

I. Grundsätzliches

§ 168

Zur Bedeutung nationaler Verfassungen in einem vereinten Europa

Dieter Grimm

Übersicht

	RN		RN
A. Der Anspruch der Verfassung	1– 7	G. Die Wechselbeziehungen zwischen nationaler und europäischer Justiz	43–49
B. Die Entstehung supranationaler Hoheitsgewalt	8–14	H. Die Rolle der nationalen Ver- fassung bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht	50–63
C. Die nationale Verfassung als Filter für europäisches Primärrecht	15–21	I. Die nationale Verfassung in der Bilanz	57–63
D. Der Einfluß der nationalen Verfassungen auf die europäische Gesetzgebung	22–28	J. Europäische Verfassung als Kompensation?	64–70
E. Der Vorrang des Gemeinschafts- rechts	29–35	K. Bibliographie	
F. Der Vorbehalt der nationalen Verfassungsgerichte	36–42		

A. Der Anspruch der Verfassung

1
Entstehungsbedin-
gungen des Konsti-
tutionalismus

Der Bedeutungswandel, dem die nationalen Verfassungen in einem vereinten Europa ausgesetzt sind, läßt sich in seiner ganzen Tragweite nur feststellen, wenn man von dem Anspruch ausgeht, der den nationalen Verfassungen ursprünglich eigen war. Der Anspruch ergibt sich aus den Entstehungsbedingungen des Konstitutionalismus¹. Zur Verfassung im modernen Sinn² kam es, als ausgangs des 18. Jahrhunderts im Gefolge zweier erfolgreicher Revolutionen in Nordamerika und Frankreich die angestammte Staatsgewalt gestürzt wurde und durch eine neue ersetzt werden mußte. In dieser Situation verschaffte sich erstmals die wesentlich ältere Idee praktische Geltung, daß politische Herrschaft nur dann als legitim betrachtet werden könne, wenn sie auf dem Konsens der Herrschaftsunterworfenen beruhe. Politische Herrschaft ließ sich weder aus göttlichem Recht noch aus eigenem Recht der Herrscher und ebensowenig aus überlegener Einsicht Einzelner in das Gemeinwohl oder gar aus bloßem Machtbesitz begründen. Sie mußte ihre Grundlage im Volk haben.

2
Bedingungen
legitimer Herrschaft

Dem Volk als Träger der Herrschaftsgewalt fehlte allerdings die Fähigkeit, diese Gewalt selbst auszuüben. Daher mußte es Repräsentanten mit der Ausübung von Herrschaft betrauen. Politische Herrschaft wurde unter den Bedingungen der Volkssouveränität zur Auftragsangelegenheit. Zusammen mit der ebenfalls älteren und nun zum Durchbruch kommenden Idee, daß Herrschaftsbefugnisse weder unbedingte noch unabänderliche, sondern im Interesse der ursprünglichen Freiheit und Gleichheit der Individuen nur gegenständlich und zeitlich begrenzt und zudem auf verschiedene Träger aufgeteilt vergeben werden dürften, führte das zur Formulierung von Bedingungen legitimer Herrschaft, auf deren Grundlage dann erst Personen zur Herrschaftsausübung berufen wurden. Mit rechtlicher Geltung ausgestattet, bildeten diese Bedingungen fortan die Verfassung, die dem Volk als Urheber zugerechnet wurde und, um ihre Funktion erfüllen zu können, allen Akten der mit der Ausübung der Herrschaft Betrauten im Rang vorgehen mußte.

3
Umfassender
Geltungsanspruch
der Verfassung

Der Anspruch der Verfassung war damit definiert. Sie bringt legitime Herrschaft überhaupt erst hervor und regelt sie zugleich nach Innehabung und Ausübung zusammenhängend, umfassend und verbindlich³. Damit ist nicht gemeint, daß der Inhalt jedes Herrschaftsaktes in der Verfassung vorgegeben sei, so daß Herrschaft sich im Verfassungsvollzug erschöpfte. Wohl aber müssen sich alle Herrschaftsbefugnisse aus der Verfassung ergeben und im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen ausgeübt werden. Es dürfen weder verfassungsrechtlich ausgeschlossene Ziele verfolgt noch verfas-

1 Siehe dazu *Dieter Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, ³2002, insb. S. 31 ff.; *dens.*, Deutsche Verfassungsgeschichte, ³1995, S. 10 ff.; *dens.*, Ursprung und Wandel der Verfassung, HStR ³I, § 1 (S. 3 ff.).

2 Vgl. zu älteren Verfassungsbegriffen *Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm*, Verfassung, ²2002.

3 Vgl. zu den Merkmalen, die die moderne Verfassung charakterisieren, *Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Michael Brenner u. a. (Hg.), FS Badura, 2004, S. 145 ff.

sungsrechtlich untersagte Mittel eingesetzt oder die der Herrschaft in der Verfassung gezogenen Grenzen überschritten werden. Der Geltungsanspruch der modernen Verfassung verbietet also extrakonstitutionelle Träger von Herrschaftsgewalt ebenso wie extrakonstitutionelle Mittel und Wege der Herrschaftsausübung. Die Verfassung gilt in dem von ihr konstituierten Gemeinwesen flächendeckend und exklusiv.

