

Barbara Thiemann

**Kooperation und Verfassungsvorbehalte
im Ausgleich**

Anleihen aus dem europäischen
Verfassungsgerichtsverbund
für eine Kooperation des EuGH
mit den WTO-Rechtsprechungsorganen



Herbert Utz Verlag · München

Neue Juristische Beiträge

Herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Ludwig-Maximilians-Universität München)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität Potsdam)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 110

D61



Zugl.: Diss., Juristische Fakultät HHU Düsseldorf

Erstgutachter: Prof. Dr. Lothar Michael

Zweitgutachterin: Prof. Dr. Charlotte Kreuter-Kirchhof

Tag der mündlichen Prüfung: 02.02.2016

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

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2016

ISBN 978-3-8316-4560-2

Printed in EC

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	1
A. Standortanalyse: Beitrag zum europäischen Verfassungsrecht	10
B. Methodik	12
I. Vergleich als Methode	12
II. Gerichtsentscheidungen im Kontext nacherzählen	13
C. Gang der Darstellung.....	15
TEIL I.....	22
1. KAPITEL: AUSZUG AUS DER TEILNEHMERLISTE DES EUROPÄISCHEN	
VERFASSUNGSGERICHTSVERBUNDS.....	22
A. Das Bundesverfassungsgericht	22
I. Die Dimensionen seiner Verfassungsrolle.....	22
II. Formelle und informelle Machtbegrenzung.....	25
B. Die deutschen Fachgerichte.....	27
I. Die Aufgabenverteilung im EU-Rechtsschutzsystem	28
II. Die Aufgabenverteilung zwischen EGMR und Fachgerichten.....	29
C. Der EuGH	30
I. Die Dimensionen seiner Verfassungsrolle.....	31
1. Der Begriff der verfassungsgerichtlichen Funktion.....	32
2. Die Existenz einer Unionsverfassung.....	32
3. Die Ausübung verfassungsgerichtlicher Funktionen	36
4. Über die politische Bedeutung seiner Rechtsprechung.....	38
II. Formelle und informelle Machtbegrenzung.....	39
III. Der EuGH als Rechtsschutzinstanz.....	41
D. Der EGMR.....	45
I. Die Dimensionen seiner Verfassungsrolle.....	46
II. Der EGMR als relativ politikferne Institution.....	47
E. Bundesverfassungsgericht und EuGH treten als politische Akteure auf	49
F. Fazit	54

2. KAPITEL: DIE KOOPERATIONSMECHANISMEN IM EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSGERICHTSVERBUND MIT BEZUG AUF DEUTSCHLAND.....	57
A. Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV als Mechanismus institutioneller Verkopplung.....	57
I. Inkurs: Das Prinzip der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts.....	58
II. Die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	58
III. Freiwillige Kooperation als Fundament	63
IV. Durch wen, wie und wann sollte ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV sanktioniert werden?	65
1. Unionsrechtliche Sanktionsmechanismen	66
a) Das Vertragsverletzungsverfahren.....	66
b) Der Staatshaftungsanspruch.....	67
c) Die Durchbrechung der Bestandskraft.....	68
d) Die Durchbrechung der Rechtskraft.....	69
e) Zwischenbefund	70
2. Deutsche Sanktionsmechanismen.....	72
a) Die Anerkennung des EuGH als gesetzlichen Richter.....	72
b) Die Grenzen und Perspektiven einer verschärften Vorlagenkontrolle	73
c) Zwischenbefund	79
B. Die <i>Solange</i> -Rechtsprechung – Konfliktbeilegung durch gegenseitiges Aufeinander-Zugehen	79
C. Die <i>Bosphorus</i> -Rechtsprechung – ohne oder mit Zukunft?	82
I. Der Begründungsweg zu einer Kontrolle von EuGH-Entscheidungen durch den EGMR	82
II. Abgrenzung zur <i>Solange</i> -Rechtsprechung	84
III. Aufforderung zur Überwindung des Doppelstandards.....	85
IV. Diskussion über die Reichweite der derzeitigen Bindungswirkung von EGMR-Entscheidungen	87

