



**60 JAHRE  
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT –  
GRENZÜBERSCHREITENDE  
HERAUSFORDERUNGEN FÜR  
KARLSRUHE**

6. BERLINER RECHTSPOLITISCHE  
KONFERENZ

Ralf Thomas Baus | Michael Borchard  
Katja Gelinsky | Günter Krings (Hrsg.)

Mit einem Geleitwort  
von Dr. Günter Krings MdB

ISBN 978-3-942775-86-1

[www.kas.de](http://www.kas.de)

Bei den hier abgedruckten Beiträgen handelt es sich um die überarbeiteten Vorträge der 6. Berliner Rechtspolitischen Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung am 24. und 25. November 2011.

## REDAKTION

Nadine Birner  
Dr. Katja Gelinsky LL.M.  
Tobias Montag



Das Werk ist in allen seinen Teilen urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung ist ohne Zustimmung der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in und Verarbeitung durch elektronische Systeme.

© 2012, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Sankt Augustin/Berlin

Druck: Druckerei Franz Paffenholz GmbH, Bornheim.  
Gestaltung: SWITSCH Kommunikationsdesign, Köln.  
Printed in Germany.  
Gedruckt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland.

ISBN 978-3-942775-86-1

## INHALT

- 5 | VORWORT
- 9 | BEGRÜSSUNG  
*Hans-Gert Pöttering*
- 15 | DINNER SPEECH  
*Norbert Lammert*
- 25 | ZUR EINFÜHRUNG  
*Günter Krings*
- 33 | DAS SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN  
INDIVIDUELLER FREIHEIT UND GLOBALER  
SICHERHEIT**
- 35 | IMPULSREFERAT  
*Thomas de Maizière*
- 41 | VERFASSUNGSRECHTLICHER KOMMENTAR  
*Ferdinand Kirchhof*
- 49 | EUROPÄISCHE UNION, DEUTSCHE  
VERFASSUNGSIDENTITÄT UND DAS  
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**
- 51 | DIE EUROPÄISCHEN RETTUNGSSCHIRME  
ZWISCHEN DEN MÜHLSTEINEN VON EUGH UND  
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT  
*Christian Waldhoff*
- 69 | DIE NEUE RECHTSPRECHUNG ZUR UNIONS-  
BÜRGERSCHAFT  
WIE WEIT GEHT DER EXPANSIONSKURS DES EUGH?  
*Christine Langenfeld*

**81 | DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND DER  
EUROPÄISCHE GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE –  
PERSPEKTIVEN FÜR EINE KONTROVERSE BEZIEHUNGS-  
GESCHICHTE**

83 | DIE KARLSRUHER SICHT

*Rudolf Mellinshoff*

95 | DIE STRASSBURGER SICHT

*Angelika Nußberger*

110 | DIE AUTOREN UND HERAUSGEBER

111 | ANSPRECHPARTNER IN DER KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG

VORWORT

Jubiläen haben ihre Tücken: Lobreden werden schnell langweilig und Kritik wird anstandshalber allenfalls zahm und höflich geübt. Wie würdigt man überhaupt den runden Geburtstag eines Gerichts, das doch keine Lebensphasen hat? Ob ein Gericht zwanzig, vierzig oder – wie das Bundesverfassungsgericht im vergangenen Jahr – sechzig Jahre alt wird, spielt für seine Funktion, Zusammensetzung und für seine Wirkung keine Rolle. Wie also sollte die Konrad-Adenauer-Stiftung im sechzigsten Jubiläumjahr des Verfassungsgerichts die 6. Berliner und insgesamt 16. Rechtspolitische Konferenz gestalten? Welchen thematischen Zuschnitt sollte die Tagung bekommen? Wo sind Schwerpunkte zu setzen bei der Würdigung eines Gerichts, dessen Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten so gut wie alle Lebensbereiche durchdrungen und etliche wichtige Weichenstellungen in Politik und Gesellschaft bewirkt hat? Wie kann diese Karlsruher Vielfalt so im Tagungsprogramm gespiegelt werden, dass die Konferenz wiederum jene wichtigen Akzente für die rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Debatte setzt, die uns Ansporn sind, jährlich namhafte Juristen aus Politik, Justiz, Rechtswissenschaft und Verwaltung zum Gedankenaustausch zusammenzubringen?

Wir haben uns entschieden, den Blick nach vorn und hinaus in die Rechtslandschaft zu richten, die sich in den sechzig Jahren seit Bestehen des Karlsruher Gerichts so dramatisch verändert hat. Im Zuge von Globalisierung und Digitalisierung ist das traditionelle Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit vielschichtiger und komplexer geworden. Zugleich wurde aber auch das System zum Schutz von Grund- und Freiheitsrechten ausgebaut und verstärkt. Der Gerichtshof der Europäischen Union und der Gerichtshof für Menschenrechte haben sich zu gestaltungsfreudigen und selbstbe-

wussten Mit- und zuweilen auch Gegenspielern des Bundesverfassungsgerichts entwickelt.

Die grenzüberschreitenden Herausforderungen, vor denen das Karlsruher Gericht damit steht, wurden auf der 6. Berliner Rechtspolitischen Konferenz in bewährter Mischung von führenden Vertretern der Exekutiven, Legislativen und Judikativen analysiert und debattiert. Ihre Reden, Impulsreferate und Kommentare werden in diesem Tagungsband dokumentiert, um sie der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Wir danken den Autoren für die Bereitschaft und Mühe, ihre Redebeiträge für den Tagungsband aufzubereiten. Dank gebührt ebenfalls den Moderatoren und Diskussionsteilnehmern aus dem Publikum, die durch kluge Fragen, konstruktive Kritik und ergänzende Beiträge die Konferenz bereicherten, sowie allen, die bei der Organisation der Tagung geholfen haben.

Die vorliegende Publikation gibt nicht nur Aufschluss darüber, welche Herausforderungen namhafte Juristen für das Bundesverfassungsgericht sehen. Der Tagungsband soll auch dazu anregen, über das Jubiläumsjahr hinaus zu diskutieren, wie das Bundesverfassungsgericht in dem veränderten Umfeld und konfrontiert mit Verschiebungen von Macht-, Entscheidungs- und Kontrollstrukturen – etwa bei den Bemühungen zur Überwindung der europäischen Finanz- und Schuldenkrise – seine Rolle als Kompass und Garant für den Schutz der Grundrechte und als Hüter der Demokratie bewahren und weiterentwickeln kann.

Dank der unterschiedlichen Perspektiven, aus denen die Referenten der Rechtspolitischen Konferenz Rolle und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter die Lupe genommen haben, fällt besonders ins Auge, was bei Würdigungen der Karlsruher Erfolgsgeschichte sonst leicht in Vergessenheit gerät: Dass jede Herausforderung, vor der das Bundesverfassungsgericht steht, wenn es zu gesellschaftlich und politisch besonders heiklen Themen angerufen wird, Spiegelbild der Herausforderungen ist, die doch in erster Linie Regierung und Gesetzgeber, Bund und Länder sowie die europäischen Institutionen zu bewältigen haben. Reibungen zwischen Politik und Verfassungsgericht, die dabei notwendigerweise entstehen, sind „Klassiker“ des verfassungsrechtlichen Diskurses, die nichts von ihrer Aktualität eingebüßt haben. Vielmehr stellen sich neue dringliche Fragen nach richterlichen Grenzziehungen und politischen Gestaltungsspielräumen, wenn über die Weiterentwicklung des europäischen Integrationsprozesses und die Zukunft unseres Grundgesetzes

debattiert wird. Aber damit sind wir schon beim Thema der 7. Berliner Rechtspolitischen Konferenz im Juni 2012. Bis wir uns dort hoffentlich wiedersehen, wünschen wir allen Lesern eine anregende Lektüre des Tagungsbandes.

Berlin, im Mai 2012

*Dr. Ralf Thomas Baus | Dr. Michael Borchard  
Dr. Katja Gelinsky LL.M. | Professor Dr. Günter Krings MdB*

# BEGRÜSSUNG

*Hans-Gert Pöttering*

Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Herzlich willkommen zur Rechtspolitischen Konferenz 2011, zur 6. Berliner und insgesamt 16. Rechtspolitischen Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung. Sie sehen: Wir pflegen Traditionen. Die Rechtspolitische Konferenz ist eine Tradition, auf die wir, die Konrad-Adenauer-Stiftung, ausgesprochen stolz sind. Sie ist ein Forum des Dialogs über wichtige rechtspolitische Themen unserer Zeit – für Sie, die Vertreter der Judikative, Legislative und Exekutive, aus Wissenschaft, Politik und Rechtspraxis. Wir wollen zum Austausch von Wissen, Meinungen und Erfahrungen anregen und von Ihrem Fachwissen profitieren.

Die Wahl des diesjährigen Konferenzthemas fiel uns so leicht wie selten zuvor. Kein anderes kam für uns in Frage als das Jubiläum des sechzigjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, des Hüters unserer Verfassung, des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland. Dabei wollen wir unser Hauptaugenmerk auf die neuen grenzüberschreitenden Herausforderungen richten und darauf, wie „Karlsruhe“ – wie es oft im Volksmund zwar verkürzt, aber dennoch respektvoll heißt – auf diese Herausforderungen reagiert.

„Sechzig Jahre Bundesverfassungsgericht“ – das ist eine Erfolgsgeschichte. Um sie zu beschreiben, kommt mir eine Anekdote in den Sinn, ein Zitat, ein wahrer Klassiker, dessen Urheberschaft auf den Namensgeber unserer Stiftung zurückgeht. 1952, bei einer Teestunde im Bundeskanzleramt, soll Konrad Adenauer angeblich im rheinischen Dialekt bemerkt haben: „Dat ham wir uns so nich vorjestellt.“ Seine Rüge im Streit um die Wiederbewaffnung, in dem die Karlsruher Richter seiner Regierung selbstbewusst die Stirn boten, ist eines der schönsten Komplimente an das Gericht. Dem Bundesverfassungsgericht wurde damit – wenn auch widerwillig – die politische Unabhängigkeit und Wächterrolle im Staatsgefüge der Bundesrepublik Deutschland zuerkannt, die es zu einem der erfolgreichsten Verfassungsgerichte weltweit gemacht haben. Übrigens: Ob Konrad Adenauer sein Missfallen über die Verfassungsrichter tatsächlich im rheinischen Dialekt äußerte, ist nicht verbürgt. Gleichwohl verleiht der mundartliche Aspekt der Anekdote zweifellos zusätzlichen Reiz.

Beherrscht und geschickt hat das Bundesverfassungsgericht es verstanden, sich als unabhängiger Akteur im Verfassungssystem und als unbeugsamer Hüter von Grundrechtsgarantien in der Bundesrepublik Deutschland zu etablieren. Es hat sich damit weit über Deutschlands Grenzen hinaus Hochachtung erworben: als Architekt des deutschen Rechts- und Verfassungsstaates, als Verfassungsorgan, das das öffentliche Bewusstsein für die Bedeutung von Demokratie und Grundrechtsschutz maßgeblich formte, als Hüter unserer Verfassung. Als Gericht ohne Vorbild in Deutschland wirkt es in zahlreichen Staaten der Welt als Vorbild – von Asien über Osteuropa bis nach Südafrika und Südamerika. Das Selbstverständnis und die Rechtsprechung der Karlsruher Richter – diese Mischung von ausgefeilter Grundrechtsdogmatik und pragmatischer Bodenhaftung – verleihen jungen Demokratien Impulse beim Aufbau und beim Schutz rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturen sowie bei der Durchsetzung von Grund- und Freiheitsrechten.

Die grenzüberschreitende Bedeutung und Anerkennung Karlsruhes spielt auch für das Zusammenwachsen unseres Kontinents eine wichtige Rolle. Nicht nur in den Aufbaujahren der Bundesrepublik Deutschland, auch im europäischen Einigungsprozess hat das Bundesverfassungsgericht eine zentrale Rolle übernommen, indem es erfolgreich den Ausbau des Grundrechtsschutzes durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) forderte. Die Luxemburger Richter haben entsprechend gehandelt. Mittlerweile hat der EuGH den Grundrechtsschutz weiter vorangetrieben, als das manchem

hierzulande lieb ist. Vor allem in seiner Rechtsprechung zu Diskriminierungsfällen hat der EuGH eine zuweilen kontroverse Vorreiterrolle übernommen.

Wie der EuGH und das Bundesverfassungsgericht ihren jeweiligen Rechtsprechungsauftrag interpretieren, wie sich beide Gerichte bei der Verwirklichung dieses Auftrags gegenüber der Politik und gegenüber den Richterkollegen in Luxemburg beziehungsweise Karlsruhe positionieren – diese Frage wird uns weiterhin beschäftigen. Wichtige Beiträge dazu hören wir am morgigen Freitag, wenn es um den europäischen Rettungsschirm und das Thema Unionsbürgerschaft und Aufenthaltsrecht geht.

Ein weiterer wichtiger Akteur im europäischen Gerichtsverbund ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Sein ambitioniertes Agieren als „Gewissen Europas“ hat der Debatte über Kooperation und Konfrontation beim Schutz nationaler und europäischer Grundrechte zusätzliche Dynamik verliehen. Ich erinnere nur an die Straßburger und Karlsruher Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung besonders gefährlicher Straftäter. Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung, die das Bundesverfassungsgericht mit Rücksicht auf die Straßburger Rechtsprechung im Mai 2011 forderte, stellt Politik und Justiz hierzulande vor schwierige Aufgaben. Aber: Entscheidungen des EGMR müssen von allen Unterzeichnerstaaten, folglich auch von Deutschland, gebührend berücksichtigt werden. Denn nur dann kann der EGMR die Schlüsselrolle erfüllen, die er bei der Durchsetzung von Menschenrechten in Staaten spielt, deren rechtsstaatliche und demokratische Strukturen noch deutlich verbessert werden müssen.

Eine der schwierigsten Aufgaben angesichts der unterschiedlichen Rechtstraditionen und Rechtsstandards ist zweifellos, Kohärenz beim europäischen Grundrechtsschutz zu schaffen. Der beabsichtigte Beitrag der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention ist ein wichtiger Schritt in diese Richtung. Den europäischen Gerichtsverbund so mitzugestalten, dass sich nationale Rechtstraditionen und europäische Rechtsdynamik zu einem harmonischen Ganzen fügen, gehört zweifellos zu den größten Herausforderungen für die Grundrechtswächter in Luxemburg, Straßburg und Karlsruhe sowie für die Verfassungsgerichte anderer europäischer Staaten.

Der Blick hinaus auf die Europäische Union sensibilisiert zugleich für die Kräfteverhältnisse und Einflussmöglichkeiten zu Hause. In der Debatte über die parlamentarische Beteiligung bei der Bewältigung der europäischen Staatsschuldenkrise erleben wir derzeit, wie aktuell die Garantie von Mitwirkungsrechten ist, auf die das Bundesverfassungsgericht als Wächter der Demokratie von Anfang an gepocht hat. Zwei Mal innerhalb weniger Wochen hat es Entscheidungen getroffen, die die Mitwirkung des Deutschen Bundestages bei Beschlüssen über Rettungsmaßnahmen zugunsten finanziell angeschlagener Euro-Staaten betreffen.

Die einstweilige Anordnung Ende Oktober 2011 war noch keine Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Neuner-Sondergremiums. Derweil steht das Urteil von Anfang September<sup>1</sup> in der Tradition der Karlsruher Europa-Rechtsprechung, die 1993 mit dem Maastricht-Urteil begann und mit dem Urteil zum Lissabon-Vertrag 2009 ihre Fortsetzung fand. Es stärkt die Bundesregierung, weil es ihre Maßnahmen zur Rettung Griechenlands für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärt. Vor allem aber stärkt es den Bundestag; es stärkt ihn in seinem „Königsrecht“, dem Haushaltsrecht, einem Kernbereich parlamentarischer Kontrolle. „Möglicherweise“, so der Präsident des Deutschen Bundestages, werde man „in gebotenem zeitlichen Abstand die Entscheidung [...] einmal als Meilenstein in der Revitalisierung parlamentarischer Gestaltungsmöglichkeiten sehen.“<sup>2</sup>

Was Norbert Lammert zu dieser Einordnung veranlasste, wird er uns – möglicherweise – gleich in eigenen Worten darlegen. Ich freue mich sehr, den Präsidenten des Deutschen Bundestages, der zugleich mein Stellvertreter im Amt des Stiftungsvorsitzenden ist, herzlich begrüßen zu dürfen.

Verehrter Herr Präsident, lieber Norbert Lammert, Ihre Dinner Speech folgt dem inzwischen traditionellen Format des ersten Abends unserer Rechtspolitischen Konferenz. Thomas de Maizière (2006), Wolfgang Schäuble (2007), Professor Hans-Jürgen Papier (2008), Bundeskanzlerin Angela Merkel (2009) und zuletzt EU-Kommissar Michel Barnier (2010) haben in den vergangenen fünf Jahren als Dinner Speaker erste Impulse für das jeweilige Konferenzthema gesetzt.

Heute, lieber Norbert Lammert, sind wir gespannt auf Ihre Gedanken als Präsident eines Verfassungsorgans über ein anderes: des Bundestages über das Bundesverfassungsgericht. Wir freuen uns auf Ihre Dinner Speech. Herzlich willkommen, lieber Norbert Lammert!

So viele sind gekommen und die Zeit reicht leider nicht, um Sie alle namentlich willkommen zu heißen. Das zeugt von dem hervorragenden Ruf unserer Rechtspolitischen Konferenz, der Sie erneut so zahlreich hergeführt hat.

Stellvertretend für alle im und außer Dienst befindlichen Präsidenten und Vizepräsidenten sowie Richterinnen und Richter begrüße ich namentlich den Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Professor Ferdinand Kirchhof, und seine Kollegen Professor Michael Eichberger und Wilhelm Schluckebier sowie den früheren Bundesverfassungsrichter Professor Hans Hugo Klein. Ihnen allen ein herzliches Willkommen!

Ein besonders herzlicher Willkommensgruß gilt auch in diesem Jahr Professor Günter Krings, stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion. Dank Ihrer guten und vertrauensvollen Zusammenarbeit, verehrter Professor Günter Krings, mit der Konrad-Adenauer-Stiftung und unserer Hauptabteilung „Politik und Beratung“ unter Leitung von Michael Borchard haben wir die 6. Berliner Rechtspolitische Konferenz realisiert. Herzlich willkommen!

Ein herzlicher Willkommensgruß gilt auch allen Hochschulprofessorinnen und -professoren, die heute bei uns sind. Ebenso geht er an all jene, die ich nicht erwähnt habe und die mir dies bitte nachsehen mögen.

Fragt man die Bürgerinnen und Bürger unseres Landes, welchen Institutionen sie am meisten Vertrauen entgegenbringen, so erhält man nicht selten als erste Antwort: dem Bundesverfassungsgericht. Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht ist groß, weil es seit sechzig Jahren über die Einhaltung unserer Verfassung wacht, weil es die Grund- und Freiheitsrechte wahrt, weil es dafür sorgt, dass das Recht die Macht und nicht die Macht das Recht hat. Es übt – wie Konrad Adenauer es sich einst wünschte – seine „Tätigkeit zum Nutzen und zum Segen des deutschen Volkes“<sup>3</sup> aus.

Möge es dies in Zukunft in gleicher Weise tun wie in den vergangenen sechs Jahrzehnten – zum Wohl unseres Rechtsstaates, zum Wohl unserer Demokratie, zum Wohl der Bundesrepublik Deutschland.

Lieber Norbert Lammert, Sie haben das Wort!

- 1| *Das Urteil wurde am 7. September 2011 verkündet, auf den Tag genau sechzig Jahre nach der ersten Sitzung des Bundesverfassungsgerichts.*
- 2| *Interview mit dem „Cicero“, Ausgabe 11/2011.*
- 3| *In seiner Rede zur Einweihung des Bundesverfassungsgerichts am 28. September 1951; aus: Presse- und Informationsamt der Bundesregierung. Pressemitteilung Nr. 866/51.*

## DINNER SPEECH

*Norbert Lammert*

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, lieber Hans-Gert Pöttering, meine Damen und Herren,

ich bedanke mich für die freundliche Einladung zu dieser renommierten Veranstaltung und für die besonders liebenswürdige Begrüßung – auch wenn der Vorsitzende in den letzten Wochen die Gewohnheit entwickelt hat, meine Mitwirkung an Veranstaltungen der Stiftung gleich als Ereignis anzukündigen. Mit Blick auf den heutigen Abend ist das deswegen zu verschmerzen, weil im Anschluss an meine Rede das Dinner stattfindet, zu dem die Speech ja gewissermaßen nur die Vorrede ist. Ich will mich bemühen, zwischen dem einen vermeintlichen und dem anderen tatsächlichen Ereignis die verbleibende Zeit für einige Bemerkungen zum angekündigten Thema zu nutzen.

Übrigens hätte mein Beitrag beinahe kurzfristig entfallen müssen, denn während mich der Vorsitzende mit dem bereits gewürdigten Charme begrüßte, erhielt ich eine SMS meines ersten Parlamentarischen Geschäftsführers, dass im Augenblick die Haushaltsberatungen fort dauern und für circa 20.00 Uhr die Abstimmungen zu erwarten sind. Zur Herstellung der erforderlichen Mehrheit hätten sich alle Fraktionsmitglieder im Plenum einzufinden.



Nun stehe ich hier, der „Weisung“ meines Geschäftsführers zum Trotz, und frage mich, ob ich nicht einen noch besseren Eindruck heute Abend hier hinterlassen hätte, wenn ich mich unverzüglich vom Platz erhoben und ins Plenum geeilt wäre, um gar im Angesicht leibhaftiger Verfassungsrichter den Nachweis der jederzeitigen treuen Pflichterfüllung gewählter Parlamentarier zu erbringen. Das hätte mich allerdings in das Dilemma gestürzt, die Wertschätzung des Verfassungsorgans Deutscher Bundestag gegenüber dem Verfassungsorgan Bundesverfassungsgericht anlässlich seines runden Geburtstages scheinbar mutwillig erneut nicht vorgetragen zu haben, was schon bei der ersten passenden Gelegenheit ausdrücklich moniert worden ist. Eigentlich ist das eines der wichtigsten Motive und gleichzeitig eine zentrale Botschaft meiner Dinner Speech, dass die von dem einen oder anderen Kommentator schmerzlich vermisste Grußadresse des Präsidenten des Deutschen Bundestages beim Festakt in Karlsruhe aus Anlass des sechzigjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts nicht nur nicht als mangelnde Wertschätzung missverstanden werden darf, sondern auf der Vereinbarung mit dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts beruhte: Dass bei einer, wie wir gemeinsam glaubten, ohnehin übertrieben langen Rednerfolge ein weiterer Beitrag eines weiteren Verfassungsorgans verzichtbar sei, insbesondere dann, wenn an dessen Wertschätzung für die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts nicht der Hauch eines Zweifels besteht. Und nachdem Herr Kirchhof nun wie bestellt unmissverständlich nickt, ist auch dieses Missverständnis hoffentlich ein für alle Mal aus der Welt. Dennoch möchte ich ein paar ergänzende Bemerkungen machen.

