfrage an Sie, ob das nicht eine Gefahr in sich birgt: Wie grenzt man gegenüber anderen völkervertraglichen Verpflichtungen im Bereich der Menschenrechte ab? Warum gerade die EMRK? Es gibt einen Grund, Herr Schönberger hat es angesprochen und Herr VOLKMANN hat in seinem Beitrag in der Juristenzeitung¹ den schönen Begriff der Selbstbehauptung gebraucht. Da tritt ein Konkurrent auf den Plan, den es bei den anderen Menschenrechtsverträgen nicht gibt.

Aber ich möchte noch einen Schritt weiter gehen und Sie fragen, Herr Starck: Es gibt keine völkerrechtliche Verpflichtung nach der EMRK, dass Widersprüche zur EMRK durch ein Gericht beseitigt werden müssen. Es könnte – es klang in zwei Wortmeldungen an – auch der Gesetzgeber nach jedem Urteil, das eine Verletzung feststellt, die Frage erledigen. Und es gibt auch kein Gebot einer Verfassungsgerichtsbarkeit nach der EMRK. Aber kann man nicht sagen: Weil es die Subsidiarität des Straßburger Rechtsschutzes gibt, weil dieser subsidiär ist, gibt es so etwas wie eine Vorwirkung? Und das BVerfG – das muss man schon sagen – macht es sich nicht ganz

¹ UWE VOLKMANN, Fremdbestimmung – Selbstbehauptung – Befreiung, Das BVerfG in der Frage der Sicherungsverwahrung, JZ 2011, S. 835.

leicht, indem es sich auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes stützt. Es behauptet nicht, dass die EMRK in Art. 1 Abs. 2 GG erwähnt wird, sondern es versucht, über den Umweg der Völkerrechtsfreundlichkeit die EMRK in das Grundgesetz hineinzuholen. Aber kann man nicht sagen: Weil der Straßburger Rechtsschutz immer nur subsidiär sein kann, gibt es eine völkervertragliche Pflicht, die besagt: „Wenn es ein Gericht gibt, das eine vergleichbare Funktion hat, dann sollte eine kongruente Kontrolle schon vorher stattfinden, nicht erst nachher.“

STARCK:

Also, mit dem „vorher stattfinden“ meinen Sie, dass das Gericht das interpretatorisch mit einbezieht?

GRABENWARTER:

Ja. Die Subsidiarität des Straßburger Verfahrens wird ja prozessual hergeleitet aus dem Erfordernis der innerstaatlichen Rechtswegerschöpfung. Und natürlich kann man formal sagen: Wenn das Verfassungsgericht nicht hinreichende Kompetenzen hat, dann ist der Rechtsweg erschöpft und dann muss eben Straßburg die Verletzung feststellen.

STARCK:

Ja, in vielen Ländern ist das so, nur nicht in Deutschland.

GRABENWARTER:

Genau, so ist es. Und nun könnte man sagen: Aus diesem Zusammenspiel der Verfassungsrechtslage und der Konventionsrechtslage ergibt sich so etwas wie eine Pflicht, das vorher zu erledigen. Das klingt auch in der Sicherungsverwahrungsentscheidung an, indem die Orientierungswirkung aufgeladen wird und zu einer rechtlichen Verpflichtung gemacht wird – was ich nicht teile, aber das würde hier zu weit führen. Die Frage: Gibt es in dem Zusammenspiel aus der Verfassungsrechtslage und Völkerrechtslage nicht doch so etwas wie eine Verpflichtung, Konventionsverletzungen durch ein Organ, das die sachlich nächste Kompetenz hat, aufzugreifen?

STARCK:

Ich meine, die Aufforderung geht ja nicht an das BVerfG allein, sondern das kann durchaus auch das Landgericht schon machen.

Zu der anderen Frage, die Sie am Anfang gestellt haben: „Warum gilt das nur für die EMRK und den EGMR?“. Das ist das einzige völkerrechtliche Menschenrechtsschutzsystem, das funktioniert, das man in gewisser Weise auch so vorwegnehmen kann. Und das andere Problem mit der Vorwirkung: Wenn es nur um Auslegung geht, kann man eine echte Vorwirkung annehmen. Wenn es aber um Abwägung geht, wie es in den Fällen der Prinzessin CAROLINE der Fall war, dann kann man das sehr schlecht voraussagen. Es hat damals mehrere Verfassungsrichter gegeben, die sehr scharfe, kritische Äußerungen in den Zeitungen geschrieben haben – GRIMM, HOFFMANN-RIEM –, und es wurde auch überlegt, die Große Kammer anzurufen, was aber dann

nicht getan worden ist, weil man gesagt hat: „Wenn die Große Kammer das bestätigt, dann wird es noch schlimmer.“

GRABENWARTER:

Es gab noch einen anderen Grund: Es gab damals einen Bundesfinanzminister, der Gegenstand der Bildberichterstattung war.