D. Die verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht von Entscheidungen internationaler Rechtsprechungsorgane	89
I. Das Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.....	89
II. Die Völkerrechtsfreundlichkeit ist keine Verfassungslyrik, sondern sie verlangt nach Konsequenzen.....	90
1. Keine Beschränkung auf internationale <i>Gerichte</i>	91
2. Der unter deutscher Beteiligung entschiedene Einzelfall.....	92
3. Parallelfälle und Verfahren ohne deutsche Beteiligung vor dem EGMR.....	93
4. Die Berücksichtigungspflicht en détail.....	95
III. Zwischenbefund	96
RESUMÉE ZUR KOOPERATION IM EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSGERICHTSVERBUND.....	97
TEIL II.....	99
3. KAPITEL: DAS VERHÄLTNIS DES EUGH ZU INTERNATIONALEN RECHTSPRECHUNGSORGANEN	99
A. Hierarchieverhältnisse im Völkerrecht	102
B. Die Völkerrechtsfreundlichkeit der EU-Verträge.....	104
C. Schlüsselentscheidungen für das Verhältnis des EuGH zu internationalen Rechtsprechungsorganen.....	109
I. Die Autonomie der Unionsrechtsordnung als Verfassungsvorbehalt....	110
1. Das erste <i>EWR-Gutachten</i> : Das Außenhandeln der Union rückt in den Fokus des Interesses	110
a) Die verfassungsrechtliche Signifikanz des Gutachtens.....	111
b) Kein wirklich völkerrechtsfreundlicher Beginn.....	111
c) Die Proklamierung der Autonomie der Unionsrechtsordnung als Selbstbehauptung	113
d) Die Autonomie der Unionsrechtsordnung im Einzelnen aufgeschlüsselt	115
e) Die Wahrung der Autonomie des EU-Gerichtssystems.....	116
f) Die Entscheidung war nicht alternativlos.....	117
g) Das Ende der Geschichte.....	118

2.	Zwischenton: Auf einen bedingten Dialog mit internationalen Rechtsprechungsorganen lässt sich der EuGH ein.....	118
3.	Die <i>MOX-Plant</i> -Entscheidung: Mitgliedstaatliche Streitigkeiten über internationales Vertragsrecht und das Rechtsprechungsmonopol des EuGH.....	120
	a) Die Grenzen der propagierten Ausschließlichkeit.....	122
	b) Der Vergleich mit der <i>Solange</i> -Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	125
	c) Inkurs: Bedürfnis nach Folgenorientierung in der Rechtsprechung.....	127
	d) Ein Minimalzugeständnis wäre immerhin möglich.....	129
	e) Zwischenbefund.....	129
4.	Das <i>Gutachten zum EU-Patentgericht</i> : Keine Auslegung und Anwendung von originärem Unionsrecht außerhalb des EU-Gerichtssystems.....	129
	a) Eine neue Situation für den EuGH.....	130
	b) Forderungen nach Sanktionen – Erfahrungen aus dem europäischen Verfassungsgerichtsverbund.....	131
	c) Zwischenbefund.....	132
5.	Der EMRK-Beitritt: Keine Neuinszenierung, sondern eine Wiederaufführung mit Neubesetzung.....	133
	a) Eine Wiederaufführung war immer als Option greifbar.....	134
	b) Eigentlich hätte jedoch alles für eine Neuinszenierung gesprochen.....	134
	c) Wiederaufführung mit neuer Hauptrolle: Die Autonomie der Unionsrechtsordnung.....	136
	d) Zwischenbefund.....	140
6.	Die Folgen dieser vier Entscheidungen für die Zusammenarbeit mit internationalen Rechtsprechungsorganen.....	142
II.	Einkleidung in ein übergreifendes Konzept von Verfassungsgrundsätzen der EU-Verträge.....	143

1.	Die <i>Kadi</i> -Entscheidungen: Grundrechtsschutz als Verfassungsvorbehalt.....	144
	a) Die Union als Rechtsgemeinschaft.....	146
	b) Bindung an das Recht der Vereinten Nationen.....	146
	c) Wiederkehrende Konfliktlagen	150
	d) Die Autonomie der Unionsrechtsordnung bleibt präsent	152
	e) Hatte der EuGH eine Wahl, <i>ob</i> er das Urteil des EuG aufheben sollte?	153
	f) Hatte er eine Wahl, <i>wie</i> er handeln sollte?.....	155
	g) Zur Anwendbarkeit und Modifizierung der <i>Solange</i> -Formel in der <i>Kadi</i> -Rechtsprechung	156
2.	Zwischenbefund: Das Erkennen von Parallelen.....	160
D.	Fazit.....	160
4.	KAPITEL: DAS AUFTRETEN DES EUGH GEGENÜBER DEN WTO-RECHTSPRECHUNGSORGANEN	164
A.	Das Streitbeilegungssystem der WTO.....	165
B.	Die Bedeutung von Entscheidungen der WTO-Rechtsprechungsorgane für die Rechtsprechung des EuGH	166
I.	Die unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht.....	167
	1. Die Reichweite des Verhandlungsspielraums	170
	2. Die Relevanz der fehlenden Gegenseitigkeit	171
	3. Möglicher Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit durch einen internen Akt.....	173
II.	Das Ausmaß der Bindungswirkung an WTO-Streitbeilegungsentscheidungen	176
	1. Das erste <i>EWG-Gutachten</i> als Maßstab	176
	a) Welche Wirkung hatte der EuGH genau vor Augen?	176
	b) Anwendbarkeit auf DSB-Entscheidungen.....	177
	2. Art. 216 Abs. 2 AEUV als Direktive	182
	3. Vereinbarkeit einer Entscheidungsbindung mit der Autonomie der Unionsrechtsordnung	183
C.	Fazit	187