Das Bundesverfassungsgericht gehört zweifellos zu den glücklichen Innovationen dieser zweiten deutschen Demokratie. Dass unser Land eine solche Erfolgsgeschichte in den sechs Jahrzehnten seit seiner Gründung absolviert hat, was Ende der Vierzigerjahre so niemand sicher erwarten konnte und im Übrigen im Ausland noch ungleich stärker wahrgenommen wird als hierzulande, hängt mit vielen Faktoren zusammen. Die Institution des Bundesverfassungsgerichts und die Art und Weise, wie es seine Aufgaben wahrgenommen hat, sind nach meiner festen Überzeugung ein herausragender Faktor gewesen und geblieben.

Dass sich eine solche Institution, für die es in der deutschen Rechtsgeschichte kein Vorbild gab und zu der es bis heute auch in anderen Ländern und in anderen Verfassungen keine wirklich rundum vergleich-

bare Institution gibt, in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu anderen Verfassungsorganen befinden muss, liegt auf der Hand. Und dass unter den verschiedenen Organen unserer Verfassung das Verhältnis zwischen der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt ein besonders delikates, sensibles und unter vielerlei Gesichtspunkten auch ein besonders spannendes ist, dafür könnte man nun wirklich zahlreiche Beispiele nennen.

Derartige Beispiele will ich hier aber nicht vortragen, zumal diesem Auditorium die meisten dieser besonders prägnanten Fallkonstellationen ohnehin bekannt sind. Ich will stattdessen über eine wechselseitige Versuchung sprechen, die sich in den sechzig Jahren Verfassungs- und Gesetzgebungsgeschichte bis heute beobachten lässt und von der ich vermute, dass sie uns sicher in den nächsten Jahren weiter begleiten wird: Das ist einerseits die gelegentliche Neigung des Gesetzgebers, die Verfassung zu strapazieren und andererseits die gelegentliche Neigung des Verfassungsgerichts, den Gesetzgeber herauszufordern. Daraus haben Sie jetzt hoffentlich nicht auch nur die Andeutung einer Klage herausgehört, dass sich der Gesetzgeber gefallen lassen muss – was für das Verfassungsgericht außerhalb jeder Vorstellung liegt –, dass eine andere Instanz seine demokratisch zustande gekommenen Entscheidungen für unwirksam erklärt, schlicht kassiert. Wobei der amtierende Präsident des Bundesverfassungsgerichts besonderen Wert auf die Feststellung legt, dass dies in Anbetracht der Gesamtzahl der Entscheidungen eher selten, jedenfalls nicht häufig vorkommt. Bei einer gemeinsamen Fortbildungsveranstaltung für Mitarbeiter des Deutschen Bundestages gerade heute vor einer Woche – die interessanterweise die mit Abstand bestbesuchte in der Geschichte dieser Fortbildungsveranstaltungen war – hat Präsident Voßkuhle noch einmal mit großem Nachdruck auf die Zahlenrelation hingewiesen, dass in sechzig Jahren gerade einmal 630 Gesetzesnormen teilweise oder ganz verworfen worden seien. Das ergibt pro Jahr im Durchschnitt etwa zehn und bei mehreren tausend Verfahren beziehungsweise Streitsachen eine prozentual überschaubare Größenordnung. Wenn wir uns nun allerdings die Sachverhalte, für die die vollständige oder teilweise Erklärung der Verfassungswidrigkeit und der Rechtsunwirksamkeit zutrifft, im Einzelnen vornehmen würden, ergäbe sich jenseits der überschaubaren Quantitäten natürlich gleichwohl ein beachtlicher qualitativer Befund.

Der Punkt, auf den ich aufmerksam machen möchte, ist, dass die Versuchung, mit den eigenen Kompetenzen großzügig umzugehen, nicht nur eine exklusive Versuchung des Gesetzgebers ist, sondern gelegentlich sogar Verfassungsgerichte ereilt. Die vorgetragenen Fälle werden dabei nicht nur mit einem Klarstellungsehrgeiz hinsichtlich der geltenden Verfassungslage verbunden, sondern gelegentlich auch mit einem Gestaltungsehrgeiz, der den Gesetzgeber zwar nicht vollends ersetzt, aber in einer Weise limitiert, die dieser wiederum für eine substantielle Berührung seiner originären Zuständigkeiten halten könnte. Worauf sich der Gesetzgeber wiederum gelegentlich dadurch wehrt, dass er Dinge, für die nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts eine hinreichende verfassungsrechtliche Legitimation bislang noch nicht bestanden hat, nun in die Verfassung schreibt, um für künftige Fälle eine unliebsame Rechtsprechung, von der man sich im konkreten Fall belästigt fühlt, möglichst zuverlässig zu verhindern.

Wenn dies alles nicht völlig aus der Luft gegriffen ist – und ich glaube nicht, dass dies der Fall ist, weil ich prominente Rechtsgelehrte zitieren könnte, die, dezenter formuliert, ähnliche Auffassungen vertreten haben –, dann hat man mit diesem wechselseitigen Mechanismus schon fast eine hinreichende Erklärung für die erstaunliche Erweiterung des Grundgesetzes in den gut sechzig Jahren, auf die wir heute zurückblicken. In diesen sechzig Jahren ist das Grundgesetz, diese zu Recht immer wieder viel gelobte beste Verfassung, die dieses Land je hatte, im Umfang etwa verdoppelt worden.

Wir haben pro Jahr im Durchschnitt eine Grundgesetzänderung. Dass das Grundgesetz im Vergleich zur Urfassung durch die in sechzig Jahren entstandenen Ergänzungen und Veränderungen insgesamt nicht nur länger, sondern auch besser geworden wäre, ist nicht mein persönlicher Eindruck. Könnte ich als Staatsbürger zwischen der Urfassung und der heutigen wählen – eine verwegene Vorstellung –, ich würde keinen Augenblick zögern, mich für die Urfassung zu entscheiden, weil nach meiner ganz subjektiven Überzeugung – und hier spreche ich jetzt ausdrücklich nicht für das Verfassungsorgan Deutscher Bundestag, sondern als Bürger dieses Landes mit dem Anspruch auf Meinungs- und Redefreiheit – der größere Teil der Änderungen und Ergänzungen, die in diesen sechzig Jahren ins Grundgesetz gekommen sind, entweder unnötig oder in Art und Umfang misslungen sind.

Wenn man aber die Gründe für die Ergänzungen betrachtet, dann findet man – jedenfalls nach meiner Wahrnehmung – zwei beinahe klassische Hintergründe. Einer ist fraglos der europäische Integrationsprozess. Dieser hat seine Spuren in der Verfassung, die 1949 eine solche Entwicklung nicht voraussehen konnte, hinterlassen, auch hinterlassen müssen. Der andere Hintergrund ist die heimliche, gelegentlich auch unheimliche Rivalität zwischen den beiden Verfassungsorganen, die sich mit dieser Art der wechselseitigen Strapazierung ihrer Kompetenzen gut beschäftigen.

Mit dieser Beobachtung ist eine zweite Anmerkung verbunden, die ich vielleicht vortragen darf, weil ja ausdrücklich keine Festrede angekündigt war, sondern eine Dinner Speech. Was in einer solchen zulässig ist oder nicht, dafür gibt es bislang, gottlob, noch keine gesetzlichen Regelungen und schon gar keine verfassungsrechtlichen Überprüfungen.

Ich meine das gerade angesprochene Spannungsverhältnis von Recht und Politik. Oder, anders formuliert, die Frage: Inwieweit gibt es für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts allein juristische oder doch auch politische Motive, Absichten, mindestens Überlegungen? Dass sich im Übrigen auf der Seite des Gesetzgebers ebenfalls Politik und Recht in einer besonderen Weise miteinander verbinden, weil dann, wenn die Politik in Gesetze mündet, dies wiederum einen juristisch relevanten Sachverhalt darstellt, ist offensichtlich.

Dass das Bundesverfassungsgericht sich nicht in erster Linie als politisches Organ versteht, auch wohl nicht verstehen sollte, wird jedem einleuchten. Dass es schlicht eine rein juristische Institution sei, lediglich ein Gericht, halte ich für ein gutgemeintes Missverständnis. Das kann nicht so sein und ist es natürlich auch nicht. Und wenn das Bundesverfassungsgericht zu Recht für die grandiose Arbeit der vergangenen sechzig Jahre gelobt wird – und nicht zufällig hat es ja auch von allen Verfassungsorganen die mit Abstand höchste Reputation –, dann hängt das auch mit der im Ganzen offenkundig glücklichen Hand der Wahlorgane zusammen, die über die Zusammensetzung der Senate entschieden haben. Das Bundesverfassungsgericht setzt sich nicht durch Zerteilung fort. Neben der subjektiven Zufriedenheit mit den Gewählten ist dabei noch ein objektivierbarer Sachverhalt zu beobachten, und hier können Bundestag und Bundesrat bei ihrem Umgang mit dieser ganz wichtigen Verantwortung nicht so schlecht gelegen haben. Im Gegenteil: Sie haben insgesamt offenkundig eine erstaunlich sichere Hand bewie-

sen, ein Urteilsvermögen, das sich dann gewissermaßen in der Urteilsfindung des Verfassungsgerichts in der angesprochenen Weise niederschlägt.

Natürlich spielt beim Wahlorgan Deutscher Bundestag – beim Bundesrat ist es vermutlich nicht völlig anders – neben der Einschätzung der überragenden juristischen Fähigkeiten der Kandidatinnen und Kandidaten auch die Überlegung eine Rolle, ob und welche Vorstellungen diese von den Funktionsbedingungen dieser Republik haben. Ich bekenne jedenfalls freimütig, dass ich keinen Verfassungsrichter wählen würde, bei dem ich den Eindruck hätte, dass er zwar etwas von Recht, aber nichts von Politik versteht. Ich würde das für einen offenkundigen Mangel an Qualifikation halten, jedenfalls für dieses Amt. Deswegen empfehle ich uns, den umrissenen Reinheitsanspruch nicht in einer übertriebenen Weise zu kultivieren. Er ist sachfremd und wirklichkeitsfremd zugleich. Ich will das zum Schluss an einem Beispiel verdeutlichen, das mit den aktuellen Herausforderungen, mit denen wir heute zu tun haben und auch in überschaubarer Zukunft weiter zu tun haben werden, eng zusammenhängt.

Ich denke hier an das Lissabon-Urteil und seine Folgen. In seinem ersten Teil ist die Entscheidung zum Lissabon-Vertrag landauf, landab gerühmt und in seinem zweiten Teil mit begrenzter Begeisterung aufgenommen worden. Ich selbst gehöre zu denen, die den zweiten Teil ausdrücklich mit gemischten Gefühlen zur Kenntnis genommen haben: Erstens mit Blick auf den vorhin angedeuteten Gestaltungsehrgeiz, weil mir nicht so recht einleuchten wollte, warum das Verfassungsgericht neben einer hinreichend spannenden Frage, die es zu entscheiden hatte, gleich eine andere mit auf die Agenda nahm, die gar nicht zu entscheiden war. Und zweitens, warum mit Blick auf die Finalität des europäischen Integrationsprozesses ein Kriterium mobilisiert worden ist, nämlich das Kriterium nationaler Souveränität, das man bedeutend finden kann, auch wenn es mit Blick auf die realen politischen Verhältnisse kaum noch besteht, aber damit im Ergebnis als zentrales Argument ein Kriterium bemüht, das im Grundgesetz gar nicht vorkommt.

Das, meine Damen und Herren, hat ganz offenkundig nicht nur etwas mit Rechtsprechung zu tun, sondern natürlich auch mit Politik. Und die Frage muss erlaubt sein, ob dies hier die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts ist, oder ob dafür nicht andere Verfassungsorgane die originäre Verantwortung haben. Nun gebe ich zu, dass ich bei der zweiten Lektüre

des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu einem gnädigeren Urteil gekommen bin als bei der ersten. Auch dafür war das Verfassungsgericht mitverantwortlich. Denn das Urteil ist schlicht zu lang, auch auf diese Weise entstehen Missverständnisse, denen man anschließend zum Opfer fällt. Liest man die Entscheidung jedenfalls, was wohl die wenigstens getan haben, ein zweites Mal – ruhig, ohne spontane Gefühlsaufwallungen – dann merkt man: Den Gestaltungsehrgeiz reklamiert das Gericht ausdrücklich nicht. Im Gegenteil, es verweist ausdrücklich auf die Zuständigkeiten anderer, macht aber deutlich, dass bei Fortsetzung des Integrationsprozesses, über den politisch andere entscheiden müssen, irgendwann ein Punkt erreicht sein könnte, bei dem die Übereinstimmung mit den Regelungen unserer geltenden Verfassung nicht mehr gegeben wäre.

Dem kann auch ich schwer widersprechen. Das Argument hat ja eine gewisse Schlüssigkeit. Ob es vorgetragen werden musste, ist wieder eine andere Frage. Aber dass es nicht falsch ist, muss man auch dann einräumen, wenn es einem nicht gefällt. Und wenn ich das heute gnädiger sehe als damals, dann auch deshalb, weil ich heute etwas selbstkritischer mit der Eigendynamik vieler politischer Prozesse umgehe, auch mit der Eigendynamik der europäischen Integration, bei der wir – sicher nicht mutwillig, sondern durch die konkreten Herausforderungen ständig getrieben – zu neuen Lösungen neigen und sie auch finden müssen. Nun finde ich an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Urteil noch einen anderen Punkt bemerkenswert, den ich für den geradezu schlagenden Beleg der Ergänzung juristischer um politische Aspekte halte:

Das Bundesverfassungsgericht hat keinen Zweifel daran gelassen, dass nicht erst im Lissabon-Vertrag, aber dort erneut, immer mehr Staaten immer mehr Zuständigkeiten auf eine Institution übertragen, die sich faktisch wie ein Staat benehmen muss, aber keiner werden soll. Jedenfalls hat das Bundesverfassungsgericht keinen Zweifel daran gelassen, dass die Mindestvoraussetzung für die Verfassungskonformität solcher Souveränitätsübertragungen die parlamentarische Zustimmung ist. Ein genialer Kunstgriff war es, festzustellen, dass der Vertrag natürlich konform sei mit der Verfassung, nur die Parlamentsbeteiligung nicht ausreiche und ab sofort anderen Standards genügen müsse. Und für diejenigen, die das beim ersten Mal noch nicht bemerkt hatten, hat man es beim Griechenland-Urteil jetzt ein zweites Mal gemacht: Die beklagten

Hilfeleistungen an Griechenland, zu denen wir ja nachweislich der europäischen Verträge sicher nicht verpflichtet sind, seien durchaus verfassungskonform – nur die parlamentarische Mitwirkung am Zustandekommen dieser Regelung, die reiche gewiss nicht aus. Und da hat das Verfassungsgericht gewissermaßen in Ersatzvornahme eine bestehende Regelung gleich mit kassiert und zu einer faktisch gesetzlichen Regelung aufgewertet, die es bis dahin gar nicht gab: Dass nämlich das Bemühen der Regierung um Zustimmung des Haushaltsausschusses nicht ausreichte, und dass diese Regelung ab sofort so zu interpretieren sei, dass sich die Bundesregierung der Zustimmung des Haushaltsausschusses versichern muss.

Nun wird Sie alle nicht überraschen, dass mir das alles im Ergebnis sehr gefällt. Und dass ich auch deswegen für eine besondere Grußadresse in Karlsruhe keinen wirklichen Bedarf gesehen habe, weil ich mich in meiner Arbeit an der Spitze des Verfassungsorgans Bundestag durch diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts glänzend unterstützt fühle. Aber wenn es denn schon, Gott sei Dank, diese Verbindung von Recht und Politik gibt, dann hätte, denke ich mir, das Urteil zur Fünf-Prozent-Klausel für die Wahlen zum Europaparlament auch durchaus anders ausfallen können. Denn hier findet natürlich wieder eine Verbindung von rechtlicher und politischer Beurteilung statt. Der Eindruck, dass unter den europäischen Institutionen das Europäische Parlament nicht das bevorzugte Organ des Bundesverfassungsgerichts ist, muss sich durch das Urteil zur Fünf-Prozent-Klausel und seine Begründung eher festigen. Auch hier könnte man natürlich durchaus wieder auf eine Linie verweisen, die aus früheren Urteilen bis zu diesem führt. Was ich offen gestanden nicht so richtig begriffen habe, ist, warum man dann nicht in einer ähnlichen Weise, wie man das beim Lissabon-Vertrag und bei der Griechenland-Hilfe getan hat, eine juristisch natürlich nicht anfechtbare oder schwer anfechtbare Lösung gefunden hat, die gleichzeitig den erklärten politischen Zielen dieses Landes Rechnung trägt. Mit anderen Worten: Wenn es denn so ist, dass aus politischen wie aus rechtlichen Gründen der europäische Integrationsprozess demokratischer Legitimation bedarf, und wenn das berühmte, über Jahre hinweg zu Recht beklagte Demokratiedefizit dringend aufgefüllt werden muss, dann hätte man sich ja nicht nur fragen können, ob das Europäische Parlament mit seiner jetzigen Kompetenzausstattung in vollem Umfang mit den Kompetenzen eines nationalen Parlamentes nicht nur vergleichbar, sondern gleichzusetzen sei. Man hätte sich weiter die Frage stellen können, unter

welchen Rahmenbedingungen es eher in die Lage versetzt wird, gleiche Aufgaben auf europäischer Ebene wahrzunehmen, so wie wir das von nationalen Parlamenten auf nationaler Ebene ganz selbstverständlich erwarten. Man hat aber stattdessen am Verfassungsgericht die Gelegenheit nicht genutzt, den früheren Irrtum beim zweiten Mal zu korrigieren und einen politisch gewollten Prozess auf der europäischen Ebene durch Stärkung der parlamentarischen Flanke zusätzlich abzusichern.

Dass sich aus all dem Gesagten keine Relativierung, sondern eine Verstärkung der Eingangsbemerkung ergibt, dass nämlich gerade dieses bis dahin völlig unbekannte und mit dem Grundgesetz erst neu in unser politisches System implantierte Zusammenwirken von Gesetzgebung und Rechtsprechung – auch von Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung – zu den großen Erfolgsvoraussetzungen einer grandiosen Nachkriegsgeschichte gehört, davon bin ich allerdings fest überzeugt. Deswegen sehe ich mit ebenso viel Demut wie Gelassenheit den künftigen Entscheidungen dieses Gerichts entgegen.

# ZUR EINFÜHRUNG

*Günter Krings*

## **SECHZIG JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT – EIN GRUND ZU FEIERN**

Bei der Planung der diesjährigen Rechtspolitischen Konferenz mussten wir nicht lange nach einem geeigneten Thema suchen. Der 60. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts erschien uns von vornherein als einzig angemessener thematischer Rahmen für unser diesjähriges Zusammentreffen.

Auffallend ist aus meiner Sicht, dass das Bundesverfassungsgericht selbst sehr zurückhaltend mit seinen diesjährigen Feierlichkeiten war. Statt eines Festaktes klassischer Prägung mit gewichtigen Festvorträgen in einem gediegen-feierlichen Rahmen wählte das Karlsruher Gericht ein volkstümliches Bürgerfest, das sich mehr an die Einwohner der Stadt seines Sitzes als etwa an die deutsche Fachöffentlichkeit richtete. Und statt einer verfassungsrechtlichen Festschrift ließ sich das Gericht einen interdisziplinären Band zur Wirkungsgeschichte des Gerichts, zum Teil von Nicht-Juristen verfasst, schenken.

Dies kann selbstverständlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die vergangenen sechs Jahrzehnte des Bundesverfassungsgerichts eine Erfolgsgeschichte sondergleichen sind – sowohl im Vergleich zu anderen Verfassungsgerichten

innerhalb und außerhalb Europas als auch im Vergleich zu anderen Verfassungsorganen der Bundesrepublik Deutschland. Das Gericht hat durchaus Grund, selbstbewusst auf seine Geschichte zurückzublicken. Es hat in zahlreichen Verfahren bis in die jüngste Vergangenheit hinein wichtige Akte von Bundes- und Landesregierungen in die Schranken des Verfassungsrechts gewiesen. Es hat eine Vielzahl von Gesetzen als verfassungswidrig aufgehoben und war dabei nicht selten in der Rolle eines „Ersatzgesetzgebers“ tätig. Nicht nur weil seinen Entscheidungen Gesetzeskraft zuwächst, sondern auch weil es zum Teil durch verfassungswidrige Normen entstandene Lücken gestaltend gefüllt hat, wenn es aus seiner Sicht notwendig war. Rückblickend nimmt daher der Konrad Adenauer unterstellte Satz über das Karlsruher Gericht nicht weiter wunder, wonach „wir uns das so nicht vorgestellt“ haben.

Das Verfassungsgericht ist darüber hinaus der entscheidende Wegbereiter eines spezifisch deutschen „Verfassungspatriotismus“. Zumindest in den ersten Jahrzehnten der jungen Bundesrepublik trat er an die Stelle eines positiven Nationalgefühls, wie es sich in den übrigen Teilen Europas entweder nach dem Krieg wieder schnell entwickeln konnte oder aber ganz ungebrochen bestehen geblieben war. Wenn die Deutschen schon nicht stolz auf ihr Land sein wollten oder durften, so waren sie doch stolz auf ihre Verfassung, unabhängig davon, ob und wie gut sie sie kannten. Verkörpert wurde diese Verfassung für sie jedenfalls nicht nur von einem 146 Artikel umfassenden juristischen Text, sondern vor allem von einer Institution in der nordbadischen Stadt Karlsruhe, deren Richter dem Verfassungstext ein menschliches Antlitz gaben.