LINK:

Herr Eichenhofer

EICHENHOFER:

„Im Ersten seid ihr frei, im Zweiten seid ihr Knechte“, heißt es bei GOETHE und das ist genau das Problem der Übertragung von Zuständigkeiten auf die Europäische Union, die selbst Recht schafft. Denn die Zuständigkeiten, die auf die Europäische Union übertragen werden, sind die Grundlage für die Schaffung einer autonomen Rechtsordnung, die auch gegenüber den Mitgliedstaaten wirkt. Das sehen Sie zum Beispiel an der Währungsunion. Der Euro wird existieren – unabhängig davon, wie Deutschland sich künftig zum Euro stellt. Das europäische Kollisionsrecht besteht unabhängig davon, wie Deutschland sich zu diesem Kollisionsrecht stellt, und dieses ist vorrangig gegenüber dem deutschen Recht. Das Wettbewerbsrecht ist aufgrund europäischen Rechts geschaffen und wirkt vorrangig gegenüber dem deutschen Recht. In der Mangold-Entscheidung des BVerfG – einer Entscheidung darüber, wie Karlsruhe mit einem Luxemburger Urteil umgehen soll, das scharf kritisiert worden ist – hat das BVerfG selbst eingeräumt, dass die Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung auch vom deutschen Verfassungsrecht hingenommen wird. Und das bedeutet im Ergebnis, dass damit die Souveränität überall dort verschwunden ist, wo die Europäische Union ein eigenes vorrangiges Recht schafft. Und die Frage ist, wie Sie diesen Zusammenhang in Ihre Souveränitätskonzeption einbauen.

STARCK:

Ja, aber Sie müssen immer sehen: Die EU und der EuGH im Wege der Rechtsfortbildung dürfen nur Recht schaffen, soweit die Kompetenzen übertragen worden sind; das wird strikt vorausgesetzt.

EICHENHOFER:

Klar. Das, was übertragen wurde, kommt nun als irgendetwas Fremdes über uns, obwohl es aus der Souveränität der Mitgliedstaaten abgeleitet ist. Das Phänomen muss man aber begrifflich erfassen, das ist meine Frage. Der rechtliche Tatbestand, den ich umschrieben habe, ist – glaube ich – unstrittig. Das heißt, das europäische Recht, das als fremd erlebt wird, stammt letztlich aus der Souveränitätsübertragung des Mitgliedstaats, ist aber sozusagen mitgliedstaatlich als solches nicht mehr verfügbar. Der einzelne Mitgliedstaat kann über das, was die Europäische Union geschaffen hat, auf der Grundlage der Legitimationsübertragung selbst nicht mehr verfügen,

sondern ist diesem Recht ausgesetzt, weil es vorrangig ist. Und das kann man mit Souveränitätsvorstellungen begrifflich nicht erfassen.

LINK:

Okko Behrends.

BEHREND:

Ich habe zwei Fragen. Mit der ersten würde ich gerne eine Klärung des Souveränitätsbegriffs in Bezug auf die europäischen Verträge erreichen. Wenn man hört, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, die kulturelle Identität der Völker zu wahren, einschließlich ihrer historisch gewordenen Mentalität, liegt darin dann nicht – vielleicht denkt aber nur der Zivileist so – eine immanente Schranke ihrer Ermächtigung oder besser Bevollmächtigung zum Abschluss solcher Verträge, und keine Freistellung ihrer Souveränität im Sinne BODINS, die keine Normebene über sich anerkennt, von der Einschränkungen ausgehen könnten? Das ist die erste Frage. Die zweite Frage ist: Wie soll man die Rechtsquellenqualität des gemeinsamen Standards, des erreichten Standards beurteilen? Läuft die Anerkennung einer solchen Rechtsquelle nicht eigentlich, wenn man nach Bindung durch Gesetz und Recht fragt, auf die Freistellung des EGMR hinaus, einen solchen Standard wittern und feststellen zu dürfen, und damit die Vertragsstaaten aus der Rolle, die politische Frage zu entscheiden, was ein Standard ist, den man will oder fördern möchte, hinauszudrängen?

STARCK:

Ich habe das als sehr problematisch beschrieben, nachdem der Gerichtshof auch noch sagt, dass auf diesem Gebiet ein Ermessen der Gesetzgebung der Staaten besteht. Und dann hat er festgestellt, das sei ja schon so weit gediehen in den Staaten. Ich habe das also nicht bestätigt, ich habe das nur gewissermaßen als eine juristische Besonderheit dargestellt. Und das erste, was hatten Sie da gefragt?