RESUMÉE ZU DER KOOPERATION DES EUGH MIT DER INTERNATIONALEN GERICHTSBARKEIT.....	188
TEIL III.....	190
5. KAPITEL: DIE HERAUSFORDERUNGEN, VOR DENEN DER EUGH STEHT, SIND ÄHNLICH DENEN, VOR DENEN BEREITS DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT STAND	190
6. KAPITEL: MOTIVGRÜNDE FÜR DAS HANDELN DES EUGH	194
A. Eine Kontextualisierung der Entscheidungen	194
I. Abwehr einer Unterwerfung.....	194
II. Mit <i>Souveränität</i> erklärt	198
III. Bundesverfassungsgericht und EuGH waren beide gefordert, Aufbauarbeit zu leisten.....	202
B. Politische Gründe als Ursache für die Haltung des EuGH	211
7. KAPITEL: DER SICH AUS DER EUGH-RECHTSPRECHUNG ERGEBENE GRUNDRISS ÜBER DIE BEZIEHUNGEN ZU INTERNATIONALEN RECHTSPRECHUNGSORGANEN.....	213
8. KAPITEL: VERFASSUNGSRECHTLICHE DEUTUNG DER WTO-STREITBEILEGUNG.....	220
9. KAPITEL: DEMOKRATISCHE RECHTFERTIGUNG DER WTO-STREITBEILEGUNG.....	225
A. Loslösung von vertrauten Strukturen	225
B. Fehlendes parlamentarisches Gegengewicht	227
C. Partizipation und Transparenz.....	230
D. Angelegter Kontrollstandard an den Streitgegenstand	234
E. Fazit	236
10. KAPITEL: INHALTLICHE BESCHREIBUNG UND QUALIFIZIERUNG DER VERFASSUNGSVORBEHALTE	239
A. Die Autonomie der Unionsrechtsordnung dient als Stütze und Ausfüllung der Integrationsschranken zugleich.....	240
I. Europäische Identität	240
II. Europäischer Grundrechtsschutz.....	248

B.	Mittelbare Absicherung und Ausfüllung der Integrationssschranken: Keine Freizeichnung von Verpflichtungen aus EMRK und nationalen Bestandssicherungsklauseln	249
C.	Die Grundlagen eignen sich nicht zur Verabsolutierung, sondern es sind der Abwägung zugängliche Prinzipien.....	251
I.	Rechtstheoretischer Anknüpfungspunkt.....	251
II.	Das Prinzipienmodell als Wegweiser zur Konfliktlösung.....	253
III.	Die Prinzipialisierung der Grundlagen.....	253
IV.	Das Prinzipienmodell führt zu nachvollziehbaren und überzeugenderen Ergebnissen.....	256
D.	Zwischenbefund.....	257
E.	Die Integrationssschranken können mittels Vertragsänderung bis zu gewissen Grenzen überwunden werden	257
I.	Die zwingende Anwendung des förmlichen Verfahrens für die Änderung von Grundlagenvorschriften	258
II.	Zur Existenz unabänderlicher Gehalte in einer Vertrags- bzw. Verfassungsrevision.....	262
1.	Zur Herleitung immanenter Grenzen aus dem systematischen Zusammenhang.....	263
2.	Zur Existenz änderungsfesten Primärrechts nach der <i>Kadi</i> - Rechtsprechung	264
3.	Zur mittelbaren Ableitung von materiellen Schranken aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten	265
4.	Bekräftigung der gewonnenen Ergebnisse anhand der Theorien von Verfassungsgebung und -änderung	267
5.	Letzter Halt im Naturrecht.....	272
F.	Fazit	275
11.	KAPITEL: NEBEN DEM PRINZIPIENMODELL KOMMEN WEITERE ORIENTIERUNGSHILFEN ZUM TRAGEN.....	277
A.	Auswertung der Lernerfolge mit den in Teil I geschilderten Dialogformen	277
B.	Perspektivwechsel – Blick auf die Situation des Gegenübers.....	281