Eine solche Form der Herrschaftsregulierung ließ sich erst denken, nachdem ein Regelungsgegenstand existierte, der einem zusammenhängenden und umfassenden rechtlichen Zugriff durch ein auf Politikregulierung spezialisiertes Gesetz zugänglich war. Daran fehlte es noch im Mittelalter. Die mittelalterlichen Gemeinwesen mit ihren auf Personen, nicht auf Territorien bezogenen, zersplitterten und auf viele voneinander unabhängige Träger verteilten, zudem nicht als verselbständigte Funktion ausgeübten Herrschaftsrechten hatten nicht nur keine Verfassung in diesem Sinne, sie hätten auch keine haben können. Es war erst die Konzentration der verschiedenen Herrschaftsrechte in einer Hand und ihre Verdichtung zur einheitlichen, auf ein abgegrenztes Territorium bezogenen öffentlichen Gewalt, wie sie sich seit dem ausgehenden 16. Jahrhundert zu bilden begann und schnell als „Staat“ begriffen wurde, die den Regelungszugriff einer Verfassung gestattete. Historisch betrachtet ging der Staat der Verfassung notwendig voraus. Die moderne Verfassung war Staatsverfassung.

Daß der Anspruch des Konstitutionalismus schon mit den ersten Verfassungen definiert war, garantierte freilich nicht, daß auch jede nachfolgende Verfassung ihn einlöste. Nachdem die moderne Verfassung einmal entstanden war und selbst in Ländern, die keine Revolution erlebt hatten, schnell hohe Anziehungskraft entfaltete, konnte man auch Dokumente als Verfassungen deklarieren, die das Programm des Konstitutionalismus nicht oder nicht vollständig verwirklichten. Es gab vielmehr Verfassungen, hinter denen von vornherein kein ernstlicher Bindungswille der Politik stand. Man kann dann von *Pseudokonstitutionalismus* sprechen. Desgleichen gab es Verfassungen, welche die Herrschaftsgewalt nicht auf eine neue Legitimationsgrundlage stellten, sondern eine der Verfassung vorangehende und nicht durch sie legitimierte Herrschaftsgewalt nur in dieser oder jener Hinsicht begrenzten, also nicht herrschaftskonstituierend, sondern nur herrschaftsmodifizierend wirkten. Verfassungen dieser Art lassen sich als *Semikonstitutionalismus* charakterisieren.

Keine Verfassung unterwarf aber die eigene Staatsgewalt einer fremden Herrschaft oder erkannte Akten einer fremden Herrschaft Bindungswirkung in ihrem räumlichen Geltungsbereich zu. Das folgte aus dem Umstand, daß Staaten die höchsten politischen Einheiten waren und auf ihrem Territorium das Selbstbestimmungsrecht beanspruchten. Oberhalb der Staaten befand sich zwar kein rechtsfreier Raum. Hier galt vielmehr Völkerrecht. Doch bestand das Völkerrecht durchweg aus Vertragsrecht oder Gewohnheitsrecht, fand seinen Geltungsgrund also im Willen der Staaten, die sich freiwillig banden. Oberstes Prinzip des Völkerrechts war daher die Souveränität der Staa-

4

Staat als
Verfassungsvoraussetzung

5

Pseudo- und Semi-Konstitutionalismus

6

Fehlen
supranationaler
Hoheitsgewalt

ten, die ihnen Autonomie im Inneren und Unabhängigkeit nach außen sicherte. Völkerrechtliche Bindungen galten allein in der Außenbeziehung und konnten im Staatsinneren nur Geltung erlangen, wenn der Staat sie in nationales Recht transformierte. Eine Durchsetzungsinstanz für völkerrechtliche Verpflichtungen existierte nicht. Insoweit waren die Staaten auf Selbsthilfe angewiesen.

7

Identität von öffentlicher Gewalt und Staatsgewalt

Die Staatsverfassung konnte ihren umfassenden Regelungsanspruch also erfüllen, weil öffentliche Gewalt mit Staatsgewalt identisch war. Eine überstaatliche öffentliche Gewalt fehlte. Zwar gab es ein Nebeneinander zahlreicher Staatsgewalten, auf einem Territorium aber immer nur eine, deren Befugnis an den Grenzen endete⁴. Diese Voraussetzung für die Einlösbarkeit des Geltungsanspruchs der nationalen Verfassung wurde so selbstverständlich, daß sie nicht einmal Erwähnung fand. Als Voraussetzung der umfassenden Geltung der Verfassung kommt sie vielmehr erst zum Vorschein, seitdem die Staaten zur Erhöhung ihrer Problemlösungskapazität dazu übergegangen sind, supranationale Einrichtungen zu bilden, die – anders als die traditionellen Bündnisse und Allianzen – nicht nur staatliche Aktivitäten koordinieren, sondern eigene Hoheitsrechte zur Verwirklichung gemeinschaftlicher Ziele erlangt haben, die sie mit Geltung in den Staaten ausüben dürfen und denen gegenüber sich die Staaten nicht auf ihr Selbstbestimmungsrecht berufen können.

B. Die Entstehung supranationaler Hoheitsgewalt

8

Auflösung der Identität mit Gründung der UN

Der Bedeutungswandel nationaler Verfassungen hat hier seine Wurzeln. Er folgt daraus, daß sich mit der Entstehung supranationaler Hoheitsgewalt die Identität von öffentlicher Gewalt und Staatsgewalt auflöst. Die Anfänge dieses Prozesses sind älter als die europäische Integration. Die Bildung einer überstaatlichen Hoheitsgewalt begann bereits mit der Gründung der Vereinten Nationen im Jahr 1945. Die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen verzichten nicht nur auf das Recht, ihre Konflikte gewaltsam auszutragen, die Selbstverteidigung ausgenommen. Sie ermächtigen vielmehr auch die Vereinten Nationen, den Gewaltverzicht im Verletzungsfall durchzusetzen, wenn nötig mit militärischen Mitteln, aber auch auf zivile Weise, zum Beispiel mittels gerichtlicher Verfahren. Die Vereinten Nationen haben damit Anteil an der öffentlichen Gewalt gewonnen. Die nationalen Grenzen sind für Akte der öffentlichen Gewalt der Vereinten Nationen durchlässig geworden. Die strikte Trennung von Innen und Außen, von der die Erfüllung des umfassenden Regelungsanspruchs der Verfassung abhing, besteht nicht mehr.