Es scheint daher nur folgerichtig, dass sich dieses Bundesverfassungsgericht fast von Anfang an eines großen Zuspruchs der Bevölkerung erfreuen konnte. Es ist heute das Verfassungsorgan, dem die Menschen am meisten vertrauen. 1974 lag es in einer Allensbach-Umfrage über die Verfassungsorgane bei der Frage, welchem Verfassungsorgan die Deutschen am meisten vertrauten, mit 47 Prozent noch knapp hinter dem zwei Prozentpunkte vorne liegenden Deutschen Bundestag. Aber mit der Bundesregierung (ebenfalls 47 Prozent) hatte es bereits damals gleichgezogen. 1988 hatte das Bundesverfassungsgericht die erste und die zweite Gewalt im Staat bereits deutlich hinter sich gelassen. Beim Thema Vertrauen rangierte es mit 53 Prozent schon 20 Prozentpunkte vor der Bundesregierung und 12 Prozentpunkte vor dem Bundestag. Nach einem Zwischentief in den 1990er Jahren – einige umstrittene

Entscheidungen des Gerichts hatten wohl mit dazu beigetragen, dass die Vertrauensrate auf 36 Prozent zurückging – hat das Gericht heute seinen vorläufigen Vertrauenshöhepunkt mit 54 Prozent erreicht.

### **ANZEICHEN FÜR EINE HYPERTROPHIE DER RECHTS- SPRECHUNG NACH SECHZIG JAHREN?**

Dennoch darf auch – und gerade zu einem runden Geburtstag dieses wichtigen Verfassungsorgans – dessen Rechtsprechung kritisch analysiert werden. Eine solche Analyse soll heute auch Thema dieser Tagung sein. Verfassungsorgane teilen mit jedem typischen Privathaushalt die Gefahr, dass sich nach einigen Jahrzehnten manches ansammelt, das man zumindest einmal kritisch durchsehen und prüfen sollte. Daher sollte dieser Geburtstag auch Anlass sein, nach Erscheinungsformen verfassungsdogmatischer Hypertrophie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu fragen. Denn die Aufgabe der Auslegung einer Verfassung und ihre Anwendung auf praktische Fälle des Staatsrechts sind natürlich immer mit der Versuchung verbunden, auch neue Regeln und Maßstäbe an die politische und gesellschaftliche Realität in einem Lande anzulegen. Dabei kann die Grenze zwischen Auslegung und Erfindung solcher Maßstäbe fließend sein.

Ein zentrales, wenn nicht das wichtigste Tätigkeitsfeld des Gerichts war in den sechzig Jahren seines Bestehens die stetige Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes. Schon früh interpretierte es Artikel 2 des Grundgesetzes als ein Generalgrundrecht, das letztlich alle Lebensbereiche erfasste. Damit sorgte das Karlsruher Gericht dafür, dass der Grundrechtsschutz kein fragmentierter blieb, sondern zu einem allumfassenden wurde. Es scheut allerdings auch nicht davor zurück, neue Grundrechte zu kreieren, wie etwa das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder als jüngstes Beispiel das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, umgangssprachlich als IT-Grundrecht bezeichnet. Auf der anderen Seite sah es das Gericht als richtig an, relativ breit aufgefächerte Grundrechte, etwa Artikel 6 zum Thema Ehe, Familie und Kinder, in den vergangenen Jahrzehnten einer Art teleologischer Reduktion zu unterziehen. Schließlich schuf es im Bereich der Grundrechtsdogmatik ein sogenanntes objektives Wertesystem, das es aus den einzelnen Grundrechten heraus destillierte. Aus diesem Wertesystem wiederum leitete es ganz neue Rechtswirkungen der Grundrechte ab.

Aber auch im Staatsorganisationsrecht hat das Gericht seine Verfassungsdogmatik zum Teil so aufgerüstet, dass politische Akteure sich immer höheren verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenübersehen. Dies gilt inzwischen nicht nur für die inhaltlichen Anforderungen an Gesetze als Produkt des politischen Prozesses. Vermehrt geht es auch um den politischen Prozess der Gesetzgebung selbst. So werden an das Verfahren und an die Begründung von Gesetzen zum Teil recht streng gehandhabte Rationalisierungsanforderungen gestellt.

Weitreichende gesellschaftspolitische Wirkungen hatte auch eine Reihe von Entscheidungen aus Karlsruhe, die im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Verfassungsstaatlichkeit ergingen. Diese Entwicklung setzte nicht erst in den letzten Jahren ein, sondern begann bereits an der Wiege des Gerichts und streng genommen schon an der Wiege der Bundesrepublik: Denn nach 1945 hatten die Menschen auch in politischen Fragen angesichts der historischen Erfahrungen oftmals mehr Vertrauen in die Entscheidungen von Richtern als in die Entscheidungen von Politikern. Christoph Schöneberger hat in dem jüngst erschienenen Sammelband *Das entgrenzte Gericht* pointiert festgestellt, dass das Bundesverfassungsgericht von Anfang an zu einem „gütig-strengen Vormund einer betreuten Demokratie“ wurde. Und Ernst-Wolfgang Böckenförde konstatierte bereits 1981 einen „gleitenden Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsvollziehenden Jurisdiktionsstaat“<sup>1</sup> für die Anfangsjahre der Bundesrepublik und den Beginn der Jurisdiktion des Bundesverfassungsgerichts. Eine immer tiefer greifende Konstitutionalisierung der Rechtsordnung wirft die Frage auf, ob heute alle rechtlichen Grundsatzfragen wirklich zugleich auch Verfassungsfragen sind. Es scheint heute angesichts von Urteilen wie der Handelsvertreter- und der Bürgschaftsentscheidung<sup>2</sup> und nahezu umfassenden Wirkungen der Grundrechte kaum mehr möglich, dass zum Beispiel der Bundesgerichtshof eine „falsche“ Entscheidung trifft, ohne damit zugleich die Verfassung zu brechen.

### **DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT IM SPANNUNGSDREIECK KARLSRUHE-LUXEMBURG-STRAßBURG**

Dass das Bundesverfassungsgericht nicht mehr solitär in der juristischen Landschaft oberhalb des einfachen Gesetzesrechts steht, sondern in einem Spannungsdreieck mit dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, ist eines der zentralen Themen unserer heutigen Tagung. Mit der

Abwanderung von Kompetenzen aus Deutschland zur Europäischen Union musste folgerichtig zugleich die Entscheidungsmacht des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis beschnitten werden. Politik, die in Brüssel statt in Berlin gestaltet wird, ist eben nur noch schwer in Karlsruhe zu kontrollieren. Auch dies mag ein Grund dafür sein, dass Kompetenzverluste von Anfang an und zunehmend seit dem sogenannten Maastricht-Urteil<sup>3</sup> sehr kritisch seitens des Bundesverfassungsgerichts begleitet wurden. „Souveränität“ und „Verfassungsidentität“ sind Abwehrinstrumente, die das Bundesverfassungsgericht gegen eine allzu weit gehende Kompetenzabwanderung entschlossen ins Feld führt.

Neben dem Europäischen Gerichtshof ist für das Karlsruher Gericht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu einem weiteren starken Konkurrenten herangewachsen. An Entscheidungen aus Straßburg, die im Ergebnis ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts kritisierten beziehungsweise korrigierten, hat es in den letzten Jahren nicht gemangelt. Zu nennen wären etwa Urteile zur Beschleunigung von Gerichtsverfahren und zum Sorgerecht des nichtehelichen Vaters. Großes Aufsehen hat außerdem die Entscheidung der Straßburger Richter zur Sicherungsverwahrung erregt, insbesondere die Erstreckung des Rückwirkungsverbots auf dieses Instrument, die vom Gerichtshof trotz seines Präventivcharakters mit der Verbüßung einer Freiheitsstrafe gleichgesetzt wurde.

Die spannende Frage ist aber immer mehr, wie das Bundesverfassungsgericht seine Relevanz in diesem Gerichts-dreieck noch sicherstellen kann gegenüber zwei Konkurrenten, die oberhalb der Ebene des nationalen Rechts agieren und damit einen entscheidenden Vorteil gegenüber dem Bundesverfassungsgericht haben. Das Gericht versucht, in verfassungsrechtlichen Fragen europäische Gerichte so weit wie möglich aus dem Spiel zu lassen, indem es etwa zum Leidwesen des Europäischen Gerichtshofes, dem EuGH, dort keine Fälle vorlegt. Jedoch hat das Gericht seinerseits keine Möglichkeit, Entscheidungen der europäischen Gerichte zu korrigieren. Zu befürchten ist, das Bundesverfassungsgericht könne sein Heil letztlich darin suchen, die Schutzstandards der europäischen Konkurrenz zu übertrumpfen. Wenn es schon grundrechtliche Schutzstandards von EuGH und EGMR nicht unterbieten kann, ohne von diesen Gerichten jedenfalls im Ergebnis aufgehoben zu werden, so könnte es sich mit Luxemburg und Straßburg eine Art Wettlauf der Grundrechtsschützer liefern, der die zu beachtenden Schutzstandards immer weiter in die Höhe treibt. Dies ginge im Ergebnis natürlich zu Lasten des Handlungsspielraums der Politik.



## DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND DIE RICHTIGE BALANCE ZWISCHEN FREIHEIT UND SICHERHEIT

Dieser nicht ganz unrealistische Wettlauf der Gerichte, der sich in einigen Entscheidungen, etwa zur Sicherungsverwahrung, bereits andeutet, könnte eine wichtige Balance gefährden, die für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht erst seit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 von entscheidender Bedeutung ist: Die richtige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in der Verfassungsrechtsprechung.

Inzwischen ist es schon zu einer Art Allgemeinplatz geworden, davon zu sprechen, dass Freiheit und Sicherheit in einem fundamentalen Spannungsverhältnis zueinander stehen. Unzweifelhaft besteht ein solches Spannungsverhältnis jedenfalls insoweit, als dass einerseits Sicherheit einer der fundamentalen Staatszwecke ist. Staaten wurden gegründet und existieren, um innere und äußere Sicherheit für ihre Bürger zu garantieren und sie durchzusetzen. Seit Thomas Hobbes wissen wir, dass der Einzelne nur bereit ist, einen Teil seiner naturgegebenen Freiheit an den Staat und dessen Gewaltmonopol abzutreten, wenn er dafür vom Staat gleichsam als Gegenleistung Sicherheit erhält. Auf der anderen Seite ist selbstverständlich die Freiheit und ihre effektive Garantie das zentrale Versprechen des Rechtsstaates.

Aber handelt es sich bei den Werten Freiheit und Sicherheit tatsächlich um diametrale Gegensätze? Oft hören wir: Freiheit bedeutet zwangsläufig Unsicherheit, und Sicherheit bedeutet stets auch Freiheitsbeschränkung.

Auch ein Mitglied des Bundesverfassungsgerichts hat diese These jüngst noch einmal sehr klar in einem bemerkenswerten Aufsatz in der *Juristenzeitung* unterstrichen.<sup>3</sup> Meines Erachtens kann von einem solchen diametralen Gegensatz allerdings nicht die Rede sein. Freiheit und Sicherheit bilden kein Nullsummenspiel und stehen nicht im Verhältnis kommunizierender Röhren, wonach mehr von *einem* zwangsläufig weniger vom *anderen* bedeuten würde. Mehr Sicherheit bedeutet eben nicht automatisch weniger Freiheit. Denn der Rechtsstaat verspricht Freiheit nicht nur abstrakt und theoretisch. Es geht ihm vielmehr um die praktische und faktische Sicherung dieser Freiheit. Sicherheit hat daher im Kern eine der Freiheit dienende Funktion. Nur die im Bedarfsfall durch staat-

liche Maßnahmen abgesicherte Freiheit kann tatsächlich auch genossen werden. Freiheitsrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit etwa können nicht nur vom Staat, sondern auch von Dritten verletzt werden, sei es durch gewöhnliche Kriminelle oder durch Terroristen. Selbst das in den vergangenen Jahren weiterentwickelte Persönlichkeitsrecht der informationellen Selbstbestimmung, das zum Beispiel oft gerade gegen die Befugnisse von Nachrichtendiensten ins Feld geführt wird, kann durchaus nicht nur vom Staat gefährdet werden. Organisierte Kriminalität und Terrornetzwerke spionieren unsere Daten aus und nutzen sie für ihre Machenschaften. Mit diesem Tun berühren sie ebenfalls den Schutzbereich dieses Grundrechts.

Und auch die Attentäter des 11. September griffen nicht primär unsere Sicherheit an, es ging ihnen darum, unsere Freiheit zu treffen. Sie zielten auf unseren freiheitlichen, westlichen Lebensstil, den sie vernichten wollten. Mit der Terrorismusbekämpfung stärken wir also nur vordergründig unsere Sicherheit, letztendlich verteidigen wir gerade mit diesen Maßnahmen unsere Freiheit. Mehr Sicherheit heißt daher nicht weniger, sondern zunächst tendenziell sogar mehr Freiheit.

Selbstverständlich entspricht das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit aber auch nicht durchgängig einer proportionalen Gleichung. Maximale Sicherheit bedeutet natürlich nicht maximale Freiheit. Denn im Polizeistaat ist die Freiheit schwach, was wir Deutsche im vergangenen Jahrhundert zweimal bitter erfahren mussten. Aber umgekehrt gilt eben schon, dass minimale Sicherheit auch zu einer minimalen Freiheit führt.

Die Balance zwischen Sicherheit und Freiheit zu finden, heißt daher nicht, die Mitte zwischen diesen beiden Polen zu suchen, sondern den Punkt zu bestimmen, bis zu dem ein Sicherheitszuwachs auch noch mit einem Freiheitsgewinn verknüpft ist. Gerade dies bleibt eine, wenn nicht die zentrale Herausforderung sowohl für die Politik, aber ebenso für die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts auch im siebten Jahrzehnt seines Bestehens.

## AUSBLICK

Mit dem Blick auf sechs Jahrzehnte Verfassungsrechtsprechung aus Karlsruhe ist man geneigt, einen Satz des US-amerikanischen Gerichtspräsidenten Charles Evans Hughes für unser Gericht gelten zu lassen,



der in den 1930er Jahren auf den US-Supreme Court gemünzt formulierte: „We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.“<sup>5</sup>

Gerade wegen der kaum zu überschätzenden Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts bei der Auslegung unseres Grundgesetzes hat das Gericht auch eine kaum zu überschätzende Bedeutung für die Entwicklung unseres Landes in politischer und gesellschaftlicher Hinsicht. Das Interesse der Politik an der Rechtsprechung aus Karlsruhe ist daher in jedem Falle legitimiert. Es speist sich aus seiner Doppelnatur: Es ist nicht nur Gericht, sondern eben auch Verfassungsorgan und es hat sich gerade die letztgenannte Eigenschaft in den ersten Jahren seines Bestehens intensiv erkämpft. Auch für Politiker gilt, dass wir in einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“<sup>6</sup> leben. Das Bundesverfassungsgericht hat daher bei der Auslegung des Grundgesetzes immer dann, wenn es gefragt wird, zwar das letzte Wort. Es hat aber eben nicht das „einzige“ Wort. Das Gericht muss sich – mehr als andere Gerichte – auch eine kritische öffentliche Diskussion seiner Judikate gefallen lassen. Diese Debatte ist niemals ein Sakrileg, sondern ein Zeichen für gelebte Demokratie und eingeübte Verfassungsstaatlichkeit unter aktiver Teilnahme mündiger Diskutanten. Die Diskussion kann das Niveau des politischen und juristischen Diskurses in unserem Land nur stärken.

Als Teil dieses Diskurses verstehen wir seit einigen Jahren die Rechtspolitischen Tagungen der Konrad-Adenauer-Stiftung und ganz besonders auch die heutige aus Anlass des 60. Geburtstages „unseres“ Bundesverfassungsgerichts. Ich wünsche uns allen interessante Vorträge und gute Diskussionen.

## DAS SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN INDIVIDUELLER FREIHEIT UND GLOBALER SICHERHEIT

1| Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl. 1981, S. 402.

2| BVerfG vom 7.2.1990 (BVerfGE 81, 242); Beschluss des BVerfG vom 19.10.1993 (BVerfGE 89, 214).

3| Urteil des BVerfG vom 12.10.1998 (BVerfGE 89, 155).

4| Johannes Masing, *Die Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit*, JZ 2011, S. 753.

5| Charles Evan Hughes, *Chief Justice of the U.S. (1930-1941)*.

6| Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, JZ 1975, S. 297.

# IMPULSREFERAT

*Thomas de Maizière*

Im April letzten Jahres war ich als Bundesminister des Innern eingeladen, in den Vereinigten Staaten an einer Diskussionsrunde der Georgetown University in Washington D.C. teilzunehmen. Richter des Bundesverfassungsgerichts und Richter des amerikanischen *Supreme Court* diskutierten mit meiner amerikanischen Kollegin Janet Napoletano und mir (damals noch als Innenminister) über das Thema: „Freedom and Security in Constitutional Democracies“.

Wie definieren wir „Freiheit“? Was bedeutet für uns „Sicherheit“? Wie gehen wir mit einer Kollision von Freiheit und Sicherheit um? Welche Risiken sind wir bereit hinzunehmen?

Bei allen deutsch-amerikanischen Gemeinsamkeiten und bei allem, was uns historisch und kulturell verbindet, wurde deutlich: Bei der Frage, wie wir mit Sicherheit, Freiheit und dem Management von Risiken umgehen, unterscheiden sich Amerikaner und Deutsche ganz erheblich. Lassen Sie mich einige Beispiele nennen:

- Autobahn ohne Tempolimit: in Deutschland Ausdruck der individuellen Freiheit. Wir nehmen dafür Sicherheitsrisiken in Kauf, die andere Länder (wie die Vereinigten Staaten) so nicht in Kauf nehmen.

- Das Recht, eine Waffe zu tragen: in den USA Teil der individuellen Freiheit eines jeden Bürgers. Sicherheitsrisiken für die ganze Gesellschaft werden wiederum von einer Mehrheit der Amerikaner in Kauf genommen.
- Melderecht: eine Ausweispflicht im „land of the free“? Unvorstellbar. In Europa gibt es dagegen unterschiedliche Auffassungen, etwa zwischen Großbritannien und Deutschland.
- Gesetzliche Krankenversicherung: in Deutschland seit Bismarck selbstverständlicher Teil unseres Sozialstaates. In den Vereinigten Staaten jedoch wird die Einführung einer universellen gesetzlichen Krankenversicherung mitunter von entrüsteten Kritikern als „Zwangssystem“ oder „Sozialismus“ bezeichnet. Zur individuellen Freiheit gehört für viele Amerikaner eben auch die Freiheit, sich nicht gegen Krankheiten zu versichern, sondern das Risiko selbst zu tragen.
- Der Umgang mit dem Datenschutz: Während das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus dem Grundrecht der Menschenwürde und aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit entwickelt hat, beruht das US-Konzept der „Privacy“ wohl eher auf Freiheitswerten, dem „Recht, in Ruhe gelassen zu werden“ („right to be left alone“).

All diese Unterschiede erinnern uns an eine Selbstverständlichkeit, die wir auch bei unserer heutigen Diskussion nicht aus dem Blick verlieren sollten: Wir sind nicht alleine auf der Welt. Und gerade im sicherheitspolitischen Bereich arbeiten wir bereits heute mit unseren internationalen Partnern sehr eng zusammen. Als Bundesminister des Innern habe ich Fragen des Datenschutzes mit Vertretern der EU und der USA diskutiert. Als Bundesminister der Verteidigung stelle ich fest, dass es kaum noch nationale Einsätze gibt, mit Ausnahme von Evakuierungen. Alles andere spielt sich im Rahmen der NATO ab. Wir alle sind deshalb gut beraten, wenn wir in unseren verfassungsrechtlichen Diskussionen um Sicherheit und Freiheit keine rein „nationale Nabelschau“ betreiben.

Wie ist nun das Spannungsverhältnis zwischen „individueller Freiheit“ und „globaler Sicherheit“? „Individuelle Freiheit“ – was bedeutet das für uns? Wie sieht es mit dem Begriff der Sicherheit und dem Begriff der „globalen Sicherheit“ aus?

Wir kennen die individuelle Sicherheit. Wir kennen die kollektive (öffentliche) Sicherheit. Aber was ist die *globale* Sicherheit? Kann es die *überhaupt* geben? Und wenn ja: *Wer* bestimmt die Kriterien für die An- oder Abwesenheit von globaler Sicherheit? Enthält der Wert „globale Sicherheit“ möglicherweise ein so hohes Maß an Abstraktion, dass er fast keinen konkreten Inhalt mehr hat?

Wenn wir über globale Sicherheit sprechen, dann kommen wir nicht umhin, über *die Grenzen* politischer Gestaltungskraft, jedenfalls die der Nationalstaaten, zu diskutieren. Was kann Politik leisten? Was will sie leisten? Welche Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben der *nationalen Politik* heute in unserer „entgrenzten Welt“, wie es in der Einladung der Konrad-Adenauer-Stiftung heißt? Wie könnte das „Spannungsverhältnis“ zwischen persönlicher Freiheit und globaler Sicherheit aussehen?

Sicherheit und Freiheit sind – abstrakt betrachtet – zunächst einmal keine Gegensätze. Sie bedingen einander sogar. Schon Wilhelm von Humboldt bemerkte im Jahr 1792: „Ohne Sicherheit vermag der Mensch weder seine Kräfte auszubilden noch die Früchte derselben zu genießen; denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit.“

Ist unsere Diskussion somit überflüssig? Wohl eher nicht. In vielen Bereichen unseres Lebens sind wir heute ohne Weiteres bereit, Teile unserer persönlichen Freiheit im Interesse der kollektiven Sicherheit einzuschränken. Einige Beispiele dazu: Nichtrauchererschutz, Melderecht, TÜV/ASU-Pflicht, Gurtpflicht, Helmpflicht, Regeln zu Alkohol im Straßenverkehr, Umweltrecht. In anderen Bereichen sind wir jedoch nicht oder nur ganz eingeschränkt bereit, unsere persönliche Freiheit irgendwie reduzieren zu lassen, zum Beispiel bei der Überwachung der Telekommunikation, beim Umgang mit dem Internet und beim Datenschutz.

„Das“ Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit scheint es also nicht zu geben. Je nach Lebensbereich gibt es wohl eher viele ganz unterschiedlich ausgestaltete Spannungsverhältnisse. All diese Fragestellungen haben mich bereits als Innen- und Verfassungsminister beschäftigt (Datenschutz, Netzpolitik, Mindestspeicherungsfristen, Umgang mit dem Terrorismus).

Für den Verteidigungsminister stellen sich nun diese Fragen möglicherweise sogar noch etwas unmittelbarer: Denn insbesondere die Art und Weise, *wie* wir den Sicherheitsbegriff definieren, entscheidet maßgeblich über die Gestaltung unserer Verteidigungspolitik.