I.	Appell an beide Seiten	281
II.	Die Goldene Regel als Leitlinie für den EuGH im Umgang mit internationalen Streitbelegungsentscheidungen	282
1.	Ihre Geltung im institutionellen Zusammenhang	283
2.	Die Goldene Regel als Prinzip der Fairness	286
3.	Die Gründe für den Einsatz der Goldenen Regel	289
4.	Goldene Regel versus kategorischen Imperativ	292
C.	Fazit	294
12.	KAPITEL: DIE ARGUMENTE SPRECHEN FÜR EIN UMDENKEN IN DER WTO-RECHTSPRECHUNG.....	295
A.	Höherer Stellenwert des Völkerrechts im Vertrag von Lissabon	295
I.	Die Gegenströme	296
II.	Auf Art. 216 Abs. 2 AEUV wird noch ein Stockwerk gesetzt	298
III.	Die Aufwertung des Ziels „Abbau internationaler Handelshemmnisse“	302
B.	Die Europäische Union ist ihrem Charakter als Rechtsgemeinschaft verpflichtet	304
C.	Verfassungsrechtliche Aussagen zur Kontrolle der auswärtigen Gewalt in der Union	306
D.	Zugzwang durch den vorgesehenen EMRK-Beitritt	310
E.	Die Kontexte aufeinander abstimmen	311
F.	Fazit	312
13.	KAPITEL: DENNOCH KEINE BERUFUNG DES EINZELNEN AUF WTO-STREITBEILEGUNGSENTSCHEIDUNGEN	316
A.	Einklagbarkeit des WTO-Rechts	316
B.	Interne Balance zwischen den Unionsorganen	323
C.	Einzelner und Mitgliedstaat haben eine unterschiedliche Stellung im Verfassungsgefüge	328
D.	Fazit	334
14.	KAPITEL: DIE ZULÄSSIGKEIT UND BEGRÜNDETHEIT DER KLAGE EINES MITGLIEDSTAATS BEI BERUFUNG AUF WTO-STREITBEILEGUNGSENTSCHEIDUNGEN	337

A.	Der Grundsatz loyaler Zusammenarbeit	337
B.	Pflicht zur Rücksichtnahme bei der Ausübung des Klagerechts.....	339
	I. Rücksichtnahme auf die Funktionsfähigkeit der	
	Unionsrechtsordnung	340
	1. Die Zulässigkeit einer mitgliedstaatlichen Klage.....	340
	2. Die Begründetheit einer mitgliedstaatlichen Klage.....	343
	II. Rücksichtnahme auf die Belange anderer Mitgliedstaaten	346
	SCHLUSSBETRACHTUNG	347
	NACHWORT: KOOPERATION REVISITED.....	353
	A. Die WTO ist nicht gescheitert	353
	B. Es sollte beim Freundschaftsspiel bleiben.....	354
	C. Ausblick.....	357
	LITERATURVERZEICHNIS	359

„For we live
in an age of interdependence
as well as independence –
an age of internationalism
as well as nationalism.”

J. F. Kennedy,

Ansprache in der Frankfurter Paulskirche vom 25.6.1963

Einleitung

Zahlreiche Werke beschäftigen sich bereits mit der Kooperation zwischen internationalen und, mal akzentuierter, mal weniger akzentuiert, nationalen Gerichten.¹ Der Gerichtshof (EuGH²) wird dabei selten ausgespart und zum Teil sogar in den Mittelpunkt gestellt.³ Bevor sich der Leser nun deshalb selbst die Frage “Warum bedarf es dann noch einer Untersuchung zu diesem Thema?” stellt, soll sie sogleich hier aufgeworfen und beantwortet werden: Weil die Probleme fortbestehen und weil die vorliegende Arbeit in dieser Diskussion einen leicht veränderten Blickwinkel ausleuchten möchte. Sie wird nach Parallelen in den Verhältnissen EuGH und internationale Rechtsprechungsorgane sowie Bundesverfassungsgericht und internationale Rechtsprechungsorgane (den EuGH eingeschlossen) fragen. Diese Herangehensweise folgt der These, dass sich der EuGH gegenüber den Streitbeilegungsorganen internationaler Organisationen, deren Mitglied die Union ist – trotz aller Unterschiede – in vergleichbarer Lage wie das Bundesverfassungsgericht ihm gegenüber befindet.⁴ Daraus wiederum ergeben sich übereinstimmende “Verhaltensmuster”. So wie sich das Bundesverfassungsgericht einer aus Sicht des Europarechts⁵ durchaus nahelie-

¹ Um nur einige zu nennen: *J. I. Charney*, RdC 271 (1998), 101; *M. Kumm*, CML Rev. 36 (1999), 351; *Y. Shany*, The competing jurisdictions of international courts and tribunals, 2003; *ders.*, Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts, 1. Aufl. 2007; *C. Lutz*, Kompetenzkonflikte und Aufgabenverteilung zwischen nationalen und internationalen Gerichten, 1. Aufl. 2003; *A. M. Slaughter*, Harvard International Law Journal 44 (2003), 191; *dies.*, A new world order, 2004; *R. Higgins*, International and Comparative Law Quarterly 55 (2006), 791; *N. Lavranos*, ZaöRV 68 (2008), 575; *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008; *M. Nunner*, Kooperation internationaler Gerichte, 2009.

² Nach dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags passt diese Kurzbezeichnung eigentlich nicht mehr, weil er nunmehr gemeinsam mit dem Gericht und den Fachgerichten das Organ „Gerichtshof der Europäischen Union“ bildet. Trotz der erfolgten Differenzierung in Art. 19 Abs. 1 EUV wird er aber wohl auch künftig in Deutschland so bezeichnet werden, siehe *R. Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 407.