⁴ Der Bundesstaat ist ein Sonderfall, in dem die Staatsgewalt nicht nur horizontal, sondern auch vertikal aufgeteilt ist, konkurrierende Herrschaftsansprüche durch eine klare Aufgabentrennung und Hierarchisierung (Gesamtrecht bricht Partikularrecht, Kompetenz-Kompetenz) aber vermieden werden.

D. Der Einfluß der nationalen Verfassungen auf die europäische Gesetzgebung

22
Verfassungseinfluß
auf sekundäres
Gemeinschaftsrecht

Der Einfluß der nationalen Verfassungen endet aber nicht mit der Vereinbarung und Ratifikation des Primärrechts der Europäischen Union. Er setzt sich in abgeschwächter Form bei der Schaffung des sekundären Gemeinschaftsrechts fort. Der Grund liegt darin, daß das Primärrecht den Mitgliedstaaten bei der Gemeinschaftsgesetzgebung die zentrale Rolle zuweist. Die Eigenart der Europäischen Union als Staatenverbund kommt unter anderem darin zum Ausdruck, daß Hauptgesetzgebungsorgan nicht das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament ist, sondern der aus den Regierungen der Mitgliedstaaten gebildete Rat. Zwar fehlt dem Rat das Initiativrecht. Dieses liegt bei der Kommission. Auch ist er nicht mehr der alleinige Gesetzgeber. Die Mitwirkungsrechte des Parlaments sind kontinuierlich ausgeweitet worden und würden mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon weiter wachsen. Das Parlament kann jedoch nur auf Beschlüsse des Rates reagieren, aber nicht selbst die Führung übernehmen. Bestrebungen, diese Konstruktion dem staatlichen Muster anzugleichen, blieben erfolglos¹⁴.

23
Verfassungsbindung
der Ratsmitglieder

Die Schaffung von Sekundärrecht unterscheidet sich allerdings beträchtlich von derjenigen des Primärrechts. Letzteres entsteht im Wege des Vertragschlusses, der völkerrechtlichen Regeln folgt, während Sekundärrecht durch Beschluß nach den Regeln des Primärrechts entsteht. Der Rat, der den Beschluß faßt, ist keine Staatenkonferenz, sondern ein Gemeinschaftsorgan. Er nimmt Kompetenzen wahr, die der Gemeinschaft übertragen worden sind, und ist dabei nicht an die nationalen Verfassungen gebunden. Im Unterschied zu allen anderen Gemeinschaftsorganen setzt er sich aber aus Mitgliedern eines nationalen Staatsorgans zusammen, nämlich den Regierungen der Mitgliedstaaten. Diese Konstruktion ermöglicht es den Ratsmitgliedern, bei der Gesetzgebung nationale Interessen und damit auch Forderungen der nationalen Verfassung zur Geltung zu bringen. Soweit sie dazu von ihrer nationalen Verfassung verpflichtet sind, verschafft sich diese mittelbaren Einfluß auf die europäische Gesetzgebung.

24
Verfassungsbindung
bei intergouverne-
mentaler Zusam-
menarbeit

Ob eine solche Verpflichtung besteht, hängt von der jeweiligen Verfassung ab. Beantwortet man die Frage für Deutschland, empfiehlt es sich, zunächst denjenigen Bereich abzuschichten, in dem Tätigkeitsfelder der Europäischen Union nicht insgesamt dem Gemeinschaftsrecht folgen, sondern lediglich für koordiniertes Handeln geöffnet sind. Zu diesem Bereich gehören zur Zeit noch die beiden EU-Säulen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik sowie der Innen- und Rechtspolitik. Hier bleibt die Zusammenarbeit intergouvernemental. Auch die Mitgliedstaaten haben ein Vorschlagsrecht. Beschlüsse können nur einstimmig gefaßt werden. Was den Entscheidungs-

¹⁴ Vgl. *Dieter Grimm*, Vom Rat zur Staatenkammer, in: *ders.*, Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen, 2001, S. 264 ff.

modus angeht, gleicht diese Handlungsebene also der völkerrechtlich geregelten des Vertragsschlusses. Deswegen gelten hier auch die gleichen Verhaltensregeln. Die deutschen Vertreter im Rat müssen auf den Anforderungen des Grundgesetzes beharren und dürfen folglich keiner Vorlage zustimmen, die das Grundgesetz verletzen würde.

Im Bereich der vergemeinschafteten Politikfelder der ersten Säule war die verfassungsrechtliche Bindung der Bundesregierung strittig, wenn sie im Rat an einem Rechtsetzungsakt mitwirkt, für den innerstaatlich die Länder zuständig wären und diese der Europäischen Union die Regelungskompetenz bestreiten. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Bundesregierung in einem solchen Fall für verpflichtet, der europäischen Rechtsetzung etwa entgegenstehende Rechte der Bundesrepublik zu wahren und im Rahmen ihrer organschaftlichen Mitwirkungsbefugnis innerhalb der Gemeinschaftseinrichtungen wirksam zu vertreten. Über das Fehlen einer gemeinschaftsrechtlichen Kompetenz dürfe sie sich nicht einfach hinwegsetzen. Nur ausnahmsweise könnten zwingende außen- oder integrationspolitische Gründe dazu führen, daß sie nicht auf ihrem Standpunkt beharre¹⁵. Noch deutlicher hatte es schon in dem vorangegangenen Urteil über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung geheißen, es müsse nach Möglichkeit verhindert werden, daß mit deutschem Verfassungsrecht unvereinbares sekundäres Gemeinschaftsrecht entstehe¹⁶.