BEHREND:

Der Souveränitätsbegriff, wie verträgt sich die Souveränität eines vertragsschließenden Staates mit seiner Bindung an die kulturelle Selbstbestimmung eines Volkes?

STARCK:

Die kulturelle Selbstbestimmung, das ist ja ein Ausfluss der Souveränität.

BEHREND:

Wenn sich aber die kulturelle Selbstbestimmung eines Volkes in dessen Recht ausdrückt, an seiner geschichtlich gewordenen Identität festzuhalten und sie auf seine Weise fortzuentwickeln, beschränkt nicht dieses Recht dann die Staatsorgane in ihrer Souveränität, Verträge zu schließen? Sie müssen dann doch das Recht auf kulturelle Identität als normative Schranke beachten, d.h. als etwas, was es für den insofern hochabstrakten Souveränitätsbegriff BODINS nicht gibt.

STARCK:

BODIN hat nie gesagt, dass ein souveräner Staat nicht gebunden ist. Wenn Sie das bei BODIN nachlesen: Er ist an Völkerrecht gebunden, er ist an göttliches Recht und Naturrecht gebunden. Also es gibt ganz viele Bindungen. Wenn der souveräne Staat völkerrechtliche Verträge schließt, dann ist er an diese Verträge gebunden. Und wenn die Souveränität aufgegeben werden soll, um einen europäischen Bundesstaat zu gründen, dann geht das eben nur in einem Verfahren, an dem das Volk unmittelbar beteiligt ist; das ist die Aussage der Verfassung, die mir plausibel erscheint.

Ich möchte nicht – durch einen Rechtsakt nach dem anderen – plötzlich in einem Eurostaat leben. Wir leben in Deutschland, Frankreich, England – und das sehen die Franzosen und die Engländer noch viel deutlicher als wir. Deswegen spielen wir ohnehin eine Sonderrolle, da wir meinen, Europa müsste immer enger werden. Das sehen die anderen Länder anders.

LINK:

Vielen Dank. Ich habe noch Herrn Oestmann und Herrn Paulus; im Hinblick auf die Zeit darf ich dann die Liste schließen. Wir haben ja morgen noch eine Abschlussdiskussion.

OESTMANN:

Ich habe zwei Punkte, der erste ist ganz klein. Sie haben in den Schlusssätzen gesagt: „Normenhierarchien setzen immer Kompetenznormen voraus.“ Und da würde ich sagen: Historisch ist das nicht richtig. Das Wort „immer“ würde ich einschränken. Das zweite ist diese Frage nach der Souveränität – und da habe ich eine methodische Frage. Kann das sein, dass ein Rechtsdogmatiker, der normativ argumentiert, historische Vorgänge nicht beschreiben kann, und zwar insbesondere dann, wenn sie über längere Zeit dauern? Diese Frage nach der Souveränität hat für mich als Empiriker auch etwas Quantitatives: Wie viel haben die anderen? Im Heiligen Römischen Reich hat PÜTTER einmal gesagt: Es gibt einen komplementären Reichsstaat, die Staatsgewalt ist auf verschiedene Organe verteilt – ein bisschen Staatsgewalt haben die Länder, ein bisschen hat das Reich.² Und da ist einfach meine Frage: Würden Sie sagen: „Als Dogmatiker muss man immer mit ja und nein antworten“? Das heißt: Ist die Frage nach der Souveränität für Sie eine Ja/Nein-Frage?

STARCK:

Nein, es gibt natürlich auch Einschränkungen zur einen oder anderen Richtung.

OESTMANN:

Ja. Aber es gibt eine Vermutung: Immer dann, wenn es keine Ausnahmen gibt, sind wir souverän.

² JOHANN STEPHAN PÜTTER, *Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürsten-Rechte*, 1777, S. 30-31: „ein aus mehreren besonderen Staaten zusammengesetzter Staatskörper“.

STARCK:

Also, ich würde sagen: Was PÜTTER gesagt hat über das Reich, hat später einmal STOLLEIS gesagt: Die Europäische Union sei so etwas Ähnliches wie das Reich – es ist unklar, wer das Sagen hat. Ich finde das nicht richtig, weil das Alte Reich vor 1803 etwas völlig anderes war als die Europäische Union. Die Europäische Union wurde ja bewusst völkervertragsrechtlich gebildet. Ich bin kein Empiriker; ich benutze die Empirie, um die Realität zu verstehen, aber ich arbeite mit juristischen Begriffen, mit normativen Begriffen. Und insoweit ist die Rechtsdogmatik etwas anderes als Empirie, das ist klar. Aber zur Rechtsdogmatik gehört Empirie. Ich habe meine Antrittsvorlesung in Göttingen zum Thema „Empirie in der Rechtsdogmatik“³ gehalten.