³ *T. Lock*, Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten, 2010.

⁴ Allgemeiner bereits *M. Bronckers*, CML Rev. 44 (2007), 601 (626); *J. S. Rapp-Lücke*, Das rechtliche Verhältnis zwischen dem Streitbeilegungsgremium der Welthandelsorganisation und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 2004, S. 274, 294.

⁵ Dem Begriff wird in dieser Arbeit ein weites Verständnis zugrunde gelegt, das das Recht des Europarats mit umfasst, vgl. *P. Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, S. 56, 478 f.: „Europa im weiteren Sinne des Europarates und im engeren Sinne der EU“; schon früh ein wohl noch weiteres

genden Subordination unter EuGH und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entgegenstellt, so scheint dem EuGH sein eigenes Selbstverständnis eine Unterordnung unter internationale Rechtsprechungsorgane ebenfalls zu verbieten.

Allerdings scheinen beide Gerichte dies über unterschiedliche Ansätze gewährleisten zu wollen. Wesentliches Instrument des Bundesverfassungsgerichts sind Verfassungsvorbehalte⁶, vornehmlich gegen europäisches bzw. völkerrechtliches Sekundärrecht.⁷ Im Gegensatz dazu wehrt der EuGH in der Regel bereits den Anschein einer Unterwerfung mit Verfassungsvorbehalten (wenn er sich auch dieses Begriffs nicht bedient) gegen völkerrechtliches Primärrecht ab. Er begnügt sich dabei insbesondere nicht mit einer Drohkulisse, sondern versagt dem Vertragswerk häufig seine Zustimmung. In den übrigen Fällen oder in denen, wo man ihm nicht mittels Gutachtenantrag nach Art. 218 Abs. 11 AEUV die Möglichkeit dazu gab, nimmt er nun nicht etwa die Gelegenheit zum Dialog wahr, sondern er versucht auf andere Weise, den Einfluss der internationalen Rechtsprechungsorgane zu beschränken. Die WTO-Rechtsprechungsorgane⁸ und das UN-Seerechts-Schiedsgericht⁹ könnten dies auf Nachfrage bestätigen.

Dies führt hier zu der Schlussfolgerung, dass, gleich ob EuGH oder Bundesverfassungsgericht, beide sich nur auf eine Zusammenarbeit, einen Dialog mit internationalen Rechtsprechungsorganen einlassen können, wenn ihnen gewisse Kontrollvorbehalte über die Entscheidungen des Gegenübers verbleiben. Wenn

Verständnis bei *H. Mosler*, ZaöRV 28 (1968), 481; damit soll keineswegs die Bemerkung von *U. Everling*, in: R. Bernhardt *et al* (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung. Internationale Gerichtsbarkeit. Menschenrechte*, 1983, S. 173 (173) negiert werden: „Dieser weite Begriff des Europarechts dürfte dem heutigen Stand kaum noch entsprechen; die qualitative und quantitative Entwicklung des Gemeinschaftsrechts erfordert eine besondere Behandlung in Forschung und Lehre.“ Selbstredend bedarf das Unionsrecht dieser besonderen Behandlung. Deshalb wird es in dieser Arbeit speziell so bezeichnet. Hier dient der Begriff Europarecht daher nur als Zusammenfassung, wenn keine Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen bestehen. Dies erscheint, schon aufgrund des von *Mosler* erkannten, beiden Systemen unterliegenden *ordre public* angemessen.

⁶ Siehe *R. Streinz*, in: H.-J. Cremer *et al* (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts*, 2002, S. 1437; *J. Isensee*, in: J. Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit*, 1997, S. 1239. Der Klarstellung bedarf indes, dass dem Begriff des Verfassungsvorbehalts verschiedene Inhalte beigemessen werden können. Nicht gemeint ist hier der Bedeutungsgehalt, der gerade am Anfang der europäischen Integration in der BRD so virulent geworden ist, nämlich seine Interpretation als Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung in der Debatte um den Wehrbeitrag, hierzu *ders.*, in: *J. Isensee/H. Lecheler* (Hrsg.), *Freiheit und Eigentum*, 1999, S. 359 (361 ff.); ausführlich die Beiträge in: *Institut für Staatslehre und Politik e. V. Mainz* (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag/2*, 1953. Das Grundgesetz statuiert heute ausdrücklich einen Verfassungsvorbehalt in diesem Sinne in Art. 87a Abs. 2: „Außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zulässt.“

⁷ Siehe auch *J. Isensee*, Anm. 6 (1253): „Die Verfassungsvorbehalte richten sich vornehmlich gegen das sekundäre Gemeinschaftsrecht, aber sie sparen das primäre nicht aus.“

⁸ Hierzu unter Teil II 4. Kap. B.