Diese Grundsätze lassen sich verallgemeinern. Dabei kann die Eigenart des Gesetzgebungsverfahrens nicht außer Betracht bleiben¹⁷. Auch wenn sekundäres Gemeinschaftsrecht nicht durch Vertrag, sondern durch Beschluß entsteht, ist der Rat doch weniger ein deliberierendes als ein negotiierendes Gremium. Die Ratsmitglieder folgen primär ihren nationalen Interessen und den politischen Zielen der nationalen Parteien, welche die Regierung bilden. Rechtsetzung im Rat ist oft das Ergebnis ausgehandelter Pakete, deren Schnürung auf allen Seiten Kompromisse verlangt. Die nationale Regierung kann unter diesen Umständen nationale Interessen nur dann erfolgreich vertreten, wenn sie in den Verhandlungen über Spielräume verfügt. Eine starre Verfassungsbindung kann im Gesamtergebnis zum Nachteil der Verfassung ausschlagen. Das Grundgesetz muß aber auch beim Kompromiß leitend bleiben. Einzelne Verfassungspositionen können nur dann ausnahmsweise aufgegeben werden, wenn sich dadurch größerer Verfassungsschaden verhüten läßt¹⁸. Eine Zustimmung zu solchem Gemeinschaftsrecht, das Art. 23 Abs. 1 GG widerspricht, wäre in keinem Fall zulässig.

Eine Gewähr für die Beachtung der nationalen Verfassung besteht allerdings nur dort, wo die Verträge für die Gemeinschaftsgesetzgebung Einstimmigkeit im Rat vorschreiben. In diesem Bereich muß man daher von einer gesteiger-

25

Vermeidung verfassungswidrigen Gemeinschaftsrechts

26

Verhandlungsspielräume im Rat

27

15 BVerfGE 92, 203 – EG-Fernsehrichtlinie – 1995.

16 BVerfGE 80, 74 – 1989.

17 Vgl. Armin v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 1999; Hartmut A. Grams, Zur Gesetzgebung der Europäischen Union, 1998; Kadelbach/Tietje, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, in: VVDStRL 66 (2007), S. 7 und 45.

18 Ähnlich schon BVerfGE 4, 157 (168f.) – Saarabkommen.

Keine Lockerung
der Verfassungsbin-
dung bei Einstim-
migkeit

ten Bindung der Bundesregierung ausgehen. In dem Erfordernis der Einstimmigkeit liegt die Anerkennung, daß die Interessen jedes einzelnen Mitgliedsstaats solches Gewicht besitzen, daß er sie gegen alle anderen durchsetzen kann, freilich nur negativ: Mit der nationalen Verfassung unvereinbares Gemeinschaftsrecht kann verhindert, nicht kann mit der nationalen Verfassung kompatibles Gemeinschaftsrecht erzwungen werden. Die Flexibilität und Kompromißfähigkeit, die für die Einflußnahme auf Mehrheitsentscheidungen nötig ist, rechtfertigt hier also eine Lockerung der Verfassungsbindung nicht. Eine unlösbare Verknüpfung von Gesetzesvorhaben, für die Einstimmigkeit erforderlich ist, mit solchen, für die eine Mehrheit genügt, kommt in der Praxis nicht vor, bedarf deswegen auch keiner zusätzlichen Ausnahme von der strikten Verfassungsbindung.

28

Keine Verfassungs-
bindung für Mitglie-
der von Kommission
und EP

Was hier für die deutschen Regierungsvertreter im Rat gesagt worden ist, gilt jedoch weder für die von Deutschland entsandten Kommissare noch für die in Deutschland gewählten Abgeordneten des Europäischen Parlaments. Anders als die Regierungsvertreter im Rat sind sie nicht zugleich Mitglieder eines deutschen Staatsorgans. Die europäische und die nationale Handlungsebene sind in diesen Organen nicht verschränkt. Deswegen unterliegen ihre Mitglieder auch nicht den Bindungen an die nationale Verfassung, wenn sie im Parlament oder in der Kommission Entscheidungen fällen. Zwar werden die Abgeordneten des Europäischen Parlaments in Art. 189 EG als „Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ bezeichnet, und eine Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG ähnelnde Vorschrift fehlt. Der Verfassung ihres Volkes sind sie rechtlich gleichwohl nicht unterworfen. Die Mitglieder der Kommission genießen schon gemäß Art. 213 EG „volle Unabhängigkeit“ und sind auf das „allgemeine Wohl der Gemeinschaften“ verpflichtet.

E. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts

29

Konflikt zwischen
Gemeinschaftsrecht
und nationalem
Recht

Für die Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen auf die Europäische Union sind die nationalen Verfassungen bestimmend. Auf den Gebrauch der Gesetzgebungskompetenzen durch den Rat können sie mittelbar Einfluß nehmen. Einmal zustande gekommen, gilt das Gemeinschaftsrecht aber unabhängig von den nationalen Verfassungen. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, wie sich Gemeinschaftsrecht und nationales Recht zueinander verhalten, wenn beide in Konflikt geraten. In den Römischen Verträgen war diese Frage nicht ausdrücklich geregelt. Auch die mitgliedstaatlichen Verfassungen enthalten von wenigen Ausnahmen abgesehen keine Regelungen, wie sich die beiden Rechtsmengen zueinander verhalten. Die Frage wurde erst mehrere Jahre nach der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom Europäischen Gerichtshof entschieden, und zwar in einer Weise, die sich von den im Völkerrecht gebräuchlichen Regeln unterschied und die Europäischen

Gemeinschaften erst dadurch in die Sonderstellung zwischen internationalen Organisationen und Bundesstaaten hob, die sie bis heute einnimmt¹⁹.