Spätestens seit Thomas Hobbes *Leviathan* aus dem Jahr 1651 ist es anerkannte Aufgabe des Staates, den Bürgern ein Leben in Sicherheit zu ermöglichen (Gewaltmonopol, Legitimation für staatliche Gewalt). Diese Aufgabe umfasste damals wie heute immer auch die äußere Sicherheit. Während vor 360 Jahren Stadtmauern und Festungen oftmals noch einen ausreichenden Schutz vor Angreifern boten, sieht die Situation heute anders aus. Die Globalisierung mit ihrer internationalen Arbeitsteilung und Verflechtung wirkt sich unmittelbar auf unser Sicherheitsumfeld aus: In vielen Bereichen haben wir es heute mit Kriminellen zu tun, die international und arbeitsteilig vorgehen. Einige Beispiele: Terrorismus, Drogenhandel, Waffenschmuggel, Geldwäsche, Menschenhandel, Internetbetrug, Piraten. Auch geographisch weit entfernte Krisen und Gefahrenherde können heute schnell unmittelbare Auswirkungen auf unser Land entfalten. Wir definieren den Begriff der Sicherheit heute weitaus umfassender und dynamischer als noch zu Zeiten des Kalten Krieges. Sicherheit umfasst heute äußere und innere, soziale, demographische, religiöse, ökologische und wirtschaftliche Aspekte. Sicherheit ist heute mehr als die bloße Abwesenheit von Krieg. Sicherheit ist geschützte oder zu schützende Freiheit.

Wie wirkt sich dieser veränderte „umfassende“ Sicherheitsbegriff auf das Handeln des Staates aus? Verändert er das staatliche Handeln überhaupt? Und wenn ja, wie wirken sich diese Veränderungen auf die persönliche Freiheit des einzelnen Bürgers aus? Lässt sich ein Wandel hin zum Präventionsstaat beobachten?

Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Andreas Voßkuhle sprach bei der Tagung der Georgetown University in Washington D.C. über eine massive Stärkung des Präventionsgedankens im Bereich des staatlichen Handelns: Ziel des staatlichen Handelns sei es, heute nicht erst manifeste Gefahren zu beseitigen, sondern bereits im Vorfeld die Entstehung von Gefahren zu verhindern. Zum Objekt des staatlichen Handelns – so Voßkuhle – werde statt des *Schadens* bereits die *Gefahr*.

Hier stellen sich Fragen, die es verdienen, *auch* verfassungsrechtlich diskutiert zu werden. Eine weitere Veränderung staatlichen Handelns konstatiert Professor Ferdinand Kirchhof. Im *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* beschreibt er die folgende Entwicklung: „Die bisher klaren Linien zwischen militärischer Gefahrenabwehr, zwischen Angriffen von außen und innen, zwischen Kombattanten und polizeilichen Störern verschwimmen [...]. Die von der Verfassung vorgeordnete Dreiteilung der Aufgaben der Bundeswehr in Verteidigung (Art. 87a Abs. 1 und 3 GG), Abwehr inneren Notstands (Art. 87a Abs. 4 GG) und Katastrophenhilfe (Art. 35 Abs. 2 und 3 GG) stößt auf geänderte Aufgabenfelder und Abwehrsituationen. Notwendig wäre die Anpassung der Wehrverfassung an die neue Lage.“<sup>1</sup>

Was bedeutet das Verschwimmen der klassischen Grenzen zwischen Außen-, Innen-, Umwelt- und Verteidigungspolitik jedoch ganz konkret für die Praxis staatlichen Handelns?

Nehmen wir einmal das Beispiel Stuxnet – ein sogenannter Cyberangriff, wie wir ihn wohl leider auch künftig wieder erleben werden. Fragen nach der Zuständigkeit stellen sich hier ganz neu. Die klassische Aufteilung ist die, dass die Polizei die innerstaatliche Rechts- und Friedensordnung gegen Störer und Gefahren *von innen* schützt. Die Streitkräfte hingegen bekämpfen denjenigen, der die Integrität des Staates *von außen* bedroht.

Der Absender eines Cyberangriffs lässt sich jedoch nicht so ohne Weiteres identifizieren. Ein Angriff von außen? Ein Angriff von innen? Ist es überhaupt ein „Angriff“ im klassischen Sinn (privat oder staatlich organisiert)? Es stellt sich auch die Frage nach den Abwehrmaßnahmen. Und wie *reagiert* der Staat auf einen sogenannten Cyberangriff, wenn der Computer unbeteiligter Dritter von Kriminellen instrumentalisiert wurde, um tausende von Anfragen an staatliche Computer zu senden, mit dem Ziel, diese damit außer Gefecht zu setzen?

Nehmen Sie zum Beispiel Estland, wo im Jahr 2007 Banken, Behörden, Polizei und Regierung für mehrere Tage lahmgelegt wurden. Rechner von Amerika bis Vietnam wurden für diese Angriffe benutzt, sogenannte DOS-Attacken, „Denial of Service“, oder genauer DDOS „Distributed Denial of Service“, weil Angriffe von einer Vielzahl von Systemen ausgingen.

Das Grundgesetz hat naturgemäß keine unmittelbaren Antworten auf all diese Fragestellungen. Dies alles sind aber verfassungsrechtlich interessante Fragen von hoher praktischer Relevanz, die wir künftig wohl noch intensiver diskutieren werden.

Mit den Verteidigungspolitischen Richtlinien haben wir am 27. Mai 2011 einen neuen strategischen Rahmen für den Auftrag und die Aufgaben der Bundeswehr entwickelt, der dem neuen umfassenden Sicherheitsbegriff gerecht wird. Denn mit dem veränderten Sicherheitsbegriff hat sich auch das sicherheitspolitische Anforderungsprofil der Bundeswehr gewandelt: Während es im Kalten Krieg um Abschreckung und eine territoriale Bedrohung Deutschlands ging, ist eine territoriale Bedrohung mit konventionellen Mitteln heutzutage unwahrscheinlich. Heute ist Deutschlands Verantwortung in Europa und in der Welt gefragt. Wir nehmen Verantwortung in den Vereinten Nationen, der NATO, der Europäischen Union und der OSZE wahr. Wir müssen heute bündnisfähig sein und uns möglicherweise auch im Rahmen einer „Responsibility to Protect“ engagieren.

Sicherheit, so scheint es heute, kann niemals eine hundertprozentige Sicherheit sein, sondern vielmehr ein kluger Umgang mit Unsicherheiten. Auch das sollten wir nicht vergessen, wenn wir über das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit diskutieren.

1| *Ferdinand Kirchhof, Verteidigung und Bundeswehr, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl., 2006, § 84.*

## VERFASSUNGSRECHTLICHER KOMMENTAR

*Ferdinand Kirchhof*

Meine Damen und Herren,

ich habe eine angenehmere und einfachere Aufgabe als Herr de Maizière. Ich möchte mich mit der inneren Sicherheit beschäftigen. Da sind die Fragen, was Sicherheit ist und was Freiheit bedeutet, klarer gestellt und die Antworten verfassungsrechtlich schon vorgeprägt. Deshalb fallen meine Bemerkungen etwas rechtlicher orientiert aus. Es wird weniger um die Fragen gehen: Was ist Sicherheit? Was ist Freiheit? Meine Bemerkungen werden vielmehr darin münden, wie wir nach dem Grundgesetz Sicherheit und Freiheit gegeneinander abwägen und in Konkordanz bringen, damit wir im Innenbereich ein Gemeinwesen haben, das Freiheit gewährleistet und dennoch Sicherheit bietet.

Dass der Staat die Aufgabe hat, für die Sicherheit der Gesellschaft und des Individuums zu sorgen, ist allgemein anerkannt, fast selbstverständlich. Gemeint ist damit Sicherheit für Leib und Leben, für das Funktionieren des Gemeinwesens und der Gesellschaft und für ein freies Leben. Die Definition ähnelt dem Begriff der öffentlichen Sicherheit im Polizeirecht. Im Text unserer Verfassung ist die Aufgabe überhaupt nicht genannt, weil sie so selbstverständlich ist.

Wir kennen sie seit dem Absolutismus mit seiner Konzentration der Herrschaftsgewalt zuerst auf eine natürliche, später auf eine juristische Person mit dem Ergebnis des Gewaltmonopols des Staates, welches das Faustrecht als Handlungsrecht des Individuums oder von Verbänden entfallen ließ und die öffentliche Sicherheit dem Staat in die Hand gab. Später wurde die staatliche Sorge für Sicherheit gedanklich gefasst in die Lehre vom Gesellschaftsvertrag, der eine vereinbarte Abgabe von Rechten der Individuen an den Staat annahm, die bei ihm zum Hoheitsrecht gebündelt wurden. Im Gegenzug musste der Staat den Individuen Sicherheit bieten. Heute leiten wir die Aufgabe der Sicherheitsgewährleistung vom Rechtsstaat ab, der ein Staat des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit ist. Sie schimmert auch im Grundrechtsstaat im Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 GG oder Art. 1 Abs. 1 GG durch, die vom Staat Sicherheit für die menschliche Existenz verlangen. Die staatliche Sicherheitsaufgabe wird ferner in Art. 8 GG angedeutet, nach dem man sich nur friedlich und ohne Waffen versammeln darf. Auch aus dem Sozialstaatsprinzip dürfte sich die staatliche Pflicht ergeben, für Sicherheit zu sorgen, selbst wenn diese Erwägung von der Literatur weniger aufgegriffen wurde. Aber wenn der Sozialstaat jedem Einzelnen ein menschenwürdiges Existenzminimum und gesellschaftliche Teilhabe sichern muss, dann schließt das ein, dass er ihm Sicherheit im Alltag bieten muss.

Wenn wir den deutschen Rechtsstaat als einen Grundrechtsstaat betrachten, dann kommt ihm selbstverständlich auch die Aufgabe zu, individuelle und gesellschaftliche Freiheit zu sichern. Das ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG und aus speziellen Freiheitsrechten, die Freiheitsräume als Schutzbereich bereitstellen. Diese Freiheit ist nicht nur für das Individuum gewährleistet, sondern auch für die gesamte Gesellschaft. Nach Art. 19 Abs. 3 GG wird die Geltung der Freiheitsrechte auf Verbände und Vereinigungen erweitert. Es gibt sogar einige Grundrechte, die nur kollektiv denkbar sind, nämlich Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit), Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit), etwas versteckt Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 2 und 3 der Weimarer Reichsverfassung (Selbstverwaltungsrecht der Kirchen). Das Kollektiv wird also auch als Subjekt der Freiheit anerkannt. Freiheit ist nicht nur ein Thema der Grundrechte des einzelnen Menschen.

So sind im Gegensatz zur äußeren Sicherheit die Begriffe von Sicherheit und Freiheit im Inneren verfassungsrechtlich deutlicher vorgezeichnet. Begriffliche oder definitorische Probleme habe ich hier weniger; zum Thema von Herrn de Maizière hätte ich sie auch.

Im Ergebnis sind heute beide Aufgaben – die Sicherheit und die Freiheit – im Grundgesetz vorgegeben, allgemein anerkannt und mittlerweile geradezu kanonisiert. Der Staat hat sowohl die Aufgabe, Sicherheit herzustellen, als auch die Aufgabe, freiheitliche Grundrechte zu ermöglichen. Damit treten sie in ein Wechselspiel. Sicherheit ermöglicht erst Freiheit in der Rechtsordnung, im Schutz vor dem Staat und vor Dritten. Das bedeutet aber, dass man Freiheit im Gemeinwesen noch herstellen muss durch die Bildung von Rechtsgrenzen: durch Gesetze vom Kartellrecht über das Baurecht bis hin zum Strafrecht; durch Kontrollen bei Kapitalverkehr, Zoll oder im Straßenverkehr; durch Gefahrenabwehr im Straßenverkehrsordnungsrecht bis hin zum Umwelt- und Technikrecht oder im Extremfall durch das Verbot von Parteien oder Vereinen, wenn sie den Rechtsfrieden in einer extremen Weise stören.

Die Freiheit bedarf dieser Rechtssicherheit, um sich zu entfalten, stößt aber bei Sicherheitsregelungen zugleich auf Beschränkungen. Beide Aufgaben müssen gelöst werden. Deshalb liegt das Problem von Freiheit und Sicherheit letzten Endes darin, Konkordanz zwischen beiden Rechtsgütern herzustellen, die, wie ich im Einklang mit Herrn de Maizière betonen möchte, bei veränderten gesellschaftlichen Situationen oder Bedrohungen unterschiedlich ausfällt. Das rechte Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist nicht statisch. Deshalb kann ich auch keine Faustformel bieten, die beide Aufgaben durch einfache Subsumtion immer korrekt zuordnet. Es ist vielmehr ein Wechselspiel mit Variablen, die die Abwägung und die Konkordanzherstellung komplizierter machen. Ich biete Ihnen also keine Formel, die für alles taugt. Das wird für den, der sich die Welt – das Gemeinwesen, den Staat und die Gesellschaft – gerne sehr einfach denkt, etwas schwierig. Für den, der dieses Verhältnis der Konkordanz kontrollieren muss – einer der Akteure ist das Bundesverfassungsgericht –, ist es diffizil in der Abwägung. Ich glaube aber, eine bewegliche Konkordanz von Sicherheit und Freiheit ist besser als ein rigides Verhältnis zwischen beiden. So können wir auf das, was gesellschaftlich aktuell jeweils erforderlich und notwendig ist, zeitgerechter, angemessener und rationaler reagieren als mit einer einfachen Grundregel, die alles über einen Leisten schlägt.

Zurzeit neigt sich die Waage wieder zur Betonung der Sicherheit. Die eine Ursache dafür ist die alternde Bevölkerung in Europa. Je älter der Mensch wird, desto weniger ist er auf Lebenskampf und auf Wettbewerb aus; er möchte vielmehr das Bestehende für sich erhalten. Also will er Sicherheit

und erwartet sie vom Staat. Diese Gewährleistung von Sicherheit spielt sich vornehmlich im Sozialstaat ab, muss aber natürlich auch in der Sicherheit für Leib und Leben geboten werden, also in der Sicherheit nachts über die Straße gehen zu können, ohne dass einem etwas zustößt.

Zwei Verschiebungen in der Gesellschaft bereiten im Verhältnis von Sicherheit und Freiheit momentan Probleme. Auf der einen Seite gefährdet der Terrorismus, der Angst um Leib und Leben weckt, die Freiheit des Individuums und der Gesellschaft. Dieser Terrorismus ist auch im Inneren Deutschlands teilweise bereits erfolgreich gewesen, auch wenn bei uns ein großer Anschlag ausgeblieben ist. Terror soll Angst machen und lähmen. Im Bereich Religion haben wir verfassungsrechtlich die Kunstfreiheit betont und wegen Art. 5 Abs. 3 GG sehr weitgehende Kritik an der Religion zugelassen. Die Meinungsfreiheit gilt in jeder Situation, in der eine Religion kritisiert wird. Mohammed-Karikaturen werden Sie bei uns aber kaum finden, obwohl für sie die gleichen Abwägungsregeln wie für christliche Religionen gelten. Warum existieren keine derartigen Karikaturen? Wegen der Angst vor dem Terror. Oder denken wir an die Anschläge auf die Madrider Vorortzüge, die eine Woche vor den Wahlen in Spanien verübt wurden und wohl ihren Ausgang beeinflusst haben. Der Terror ist eine reale Gefahr. Dem Staat ist deswegen eine wichtige Abwehraufgabe im Bereich der Sicherheit zugewachsen.

Auf der anderen Seite bedroht die elektronisch über Internet und PC vernetzte Welt die Freiheit des Einzelnen. Jeder kann alles sofort wissen, zum Beispiel mit Hilfe von Wikipedia und Google. Und jeder kann auch alles über jeden überall wissen. Wenn jemand früher in seiner Biographie einen Schnitt machen und eine neue Lebensplanung beginnen wollte, dann konnte er nach Kanada oder Australien auswandern und stand sofort in einer neuen Lebenssituation. Er konnte ohne Altlasten aus seinem bisherigen Leben neu starten. Wenn jemand heutzutage mit diesem Ziel auswandert, kennt man ihn am Ankunftsort schon in allen seinen bisherigen Lebensäußerungen. Man braucht nur zu „googeln“, was er bisher gemacht hat, oder in Facebook nachsehen. Diese Elektronicisierung macht uns anfälliger für Freiheitsgefährdungen. Die Gefährdung erstreckt sich nicht nur auf die Kommunikation zwischen Personen. Ich denke dabei auch an das „Internet der Dinge“, in dem Geräte miteinander kommunizieren. Mittlerweile kann man über Meldungen aus einem elektronisch verkabelten Haus die Lebensgewohnheiten der Hausbewoh-

ner erkunden oder über Handy oder GPS den Standort von Autos bestimmen. Die Möglichkeit zu solch ungeheuren Datenzugriffen beschwört eine Gefahr für die Freiheit herauf. Damit wächst zugleich die Sicherheitsaufgabe des Staates, denn er muss Vorkehrungen gegen Datenmissbrauch treffen. Im Datenschutz zeigt sich die Verknüpfung von Freiheit und Sicherheit besonders deutlich: Der Staat muss schützen und zugleich für die Aufrechterhaltung der Freiheit sorgen. Wenn der Staat den Terrorismus eindämmen will, greift er in erster Linie auf unsere elektronisch gewonnene Freiheit zu und mindert sie durch Datenerhebung und -speicherung.

Die Akteure in diesem Wechselspiel handeln bei der Austerierung von Freiheit und Sicherheit allerdings in unterschiedlicher rechtlicher Gebundenheit und in verschiedenen Rechtslagen. Der Staat muss sein Handeln immer legitimieren und rechtfertigen. Er darf seine Hoheitsgewalt nur aufgrund einer rationalen Rechtfertigung und in demokratischer Legitimation ausüben. Er muss sich an Sachlichkeitskriterien und Angemessenheitsmaßstäben orientieren. Die Freiheit des Individuums und der Gesellschaft sind hingegen vorgegeben und als Menschen-, Bürger- und Grundrechte konstitutionell geschützt. Private Individuen müssen ihr Handeln grundsätzlich nicht legitimieren und dürfen meistens sogar über die Willkürgrenze gehen. Wir haben also in den Bereichen Sicherheit und Freiheit zwei völlig unterschiedliche rechtliche Ausgangslagen. Die vom Staat betreute Sicherheitsaufgabe und ihre Durchsetzung müssen, obwohl sie wichtig sind, gerade wenn es um Leib und Leben oder Gesundheit geht, legitimiert werden. Die private Freiheit und ihre Ausübung sind hingegen vorgegeben und rechtfertigungsfrei.

In diesem Spannungsbogen tritt das Bundesverfassungsgericht auf die Bühne, das in erster Linie die grundrechtliche Freiheit – das sage ich als Vorsitzender des Grundrechtssenates mit besonderer Betonung – verteidigen muss, aber dabei Sicherheitsaspekte nicht außer Acht lassen darf. Wir befinden uns in einer Spannungssituation, auf die das Gericht auch in anderen Rechtsbereichen trifft. Die im Grundgesetz ausformulierte Aufgabe des Gerichts ist die Grundrechtssicherung. Aber es sind noch andere konstitutionelle Wertungen zu berücksichtigen, die ebenfalls rechtliches Gewicht haben – hier die Sicherheit.

In der Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit tauchen typische Probleme auf: Zum einen kann man Freiheit auch zu Tode schützen; der gutgemeinte Rettungseingriff beseitigt dann sein Schutzgut. Zum anderen darf nur die Gefahr, aber nicht die Angst vor dem Terror zum Schutzmaßstab werden. Oft bleibt eine Terrorandrohung diffus und abstrakt. Man weiß, es gibt Terroristen, die attackieren wollen. Wir kennen sie aber nicht; wir wissen nicht wann, wo und wie sie angreifen werden. Der Staat, der Sicherheit für seine Bevölkerung bieten will, kann im Gegensatz zum Strafrecht und zum Polizeirecht, wo er Täter oder Störer kennt, weder den Störer noch die Gefahr benennen. Wenn die terroristische Straftat schon geschehen oder die Störung eingetreten ist, kommt die Sicherheit zu spät, weil sie im Vorfeld schützen muss. Drittens – das sollte man auch nicht außer Acht lassen – gibt es leider auch Akteure in der Politik, die Sicherheitsfragen und deren Beantwortung für andere Zwecke instrumentalisieren. Ich denke dabei an Entwürfe von Schubladengesetzen, die lange vorbereitet bei passender Gelegenheit hervorgezogen werden, wenn gerade der Terror die Bevölkerung geängstigt hat, und dann durch das Gesetzgebungsverfahren geschleust werden. Eine derartige Instrumentalisierung von Terror lässt sich kaum nachweisen, aber in manchen Fällen mit Substanz vermuten. Ich denke zum Beispiel an das Geldwäschegesetz. Zuerst war es die organisierte und internationale Kriminalität, die man damit abwehren wollte. Dann ist man argumentativ zur Abwehr von Terrorgefahr übergegangen, und jetzt dient das Gesetz tatsächlich dazu, Steuersünder, die ihr mitgeführtes Bargeld nicht angegeben haben, an der Grenze zu fassen. Vermutlich hat sich das fiskalische Interesse hier des vorgeschobenen Ziels einer Verhinderung von Terror und Straftat bedient.

Das Bundesverfassungsgericht hat für die Konkordanz zwischen Sicherheit und Freiheit eine klare Linie vorgegeben. Zwar liefert das Gericht keine Faustformel, aber eine Abwägungsregel für den Einzelfall. Dabei hat es sich von fünf Aspekten leiten lassen: Erstens hat es nie die Augen vor der Terrorgefahr verschlossen und ausschließlich die Freiheit beachtet, sondern allein Vorgaben zum Ausmaß staatlicher Abwehrbefugnisse gemacht. Ich meine sogar, wir sind in der Akzeptanz der Sicherheitsaufgabe des Staats sehr weit gegangen. Ich erinnere an die Regeln der Vorratsdatenspeicherung, die sechs Monate lang die Speicherung von Verbindungsdaten vorschreiben. Art. 10 GG erklärt jedoch das Fernmeldegeheimnis für „unverletzlich“. Eine sechsmonatige Speicherung hält zwar nicht die Inhalte, aber die Verbindungsdaten elektronischer

Kommunikation umfassend und anlasslos fest. Aus der strikten Unverletzlichkeit des Art. 10 GG werden so wegen der Abwägung mit Sicherheitsmaßnahmen entgegen dem Normtext sechs Monate allgemeiner Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses. Hier weicht das Grundrecht teilweise der Sicherheitsaufgabe.