⁹ Hierzu unter Teil II 3. Kap. C. I. 3.

auch von der vermeintlich übergeordneten Ebene vorrangige Bindungswirkungen ausgehen – unabhängig davon, ob aus dem Unions- oder aus dem Völkerrecht –, machen die Vorbehalte in der eigenen Verfassungsordnung unmissverständlich deutlich, dass diese Beziehungen nicht in Form von Hierarchieverhältnissen erklärt werden können. In diesem Sinne ist es bezeichnend, wenn *Jaeger*, als eine RichterIn, die beide Seiten kennt, weil sie sowohl auf der Richterbank im Bundesverfassungsgericht als auch der im EGMR gesessen hat,¹⁰ das Bild der Pyramide bei Seite schiebt¹¹.

Das überzeugendere Narrativ ist stattdessen das der Kooperation^{12, 13}. Kooperation zwischen den Höchstgerichten erfordert gerade nicht die Aufgabe, sondern die Erhaltung einer Letztentscheidungskompetenz über die Vereinbarkeit der anderen Ordnung mit der eigenen.¹⁴ Die normative Aufforderung an das Bundesverfassungsgericht und den EuGH, miteinander zu kooperieren, entspringt

¹⁰ Es ist es wert hinzuzufügen, dass sie einen ähnlichen Seitenwechsel mit ihrem Wechsel vom Verfassungsgerichtshof NRW zum Bundesverfassungsgericht schon einmal durchlaufen hat.

¹¹ *R. Jaeger*, zit. in *N. N.*, Judgment days, *The Economist* v. 28.3.2009, S. 45 (46). Sie schlägt stattdessen vor, man solle lieber an ein Mobile von *Calder* denken. Aufgegriffen wird dieses Bild von *A. Voßkuhle*, *EuGRZ* 2014, 165.

¹² BVerfG, Urt. v. 12.10.1993, 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155 (175) – Maastricht: „Allerdings übt das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem ‘Kooperationsverhältnis’ zum Europäischen Gerichtshof aus“. Wenngleich zuzugeben ist, dass der Ton der damaligen Entscheidung Zweifel daran aufkommen ließ.

¹³ Als übergeordnete Kategorie drängt sich *Comity* auf, hierzu insb. *Y. Shany*, Anm. 1. So wird die *Solange*-Methode explizit als Beispiel von *Comity* betrachtet, siehe *N. Lavranos*, *ZaöRV* 68 (2008), 575 (613) u. *ders.*, *EuR* 2007, 440 (467), der aber zugleich herausstellt, dass die Wurzeln des *Solange*-Prinzips im Verfassungsrecht liegen, siehe *ders.*, *ZaöRV* 68 (2008), 575(612). Rechtliche Grundlagen für *Comity* werden nun richtigerweise auch im internationalen Recht gesucht, zumal so Forderungen nach Kooperation zwischen internationalen Gerichten Nachdruck verliehen werden kann, siehe *ders.*, *EuR* 2007, 440 (466 f.). Die Frage nach dem verpflichtenden Charakter des Prinzips kann damit aber nicht ausgeräumt werden, dafür: *M. Nunner*, Anm. 1, S. 152; heute wohl auch *N. Lavranos*, *ZaöRV* 68 (2008), 575 (614 ff.), siehe aber noch *ders.*, *European Energy and Environmental Law Review* 14 (2005), 240 (249): „this obligation is rather a moral than a legal one“ (Hervorhebung im Original). Man könnte es auch als „Gentleman’s Agreement“ einordnen, vgl. *ders.*, *ZaöRV* 68 (2008), 575 (614). Diesen Unwägbarkeiten, die ja nicht bei der Frage nach der Verpflichtung aufhören, sondern beim Inhalt weitergehen, hierzu *M. Nunner*, Anm. 1, S. 151 f., soll hier absichtlich aus dem Weg gegangen werden. Denn bereits die eigene Verfassung begründet für EuGH und Bundesverfassungsgericht die Verpflichtung zur Kooperation und gibt auch deren Inhalt vor. Das Resultat könnte man dann ohne Weiteres weiterhin als *Comity* beschreiben. Um jedoch den möglichen Eindruck der Unverbindlichkeit zu vermeiden (vgl. *M. L. Movsesian*, *Virginia Journal of International Law* 48 (2007), 65 (102): „This emphasis on dialogue and community might lead one to think that the model involves nothing more than earnest conversation among judges.“) wird davon abgesehen, den Begriff zu übernehmen.