Im Jahr 1963 stellte der Gerichtshof fest, daß Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedstaaten unmittelbar gilt²⁰, also nicht wie Völkerrecht einer Transformation bedarf. Damit verlor der nationale, an seine Verfassung gebundene Gesetzgeber gegenüber der Europäischen Union die Funktion eines Türhüters. Ein Jahr später folgte die Entscheidung, daß Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht vorgeht²¹. 1970 bekräftigte der Gerichtshof, daß der Vorrang auch gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht gilt²². Zur Begründung verwies er darauf, daß die Gemeinschaft ihre Funktion nicht erfüllen könne, wenn die Mitgliedstaaten über den Rang des europäischen Rechts frei entscheiden dürften und so seine einheitliche Geltung in Frage stellten. Dabei ging der Europäische Gerichtshof davon aus, daß das Gemeinschaftsrecht sich von seiner völkerrechtlichen Entstehungsweise gelöst und eine eigenständige Geltung erlangt habe, während sich der Vorrang für andere weiterhin aus einer Ermächtigung durch die Mitgliedstaaten, dem Rechtsanwendungsbefehl, ableitet.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Kollision von nationalem Recht mit Gemeinschaftsrecht schien der Europäische Gerichtshof anfänglich der Annahme zuzuneigen, daß das Gemeinschaftsrecht entgegenstehendes nationales Recht nichtig mache. Ein Mitgliedstaat hätte es dann nicht mehr in der Hand, über seine eigene Verfassung souverän zu bestimmen. Die Souveränität, die sich im Verfassungsstaat ohnehin in die verfassungsgebende Gewalt des Volkes zurückgezogen hat, wäre auch auf dieser Rückzugsebene damit untergegangen. Später hat sich der Gerichtshof der Auffassung angeschlossen, daß entgegenstehendes Gemeinschaftsrecht das nationale Recht nicht vernichtet, sondern nur unanwendbar macht²³. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist kein Geltungsvorrang, sondern ein Anwendungsvorrang. Fällt das gemeinschaftsrechtliche Hindernis weg, lebt das nationale Recht automatisch auf. Konsequenterweise verzichtet der Europäische Gerichtshof darauf, nationales Recht aufzuheben²⁴, und überläßt auch die Schlußfolgerungen aus seiner Interpretation des Gemeinschaftsrechts den nationalen Instanzen.

Auch der Anwendungsvorrang wirkt sich aber einschneidend auf die nationalen Verfassungen aus. Durch die Anwendungssperre für gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht gewinnen sämtliche staatlichen Rechtsanwendungs-Institutionen, Gerichte wie Behörden, die Befugnis, nationales

30

Vorrang-Rechtsprechung des EuGH

31

Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts

32

Aushöhlung des Verwerfungsmonopols des BVerfG

19 Vgl. *Karen J. Alter*, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford 2001; *Weiler*, *The Transformation of Europe*, in: *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2403ff.; *Alec Stone Sweet*, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford 2004.

20 *EuGH*, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 (*N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend und Loos / J. Niederländische Finanzverwaltung*), Slg. 1963, 1.

21 *EuGH*, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (*Flaminio Costa / J. E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1251.

22 *EuGH*, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*), Slg. 1970, 1125; prononciert dann Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77 (*Staatliche Finanzverwaltung / J. S.p.A. Simmenthal*), Slg. 1978, 629.

23 *EuGH*, Urt. v. 22.10.1998, Rs. C-10/97 (*Ministero delle Finanze / J. IN.CO.GE 90 Srl u.a.*), Slg. 1998, I-6307.

24 *EuGH*, Urt. v. 7.2.1984, Rs. 273/82 (*Jongeneel Kaas / J. Niederlande*), Slg. 1984, 483.

Recht auf seine Anwendbarkeit zu prüfen und sich im Kollisionsfall darüber hinwegzusetzen. Eine solche Befugnis hat das Grundgesetz aus Achtung vor dem demokratisch legitimierten Parlament und zur Vermeidung widersprüchlicher Aussagen über die Geltung von Gesetzen den Gerichten und erst recht den Behörden indes verweigert. Das Verwerfungsmonopol für Gesetze liegt beim Bundesverfassungsgericht. Seit der Vorrangrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es damit vorbei. Er hat die Normenkontrolle, soweit europäisches Gemeinschaftsrecht berührt ist, auf Behörden und Gerichte erstreckt und damit die vom Grundgesetz gewollte Position des Parlaments geschmälert.

33

Relativierung der nationalen Grundrechte

Für das Ausmaß der Verdrängung nationalen Verfassungsrechts durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gewinnt dessen Interpretation eine eigenständige Bedeutung. In der Auslegung durch die Kommission und den Europäischen Gerichtshof haben vor allem die vier Grundfreiheiten des Art. 14 EG und ihre Konkretisierungen in den Verträgen eine erhebliche Dynamik entfaltet, die sie in Konkurrenz zu dem nationalen Grundrechtsverständnis bringt und dieses in die Defensive drängt. Beginnend mit *Cassis de Dijon*²⁵ interpretiert der Europäische Gerichtshof im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes Art. 28 EG in dem Sinn, daß Produkte, die den rechtlichen Anforderungen ihres Herkunftslandes genügen, auch in jedem anderen Mitgliedstaat angeboten werden dürfen. Damit ist es den Mitgliedstaaten nicht mehr möglich, ihre eigenen Schutzstandards aufrechtzuerhalten, selbst wenn sie in Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten aufgestellt worden waren.