Zweitens sagt das Gericht: Wenn Sicherheit Freiheit beeinträchtigt, verlangt das Grundgesetz Rationalität und Legitimation der Schutzmaßnahmen durch den Staat. Hier entstehen zusätzliche Probleme wegen der Heimlichkeit der Datenerhebung, weil einmal erhobene Daten für den Betroffenen unauffindbar im Netz verschwinden und von ihm nicht gelöscht werden können. Vor allem neigt der Staat zu anlasslosen Rasterfahndungen, weil er schon im Vorfeld einer Gefahr sein Netz auswerfen will, obwohl er gar nicht weiß, ob im Wasser tatsächlich Fische schwimmen. Verfassungsrechtlicher Ansatz zum Schutz der Freiheit ist Art. 2 Abs. 1 GG, oft in Verbindung mit anderen Normen – meist Art. 1, Art. 10 und Art. 13 GG –, sodann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und auch (in etwas sperriger Formulierung) das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

Prüfungsschwerpunkt für die Abwägung ist die Frage, ob eine reale Gefahr für die Sicherheit besteht oder ob die Behörde nur Angst oder gar Hysterie treibt. Sodann die Frage, ob eine konkrete Gefahr für einen Eingriff bestehen muss, ob eine abstrakte Gefahr, ein Gefahrenverdacht oder sogar schon eine abstrakte Risikovermutung ausreicht. Das Gericht fordert meistens tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete, aber nicht unmittelbar bevorstehende Gefahr für überragend wichtige Rechtsgüter. Mit dieser Eingriffsformel kann man die meisten Fälle erfassen.

Hinzu kommt die klare Aussage der Rechtsprechung, dass sowohl Erhebung und Speicherung als auch die Verwendung von Daten immer Eingriffe bilden. Damit wird ein steter verfassungsrechtlicher Legitimationsdruck aufrechterhalten, solange die Daten sich in staatlicher Hand befinden.

Letzter und wichtigster Aspekt: Das Gericht verlangt eine Rechtfertigung durch einen verhältnismäßigen Sachgrund für jeden Eingriff, auch schon für das Speichern. So werden die Privatsphäre weitgehend und die Intimsphäre absolut geschützt. Hinzu kommen begleitende rechtliche Schutz-



vorkehrungen: der Richtervorbehalt, die Trennung von erhebender, speichernder und verwendender Stelle, der technische Datenschutz, die Datensicherung, Zugangsberechtigungsfragen sowie die nachträgliche Rechtskontrolle.

Auf diese Weise entsteht ein bewegliches System der Abwehr von Freiheitseingriffen und der Herstellung von Konkordanz zwischen Sicherheit und Freiheit, mit dem wir, wie ich meine, ganz gut fahren. Es kann auf wechselnde Gefahrenlagen reagieren, ohne irgendeines der Schutzgüter vorzeitig klein zu schneiden oder gar über Bord zu werfen.

EUROPÄISCHE UNION, DEUTSCHE  
VERFASSUNGSIDENTITÄT UND  
DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

# DIE EUROPÄISCHEN RETTUNGSSCHIRME

ZWISCHEN DEN MÜHLSTEINEN VON EUGH UND  
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT<sup>1</sup>

*Christian Waldhoff*

## **DIE EUROPÄISCHE VERSCHULDUNGSKRISE ALS ANWENDUNGS- ODER NICHTANWENDUNGSFALL VON „KOOPERATIONSVERHÄLTNIS“ UND „VERFASSUNGSGERICHTSVERBUND“?**

Durch die aktuelle Verschuldungskrise<sup>2</sup> ist die EU in die schwierigste Situation ihrer Geschichte geschlittert. Wenn sich die bisher aufgelaufenen Garantien realisieren, könnte dies auch für die Bundesrepublik als Mitgliedstaat die größte Finanz- und damit notwendigerweise wirtschaftspolitische Krise nach 1949 bedeuten. Der vermeintliche Ausweg in die Inflationierung der dann gemeinschaftlichen Schulden könnte die sozialen Verwerfungen hervorrufen, welche die deutsche Inflationsgeschichte bereits kennt.<sup>3</sup> Sowohl die nationalen als auch die europäischen „Rettungsbemühungen“ sind durch krisenhaftes Agieren auf allen Ebenen gekennzeichnet und schrammen an der Legalität sowohl der Verfassungsordnung des Grundgesetzes als auch des Unionsrechts entlang. Das Bundesverfassungsgericht hat hier durch sein Urteil vom 7. September 2011<sup>4</sup> erste Grenzen aus dem Grundgesetz aufgezeigt – die Folgeverfahren<sup>5</sup> zeigen, wie ernst die ent-

wickelten Leitlinien gemeint sind. Die große Leerstelle ist der Europäische Gerichtshof (EuGH), der mit seiner – wie ich finde im Ansatzpunkt richtigen – Betonung des Charakters der Union als Rechtsgemeinschaft<sup>6</sup> üblicherweise und nicht zu Unrecht Unionsrechtsverstöße der Mitgliedstaaten durchaus eng ahndet, bei einer so zentralen, ja vielleicht existentiellen Krise jedoch schweigt. Das liegt freilich auch daran, dass der EuGH als Gericht nicht selbst initiativ werden kann und dass er nicht angerufen wurde. Das unionale Rechtsschutzsystem ist – allen Sonntagsreden zum Trotz – nicht vergleichbar mit unserem Jurisdiktionsstaat.

Aber hätte der EuGH wirklich nicht mit diesen Rechtsfragen betraut werden können? Wäre es nicht Aufgabe gerade des Bundesverfassungsgerichts gewesen, dem von ihm beschworenen „Kooperationsverhältnis“ (so die Formulierung im Maastricht-Urteil), das inzwischen als „Verfassungsgerichtsverbund“ interpretiert und überhöht wird,<sup>7</sup> prozedural dadurch Zähne einzusetzen, dass es im Jubiläumsjahr seines sechzigjährigen Bestehens über seinen Schatten springt und die europarechtliche(n) Frage(n) Luxemburg vorlegt? Diese Fragen sollen hier erörtert werden.

In unserem Themenblock „Europäische Union, deutsche Verfassungsidentität und das Bundesverfassungsgericht“ geht es in den Referaten von Frau Langenfeld und mir um „Kooperation“ und „Verbund“ zwischen zwei Höchstgerichten unterschiedlicher Funktionalität und unterschiedlicher Verfasstheit, die diese Ziele aber nur teilweise verwirklichen. In meiner Fallstudie zur Rettungsschirmproblematik schweigt (bisher) Luxemburg, in Frau Langenfelds Themengebiet schweigt (bisher) Karlsruhe. Die Kooperation droht jeweils einseitig zu werden. Der Dialog mag zwar hinter den Kulissen informell gut gelingen, in zentralen Schnittfeldern zwischen europäischer Integration und nationalem Verfassungsrecht wird offen freilich gerade nicht kooperiert und verbunden agiert. Warum nicht? Was folgt daraus? Ist das richtig? Darum soll es vor dem Hintergrund, dass das Bundesverfassungsgericht „zum Schlüsselakteur der deutschen Europapolitik geworden“ ist,<sup>8</sup> anhand der Rettungsschirm-entscheidung vom 7. September im Folgenden gehen.<sup>9</sup>

Das bedeutet, dass ich drei mindestens ebenso spannende Fragen im Zusammenhang mit der Rettungsschirmproblematik ausblenden muss: Wie ist die Schuldenkrise zu „lösen“ – ohnehin eine eher (polit-)ökonomische Fragestellung.<sup>10</sup> Wie sieht es – rein innenverfassungsrechtlich

– mit der angemahnten Parlamentsbeteiligung aus?<sup>11</sup> Die Klageschrift, die zur einstweiligen Anordnung vom 27. Oktober 2011 geführt hat, weist laut Paraphrase im Beschluss mit Recht darauf hin, dass die in etwas gewagter verfassungskonformer Auslegung gestärkte Übertragung auf den Finanzausschuss nur im Subsumtionsteil der Entscheidung in der Sache auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt begrenzt war, während die maßstäblichen Ausführungen stets und konsequent vom „Parlament“, vom „Deutschen Bundestag“ sprechen.<sup>12</sup> Schließlich wäre ich besonders motiviert, die Debatte über eine Aktivierung des ohnehin verunglückten Art. 146 GG<sup>13</sup> zu beenden. Dazu nur zwei Sätze: Sowohl der Anlass als auch das angedachte Mittel sind ungeeignet für eine Diskussion, das Grundgesetz, das gerade noch zum sechzigsten Geburtstag euphorisch gefeiert wurde, aufzugeben. Verfassungsrechtlich und verfassungstheoretisch ist es verfehlt, zu glauben, Art. 146 GG erlaube eine Neukonstitution unseres Gemeinwesens und diese könne mit einer wie auch immer gearteten Volksabstimmung erreicht werden.<sup>14</sup> Ein schleicher Übergang vom Staatenverbund zum Bundesstaat ist mit diesem Grundgesetz in der für alle Staatsorgane verbindlichen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht nicht zu haben, auch nicht über Art. 146 GG, der kein Vehikel für eine Art „große Verfassungsdurchbrechung“ per Volksabstimmung darstellt. Dieser Schritt könnte im Übrigen auch erst Recht nicht vom Bundesverfassungsgericht selbst angeordnet werden, denn es besitzt keine Verfügungsgewalt über seinen Prüfungsmaßstab.<sup>15</sup>

Das damit eingegrenzte Programm möchte ich in drei Schritten durchmessen: Zunächst gilt es, die bisherige Judikatur einzuordnen. Das „Kooperations-“ oder „Koordinationsverhältnis“ zwischen den Gerichten wird dabei als Versuch gedeutet, Letztentscheidungsfragen in der Schwere zu halten und prozedural zu lösen. Anschließend werden kurz etwaige Vorlagemöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts als verfahrensrechtliches Kooperationselement im „Verbund“ von EuGH und Bundesverfassungsgericht in Erinnerung gerufen, bevor die Karlsruher Rettungsschirmentscheidung und die dort ausgesparte denkbare Unionsrechtswidrigkeit der Maßnahmen als ein Dialog unter Abwesenden eingeordnet und kritisch beleuchtet werden.

## **DIE BISHERIGE JUDIKATUR: DAS „KOOPERATIONSVERHÄLTNIS“ ALS VERSUCH, LETZTENTSCHEIDUNGSFRAGEN IN DER SCHWEBE ZU HALTEN UND PROZEDURAL ZU LÖSEN**

EuGH und Bundesverfassungsgericht haben ihr Verhältnis in den sie beide betreffenden Ingerenzfeldern seit 1974 austariert. Es ist vor allem das deutsche Bundesverfassungsgericht gewesen, das – zunächst hinsichtlich der Überprüfung europäischer Rechtsakte am Maßstab deutscher Grundrechte – dieses Verhältnis mit der meines Erachtens im Grundsatz überzeugenden „Solange-Konstruktion“ geformt hat.<sup>16</sup> Diese Konstruktion ist deshalb glaubhaft und erfolgreich gewesen, da die europäische Ebene unter Druck gesetzt wurde, ihren Grundrechtsschutz zu verbessern. Nicht eine Drohkulisse, die dann nie eingelöst werden konnte, sondern die Option, den eigenen Prüfungsauftrag beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zurückzunehmen, hat diesen Erfolg ermöglicht. Wir haben inzwischen einen akzeptablen Grundrechtsschutz auf unionaler Ebene, so dass das Karlsruhe Gericht sich zurücknehmen konnte. Seit „Solange II“<sup>17</sup>, „Maastricht“ (dort mit der Formel, das Gericht garantiere „Grundrechtsschutz in Deutschland“)<sup>18</sup> und „Bananenmarktordnung“<sup>19</sup> treten hier keine gravierenden Probleme mehr auf. Die judizielle Grundrechtskonkurrenz zwischen den beiden Gerichten ist gleichsam prozedural entschärft;<sup>20</sup> die Letztentscheidungsfrage – wenn man so will: die Souveränitätsfrage – bleibt gleichwohl in der Schwebe,<sup>21</sup> ohne dass damit gerechnet werden könnte, dass sich die Lage beim Grundrechtsschutz ändern wird. Das ist nicht nur gesichtswahrend für beide Seiten, diese Situation entspricht auch dem materiellen Grundverhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten<sup>22</sup> und impliziert ferner für alle Fälle (zumindest theoretisch) eine Art Notkompetenz im Sinne einer Rückholmöglichkeit.<sup>23</sup>

Die Neuerung des Maastricht-Urteils von 1993 bestand darin, dass auch sogenannte ausbrechende Hoheitsakte vom Bundesverfassungsgericht identifiziert und gegebenenfalls zwar nicht „verworfen“, jedoch für Deutschland unanwendbar erklärt wurden.<sup>24</sup> Dogmatisch rückgekoppelt wird dies durch das deutsche Zustimmungsgesetz zu den Verträgen, welches die notwendige demokratische Legitimation auf dieser Stufe vermittelt und ein Konzept begrenzter Einzelermächtigungen verwirklicht.<sup>25</sup> Das Lissabon-Urteil von 2009 ersetzt nicht, sondern ergänzt die bisherigen Grenzen um den zu schützenden Identitätskern des Grundgesetzes, der sich aus Art. 23 Abs. 1 Satz 3 und aus Art. 79 Abs. 3 GG ergibt.<sup>26</sup> Dazu ist viel gesagt und geschrieben worden<sup>27</sup> – ich möchte das hier weder wiederholen noch ergänzen.

Im vielgescholtenen Mangold/Honeywell-Beschluss des Zweiten Senats von 2010 wird die *Ultra-vires*-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts prozedural der Solange-Konstruktion angenähert, indem das Gericht nur eine „spezifische Verletzung“ von Unionsrecht, ein „hinreichend qualifiziertes“ Ausbrechen beanstanden will und dem EuGH prinzipiell die unionsrechtliche Auslegungsfrage zuvor vorzulegen ist.<sup>28</sup> Dadurch kann das Kooperations- beziehungsweise Koordinationsverhältnis seine Ernsthaftigkeit zeigen: „Der EuGH ist durch die Vorlage gewarnt, dass die Gefahr eines ernsthaften Konflikts heraufzieht. Das Bundesverfassungsgericht kann sein letztes Wort unter Berücksichtigung der Argumente des Europäischen Gerichtshofs und der übrigen Mitgliedstaaten sprechen, die in dem Verfahren Stellung genommen haben [...]. Das Bundesverfassungsgericht erinnert hier daran, dass Rechtstexte unterschiedlich ausgelegt werden können. Es sei nicht die Aufgabe des Verfassungsgerichts, seine Auslegung an die Stelle derjenigen des EuGH zu setzen.“<sup>29</sup>

Diese Zurücknahme des eigenen Prüfungsanspruchs wird mit der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes begründet, die es verbiete, dass die Frage der Anwendbarkeit beziehungsweise Nichtanwendbarkeit von Unionsrecht in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgelegt wird.<sup>30</sup> Statt von „Kooperation“<sup>31</sup> ist jetzt von „Koordination“ zwischen den Gerichten die Rede.<sup>32</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass es keine „Elfes-Konstruktion“ hinsichtlich europäischer Rechtsakte gibt und geben kann. Das heißt, über den „Hebel“ des Art. 38 Abs. 1 GG (in der Elfesentscheidung: über Art. 2 Abs. 1 GG in der Interpretation als allgemeine Handlungsfreiheit; BVerfGE 6, 32) kann nicht jeglicher Europarechtsverstoß (in der Elfesentscheidung: jegliche Verletzung auch objektiven Verfassungsrechts) vor dem Bundesverfassungsgericht von Betroffenen gerügt werden.

Die Identitätssicherung des Grundgesetzes wird dann schließlich in dem Urteil vom 7. September 2011 auf das Budgetrecht des Deutschen Bundestags angewendet. Der zentrale Satz zum Schutz der demokratisch legitimierten Verfassungsorgane vor sich selbst lautet: „Eine notwendige Bedingung für die Sicherung politischer Freiräume im Sinne des Identitätskerns der Verfassung [...] besteht darin, dass der Haushaltsgesetzgeber seine Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben frei von Fremdbestimmung seitens der Organe und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union trifft und dauerhaft ‚Herr seiner Entschlüsse‘ bleibt.“<sup>33</sup>

Insgesamt stellt diese Gesamtjudikatur, die einen Zeitraum von inzwischen fast vierzig Jahren umfasst, bei aller Kritik im Einzelnen einen gelungenen Ausgleich der teilweise antagonistischen Verfassungsprinzipien der deutlichen Staatszielbestimmungen europäischer Integration aus der Präambel und aus Art. 23 GG einerseits, legitimatorischer Mindeststandards sowie der prinzipiellen Unaufgebarkeit der grundgesetzlichen Ordnung andererseits dar. Da es sich insoweit zunächst – im Maastricht-Urteil – um rein innermitgliedstaatliche, nationale Rechtsprinzipien und Vorgaben des Rechts handelt, erfordern sie – um einen schonenden Ausgleich herstellen zu können – die prozedurale Absicherung hin zur europäischen Ebene. In der Lissabon-Entscheidung werden ergänzend zu Art. 4 Abs. 3 EUV die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit („Unions-treue“) einerseits und die Achtung der nationalen Identität einschließlich ihrer grundlegenden „politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ (Art. 4 Abs. 2 EUV) andererseits auf das unionale Recht erweitert. In den Worten des Urteils: „Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.“<sup>34</sup> Dies ist Hintergrund und Idee des Kooperationsverhältnisses zwischen den Gerichten des „Verfassungsgerichtsverbands“, der die Verzahnung des materiellen Rechts verfahrensrechtlich-institutionell flankiert.<sup>35</sup> Dabei wird stets darauf zu achten sein, dass dieses Verhältnis nicht in eine Asymmetrie abgeleitet: Was für das Bundesverfassungsgericht gilt, gilt auch für den EuGH.<sup>36</sup>

#### **ZU DEN VORLAGEMÖGLICHKEITEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS ALS KOOPERATIONSELEMENT IM „VERBUND“ VON EUGH UND BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**

Auch für das Bundesverfassungsgericht gilt das Vorlagerecht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV<sup>37</sup>. Es hat davon, anders als die Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten und anders als die Landesverfassungsgerichte, bisher keinen Gebrauch gemacht. Die prozessualen Voraussetzungen für eine Vorlage können freilich komplex sein und können für die Rettungsschirmproblematik auch in diesem Beitrag nicht abschließend geklärt werden. Darum geht es mir an dieser Stelle auch nicht. Es stellt stets ein ernst zu nehmendes Problem dar, wenn ein deutsches Gericht über die Geltung und Wirkung von Unionsrecht entscheidet. Die Idee der Rechtsgemeinschaft lebt nicht zuletzt davon, dass das europäische Recht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen gilt und angewendet wird.<sup>38</sup> Unter „Kooperationsverhältnis“ verstand das Bundesverfassungsgericht in der

Maastricht-Entscheidung die prinzipielle Grundrechtsprüfung europäischer Hoheitsakte durch den EuGH bei gleichzeitiger eigener Reservekompetenz für den Notfall, gleichsam für unvorhersehbare Entwicklungen. Die Konstruktion der Vorabentscheidungszuständigkeit des EuGH wurde vom Bundesverfassungsgericht in der aus anderen Gründen viel gescholtenen Honeywell-Entscheidung von 2010 als prozedurales Vehikel bei seiner *Ultra-vires*-Kontrolle eingeführt, freilich wegen der vorangegangenen Entscheidung des EuGH nicht aktiviert. In seinen maßstäblichen Ausführungen<sup>39</sup> bringt das Gericht das Problem unter dem neuen Leitbegriff der „Koordination“ auf den Punkt:

„Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts, substantiierte Rügen eines *Ultra-vires*-Handelns der europäischen Organe und Einrichtungen nachzugehen, ist mit der vertraglich dem Gerichtshof übertragenen Aufgabe zu koordinieren, die Verträge auszulegen und anzuwenden und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren [...]. Wenn jeder Mitgliedstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet. Würden aber andererseits die Mitgliedstaaten vollständig auf die *Ultra-vires*-Kontrolle verzichten, so wäre die Disposition über die vertragliche Grundlage allein auf die Unionsorgane verlagert, und zwar auch dann, wenn deren Rechtsverständnis im praktischen Ergebnis auf eine Vertragsänderung oder Kompetenzerweiterung hinausläufe. [...] Die nach dieser Konstruktion im Grundsatz unvermeidlichen Spannungslagen sind im Einklang mit der europäischen Integrationsidee kooperativ auszugleichen und durch wechselseitige Rücksichtnahme zu entschärfen.“

Was hier zur *Ultra-vires*-Situation ausgesagt wird, gälte im Falle des Falles auch für die „Solange-Konstruktion“ im Grundrechtsbereich. Für die Identitätskontrolle nach „Lissabon“ würde freilich wohl anderes gelten, kommt es dort auf die Auslegung von Unionsrecht doch kaum an. Das Vorabentscheidungsverfahren ist ohne Kooperation zwischen EuGH und den nationalen Gerichten wertlos.<sup>40</sup> Das Letztentscheidungsrecht würde dadurch nicht tangiert; dieser letzte Souveränitätskonflikt kann und sollte nicht aufgehoben werden, da die Funktionalitäten der Rechtsregime und die Zuständigkeiten sowie vor allem die Methoden und Traditionen der beiden beteiligten Gerichte „quer“ zueinander verlaufen. Das Bundesverfassungsgericht mag zwar – sei es rechtlich, sei

es faktisch – an die Antwort im Vorabentscheidungsersuchen hinsichtlich der unionalen Rechtsfrage gebunden sein, die mitgliedstaatlich-verfassungsrechtliche Bewertung bleibt davon freilich grundsätzlich unberührt. Dies wäre dann die Einfügung in den mitgliedstaatlichen verfassungsrechtlichen „Kontext“.

Der von einigen Fachkollegen vornehmlich des Europarechts im Anschluss an das Lissabon-Urteil unterzeichnete Aufruf zur Einfügung eines § 13a BVerfGG mit einer (einfachgesetzlichen!) Vorlagepflicht im Verfassungsprozessrecht<sup>41</sup> kann als symbolischer Akt vernachlässigt werden, sucht er doch nur zu dokumentieren, was ohnehin in der das Grundgesetz konkretisierenden Rechtsprechung gilt. Handelt es sich bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Rettungsschirme nicht um eine solche Vorlagesituation?