LINK:

Vielen Dank. Herr Paulus.

PAULUS:

Vielen Dank. Ich spreche hier natürlich als Kollege und nicht als Bundesverfassungsrichter. Dennoch kann ich vielleicht etwas zur Aufklärung beitragen.

Zu Art. 1 Abs. 2 GG: Historisch hatten die Mitglieder des Parlamentarischen Rats ein anderes Dokument vor Augen, das ist empirisch belegbar, nämlich die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die war das Modell. Die ist ja auch wortgleich mit Art. 1 Abs. 2 GG. Die Frage wäre nur, ob Art. 1 Abs. 2 GG ein dynamisches Element enthält, das sich auf den jeweiligen Stand des Menschenrechtsschutzes bezieht. Ich würde aber sagen – und ich glaube, so ist auch die Rechtsprechung des Zweiten Senats zu verstehen –, dass sich über Art. 1 Abs. 2 GG hinaus aus dem Grundgesetz der Wille ableiten lässt, dass wir, wenn wir uns völkerrechtlich binden, auch gebunden sein wollen. „Drum prüfe, wer sich ewig bindet“, und das bedeutet eben auch – Herr Hillgruber, da würde ich Ihnen widersprechen –: Das Grundgesetz selbst will, dass wir unsere völkerrechtlichen Verpflichtungen einhalten, und so beginnt auch der zweite Satz der Präambel: Nach Gott kommt gleich das Bekenntnis zu den Menschenrechten und zu der Integration in Europa und in der Welt. Das ist schon bedeutend. Und wenn man im Grundlagenvertragsurteil zu Recht die Präambel für verbindlich erklärt hat, dann gilt das eben auch dafür. Das wurde auch honoriert bei der Wiedervereinigung, insofern kann man doch nicht sagen, dass das in der Historie verschwunden ist. Damit hängt zusammen, dass wir keine klaren Hierarchien bilden können. Es schaut sich von zwei Seiten unterschiedlich an: Vom Grundgesetz gesehen ist die EMRK einfaches Recht, gleichzeitig haben wir aber den Willen zur völkerrechtlichen Bindung – und das muss man in Einklang bringen und deswegen die Auslegung im Lichte der EMRK, was nicht heißt „identische Auslegung“, sondern nur: Wo es möglich ist, wird man versuchen, diese beiden Verfassungsanforderungen in Einklang zu bringen. Wenn am Ende aber ein Rest bleibt oder Art. 79 Abs. 3 GG hierarchisch aus der Sicht der deutschen Rechtsordnung höherrangig ist, dann gilt natürlich der Vorrang dessen, was im

³ JZ 1972, S. 609-614.

Grundgesetz normiert ist. Insofern ist dieses Aufeinander-Eingehen auch dem Rechtszustand in Europa im 21. Jahrhundert geschuldet, in dem es verschiedene Rechtsschichten gibt, die, wenn sie in Einklang gebracht werden können, auch den Versuch erfordern, dies zu tun. Wenn Sie sich zum Beispiel anschauen, dass der EGMR in der Rechtssache Springer auch den nationalen Spielraum wieder stärker betont hat als bei der Ausgangsentscheidung zum Verhältnis Privatheitsschutz und Pressefreiheit, dann geht das in die richtige Richtung. Gelegentlich muss man ihn noch ein bisschen weiter in diese Richtung drängen – das sicherlich.

Zweiter Punkt, *ultra vires*: Ich möchte nur kurz darauf hinweisen, dass es von der Maastricht-Entscheidung – damals noch mit dem Stichwort „ausbrechender Rechtsakt“ – über die Entscheidungen Lissabon und Honeywell hin zu der Entscheidung zum Allgemeinen Antiterrordateigesetz schon verschiedene Akzente gibt: Da ist einerseits der Wille, die Supranationalität in dem Sinne zu akzeptieren, dass das europäische Recht unmittelbar in die deutsche Rechtsordnung wirkt – also eher eine Öffnung als eine Übertragung im klassischen Sinn, eine Öffnung der deutschen Rechtsordnung für dieses unmittelbar geltende Recht. Andererseits gibt es aber auch Grenzen. Und speziell zu den Menschenrechten, da gibt es eine – seit der Entscheidung des Ersten Senats zum Allgemeinen Antiterrordateigesetz relativ offene – Divergenz zwischen dem EuGH und dem BVerfG. Das BVerfG wird jedenfalls in dem Bereich, der nach der Kompetenzordnung in der deutschen Zuständigkeit bleibt, weiterhin seine Grundrechtskompetenz ausüben.