34

Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration

Unterdessen ist die Kommission mit Rückendeckung durch den Gerichtshof zu einer aktiven Liberalisierungspolitik übergegangen²⁶, in deren Visier vor allem die öffentlichrechtlich organisierten Einrichtungen der Mitgliedstaaten geraten. Haben sie private Konkurrenten, wird die öffentlichrechtliche Ausstattung in den Augen der europäischen Institutionen zu einer staatlichen Beihilfe, die nach Art. 81 ff. EG unzulässig ist, wenn sie wettbewerbsverzerrend wirkt. Die Gemeinwohlgründe, die für die Wahl der öffentlichrechtlichen Organisationsform maßgeblich waren, kommen dabei wegen der Wettbewerbsfixierung nicht in den Blick. Die Folge ist eine Asymmetrie zwischen negativer Integration, die Markthindernisse abbaut, und positiver Integration, die Marktkorrekturen vornimmt. Während die negative Integration in dem unpolitischen Modus der administrativen oder judikativen Rechtsanwendung erfolgt und sich ungehindert durchsetzen kann, ist die positive auf Rechtsetzung angewiesen und läßt sich weit schwerer realisieren²⁷.

35

Den Preis zahlen zum einen die sozialstaatlichen Verfassungsziele. Zwar sind die Mitgliedstaaten rechtlich nicht gehindert, sie zu verfolgen. Die europäische Liberalisierungspolitik schränkt jedoch ihre faktischen Möglichkeiten

²⁵ *EuGH*, Urt. v. 20. 2. 1979, Rs. 120/78 (Rewe Zentral AG ./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649.

²⁶ Vgl. *Martin Höpner/Armin Schäfer*, A New Phase of European Integration, MPIfG Discussion Paper 07/4.

²⁷ Vgl. *Fritz Scharpf*, *Governing in Europe*, 1999, S. 43–83.

drastisch ein, während eine Stabilisierung des Sozialstaats auf europäischer Ebene wegen der äußerst disparaten sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten nahezu aussichtslos erscheint²⁸. Den Preis zahlen zum anderen die nationalen Grundrechte, die von den Marktfreiheiten zusehends überlagert werden. Während auf der nationalen Ebene die wirtschaftlichen Grundrechte an Eingriffsresistenz meist hinter den personalen, kommunikativen und kulturellen Grundrechten zurückstehen und auch die Verfassungsgerichte wirtschaftsregulierende Gesetze eher zurückhaltend kontrollieren, kehrt sich das Verhältnis auf der europäischen Ebene um. Dort, wo der Handlungsspielraum des Gesetzgebers nach nationalem Verfassungsrecht am größten ist, wird er durch die Interpretation des Gemeinschaftsrechts am kleinsten.

Folgen für Sozialstaat und Grundrechte

F. Der Vorbehalt der nationalen Verfassungsgerichte

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs gilt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ohne jede Einschränkung. Mit der Prüfung, ob die nationale Verfassung einer Kompetenzübertragung an die Europäische Union nicht entgegensteht, endet danach die Reichweite der nationalen Verfassungsgerichte. Für die Art und Weise, wie die Europäische Union von einer übertragenen Kompetenz Gebrauch macht, ist die nationale Verfassung irrelevant. Das gilt nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs sogar für die Frage, ob die Europäische Union eine bestimmte Kompetenz überhaupt besitzt. Der Gerichtshof leugnet zwar nicht, daß es Kompetenzverletzungen seitens der Gemeinschaftsorgane geben kann. Als Prüfungsmaßstab dafür kommt aber nur das Primärrecht in Betracht, dessen authentischer Interpret er ist. Meint ein Mitgliedstaat, der Europäischen Union mangle es an der Kompetenz für eine bestimmte Entscheidung, hat er die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage beim Europäischen Gerichtshof. Nationalen Gerichten steht das Vorabentscheidungsverfahren zur Verfügung. Das nationale Verfassungsgericht ist dafür nach Meinung des Europäischen Gerichtshofs nicht zuständig²⁹. Eine entsprechende Klage müßte es als unzulässig behandeln.

36

Monopolanspruch des EuGH bei Kompetenzprüfung

Einige Mitgliedstaaten akzeptieren dies vorbehaltlos. Die Slowakei konzidiert den Vorrang des Gemeinschaftsrechts in ihrer nationalen Verfassung. Die irische Verfassung legt in Art. 29 sogar ausdrücklich fest, daß keine ihrer Bestimmungen gegen Gemeinschaftsrechtsakte ins Feld geführt werden kann³⁰. Die

37

Verfassungsrechtliche Anerkennung des Vorrangs

28 Vgl. Scharpf, The European Social Model, in: Journal of Common Market Studies 40 (2002), S. 645 ff.; Christian Joerges/Florian Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, ZERP-Diskussionspapier 2/2008.

29 EuGH, Urt. v. 22. 10. 1987, Rs. 314/85 (Foto-Frost ./ Hauptzollamt Lübeck-Ost), Slg. 1987, 4199.

30 Artikel 29 lautet: „Keine Bestimmung dieser Verfassung macht staatliche Gesetze, Handlungen oder Maßnahmen ungültig, die in Erfüllung der Mitgliedschaftspflichten der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaften notwendig sind, oder hindert Gesetze, Handlungen oder Maßnahmen, die von der Europäischen Union oder den Europäischen Gemeinschaften oder deren Institutionen oder von Körperschaften, die nach den Gemeinschaftsverträgen eingerichtet werden, erlassen oder vorgenommen werden, daran, im Staate Rechtskraft zu erlangen“.

niederländische Verfassung räumt in Artikel 94 allgemeinverbindlichen Bestimmungen von Verträgen und Beschlüssen völkerrechtlicher Organisationen einen Anwendungsvorrang vor nationalem Recht ein. Entsprechende Bestimmungen finden sich in den Verfassungen der übrigen Mitgliedstaaten nicht. Sie öffnen sich zwar für internationales Recht, so das Grundgesetz von Anfang an in Artikel 24 und seit 1992 speziell für europäisches Gemeinschaftsrecht in Artikel 23, schweigen dagegen zur Vorrangfrage. In einigen von ihnen sind aber die nationalen Verfassungsgerichte oder Höchstgerichte dazu übergegangen, eine verfassungsrechtliche Barriere gegen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts aufzurichten.