### **DIE KARLSRUHER RETTUNGSSCHIRMMENTSCHIEDUNG UND DIE MÖGLICHE UNIONSRECHTSWIDRIGKEIT DER MASSNAHMEN – EIN DIALOG UNTER ABWESENDEN**

Die große Leerstelle des Rettungsschirmurteils ist die – kaum zufällige – praktisch vollständige Ausblendung der unionsrechtlichen Problematik.<sup>42</sup> Ein ganz unbefangener Blick auf die Sache lässt stutzen: In der Bewältigung der angeblich größten Krise des europäischen Integrationsprozesses spielt das Europarecht keine Rolle? Die so viel beschworene „Rechtsgemeinschaft“ wird *praeter*, womöglich *contra legem* gerettet?

Zunächst gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die – wenigen – im technischen Sinne sekundärrechtlichen Maßnahmen unionsrechtswidrig sind.<sup>43</sup> Das „dritte Standbein“ des Euro-Rettungsschirms umfasst einen kreditfinanzierten (!) Stabilisierungsfonds der EU in Milliardenhöhe, geschaffen durch eine auf Art. 122 Abs. 2 AEUV gestützte EU-Verordnung.<sup>44</sup> Dadurch wurde nicht nur die etwas leidige Diskussion entfacht, ob die Staatsschuldenkrise von Griechenland, Italien, Portugal, Spanien und Irland vergleichbar mit den in Art. 122 Abs. 2 AEUV ausdrücklich erwähnten Naturkatastrophen „außer Kontrolle“ der Mitgliedstaaten liegt,<sup>45</sup> was ich für zweifelhaft halte. Ein veritabler Skandal ist, dass sich die EU damit kreditfinanzieren würde und dafür auf ihrer Homepage auch noch als besonders solventer Schuldner wirbt.<sup>46</sup> Schon das allein hätte eine Überprüfung durch den EuGH nahegelegt.

Juristisch anspruchsvoller ist das durch die Luxemburger Zweckgesellschaft errichtete Parallelregime. Ich möchte hier wiederum zwei Ebenen unterscheiden: Erstens die „große“ Ebene; ob es unionsrechtlich überhaupt möglich ist, „neben“ dem Vertragsregime intergouvernemental die wichtigsten Entscheidungen zur Währungsunion seit ihrer Errichtung zu treffen. Zweitens möchte ich die dogmatische Ebene ansprechen; ob das Bundesverfassungsgericht hier nicht zumindest dem EuGH hätte vorlegen können, um den Verfassungsgerichtsverbund, um das Kooperationsverhältnis auch in diesem Bereich der Kompetenzzuweisung zu aktivieren und den EuGH, der im unionalen Rechtsschutzkonzept offensichtlich nicht angerufen wird, notfalls auch gegen seinen Willen einzubinden.

Der erste Punkt, ob hier ein Parallelregime installiert werden konnte, unterfällt wiederum in zwei Unterfragen: Der Kompetenzfrage hinsichtlich des Verhältnisses der unionalen Kompetenzen zu den mitgliedstaatlichen und der inhaltlichen Frage, ob – falls die Mitgliedstaaten hier eine Kompetenz behalten haben sollten – in der Sache ein Rechtsregime errichtet werden durfte, das den Vorgaben des durchaus durchnormierten Gesamtbereichs widerspricht.

Hauptargument für die prinzipielle Möglichkeit des koordinierten Handelns der Mitgliedstaaten ist die Behauptung, die getroffenen Maßnahmen fielen in die gerade nicht in ausschließlicher Unionskompetenz befindliche Wirtschaftspolitik und nicht in die einem Ausschließlichkeitsregime unterfallende Währungspolitik der Union – ein Ziel des Lissabon-Vertrags war es ja, diese Unterscheidung zu schärfen. An den Normen des Vertrags entlang wird mit der Scheidemauer zwischen Art. 126 und 127 AEUV argumentiert.<sup>47</sup> Ob sich das so eindeutig durchhalten lässt, erscheint jedoch fraglich. Gerade die in Rede stehenden Maßnahmen hängen mit der geschaffenen gemeinsamen Währung eng zusammen und sind nicht die „allgemeine Wirtschaftspolitik“, bei der es selbstverständlich Freiräume der Mitgliedstaaten gibt und geben muss. Ferner bleibt die Frage, ob der Freiraum der Mitgliedstaaten nicht diese isoliert anspricht. Hier haben wir es jedoch mit einer gezielten Koordination der Euro-Staaten zu tun, die mit einer privatrechtlichen Zweckgesellschaft in Luxemburg unter Londoner Rechtsregime mit Streitentscheidungsinstanz EuGH und teilweiser Einbeziehung der Kommission kaum deutlicher zeigen könnte, dass sie sich ein Instrumentarium auf einem Kerngebiet des EU-Rechts schaffen, welches die Verträge gerade nicht her-

geben. Bei der Schaffung des Binnenmarkts gab es eine intensive Diskussion im Schrifttum, ob eine solche Koordination der Mitgliedstaaten neben und gegen die Verträge zulässig sei – gerade überzeugte Europäer haben das mit guten Argumenten damals verneint.<sup>48</sup> Man stelle sich nur einmal vor, sämtliche Mitgliedstaaten koordinierten sich intergouvernemental in einem Kernbereich des EU-Handelns mit inhaltlichen Festlegungen, die zentrale Vorgaben der Verträge missachteten. Ob hier die ohnehin schwammige Differenzierung zwischen ausschließlichen und nichtausschließlichen Kompetenzen der Union weiterhilft, erscheint zweifelhaft. Auch für vertragliche Vereinbarungen zur Sicherung der Stabilität in der Währungsunion gab es über diese Fragen eine intensive Diskussion, die keine eindeutige Mehrheitsmeinung hervorgebracht hat.<sup>49</sup>

Es spricht Bände, dass es inzwischen Bemühungen gibt, durch die Einfügung eines neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV vom 1. Januar 2013 (womöglich auch schon von 2012) das bisherige und zukünftige Vorgehen abzusichern und den „Euro-Rettungsschirm“ zu verstetigen.<sup>50</sup> Wäre das bisherige Vorgehen unionsrechtlich so unproblematisch, wie vorgebracht, sollte diese hinsichtlich des Charakters des Vertragsänderungsverfahrens sehr umstrittene (vereinfachtes Verfahren oder Standardänderung?) Neuerung eigentlich überflüssig sein. Kann sich das schlechte Gewissen der Akteure, kann sich die unionale Legalitätsungewissheit bezogen auf die (bisherige) intergouvernementale Koordination deutlicher artikulieren?

Nur hingewiesen sei auf die verfassungsrechtliche Folgefrage, die unter anderem Gegenstand der mündlichen Verhandlung in Karlsruhe am 30. November 2011 aufgrund des von den Grünen angestregten Organstreitverfahrens wegen unzureichender Unterrichtung des Parlaments durch die Bundesregierung in Sachen „ESM/Euro-Plus-Pakt“ war: Muss die nationale Unterrichtungspflicht nach Art. 23 Abs. 2 GG nicht auch auf diese zwischenstaatliche Koordination jenseits der Verträge (aber in deren Anwendungsbereich und -feld) erstreckt werden, um nicht funktionslos zu werden?<sup>51</sup> Sehr schnell – so scheint es – holt die beschriebene Leerstelle des Urteils vom 7. September den Zweiten Senat wieder ein!

Diese – ich formuliere es zurückhaltend – deutlichen Möglichkeiten der Verletzung von Europarecht, die etwa von der IWF-Chefin Christine Lagarde und anderen in Interviews freimütig eingeräumt wurden, führen freilich nicht automatisch zur – auf Deutschland bezogen – nationalen Verfassungswidrigkeit und reichten allein auch kaum aus, um das Bun-

desverfassungsgericht zu bewegen, den Vorlageweg zu beschreiten. Hier wird eine der Zentralausagen des Maastricht-Urteils von 1993 relevant: Das damalige deutsche Zustimmungsgesetz zur Wirtschafts- und Währungsunion bezieht das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich und wiederholt auf die Währungsunion als „Stabilitätsgemeinschaft“<sup>52</sup> in der Form, wie sie „Maastricht“ zugrunde lag. Das bedeutet: Es wurde seinerzeit ein Gesamtkonzept gebilligt. Werden diese Vorgaben nun – direkt durch Vertragsänderung oder indirekt durch missbräuchliche Umgehung – entscheidend aufgeweicht, stellt sich meines Erachtens in beiden Fällen neben der vom Zweiten Senat vertretbar verneinten Verfassungsidentitätsproblematik<sup>53</sup> die *Ultra-vires*-Frage mit Deutlichkeit. Dies gilt umso mehr, als dass es bisher keine Auslegungshinweise des EuGH zur Interpretation der einschlägigen Art. 122 und 125 AEUV gibt. Der Vorlage- druck wurde noch erhöht durch die Gewissheit, dass auf anderem Weg der EuGH keine Chance erhalten würde, sich zu diesen existentiellen Fragen zu äußern. Dadurch wäre eine einheitliche europäische Betrachtung möglich, so dass stets problematische deutsche Sonderinterpretationen von Unionsrecht vermieden würden.<sup>54</sup>

Was auf europäischer Ebene zurzeit geschieht, ist Ausnahmerecht. In den Worten Ernst-Wolfgang Böckenfördes: „Was man für die getroffenen Maßnahmen anführen kann – ihre fragwürdige Zwecktauglichkeit einmal unterstellt – ist die Maxime ‚Not kennt kein Gebot‘.“<sup>55</sup> Juristisch formuliert: Der Rekurs auf den Ausnahmezustand, der das Recht der Normallage suspendiert. „Solche Ausnahmebefugnisse sind aber im AEUV nicht geregelt; sie lassen sich auch nicht einfach als ‚ungeschrieben‘ geregelt substituieren, sollen die europäischen Verträge nicht zu soft law in der Hand politischer Akteure werden. Es wäre Sache des Europäischen Gerichtshofs, darüber zu entscheiden.“<sup>56</sup> Anders gewendet: Man sollte den EuGH nicht vorschnell aus seiner sonst so hochgehaltenen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Integration entlassen. Die naheliegende Vermutung, dass der EuGH – hätte er judizieren können – die getroffenen Maßnahmen gebilligt hätte, stellt kein Gegenargument dar, denn dadurch würde der Luxemburger Gerichtshof im Sinne des prozedural agierenden Verfassungsgerichtsverbundes in die Mitverantwortung genommen. Die fehlenden Klagemöglichkeiten auf europäischer Ebene stellen mithin nicht das unwichtigste Argument für eine Aktivierung der Vorlagemöglichkeit des Bundesverfassungsgerichts dar.<sup>57</sup> Der bisherige fiktive Dialog unter Abwesenden könnte so in einen wirklichen Dialog in arbeitsteiliger Funktion überführt werden.<sup>58</sup>



## AUSBLICK

Nach einer Beobachtung von Peter Graf Kielmansegg hat das Bundesverfassungsgericht in der politischen Kontrolle der europäischen Integration deshalb eine so zentrale Position erhalten, weil die Integration als „Elitenprojekt“ konsequent die politische Frage nach Sinnhaftigkeit, Modus und Grenzen aus der politischen Diskussion – etwa in Wahlkämpfen – ferngehalten hat und sich die Kritiker angesichts eines weitgehenden parteiübergreifenden Konsenses anders kaum Aufmerksamkeit verschaffen konnten.<sup>59</sup> Das Gericht hat sich diese Rolle nicht selbst gesucht, sie wurde ihm angesichts der Architektur der Verfassungsgerichtsbarkeit im System des Grundgesetzes aufgenötigt. Das hier beschriebene Kooperations- oder Koordinationsverhältnis im „Verbund“ sucht die daraus resultierenden Friktionen mit der europäischen Ebene vorrangig prozedural zu lösen oder zumindest zu mildern. Vor diesem Hintergrund überzeugt, dass sich die Rettungsschirmscheidung auf ökonomische oder politische Einschätzungen erst gar nicht einlässt. Daran könnte ein Gericht nur scheitern. Wie riskant die Gewährleistungsübernahmen tatsächlich sind, können auch die Ökonomen nicht beantworten, wie sollten es Juristen?<sup>60</sup> Der Zweite Senat will nur „evidente Verletzungen“ rügen und hält mit guten Gründen den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers hoch.

Insofern ist die Einbindung des Bundestages, das heißt, die prozedurale und legitimationstheoretische Lösung des Falles „nach innen“ konsequent und richtig, denn dem Gericht stehen prinzipiell keine besseren Erkenntnismöglichkeiten als dem Parlament zur Verfügung und es kann auch nicht vom Bürger zur Verantwortung gezogen werden. Viel Verständnis habe ich auch für eine etwaige Folgenabschätzung des Gerichts, dass es politisch ein erstrangiges Problem wäre, wenn die Geschichtsschreibung letztlich – unberechtigterweise – das deutsche Bundesverfassungsgericht als Totengräber einer ambitionierten Währungsunion, womöglich des europäischen Integrationsprozesses insgesamt, apostrophieren würde. Ich teile auch den Zwiespalt, der – das darf ich auf einer rechtspolitischen Konferenz der Adenauer-Stiftung sagen – die Union zu zerreißen droht, die seit Adenauers Zeiten die Europapartei ist, andererseits aber auch das Recht und im Idealfall eine solide Finanzpolitik zu ihrem Markenkern zählt.

Die in Ergebnis und Argumentation vertretbare Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. September 2011 hätte das Kooperationsverhältnis zum EuGH, dessen notwendige Funktion im Abgleich von unverrückbaren mitgliedstaatlichen Maßstäben und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts ich darzulegen versucht habe, freilich glaubhafter vertreten können. Auch hätte das Gericht den EuGH, der nicht nur in Deutschland und speziell am Karlsruher Gericht mitunter kritisch gesehen wird und der selbst stets neu nach seiner Rolle zwischen „Motor der Integration“ und wirksamer Schutzinstanz, auch Bürgern und Mitgliedstaaten gegenüber, sucht, nicht so einfach aus der Pflicht entlassen dürfen. Das Ansehen von Gerichten konstituiert sich in unbequemen Entscheidungen in kritischem Kontext, nicht in Feiertagsrechtssprechung. Wenn ich nach „Karlsruhe“ schaue, habe ich da auch für die Zukunft keine Bedenken.

- 1| *Die Vortragsform wurde beibehalten.*
- 2| *Vgl. aus der Fülle des Schrifttums nur etwa Ulrich Häde, Haushaltsdisziplin und Solidarität im Zeichen der Finanzkrise, EuZW 2009, S. 399; ders., Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität?, EuR 2010, S. 854; Christoph Hermann, Griechische Tragödie – Der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone, EuZW 2010, S. 413; Hanno Kube/Ekkehart Reimer, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, S. 1911; Joachim Wieland, Unter dem Rettungsschirm – Der Euro, die PIIGS und das Recht, in: FS für Rainer Wahl, 2011, S. 853; Daniel Thym, Euro-Rettungsschirm: Zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle, EuZW 2011, S. 167; Ulrich Hufeld, Zwischen Notrettung und RütliSchwur: Der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion in der Krise, integration 2011, S. 117; Daniel Gros und Cinzia Alcidi, Was bringt der „Euro-plus-Pakt“?, ebd., S. 164; Otmar Issing, Die Währungsunion im Spannungsfeld von Politik und Ökonomie, EWS 2011, S. 257; Klaus Regling, Aufgaben und Herausforderungen der EFSF, ebd., S. 261; Wolfgang Schäuble, Staatsfinanzen in der Eurozone: Ansätze zur Bewältigung der aktuellen Herausforderungen, ZSE 2011, S. 301 ff.; Fritz W. Scharpf, Die Eurokrise: Ursachen und Folgerungen, ebd., S. 324; Joachim Jens Hesse, Die europäische Verschuldungskrise: Eine dreifach unerledigte Agenda, ebd., S. 338; Christian Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 72, v. 16.11.2011; Lars P. Feld, Europa in der Welt von heute, FAZ v. 17.2.2012, S. 10; Christian Calliess, Der Kampf um den Euro: Eine „Angelegenheit der Europäischen Union“ zwischen Regierung, Parlament und Volk, NVwZ 2012, S. 1; Joachim Wieland, Die Zukunft Europas – Krise als Chance, JZ 2012, S. 213; Sebastian Müller-Franken, Eurobonds und Grundgesetz, JZ 2012, S. 219.*



- 3| Zur Hyperinflation vgl. etwa Harold James, *Die Reichsbank 1876 bis 1945*, in: *Deutsche Bundesbank (Hrsg.), Fünfzig Jahre Deutsche Mark, 1998*, S. 29 (46 ff.); Hans-Ulrich Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 4, 2003/2008*, S. 241 ff., 284 ff.
- 4| 2 BvR 987/10, 1485/10, 1099/10, JZ 2011, S. 1004 = NJW 2011, S. 2946 = NVwZ 2011, S. 1515 (Ls.); Anmerkungen u. a. von Daniel Thym, JZ 2011, S. 1011; Martin Pagenkopf, *Schirmt das BVerfG vor Rettungsschirmen?*, NJW 2011, S. 1473; Michael Elicker/Veris-Pascal Heintz, *Zum verfassungsrechtlichen Schutz des Geldwertes – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung zur Griechenland-Hilfe*, DVBl. 2012, S. 141; zur mündlichen Verhandlung bereits Nicolas Sonder, *Die Griechenlandhilfe vor dem Bundesverfassungsgericht*, DVBl. 2011, S. 1274.
- 5| V. a. 2 BvE 8/11, Urteil v. 28.2.2012.
- 6| Vgl. etwa Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 5. Aufl. 2011, § 4 Rn. 21; § 13 Rn. 1.
- 7| Andreas Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, *TranState Working Papers* 106, 2009, S. 7 f. und passim (unter Einbeziehung des EGMR); vgl. zuvor in der Sache bereits ähnlich m.w.N. Stefan Oeter, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, VVDStRL 66 (2007), S. 361 (383, 386 ff.); aus Sicht des EuGH Vassilios Skouris, *Es gibt nicht nur Karlsruhe*, FAZ v. 22.9.2011, S. 8; statistisches Material bei Matthias Jestaedt, *Der „Europäische Verfassungsgerichtsverbund“ in (Verfahrenskenn-) Zahlen*, JZ 2011, S. 872.
- 8| Peter Graf Kielmansegg, *Letzte Rettung*, FAZ v. 24.2.2011, S. 8.
- 9| Bezogen auf das Urteil des BVerfG spricht Daniel Thym, *Urteilsanmerkung (Fn. 4)*, S. 1014, hinsichtlich des Schweigens zum Europarecht von einer „bemerkenswerten Leerstelle“.
- 10| Dazu statt vieler Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, *Fiskalpolitische Institutionen in der Eurozone, Gutachten vom März 2012*, abrufbar über die Homepage des Bundesfinanzministeriums.
- 11| Dazu jetzt differenziert BVerfG, *Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11*.
- 12| Vgl. auch Thym, *Urteilsanmerkung (Fn. 4)*, S. 1012.
- 13| Zu den verschiedenen Auslegungsangeboten im Überblick etwa Martin Heckel, *Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 2. Aufl. 1995*, § 197 Rn. 86 ff., mit freilich selbst nicht ganz überzeugendem Interpretationsvorschlag; zur Problematik in etwas anderem Kontext auch Christian Waldhoff, *Die Entstehung des Verfassungsgesetzes*, in: Otto Deppenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie, 2010*, § 8.
- 14| In diese Richtung freilich etwa Peter M. Huber, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz: Kommentar*, 5. Aufl. 2009, Art. 146 Rn. 15 ff. m.w.N.; Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz: Kommentar*, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 146 Rn. 37 ff., jeweils m.w.N.; striktere Trennung zwischen verfasster und verfassungsgebender Gewalt bei Waldhoff, *Entstehung (Fn. 13)*.
- 15| Christoph Möllers, *An der Grenze*, FAZ v.20.11.2011, S. 6.
- 16| BVerfGE 37, 271 – *Solange I*; 73, 339 – *Solange II*.
- 17| BVerfGE 73, 339.
- 18| BVerfGE 89, 155 (174 f.).
- 19| BVerfGE 102, 147.
- 20| Vgl. auch Oeter, *Rechtsprechungskonkurrenz (Fn. 7)*, S. 382 f.
- 21| Näher Rainer Wahl, *Die Schwebelage im Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten*, *Der Staat* 48 (2009), S. 587 (v. a. 603 ff.).

- 22| *Wiederum Wahl, Schwebelage (Fn. 21)*.
- 23| Voßkuhle, *Verfassungsgerichtsverbund (Fn. 7)*, S. 16 ff.
- 24| BVerfGE 89, 155 (188 f.).
- 25| BVerfGE 89, 155 (182 f.).
- 26| BVerfGE 123, 267 (347 f., 358 f.).
- 27| Vgl. nur Dieter Grimm, *Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union*, *Der Staat* 48 (2009), S. 475; Matthias Jestaedt, *Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?*, ebd., S. 497; Christoph Schönberger, *Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot*, ebd., S. 535; Daniel Thym, *Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit*, ebd., S. 559 sowie Wahl, *Schwebelage (Fn. 21)*.
- 28| BVerfGE 126, 286 (v. a. 302 f.); ähnliche Deutung wie hier Jörg Philipp Terhechte, *Von Lissabon zu Mangold – Die Konsolidierung des europäischen „Verfassungsgerichtsverbundes“ durch das BVerfG*, *EuZW* 2011, S. 81.
- 29| Dieter Grimm, *Die große Karlsruher Verschiebung*, *FAZ* v. 9.9.2010.
- 30| Vgl. Grimm (Fn. 29), mit dem Hinweis, diese Rücksichtnahmepflicht müsse dann konsequenterweise auch den EuGH treffen.
- 31| BVerfGE 89, 155 (156 f., Leitsatz 7).
- 32| BVerfGE 126, 286 (302 f.).
- 33| BVerfG, JZ 2011, 1004 (1009 Tz. 127).
- 34| BVerfGE 123, 267 (354 f.); auch Leitsatz 4 a.E.
- 35| Voßkuhle, *Verfassungsgerichtsverbund (Fn. 7)*, S. 12 ff.
- 36| Grimm (Fn. 29).
- 37| Erstmals explizit in der *Solange-I-Entscheidung* BVerfGE 37, 271 (282); näher Konrad Feige, *Bundesverfassungsgericht und Vorabentscheidungskompetenz des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *AöR* 100 (1975), S. 530; Jürgen Schwarze, in: ders. (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 234 EGV Rn. 43.
- 38| Unter dem Topos der *Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes* BVerfGE 126, 286 (303 f.).
- 39| Zu dieser Kategorie näher Oliver Lepsius, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 161 (168 ff.).
- 40| Matthias Herdegen, *Europarecht*, 13. Aufl. 2011, § 9 Rn. 26.
- 41| Das *Lissabon-Urteil* des Bundesverfassungsgerichts – *Ausweg aus dem drohenden Justizkonflikt*, mit folgendem Vorschlag: „§ 13a BVerfGG (neu): Ist in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht die Auslegung der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union oder die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union entscheidungserheblich, ist das Bundesverfassungsgericht zur Vorlage dieser Frage an den Gerichtshof der Europäischen Union verpflichtet.“
- 42| Thym, *Urteilsanmerkung (Fn. 4)*, S. 1014.
- 43| Calliess, *Finanzkrisen (Fn. 2)*, S. 36 ff.; für das sog. *Sixpack* entsprechend Ulrich Häde, *Kommissionseurwürfe für offensichtliche Ultra-vires-Akte*, *EuZW* 2010, S. 921.
- 44| Zum generellen Verschuldungsverbot der Union: Scheibe, *Die Anleihekompetenz der Gemeinschaftsorgane nach dem EWG-Vertrag; im Überblick* Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 311 Rn. 17 ff.