¹⁴ In diese Richtung aber *K. Doehring*, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, S. 263 (267).

dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV.¹⁵ Allgemein lässt sich die Aufgabe zu kooperieren rechtlich mit den Figuren der Völkerrespektive Europarechtsfreundlichkeit begründen. Diese wiederum verlangen insbesondere nach Rücksichtnahme und Respekt im gegenseitigen Umgang miteinander. In der Tat, das sind weiche Faktoren, aber nur in dem Sinne, dass der Grad der Erfüllung schwer nachzuhalten ist, dagegen nicht in dem Sinne, dass ihnen nachzukommen im Belieben der Gerichte steht. Kooperation ist „mehr als eine reine good will-Aktion der Gerichtshöfe“.¹⁶ Die Verfassungsvorbehalte machen zwar unmissverständlich deutlich, dass jede Freundlichkeit ihre Grenzen hat, diese sind aber ebenso wenig in das Belieben der Gerichte gestellt. Sie werden vielmehr von den Verfassungsgrundsätzen markiert, die im Rahmen der internationalen Integration nicht beeinträchtigt werden dürfen. Entscheidend wird es daher sein, *wie* diese Verfassungsvorbehalte von den Gerichten zur Anwendung gebracht werden. Hier wird eine Distanzierung von der EuGH-Rechtsprechung geboten sein.

Die vorstehenden Überlegungen führen dazu, dass sich die hier noch vorzustellenden Höchstgerichte bildlich auf gleicher Augenhöhe begegnen können. *Kelsen* hat bis in die heutige Zeit gültige Aussagen aufgestellt, die auch in dieser Arbeit in der Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge erneut Bestätigung finden. Seine¹⁷ hierarchische Beschreibung der Rechtsordnung¹⁸ verliert allerdings im Mehrebenensystem allgemein und im Hinblick auf die Beziehungen der Höchstgerichte¹⁹ in einem solchen System mehr und mehr an Überzeugungskraft.²⁰

¹⁵ I. Pernice, WHI - Paper 08/2013, S. 10; vgl. auch A. Hatje, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 1. Aufl. 2001, S. 75 ff.

¹⁶ G. Ress, Diskussionsbeitrag, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (Hrsg.), Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft, 2007, S. 218; vorsichtiger klingt da schon der Diskussionsbeitrag von S. Oeter, der Ress zwar zustimmt, indes ausdrücklich den verpflichtenden Charakter der Kooperation verneint (220).

¹⁷ Wenn man vom Stufenbau der Rechtsordnung spricht, dann darf freilich der Name eines anderen Österreichers nicht unerwähnt bleiben: *Merkl*, siehe insb. *ders.*, in: D. Mayer-Maly/H. Schambeck/W. D. Grussmann (Hrsg.), Adolf Julius Merkl Gesammelte Schriften, 1993, S. 437 (464 ff.).

¹⁸ *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 228 ff., 332 ff.; andeutungsweise schon *ders.*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 130, 138.

¹⁹ Isoliert für die nationale Rechtsordnung findet sich sein Hierarchiedenken dagegen noch heute bestätigt. Um die BRD herauszugreifen, so ist festzustellen, dass das Gerichtssystem auf einem fein ausgearbeiteten Instanzenzug ruht und über ein selbst über die einzelnen Gerichtszweige hinweg reichendes Vorlagesystem, vgl. § 132 GVG, verfügt. Wenn auch einzuräumen ist, dass offiziell eine Präjudizienbindung nicht existiert, so wird den höchstgerichtlichen Entscheidungen doch regelmäßig gefolgt, so auch C. Schönberger, VVDStRL 71 (2012), 296 (319). Mehrere Gründe lassen sich dafür anführen, hierzu *ders.*, VVDStRL 71 (2012), 296 (318 ff.). Hier soll es genügen zwei herauszugreifen: Die unteren Fachgerichte befolgen regelmäßig höchstrichterliche Entscheidungen, um einer möglichen Aufhebung durch die höhere Instanz vorzubeugen. Des Weiteren ist diese Orientierung an höchstgerichtliche Entscheidungen dadurch mitbedingt, dass von der Anwaltschaft verlangt wird, sich an der

Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Ludwig-Maximilians-Universität München)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität Potsdam)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