Vorletzter Punkt: Ich habe Supranationalität schon angedeutet. Die gibt es auch im Völkerrecht. Eurocontrol ist eine der wesentlichen Entscheidungen, aber sie ist im Völkerrecht die Ausnahme, im Europarecht wird sie die Regel – das ist der Unterschied. Beim Europäischen Stabilitätsmechanismus hat das BVerfG mehr oder weniger Art. 23 Abs. 1 GG analog angewendet, weil dieses Konstrukt verfassungsrechtlich, europäisch in Art. 23 GG hineinführt, trotzdem aber Völkerrecht und kein Europarecht im klassischen Sinne ist. Aber das darf nicht dazu führen, dass Verfassungsgarantien heruntergeschraubt werden können, indem man eine Rechtswahl zwischen Völker- und Europarecht eröffnet – Formenmissbrauch ist zu stark ausgedrückt, aber es geht in diese Richtung. Dadurch wird man die Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 GG nicht verlieren; es darf sogar gefragt werden, ob man Art. 23 Abs. 1 GG als die neuere Norm auch als Auslegungshilfe für Art. 24 GG heranzieht. Aber das ist etwas für die Zukunft.

Letzter Punkt: Souveränität und Demokratie. Ich würde doch betonen, dass gerade im Verständnis des Lissabon-Urteils die Souveränität nicht so sehr mit der Staatlichkeit korreliert wird, sondern vor allem auch mit der Demokratie. Und man könnte sich natürlich vorstellen – JÜRGEN HABERMAS hat das neulich vorgeschlagen⁴ –, dass man in Europa auch eine unabgeleitete demokratische Legitimation einführt. Ich sage: „einführt“; es gibt Europarechtler, die behaupten, das sei schon da, aber das

4 JÜRGEN HABERMAS, Zur Verfassung Europas, 2011, S. 62 ff.

ist meines Erachtens nicht richtig. Dann hat man immer noch das Problem, dass irgendein Gremium die Kompetenzen abgrenzen muss, aber ich würde auch sagen: Der Kern der Lissabon-Entscheidung ist wichtig: Wenn wir in einem europäischen Bundesstaat aufgehen, dann müssen wir die Wegnahme dieses demokratischen Anspruchs des Grundgesetzes auch demokratisch besonders legitimieren und deswegen über Art. 146 GG die Rücknahme im deutschen Rechtsraum und nicht nur durch eine europäische Abstimmung über eine neue europäische Verfassung durchführen. Aber das Ganze ist natürlich sehr spekulativ; ich glaube, wir werden erst einmal bei dieser komplizierten, verschiedene Rechtsordnungen in Einklang bringenden Situation stehen bleiben, und ich sehe *schon* eine Rolle des BVerfG darin, diesen Ausgleich zwischen der nationalen und der supranationalen Rechtsordnung aus der Sicht der nationalen Rechtsordnung zu vollführen. Wenn wir das nicht tun, dann macht es allein die europäische Seite. Und ich glaube, dann werden wir diesen Ausgleich und diese Verschränkung nicht richtig und nicht in unserem Sinne beeinflussen können.

STARCK:

Vielen Dank, Herr Paulus. Sie haben gesagt: „Das BVerfG hat anerkannt, dass Akte der Europäischen Union bei uns gelten.“ Das ist ja das A und O der Integration, das habe ich am Anfang auch klar dargelegt. Aber die Frage ist: Wie weit geht die Öffnung? Für diese Öffnung müssen Kompetenzen übertragen werden. Und das andere ist: Die Souveränität habe ich immer mit der Demokratie begründet und deswegen habe ich auch gesagt: Das geht nur über ein Verfahren nach Art. 146 GG. Also ich glaube, wir liegen nicht auseinander, wenigstens wenn ich Sie richtig verstanden habe. Und zu dem, was Sie über die *ultra-vires*-Kontrolle gesagt haben: Die Drohung durch das BVerfG nimmt von Entscheidung zu Entscheidung ab, sie wird immer milder.

PAULUS:

Die letzte war nicht mehr so milde.

STARCK:

Ja, das würde ich auch gerne glauben.

LINK:

Vielen Dank. Ich habe nicht nur den Diskutanten zu danken, sondern auch Ihnen, Herr Starck, für einen ebenfalls fulminanten Vortrag und eine fulminante Diskussion mit starkem Temperament.