- 45| Die Anwendbarkeit von Art. 122 Abs. 2 AEUV klar verneinend auch Martin Seidel, *Europarechtsverstöße und Verfassungsbruch im Doppelpack*, *EuZW* 2011, S. 241; Peter-Christian Müller-Graff, *Vertragskonforme Rettung der Währungsunion?*, *EWS*, S. 2011, Editorial; vgl. auch Häde, *Europäische Solidarität* (Fn. 2), S. 857 f.; sehr großzügig demgegenüber Wieland, *Rettungsschirm* (Fn. 1), S. 855 f.
- 46| Ähnlich Seidel, *Europarechtsverstöße* (Fn. 45), S. 241.
- 47| Vgl. etwa Häde, *europäische Solidarität* (Fn. 2), S. 855 ff.; Ulrich Everling, *Wirtschaftspolitik und Finanzhilfe in der Währungsunion der Europäischen Union*, in: *FS Scheuing*, S. 201.
- 48| Ivo E. Schwartz, *EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend / subsidiär?*, in: *FS Everling*, 1995, S. 1331; ders., *Zuständigkeit der EG-Mitgliedstaaten zu völkerrechtlicher Verwirklichung von der Gemeinschaft gesetzten Zielen*, in: *FS Drobnig*, 1998, S. 163; a.A. Michael Kort, *Zur europarechtlichen Zulässigkeit von Abkommen der Mitgliedstaaten untereinander*, *JZ* 1997, S. 640; zum Problem auch Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht* (Fn. 6), § 38 Rn. 12; Herdegen, *Europarecht* (Fn. 40), § 5 Rn. 6. EuGH, *Rs. C-459/03, Slg.* 2006, I-4636 – „Kommission / Irland“, nimmt zu außerhalb bzw. parallel zu den Verträgen vereinbarten Sanktionen Stellung und untersagt diese weitgehend.
- 49| Vgl. die Nachweise bei Ulrich Palm, *Preisstabilität in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 2000, S. 217 ff. (Nachweise der unterschiedlichen Äußerungen v. a. in Fn. 1219); Palm selbst hält solche intergouvernementalen Vereinbarungen zur Schärfung der Haushaltsdisziplin grundsätzlich für möglich; auf die aktuelle Situation bezogen für die Zulässigkeit derartiger Parallelaktionen Häde, *europäische Solidarität* (Fn. 2), S. 859 ff.; Thym, *Euro-Rettungsschirm* (Fn. 2), S. 167 f.; kritisch demgegenüber Kube/Reimer, *Stabilisierungsmechanismus* (Fn. 2), S. 1913 unter dem Leitgedanken des (unionalen) Missbrauchvorbehalts.
- 50| Hannes Rathke, *Von der Stabilitäts- zur Stabilisierungsunion: Der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV*, *DÖV* 2011, S. 753.
- 51| Beachtliche Argumente in diese Richtung bei Calliess, *Kampf um den Euro* (Fn. 2), S. 5.
- 52| *BVerfGE* 89, 155 (205 f.).
- 53| *BVerfG*, *JZ* 2011, S. 1004 (1009, Tz. 127 ff.)
- 54| Vgl. auch Thym, *Euro-Rettungsschirm* (Fn. 2), S. 170; Pagenkopf, *Rettungsschirm* (Fn. 2), S. 1479.
- 55| Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Kennt die europäische Not kein Gebot?*, in: ders./Goswinkel, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, S. 299 (300 f.).
- 56| *Kennt die europäische Not kein Gebot?* *NZZ* v. 21.6.2010, S. 33 (ders., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, S. 299).
- 57| *Skepsis ist freilich Lösungsversuchen gegenüber angebracht, stattdessen – über die fragliche Konstruktion eines rechtlichen Schutzes des Geldwerts – den Individualrechtsschutz auf europäischer Ebene zu stärken*, so Markus C. Kerber/Stefan Städter, *Die EZB in der Krise: Unabhängigkeit und Rechtsbindung als Spannungsverhältnis*, *EuZW* 2011, S. 536.
- 58| Deutlich v. a. Thym, *Urteilsanmerkung* (Fn. 4), 1014: „Vergebens sucht man im Urteilstext die Worte ‚Vorlage‘, ‚EuGH‘ oder ‚Gerichtshof‘; nicht einmal im Tatbestand werden sie genannt. [...] Dieses Vorgehen kann schwerlich überzeugen. Rechtsfragen dieser Tragweite sollte das BVerfG nicht einfach ausblenden. [...] In der vorliegenden Konstellation hätte das Gericht jedoch kaum von der Vorlage absehen können, deren Möglichkeit beide Senate anerkennen. Die maßgeblichen Rechtsfragen wurden vom EuGH bislang nicht beantwortet. [...]

*Einen Akt der symbolischen Unterordnung stellt eine Vorlage ohnehin nicht dar. Der EuGH weiß ganz genau, dass das BVerfG sich die Letztentscheidung vorbehält. Der Zweite Senat hätte sein ambitioniertes, neues ‚Souveränitätsverständnis‘, das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge [...] nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet, ernst nehmen und vorlegen sollen. Dass dies unterbleibt, reduziert den Erkenntniswert des Urteils.“*

- 59| (Fn. 8).
- 60| *Daher ist die Kritik von Pagenkopf* (Fn. 4), S. 1475, *das weitgehende Ausblenden des Ökonomischen in der Griechenland-Rettungs-Entscheidung sei verfehlt gewesen, selbst problematisch.*

# DIE NEUE RECHTSPRECHUNG ZUR UNIONSBÜRGERSCHAFT

WIE WEIT GEHT DER EXPANSIONSKURS DES EUGH?<sup>1</sup>

*Christine Langenfeld*

## **EINLEITUNG**

Die Unionsbürgerschaft ist der „grundlegende Status der Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten“.<sup>2</sup> Diese Feststellung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahr 2001 steht am Anfang einer Rechtsprechung, die die Rechte aus der Unionsbürgerschaft kontinuierlich weiter ausgebaut hat.<sup>3</sup> Mit dem Urteil der Großen Kammer des EuGH in der Rechtsache Zambrano vom März 2011 erreichte diese Entwicklung einen vorläufigen Höhepunkt.<sup>4</sup> Die Kernaussage des Urteils besteht in der „Entdeckung des Kernbereichs“ der Unionsbürgerschaft, der auch gegenüber dem eigenen Staat geltend gemacht werden kann.<sup>5</sup> Die Unionsbürgerschaft als Quelle autonomer Rechte löst sich damit ein Stück weit von der nationalen Staatsangehörigkeit. Dies bedeutet nicht mehr und nicht weniger als einen Paradigmenwechsel!

Um Sie ins Bild zu setzen, werde ich zunächst den Inhalt der Entscheidung Zambrano schildern. Im Anschluss werde ich die Entscheidung in die bisherige Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft einordnen und die Konsequenzen für das nationale Aufenthaltsrecht herausarbeiten. Der dritte Teil

meiner Ausführungen wird sich erstens mit den Folgen der Entscheidung für das Verhältnis des EuGH zum Unionsgesetzgeber und zweitens für die vertikale Machtbalance zwischen Mitgliedstaaten und der EU befassen. An dieser Stelle kommt das Bundesverfassungsgericht ins Spiel.

## DARSTELLUNG DES FALLS

Worum ging es im Fall Zambrano? Der kolumbianische Staatsangehörige Ruiz Zambrano hielt sich mit seiner ebenfalls kolumbianischen Ehefrau nach erfolglosem Asylverfahren ohne gesicherten Aufenthaltsstatus seit 1999 in Belgien auf. Mehrere Anträge auf Legalisierung des Aufenthalts des Ehepaares blieben erfolglos. Zwischendurch war Herr Zambrano illegal berufstätig. Während des Aufenthalts in Belgien bekam das Ehepaar zwei Kinder. Nachdem es die Eltern – offenbar bewusst – versäumt hatten, für ihre Kinder die kolumbianische Staatsangehörigkeit zu beantragen, erlangten diese zur Vermeidung von Staatenlosigkeit nach Maßgabe des belgischen Rechts die belgische Staatsangehörigkeit. Auf Vorlage des *Tribunal du Travail de Bruxelles* sprach der EuGH Herr Zambrano einen Anspruch auf Legalisierung seines bis dahin ungesicherten Aufenthalts sowie auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis zu. Der Gerichtshof leitete dieses Recht aus dem in Art. 20 AEUV verbürgten Unionsbürgerstatus der belgischen Kinder von Herrn Zambrano ab,<sup>6</sup> denn „eine Aufenthaltsverweigerung hätte zur Folge, dass die Kinder – Unionsbürger – gezwungen sind, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten. Unter diesen Umständen wäre es den genannten Unionsbürgern unmöglich, den *Kernbestand der Rechte* (Hervorhebung durch Verf.), die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, tatsächlich in Anspruch zu nehmen.“<sup>7</sup> Mit anderen Worten: Unrechtmäßig in der EU lebende Ausländer dürfen bleiben, wenn ihr Kind EU-Bürger ist und sie ihm Unterhalt gewähren. Dies gilt auch dann, wenn der betreffende EU-Bürger – so wie in unserem Fall – zu keinem Zeitpunkt sein Land verlassen hat, es also am grenzüberschreitenden Bezug vollständig fehlt. Das ist neu! Denn nach der bisherigen Rechtsprechung kamen das Unionsrecht und damit auch die Rechte aus der Unionsbürgerschaft nur zur Anwendung, wenn es um die Sicherung der Rechte von Unionsbürgern gegenüber anderen EU-Mitgliedstaaten ging, also etwa dann, wenn ein EU-Bürger seinen Heimatstaat verlässt, um sich in einem anderen EU-Staat niederzulassen.<sup>8</sup>

Dies entsprach dem Anliegen der Unionsbürgerschaft, das dahin geht, dass sich die Mitgliedstaaten wechselseitig für ihre Staatsangehörigen öffnen. Es geht um die Überwindung des Fremdenrechts, das den Status des Ausländers nach herkömmlichen völkerrechtlichen Kategorien kennzeichnet.<sup>9</sup> Im Verhältnis zu den eigenen Staatsbürgern bleibt hingegen die nationale Staatsangehörigkeit das maßgebliche Angehörigkeitsverhältnis.<sup>10</sup> Jeder Mitgliedstaat darf seine eigenen Staatsangehörigen damit weiterhin seiner Rechtsordnung unterwerfen, es sei denn, unionsrechtliche Ausnahmen greifen deswegen ein, weil die eigenen Staatsangehörigen von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht haben.<sup>11</sup>

## EINORDNUNG IN DIE BISHERIGE RECHTSPRECHUNG ZUR UNIONSBÜRGERSCHAFT UND DAS „NEUE“ DES URTEILS ZAMBRANO

Diese Linie gibt der EuGH nun auf. Hierin liegt in der Tat ein Paradigmenwechsel, zu dem sich der Gerichtshof in der knappen Urteilsbegründung auch offen bekennt, wenn er darauf hinweist, dass sowohl die EU-Kommission als auch die nationalen Regierungen, die im Verfahren Erklärungen eingereicht haben – immerhin neun an der Zahl –, sich gegen die Anwendung des Unionsrechts ausgesprochen hätten mit der Begründung, dass es sich um einen reinen Inlandssachverhalt handelte.<sup>12</sup>

Lassen Sie mich nun einen Blick auf die Folgen des Urteils für das nationale Ausländerrecht werfen. Soweit der EuGH die aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen der Unionsbürgerschaft auch in reinen Inlandsfällen auf drittstaatsangehörige Familienangehörige erstreckt, wird das nationale Ausländerrecht verdrängt und damit die Möglichkeit des Gesetzgebers, den Zuzug und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen nach eigenen Vorstellungen zu regulieren.<sup>13</sup> Maßgeblich sind dann vielmehr unionsrechtliche Vorgaben, die der Gerichtshof unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft gewinnt.

In der Praxis werden insbesondere solche Staaten von den Auswirkungen der Zambrano-Rechtsprechung betroffen sein, in denen aufgrund der Ausgestaltung des Staatsangehörigkeitsrechts die Situation eintreten kann, dass Eltern und Kinder nicht dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen. In Deutschland ist dies zunehmend der Fall. Nach dem jüngsten Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge kommen wegen der seit 2000 geltenden *ius soli*-Regelung (§§ 4 Abs. 3; 40 b) in

Verbindung mit § 29 StAG) in Deutschland mehr als 30.000 Kinder von Ausländern pro Jahr auf die Welt, die von Geburt an Deutsche sind.<sup>14</sup> Hinzu kommt eine hohe Zahl von Kindern aus binationalen Verbindungen (2009: ca. 83.000 von insgesamt 682.514 Geburten).<sup>15</sup> Regelmäßig ist es in diesen Fällen freilich so, dass die ausländischen Eltern bereits nach dem deutschen Aufenthaltsrecht über einen gesicherten Aufenthaltsstatus verfügen.<sup>16</sup> Halten sich die Eltern beziehungsweise hält sich ein Elternteil allerdings nicht rechtmäßig in Deutschland auf, dann besteht – seit Zambrano – unmittelbar aus dem unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht des unterhaltsberechtigten Kindes nun ein Recht des drittstaatsangehörigen Elternteils auf Aufenthalt und Arbeitsmarktzugang. Soweit der Grundsatz. Im Einzelnen sind allerdings viele Fragen offen:<sup>17</sup> Für welchen Zeitraum sind die Eltern von EU-Bürgern aufenthalts- und arbeitsberechtigt? Ist nach Erreichen der Volljährigkeit des Kindes eine Beendigung des Aufenthalts der Eltern überhaupt noch möglich? Können die Mitgliedstaaten einem Elternteil einen Aufenthaltstitel verweigern beziehungsweise den Aufenthalt beenden, wenn Vater oder Mutter zum Beispiel nicht bereit sind, sich an Integrationsmaßnahmen zu beteiligen oder wenn sie eine schwere Straftat begangen haben?

Anknüpfend an die Entscheidung Zambrano werden in Teilen der Literatur rechtliche Folgerungen für das deutsche Aufenthaltsrecht gezogen, die weit über die besondere Konstellation des Falles hinausreichen. Forderungen nach einer Gleichstellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen erhalten neue Nahrung, ebenso wie Forderungen nach Beseitigung der sogenannten Inländerdiskriminierung,<sup>18</sup> die im Ausländerrecht zum Beispiel dadurch entsteht, dass nationale Vorschriften zum Familiennachzug auf freizügigkeitsberechtigte EU-Ausländer nicht angewandt werden dürfen, gegenüber den eigenen Staatsangehörigen aber in Kraft bleiben.<sup>19</sup> Hier ist meines Erachtens allerdings Zurückhaltung geboten.<sup>20</sup>

Kurz nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Zambrano hatte sich der Gerichtshof mit der Frage zu befassen, wie sich die Entscheidung auf den Ehegattennachzug auswirkt.<sup>21</sup> Es ging um den Fall einer irisch-britischen Staatsangehörigen, Frau McCarthy, die unter Berufung auf ihre irische Staatsangehörigkeit und ihren Status als Unionsbürgerin die Legalisierung des unrechtmäßigen Aufenthalts ihres jamaikanischen Ehemanns anstrebte. Frau McCarthy hatte ihre Heimat Großbritannien noch nie verlassen. Kurz vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache McCarthy hatte es bereits das Oberverwaltungsgericht Münster

unter Hinweis auf die Besonderheiten des Falls Zambrano abgelehnt, die dort ausgesprochenen Grundsätze auf den Fall eines türkischen Staatsangehörigen zu erstrecken, der aus der Unionsbürgerschaft seiner deutschen Ehefrau, die Deutschland noch nie verlassen hatte, ein Aufenthaltsrecht ableiten wollte, ohne die im Aufenthaltsgesetz vorgesehene Verpflichtung zum Besuch eines Integrationskurses zu erfüllen.<sup>22</sup> Doch zurück zum Fall McCarthy. Im Ergebnis verneinte der EuGH einen Eingriff in den Kernbereich der Unionsbürgerschaft. Es sei nicht ersichtlich, dass die Nichtermöglichung des Nachzugs eines drittstaatsangehörigen Ehegatten zu einem unionsangehörigen Ehegatten Letzteren in seinem Recht aus Art. 21 AEUV beeinträchtigt, sich innerhalb der EU-Staaten aufzuhalten und frei zu bewegen.<sup>23</sup> Frau McCarthy sei – anders als die minderjährigen Kinder der Familie Zambrano – nicht gezwungen, das Gebiet der Europäischen Union zu verlassen, wenn ihrem Ehemann der Aufenthalt verweigert werde. Der Anwendungsbereich des Unionsrechts war danach nicht eröffnet. Unberührt hiervon bleibt freilich die im Ergebnis wohl wenig aussichtsreiche Möglichkeit, sich gegenüber dem Heimatstaat auf den in Art. 8 EMRK gewährleisteten Schutz des Familienlebens zu berufen, um den Ehegattennachzug zu bewirken.

## SPANNUNGSLAGEN

Die kritische Analyse der Auswirkungen der Entscheidung kann bei der Betrachtung der Nahfolgen, insbesondere für das nationale Ausländerrecht, nicht stehen bleiben. Denn in dem Urteil werden grundsätzliche Spannungslagen sichtbar, die das Verhältnis des EuGH zum Unionsgesetzgeber wie auch das Kompetenzgefüge zwischen EU und Mitgliedstaaten betreffen.

## Verhältnis EuGH und Unionsgesetzgeber

Der EuGH leitet das Aufenthaltsrecht der Eltern Zambrano unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft ihrer Kinder in Art. 20 AEUV ab. Anknüpfend an diese Vorschrift errichtet der Vertrag ein differenziertes System von unionsbürgerschaftlichen Rechtspositionen, die vom Recht auf Freizügigkeit bis zum kommunalen Wahlrecht für Unionsbürger reichen. Das Recht auf Aufenthalt besteht gemäß Art. 21 AEUV „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen.“ Diese „Beschränkungen und Bedingungen“ finden ihren Ausdruck in der Richtlinie über die Freizügigkeit von Unions-

bürgern.<sup>24</sup> Die Richtlinie garantiert allen Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen – dies sind in der Regel die Ehegatten und minderjährige Kinder –, die ihr Herkunftsland verlassen und sich in einem anderen EU-Staat niederlassen, das Recht auf Aufenthalt im Zielstaat.<sup>25</sup> Dieses Recht gilt freilich nicht unbegrenzt, denn die Richtlinie bindet das Aufenthaltsrecht an bestimmte Voraussetzungen, wie an die Sicherung des Lebensunterhalts und Straffreiheit.<sup>26</sup> Die Auseinandersetzung des EuGH mit der Richtlinie beschränkte sich darauf, festzustellen, dass nach dem Willen des EU-Gesetzgebers ein Aufenthaltsrecht für die Eltern Zambrano nicht besteht.<sup>27</sup>

Bemühungen der EU-Kommission, einen Anspruch auf Familiennachzug für Unionsbürger, die von ihren Freizügigkeitsrechten keinen Gebrauch gemacht haben, in der Familienzusammenführungsrichtlinie<sup>28</sup> zu verankern, sind gescheitert. Mit welchen Erwägungen der Gerichtshof angesichts dieses Befundes aus dem Kernbereich der Unionsbürgerschaft ein scheinbar unbedingtes Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige Familienangehörige ableitet, erschließt sich nicht. Im Ergebnis verleiht der Gerichtshof aufgrund der Unionsbürgerschaft einen Anspruch auf Aufenthalt, den das Sekundärrecht nicht zu tragen vermag.<sup>29</sup> Der menschenrechtlichen Dimension des Falles hätte der EuGH im Übrigen überzeugend durch einen Hinweis auf Art. 8 EMRK gerecht werden können. Ob das dort geschützte Recht auf Familien- und Privatleben den Eltern Zambrano im Ergebnis einen Anspruch auf dauerhafte Regularisierung ihres bislang rechtswidrigen Aufenthalts gegeben hätte, ist freilich unsicher.<sup>30</sup>

### **Verhältnis EU-Mitgliedstaaten**

Entgegen dem Wortlaut des Art. 20 AEUV, der ausdrücklich die Akzessorietät von Staatsangehörigkeit und Unionsbürgerschaft anordnet, geht der EuGH im Fall Zambrano einen Schritt in Richtung der Verselbständigung der Unionsbürgerschaft hin zu einem autonomen Bürgerrecht.<sup>31</sup> Zwar erkennt er ausdrücklich die Befugnis der Mitgliedstaaten an, die Bedingungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit festzulegen.<sup>32</sup> An ihren Erwerb, mit dem zugleich die Unionsbürgerschaft erlangt wird, werden allerdings Rechtsfolgen geknüpft, die sich dem Einfluss des nationalen Gesetzgebers ebenso wie des Unionsgesetzgebers entziehen. Mit dem Verzicht auf das grenzüberschreitende Element wird die Unionsbürgerschaft zu einem Status, auf den sich der Einzelne auch gegenüber seinem Heimatstaat berufen kann. Ein derartiges Verständnis der Unions-

bürgerschaft kann die vertikale Machtbalance zwischen Mitgliedstaaten und EU in Frage stellen.<sup>33</sup> Hier wird es darauf ankommen, in welcher Weise der EuGH die Kernbereichsdoktrin weiterentwickelt, ob er einen expansiven Kurs verfolgt und damit bislang innerstaatliche Sachverhalte dem Zugriff des Unionsrechts unterwirft. Die Konsequenzen einer derartigen Fortentwicklung der Unionsbürgerschaft wären erheblich, nicht nur für das nationale Aufenthaltsrecht.<sup>34</sup> Eine beträchtliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der EU-Grundrechte wäre die Folge. Denn überall dort, wo sich der Einzelne auf seine Rechte als Unionsbürger gegenüber seinem Heimatstaat berufen kann, würden die nationalen Grundrechte durch die Unionsgrundrechte überlagert. An die Stelle der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht träte die Grundrechtskontrolle durch den EuGH. Eine solche Entwicklung würde wohl das Bundesverfassungsgericht auf den Plan rufen.