- Band 113: Christine Lanwehr: **Faktische Selbstveranlagung und Fehlerkorrektur im Besteuerungsverfahren von Arbeitnehmern**
2016 · 320 Seiten · ISBN 978-3-8316-4545-9
- Band 112: Sonja Dudek: **Auskunfts- und Urkundenvorlageersuchen von Finanzbehörden an Kreditinstitute**
2016 · 214 Seiten · ISBN 978-3-8316-4527-5
- Band 111: Janina Fellmeth: **Das lohnsteuerrechtliche Abgrenzungsmerkmal des ganz überwiegend eigenbetrieblichen Arbeitgeberinteresses** · Bestandsaufnahme und Neuorientierung
2015 · 232 Seiten · ISBN 978-3-8316-4526-8
- Band 110: Barbara Thiemann: **Kooperation und Verfassungsvorbehalte im Ausgleich** · Anleihen aus dem europäischen Verfassungsgerichtsverbund für eine Kooperation des EuGH mit den WTO-Rechtsprechungsgremien
2016 · 420 Seiten · ISBN 978-3-8316-4560-2
- Band 109: Franziska Dautert: **Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung**
2015 · 302 Seiten · ISBN 978-3-8316-4479-7
- Band 108: Florian Eder: **Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess**
2015 · 396 Seiten · ISBN 978-3-8316-4469-8
- Band 107: Martina Achzet: **Sanierung von Krisenunternehmen** · Ablauf und Personalentwicklung in Unternehmenssanierungen unter Konkursordnung, Vergleichsordnung und Insolvenzordnung
2015 · 304 Seiten · ISBN 978-3-8316-4467-4
- Band 106: Anna Haßfurter: **Form und Treue** · Die Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck
2015 · 538 Seiten · ISBN 978-3-8316-4459-9
- Band 105: Johannes Leutloff: **Public Viewing im Urheber- und Lauterkeitsrecht** · Eine Untersuchung anhand der Public-Viewing-Reglements der Fußballverbände FIFA und UEFA
2015 · 274 Seiten · ISBN 978-3-8316-4429-2
- Band 104: Simone Goltz: **Weltanschauungsgemeinschaften** · Begriff und verfassungsrechtliche Stellung
2015 · 336 Seiten · ISBN 978-3-8316-4427-8
- Band 103: Verena Guttenberg: **Schutz vor Diskriminierung im Beschäftigungsverhältnis in Großbritannien – Equality Act 2010**
2015 · 680 Seiten · ISBN 978-3-8316-4414-8
- Band 102: Johannes Peters: **Kindheit im Strafrecht** · Eine Untersuchung des materiellen Strafrechts mit besonderem Schwerpunkt auf dem Kind als Opfer und Täter
2014 · 294 Seiten · ISBN 978-3-8316-4391-2

- Band 101: Oliver Suchy: **Der Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht** · Eine Untersuchung ausgewählter Gesichtspunkte im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext
2014 · 222 Seiten · ISBN 978-3-8316-4339-4
- Band 100: Konrad Gieseler: **Die kartellrechtliche Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde** · Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 71 Absatz 2 Satz 2 GWB
2014 · 248 Seiten · ISBN 978-3-8316-4388-2
- Band 99: Astrid Eiling: **Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben an die Einführung neuer Verbrauchsteuern** · Verprobt am Beispiel der Kernbrennstoffsteuer
2014 · 268 Seiten · ISBN 978-3-8316-4366-0
- Band 98: Matthias Wieser: **Intelligente Elektrizitätsversorgungsnetze – Ausgewählte Rechtsfragen unter besonderer Berücksichtigung des EnWG 2011 und des EEG 2012**
2014 · 324 Seiten · ISBN 978-3-8316-4349-3
- Band 97: Sarah Regina Helml: **Die Reform der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht**
2014 · 246 Seiten · ISBN 978-3-8316-4340-0
- Band 96: Jan Peter Müller: **Rezeption privater Rechnungslegungsstandards durch den Staat**
2014 · 416 Seiten · ISBN 978-3-8316-4327-1
- Band 95: Thomas Barth: **Tarifverträge in der Zeitarbeit** · Das Spannungsverhältnis zwischen gesetzlicher Gleichstellung und Tarifautonomie
2013 · 234 Seiten · ISBN 978-3-8316-4259-5
- Band 94: Carla Wiedeck: **Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung**
2015 · 254 Seiten · ISBN 978-3-8316-4307-3
- Band 93: Robert Ulrich Fischer: **Die Anrechnungslösung des § 19 Abs. 4 GmbHG**
2013 · 174 Seiten · ISBN 978-3-8316-4301-1
- Band 92: Stephanie Greil-Lidl: **Die Verfügungsverwaltung in der Erbengemeinschaft** · Ein Interessenkonflikt zwischen Gläubigerschutz und Privatautonomie unter dem Deckmantel des Gesamthandsprinzips
2014 · 158 Seiten · ISBN 978-3-8316-4260-1
- Band 91: Felix Kampmann: **Gehaltsstrukturuntersuchungen im Steuerrecht** · Praxis und weitere Beurteilungsansätze zur Bestimmung der Angemessenheit von Gesellschafter-Geschäftsführervergütungen
2013 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-4257-1
- Band 90: Christoph Dachner: **Der Abwendungsvergleich in § 302 Abs. 3 S. 2 AktG an der Schnittstelle von Gesellschafts-, Steuer- und Insolvenzrecht**
2013 · 326 Seiten · ISBN 978-3-8316-4218-2
- Band 89: Florian Muß: **Präsident und Ersatzmonarch** · Die Erfindung des Präsidenten als Ersatzmonarch in der amerikanischen Verfassungsdebatte und Verfassungspraxis
2013 · 258 Seiten · ISBN 978-3-8316-4251-9

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de