38

Gerichtlicher
Widerstand gegen
den Vorrang

Vor allem die italienische Corte costituzionale kam, von der völkerrechtlichen Anschauung über den Geltungsgrund von Gemeinschaftsrecht ausgehend, in ihrer Entscheidung im Fall *Costa contra ENEL*³¹ zur Ablehnung des Vorrangs. Nach der Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs in dieser Sache³² wich das italienische Verfassungsgericht zurück, behielt sich aber in jedem einzelnen Kollisionsfall die Entscheidung über die Unanwendbarkeit des nationalen Rechts vor³³. Es war diese Praxis, gegen die sich der Europäische Gerichtshof im Fall *Simmenthal* wandte³⁴. Inzwischen hat sich das Gericht auf den Standpunkt zurückgezogen, daß Gemeinschaftsrecht im allgemeinen Vorrang auch vor der italienischen Verfassung hat, beharrt aber darauf, daß sich aus der Verfassung „controlimiti“ ergeben. Der Vorrang gilt nur, sofern die fundamentalen Prinzipien und die unveräußerlichen Menschenrechte nicht berührt sind³⁵. In Frankreich geht der hinhaltende Widerstand vom Conseil d'Etat, nicht vom Verfassungsrat aus³⁶.

39

Solange-Rechtsprechung
des BVerfG

Dagegen hatte es das Bundesverfassungsgericht noch im Jahr 1967 abgelehnt, eine Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrecht zu prüfen, weil selbst „ein noch so dringendes rechtspolitisches Bedürfnis“ die Zuständigkeit des Gerichts nicht erweitern könne³⁷. Sieben Jahre später schwenkte es um und beanspruchte, gestützt auf die fundamentale Bedeutung der Grundrechte für die Legitimation politischer Herrschaft, europäische Rechtsakte an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen, solange es an einem adäquaten Grundrechtsschutz auf der Gemeinschaftsebene fehle³⁸. Nachdem diese Entscheidung den Europäischen Gerichtshof zu verstärkter Entwicklung eines europäischen Grundrechtsschutzes angespornt hatte³⁹, erklärte das Bundes-

31 *Corte costituzionale*, E. v. 5. 2. 1964, Nr. 14/64, Costa ./ ENEL e soc. Edisonvolta, in: *Foro Italiano* 1964, I S. 465.

32 Siehe FN 21.

33 *Corte costituzionale*, E. v. 27. 12. 1973, Nr. 183/73, Frontini ./ Ministro delle Finanze, in: *Foro Italiano* 1974, I S. 314.

34 Siehe FN 22.

35 *Corte costituzionale*, E. v. 31. 3. 1994, Nr. 117/94, Fabrizio Zerini, in: *Raccolta ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale* 1994, S. 785, sowie in: *Foro Italiano* 1995, I S. 1077.

36 Vgl. vor allem *Conseil d'Etat*, E. v. 22. 12. 1978, *Ministre de l'Intérieur ./ Sieur Cohn-Bendit*, Rec. 1978, S. 524 (deutsch in: *EuR* 1979, S. 293).

37 *BVerfGE* 22, 293.

38 *BVerfGE* 37, 271 – Solange I – 1974.

39 Vgl. *Ehlers*, Europäische Grundrechte (LitVerz.).

verfassungsgericht, von seiner Befugnis keinen Gebrauch mehr machen zu wollen, solange ein adäquater Grundrechtsschutz auf der Gemeinschaftsebene gesichert sei⁴⁰. Der Anspruch ist damit aber nicht aufgegeben, sondern nur ausgesetzt. Die Prüfungsbefugnis ruht, solange die Europäische Union ausreichenden Grundrechtsschutz bietet. Sie kann aktualisiert werden, falls sich das ändert⁴¹.

Sollte die schon im Jahr 2000 proklamierte, aber rechtlich bislang nicht in Kraft gesetzte Grundrechtecharta der Europäischen Union⁴² rechtliche Geltung erlangen, würde dies auf der Normebene zu einer weiteren Stärkung des Grundrechtsschutzes führen. Inhaltlich bleibt die Charta nicht hinter dem Grundgesetz zurück. Sie lehnt sich im Gegenteil stark an das Grundgesetz an, rezipiert außerdem Gehalte, die vom Bundesverfassungsgericht im Wege der Grundrechtsinterpretation entwickelt wurden, und formuliert sie als eigenständige Grundrechte aus und geht an verschiedenen Stellen auch über das grundgesetzliche Schutzniveau hinaus. Adäquater Grundrechtsschutz im Sinne der *Solange*-Rechtsprechung umfaßt aber auch die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Grundrechte und ihre tatsächliche Durchsetzung durch den Europäischen Gerichtshof. In dieser Hinsicht entstehen wegen der oben geschilderten Entwicklung aber neue Zweifel⁴³. Daher würde sich die *Solange*-Rechtsprechung auch mit dem Inkrafttreten der Charta nicht erledigen.

In Fragen der Kompetenzüberschreitung hat das Bundesverfassungsgericht dagegen das Letztentscheidungsrecht ausdrücklich für sich reklamiert⁴⁴. Es geht davon aus, daß Gemeinschaftsrecht in Deutschland aufgrund des Rechtsanwendungsbefehls gilt, den der deutsche Gesetzgeber im Ratifikationsgesetz erteilt. Die Frage, ob dieser Befehl erteilt wurde, ist eine solche des nationalen Rechts, welche die nationalen Gerichte zu beurteilen haben. Fehlt es an einer Kompetenzübertragung durch den nationalen Gesetzgeber, berauben gleichwohl ergehende Gemeinschaftsrechtsakte die deutschen Staatsorgane ihres verfassungsrechtlich eingeräumten Handlungsspielraums in unzulässiger Weise. Daher kann das Bundesverfassungsgericht einem solchen Gemeinschaftsrechtsakt die Anwendung im räumlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes versagen. Das gilt auch, wenn der Europäische Gerichtshof die Kompetenzfrage zugunsten der Europäischen Union entschieden, dabei aber seinerseits die Grenze zwischen Vertragsinterpretation und Vertragsänderung überschritten hat.

Eine derartige Letztzuständigkeit in Kompetenzfragen haben auch die Verfassungsgerichte oder Obersten Gerichte Dänemarks, Frankreichs, Griechenlands, Irlands, Italiens und Spaniens beansprucht; Tendenzen, dem zu folgen,

40

Solange Rechtsprechung und GR-Charta

41

Letztentscheidungsanspruch des BVerfG in Kompetenzfragen

42

40 *BVerfGE* 73, 339 – Solange II – 1987.

41 → Unten *P.M. Huber*, Das Verhältnis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft zu den nationalen Gerichten, § 172.

42 → Unten *Scholz*, Nationale und europäische Grundrechte – unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Grundrechtecharta, § 170; → Bd. VI/1: *Niedobitek*, Entwicklung und allgemeine Grundsätze, § 159.

43 RN 34, 35.

44 *BVerfGE* 89, 155 – Maastricht – 1993.

Verteidigung von
Staatlichkeit und
Verfassungs-
prinzipien

lassen sich in weiteren Mitgliedstaaten beobachten⁴⁵. Auch wenn im allgemeinen anerkannt ist, daß die Geltung europäischer Rechtsakte in den Mitgliedstaaten nicht von der Übereinstimmung mit der nationalen Verfassung abhängt, werden doch jedenfalls die Staatlichkeit oder Souveränität der Mitgliedstaaten, die fundamentalen Prinzipien ihrer Verfassung, die bei den Staaten verbliebenen Kompetenzen und der Standard des Grundrechtsschutzes gegen den umfassenden Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts verteidigt. Daß es gerade die staatliche Justiz ist, die diesen Damm zu errichten versucht, scheint nicht inkonsequent, weil sich der Geltungsanspruch des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht schon aus den Verträgen ergibt, sondern erst durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs begründet worden ist.

G. Die Wechselbeziehungen zwischen nationaler und europäischer Justiz

43

Anerkennung des
Vorrangs im übrigen

Der „Krieg der Richter“⁴⁶ ist allerdings bisher nicht ausgebrochen. Die nationalen Verfassungsgerichte stemmen sich nicht mehr gegen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Sie verhelfen ihm im Gegenteil zur Durchsetzung. Als Hebel dafür dient in Deutschland die Anerkennung des Europäischen Gerichtshofs als gesetzlicher Richter im Sinn von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG⁴⁷. Damit ist der Verstoß eines letztinstanzlich entscheidenden deutschen Gerichts gegen die Vorlagepflicht aus Art. 234 EG zugleich eine Verletzung des Grundgesetzes, die vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden kann. Die Prüfungskompetenz der nationalen Verfassungsgerichte bleibt dagegen für schwere Bedrohungen des Grundverhältnisses zwischen den Mitgliedstaaten und der Union sowie der Grundprinzipien ihrer Verfassungen in Reserve. Die nationalen Verfassungsgerichte behaupten auf diese Weise die substantielle Eigenstaatlichkeit der Mitgliedstaaten und blockieren so zugleich eine Verstaatlichung der Europäischen Union, die vielen als Endziel der europäischen Integration vorschwebt.

45 Ausführliche Darstellung bei *Franz C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 140-257, Zusammenfassung S. 260ff. Vgl. auch *Monica Claes*, The National Courts' Mandate in the European Constitution, Oxford 2006, S. 385ff., insb. S. 452ff. (betitelt „La Guerre des Juges?“); *dies.*, The European Constitution and the Role of National Constitutional Courts, in: *Anneli Albi/Jacques Ziller* (Hg.), The European Constitution and National Constitutions, 2007, S. 235ff.; *Anne-Marie Slaughter/Alec Stone Sweet/Joseph H.H. Weiler* (Hg.), The European Court and National Courts, Oxford 1998.

46 Siehe FN 45. Der Ausdruck zuerst bei dem *Commissaire du gouvernement Genevois* in seinen Schlußfolgerungen im *Cohn-Bendit-Fall*: „Ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges“, s. *Mayer*, Kompetenzüberschreitung (FN 45), S. 154.

47 *BVerfGE* 73, 339 (366ff.) – 1986. Allerdings wirkt der Hebel nur gegenüber den letztinstanzlich entscheidenden Gerichten, denn nur sie sind gemäß Art. 234 Abs. 3 EG zur Vorlage verpflichtet. Ein Vorlageboykott unterer Gerichte, der den Europäischen Gerichtshof empfindlich trifft, läßt sich auf diese Weise nicht verhindern. Solche Verweigerungen in Reaktion auf bestimmte EuGH-Entscheidungen hat es gegeben, vgl. *Ulrich Haltern*, Europarecht, ²2007, S. 337ff.