Im Honeywell-Beschluss hat das Gericht die Maßstäbe für eine *Ultra-vires*-Kontrolle von Unionsrechtsakten – und dazu gehören auch Urteile des EuGH – präzisiert.<sup>35</sup> Danach muss die Kompetenzkontrolle europarechtsfreundlich ausgeübt werden. Prozedural wird dies dadurch abgesichert, dass die Feststellung einer Kompetenzüberschreitung erst in Betracht kommt, wenn dem EuGH zuvor – im Weg der Vorabentscheidung, gegebenenfalls eingeleitet durch das Bundesverfassungsgericht selbst – Gelegenheit gegeben worden ist, seine Sicht der Dinge darzulegen. Materiell impliziert der Grundsatz der europarechtsfreundlichen Kontrolle einen zurückgenommenen Prüfungsmaßstab. Die Feststellung eines *Ultra-vires*-Aktes kommt danach nur bei hinreichend qualifizierten Kompetenzüberschreitungen in Betracht: Kompetenzverstöße müssen offensichtlich sein und außerdem in Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erheblich ins Gewicht fallen. Überdies billigt das Gericht dem EuGH Anspruch auf Fehlertoleranz zu, solange die Interpretation der vertraglichen Grundlagen nicht zu einer gewichtigen Verschiebung im Kompetenzgefüge zwischen Union und Mitgliedstaaten führt.

Wie ist nach diesen Maßstäben die Zambrano-Rechtsprechung zu beurteilen? Mit der Etablierung eines Kernbereichs der Unionsbürgerschaft und dem Verzicht auf das Element des grenzüberschreitenden Bezugs hinsichtlich der vom Kernbereich erfassten Rechte – hier Aufenthalt und Arbeitsmarktzugang – betreibt der EuGH Rechtsfortbildung ohne hinreichende vertragliche Absicherung. Die Kernbereichsdoktrin ermöglicht den Zugriff des Unionsrechts auf reine Inlandssachverhalte. Ein solcher



Zugriff war nach dem bisherigen Verständnis des einschlägigen Primär- und Sekundärrechts nicht möglich. Das Fehlen einer nachvollziehbaren dogmatischen Begründung für diese Wendung wiegt nicht nur wegen des Neuigkeitswerts der Kernbereichsdoktrin schwer, sondern auch wegen der Unsicherheit über die Folgen der Entscheidung und die damit verbundene Gefährdung der Rechtssicherheit.

Liegt das Urteil nach alledem noch im Bereich der vom Bundesverfassungsgericht eingeräumten Fehlertoleranz? Ich würde dies im Ergebnis bejahen. Auch wenn man sich des Eindrucks eines Grundsatzurteils nicht ganz erwehren kann, bewirkt die Zambrano-Rechtsprechung keine strukturelle Verschiebung im Kompetenzgefüge zwischen EU und Mitgliedstaaten. Immerhin hätte die Union gemäß Art. 79 AEUV die Kompetenz, den Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen umfassend, das heißt, auch denjenigen zu Unionsbürgern zu regeln.<sup>36</sup> Bislang ist dies freilich noch nicht geschehen. Darüber hinaus ist es der Gerichtshof selbst, der sich in nachfolgenden Urteilen – hervorzuheben ist hier insbesondere die Entscheidung in der Rechtssache Dereci vom November 2011<sup>37</sup> – um Präzisierung und Begrenzung der im Zambrano-Urteil ausgesprochenen Grundsätze bemüht. Der Kernbereich der Unionsbürgerschaft soll nur betroffen sein in jenen Fällen, in denen „sich der Unionsbürger de facto gezwungen sieht, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen, sondern das Gebiet der Union als Ganzes.“<sup>38</sup> Und nur in diesem Kernbereich sollen auch die EU-Grundrechte gelten. Die Grenzen des Art. 51 der Grundrechtecharta, wonach die Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts gebunden sind, werden gewahrt.<sup>39</sup> Abgesehen von Sonderfällen à la Zambrano hält der Gerichtshof damit an der im Vertrag niedergelegten Grundkonzeption von der Unionsbürgerschaft fest, deren Gehalt im Recht auf Freizügigkeit in den anderen EU-Mitgliedstaaten und Inländergleichbehandlung besteht. Zur Feststellung eines *Ultra-vires*-Aktes durch das Bundesverfassungsgericht dürfte es daher nicht kommen.

Viel Lärm um nichts also? So einfach sollte man es sich nun auch nicht machen. Schließlich ist der EuGH umfassender Garant der Unionsrechtsordnung. Seine Aufgabe ist es, Fortbestand wie Weiterentwicklung der Integration im Rahmen der bestehenden Verträge zu gewährleisten. Die Autorität des Gerichtshofs liegt in der Überzeugungskraft seiner Entscheidungen. Schließlich hat der EuGH die Folgen seiner Rechtsprechung zu bedenken. Wie sollen nationale Gerichte mit der neuen Kernbereichs-

doktrin umgehen, wenn sich der Gerichtshof zu Inhalt und Reichweite dieses Instruments nicht äußert? Auch wenn ich durchaus verfassungs- und europarechtliche Bedenken gegen die vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommene Befugnis der *Ultra-vires*-Kontrolle hege, verhehle ich nicht, dass es aus unions- und verfassungspolitischen Gründen vernünftig ist – und hier schließe ich mich den Worten von Eckart Klein auf der 5. Rechtspolitischen Konferenz an –, dass es kein Organ gibt, das sich einer Überwachung vollständig entziehen kann: „Weder das Bundesverfassungsgericht noch der EuGH noch der EGMR kann damit rechnen, ganz unkontrolliert judizieren zu können. Das Bewusstsein der genannten Gerichte, im ‚europäischen Gerichtsverbund‘ aufeinander angewiesen zu sein, aufeinander hören zu müssen, stärkt die Freiheit der in Europa lebenden Menschen [...]“<sup>40</sup> und die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft.

Es bleibt abzuwarten, welche Verdichtung der Unionsbürgerstatus in Zukunft erfahren wird, ob er sich entwickeln wird hin zu einem Unionsbürgerrecht, das sich von der nationalen Staatsangehörigkeit löst, diese möglicherweise überlagert oder gar überwindet und damit zur primären Angehörigkeitsbeziehung wird.<sup>41</sup> In einer solchen Entwicklung des Unionsbürgerstatus würde sich eine weitere Vertiefung des Integrationsgeschehens spiegeln.<sup>42</sup> Diese voranzutreiben liegt aber ganz gewiss nicht in der Hand der Rechtsprechung, sondern in der Verantwortung der Mitgliedstaaten, die sich, wenn die Zeit eines Tages dafür reif sein sollte, bewusst für einen solchen Schritt entscheiden.

- 1| *Der Text des Vortrages wurde aktualisiert und mit Fußnoten versehen. Der Vortragsstil wurde beibehalten.*
- 2| *Rs. C-184/99 – Grzelczyk, EuZW 2002, S. 52, 55.*
- 3| *Rs. C-224/98 – D’Hoop, EuZW 2002, S. 635 (637); Rs. C-413/99 – Baumbast und R., NJW 2002, S. 3610, 3613; Rs. C-224/02 – Garcia Avello, Slg. I 2004, S. 5774, Rn. 16; Rs. C-403/03 – Schempp, NJW 2005, S. 2763; Rs. C-147/03 – Kommission/Österreich, EuZW 2005, S. 465 (466); Rs. C-76/05 – Schwarz u. Gootjes-Schwarz, EuZW 2007, S. 601 (606); Rs. C-135/08 – Rottmann, NVwZ 2010, S. 509 (511).*
- 4| *Rs. C 34/09 – Zambrano/Office national de l’emploi, NJW 2011, S. 2033 ff. Das Urteil hat im Schrifttum ein reges Echo ausgelöst. Vgl. Hailbronner/Thym, NJW 2011, S. 2008 ff.; Frenz, ZAR 2011, S. 221 ff.; Graf Vitzthum, EuR 2011, S. 550 ff.; Huber, NVwZ 2011, S. 856 ff.; Nettesheim, JZ 2011, S. 1030 ff.; Gutmann, InfAuslR 2011, S. 177 ff.; Welte, InfAuslR 2011, S. 265 ff.; Pfersich, ZAR 2011, S. 191 (Urteilsanmerkung); Streinz, JuS 2011, S. 946 ff.; Kluth, ZAR 2011, S. 329 ff.*

- 5] Hailbronner/Thym (Fn. 4), insb. S. 2009.
- 6] Der EuGH hat sich ausdrücklich nicht auf die in Art. 21 AEUV garantierte Freizügigkeit berufen, die in diesem Fall auch nicht betroffen war.
- 7] NJW 2011, S. 2033, 2034.
- 8] Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 21 AEUV Rn. 4; Hilf, in: Grabitz/Hilf, 40. Ergänzungslieferung (Stand: Oktober 2009), Art. 18 EGV Rn. 7: „Art. 18 gewährleistet das Recht, aus einem Mitgliedstaat auszureisen, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen und sich dort ohne zeitliche und grundsätzlich ohne inhaltliche Begrenzung aufzuhalten.“
- 9] Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 309 f.; Kluth (Fn. 8), Art. 21 AEUV Rn. 3.
- 10] Daraus folgt indes nicht, dass das nationale Staatsangehörigkeitsrecht dem Einfluss des Unionsrechts vollständig entzogen ist. Insbesondere in der Rs. Rottmann, NVwZ 2010, S. 509 (511), ist das Spannungsverhältnis zwischen dem nationalen Erstzugriff (des Gesetzgebers) auf die Staatsangehörigkeit einerseits und dem Unionsrecht andererseits offen zu Tage getreten und zwar anlässlich der Zulässigkeit der Rücknahme einer rechtswidrigen Einbürgerung nach § 48 VwVfG. Die Anwendbarkeit von Unionsrecht (konkret Art. 17 EGV = Art. 20 AEUV) ergab sich daraus, dass Herr Rottmann in Graz (Österreich) geboren und deshalb ursprünglich durch Geburt Staatsbürger der Republik Österreich war. Später verlegte er seinen Wohnsitz nach München. Entscheidungsleitend für den EuGH war, dass es „auf der Hand [liege], dass die Situation eines Unionsbürgers, gegen den wie gegen den Kl. des Ausgangsverfahrens eine Entscheidung der Behörden eines Mitgliedstaats über die Rücknahme seiner Einbürgerung ergangen ist, die ihn – nachdem er die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats, die er ursprünglich besessen hatte, verloren hat – in eine Lage versetzt, die zum Verlust des durch Art. 17 EG verliehenen Status und der damit verbundenen Rechte führen kann, ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht fällt.“
- 11] EuGH Rs. C-224/98 – D’Hoop, EuZW 2002, S. 635 (637); Rs. C-406/04 – De Cuyper, NVwZ 2006, S. 1037 (1038 f.).
- 12] EuGH, NJW 2011, S. 2033.
- 13] Hailbronner/Thym (Fn. 4), 2011: „Es wird die Entscheidung dafür in Anspruch genommen werden, die geltende Unterscheidung zwischen den Unionsbürgerrechten und dem Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen aus den Angeln zu heben.“
- 14] Migrationsbericht 2010, S. 222, abrufbar unter [www.bamf.de](http://www.bamf.de).
- 15] A. a. O.
- 16] So verlangt etwa § 4 StAG für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach dem *ius soli*-Grundsatz, dass sich mindestens ein Elternteil seit acht Jahren gewöhnlich im Bundesgebiet bis zur Geburt des Kindes aufgehalten hat und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt.
- 17] Siehe dazu auch Hailbronner/Thym (Fn. 4), S. 2012 f.; Huber (Fn. 4), S. 857; Nettesheim (Fn. 4), S. 1034.
- 18] In diesem Sinne insbesondere Gutmann (Fn. 4), S. 177 ff.; Huber (Fn. 4), S. 857; a.A. Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 25.11.2010, Rs. 434/09 – McCarthy, Rn. 39 ff.; Frenz (Fn. 4), S. 222; Graf Vitzthum (Fn. 4), S. 565; Streinz (Fn. 4), S. 947 f.
- 19] Zum Phänomen der sogenannten Inländerdiskriminierung (synonym: umgekehrte Diskriminierung) statt vieler Epiney, Umgekehrte Diskriminierung, 1995.
- 20] Ebenso Hailbronner/Thym (Fn. 4), S. 2009.
- 21] Rs. C-434/09 – McCarthy, NVwZ 2011, S. 867 ff.
- 22] OVG Münster, NVwZ 2011, S. 955 (957).

- 23] EuGH, NVwZ 2011, S. 867 (869): „Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Maßnahme, anders als es für die Rechtssache kennzeichnend war, in der das Urteil Ruiz Zambrano ergangen ist, nicht bewirkt, dass Frau McCarthy verpflichtet wäre, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen.“ Zu dieser Unterscheidung auch Frenz (Fn. 4), S. 222; Graf Vitzthum (Fn. 4), S. 563 ff.; Nettesheim (Fn. 4), S. 1033, mit der zutreffenden Feststellung, dass der EuGH dadurch auch deutlich gemacht habe, dass aus Art. 20 Abs. 1 AEUV kein generelles Recht auf Familienzusammenführung folgt. Zu Recht auch ablehnend GA Kokott, Schlussanträge v. 25.11.2010, Rn. 31. Der EuGH hat diese Bewertung in der Rs. C-256/11, Dereci u. a., NVwZ 2012, S. 97, über die Fälle der erstmaligen Gewährung von Einreise und Begründung des Aufenthalts auch ausdrücklich auf die Fälle der Beendigung eines bereits bestehenden Aufenthalts erstreckt. Dennoch bleibt die nationale Verwaltungsgerichtsbarkeit verunsichert, siehe etwa VGH Kassel, Beschluss vom 27.10.2011, Az.: 6 D 1633/11 – juris, Rn. 14 ff.
- 24] RL 2004/38/EG vom 29.4.2004, ABl. EU 2004 Nr. L 158/77.
- 25] Art. 7 Abs. 2 Unionsbürger-RL; zum Begriff des Familienangehörigen Art. 2 Nr. 2 Unionsbürger-RL.
- 26] Art. 7 Abs. 2 Unionsbürger-RL. Näher zur Struktur der Unionsbürger-RL Dienelt, in: Renner (Begr.), AuslR, 9. Aufl. 2011, Vorbemerkung FreizügG/EU Rn. 9 ff.; zur Umsetzung in das deutsche Recht Groß, ZAR 2006, S. 61 ff.; zum Aspekt der ausreichenden wirtschaftlichen Sicherung speziell Graf Vitzthum (Fn. 4), S. 556.
- 27] Dies ergibt sich daraus, dass gemäß der klaren Vorgabe von Art. 3 Abs. 1 Unionsbürger-RL als freizügigkeitsberechtigter i.S.d. Richtlinie nur derjenige Unionsbürger gilt, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält. Erst wenn diese Voraussetzung (das grenzüberschreitende Moment eben) erfüllt ist, können sich auch die Familienangehörigen auf die Freizügigkeit berufen.
- 28] RL 2003/86/EG vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. EU 2003 Nr. L 215/2.
- 29] Ebenso Hailbronner/Thym (Fn. 4), S. 2009.
- 30] Nettesheim (Fn. 4), S. 1032. Abgesehen davon verfügt das Ehepaar Zambrano mittlerweile über einen – wenn auch befristeten – Aufenthaltstitel nach belgischem Recht.
- 31] Dazu Hailbronner/Thym (Fn. 4), S. 2011: „Im Kern betrifft Ruiz Zambrano den Ausbau der Unionsbürgerschaft zu einem föderalen Bürgerrecht.“ Ebenso Nettesheim (Fn. 4), S. 1036.
- 32] EuGH, NJW 2011, S. 2033 (2034) unter Hinweis auf Rs. C-135/08 – Rottmann, NVwZ 2010, S. 509 (510).
- 33] In diesem Sinne auch Hailbronner/Thym (Fn. 4), S. 2009 (2013).
- 34] Zu den möglichen – sehr weitreichenden – Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht Huber (Fn. 4), S. 858 ff.
- 35] BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (3223 f.).
- 36] Vgl. nur Thym, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 43. Aufl. 2011, Art. 79 AEUV Rn. 19.
- 37] Rs. C-256/11 – Dereci u. a., NVwZ 2012, S. 97 mit Anmerkung von Thym, a. a. O., der dort ebenfalls eine stark restriktive Tendenz in der Handhabung der neuen Kernbereichsdoctrin erkennt; wohl a. A. Nettesheim (Fn. 4), S. 1032 f., der in der Zambrano-Rechtsprechung nur einen weiteren Schritt in der Entwicklung der Unionsbürgerschaft hin zu einem föderalen Bürgerrecht sieht.
- 38] EuGH, NJW 2012, S. 97 (100).
- 39] EuGH, NJW 2012, S. 97 (100).



40| *Bemerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 99 (108)*  
*in: Baus u. a. (Hrsg.), 5. Rechtspolitische Konferenz, Europäische Integration*  
*und Verfassungsidentität, 2010, abrufbar unter [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_21483-544-1-30.pdf?101222111140](http://www.kas.de/wf/doc/kas_21483-544-1-30.pdf?101222111140).*

41| *Zu dieser Tendenz insbesondere Nettlesheim (Fn. 4), S. 1032 f., 1036 f.*

42| *Schönberger (Fn. 9), S. 143 f., 272 ff.*

## DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND DER EUROPÄISCHE GERICHTS- HOF FÜR MENSCHENRECHTE – PERSPEKTIVEN FÜR EINE KONTRO- VERSE BEZIEHUNGSGESCHICHTE

# DIE KARLSRUHER SICHT<sup>1</sup>

*Rudolf Mellinghoff*

## **WANDEL DES VERHÄLTNISSSES ZWISCHEN BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND EURO- PÄISCHEM GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE**

Als ich vor nunmehr fast elf Jahren zum Richter des Bundesverfassungsgerichts ernannt wurde, war das Verhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg, nicht aber dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), ein großes Thema. In Folge der Maastricht-Entscheidung<sup>2</sup> war gerade die Entscheidung zur Bananenmarktordnung<sup>3</sup> ergangen; intensiv wurde darüber diskutiert, ob und in welchem Umfang das Bundesverfassungsgericht seine Prüfungsbefugnis im europäischen Gemeinschaftsrecht ausübte. Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) und die Entscheidungen des EGMR spielten keine große Rolle.

Im Laufe der Zeit aber geriet die Rechtsprechung des EGMR zunehmend in das Blickfeld. Spätestens seit der grundlegenden Entscheidung zum Sorgerechtsfall Görgülü im Jahre 2004<sup>4</sup> wird das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und EGMR intensiv diskutiert. Es wird über Auslegungskonkurrenzen<sup>5</sup> oder Grundrechtskonflikte<sup>6</sup> im europäischen Mehrebenenensystem geschrieben; und es wird über den Grund-

und Menschenrechtsschutz im „Bermuda-Dreieck“<sup>7</sup> der europäischen Gerichte, die neue europäische Grundrechtsarchitektur,<sup>8</sup> „Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel“,<sup>9</sup> den europäischen Verfassungsgerichtsverbund,<sup>10</sup> die Eigenständigkeit der Rechtsordnungen,<sup>11</sup> die Kontrolldichte und Kontrollfolgen in mehrpoligen Rechtsverhältnissen<sup>12</sup> oder die Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa<sup>13</sup> debattiert. Es wird die Frage gestellt, wozu Deutschland einen europäischen Menschenrechtsgerichtshof braucht,<sup>14</sup> wenn es ein Bundesverfassungsgericht hat, und wer „Angst vor Straßburg“<sup>15</sup> hat. Vom „Krieg“ der Gerichte war schon die Rede. Und es wurde spekuliert, welches Gericht sich am Ende durchsetzen wird.

Immer wieder ist Deutschland vom Europäischen Gerichtshof in Straßburg wegen eines Konventionsverstößes verurteilt worden, auch wenn das Bundesverfassungsgericht zuvor keinen Verfassungsverstoß feststellte. Allein im letzten Jahr stellte der Straßburger Gerichtshof in 29 Fällen fest, dass Deutschland die EMRK verletzt habe. Auch wenn zahlreiche Fälle das Recht auf ein Verfahren innerhalb einer angemessenen Frist und das Recht auf eine wirksame Beschwerde betrafen, mehren sich doch Entscheidungen, in denen der EGMR auch andere Verstöße gegen die Europäische Menschenrechtskonvention feststellt und dabei teilweise zu anderen Ergebnissen kommt als das Bundesverfassungsgericht.

Dies liegt insbesondere daran, dass das Bundesverfassungsgericht und der EGMR funktionell vergleichbare Aufgaben haben und über eng verwandte – teils parallele, teils komplementäre – Grundrechtskataloge judizieren.<sup>16</sup> Auch wenn beide Gerichte unterschiedliche Prüfungs- und Entscheidungsmaßstäbe haben, kommt es immer wieder zu vergleichbaren Entscheidungssituationen. An fünf zentralen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts möchte ich zeigen, wie das Karlsruher Gericht bisher auf eine abweichende Rechtsprechung des EGMR reagiert hat, und wie es den Verfassungsgerichtsverbund<sup>17</sup> auf europäischer Ebene mit Leben füllt.

## **UNTERSCHIEDLICHE PERSPEKTIVEN IN DER BISHERIGEN RECHTSPRECHUNG VON BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND EGMR**

### **Vermeidung von Divergenzen**

Das Bundesverfassungsgericht hat sich zunächst nur zurückhaltend mit der Rechtsprechung des EGMR befasst und eine eher abwartende Haltung eingenommen. Es gab zwar schon recht früh Entscheidungen, bei denen der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR auf der Ebene des Verfassungsrechts als „Auslegungshilfe“ für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlicher Garantien des Grundgesetzes herangezogen wurden.<sup>18</sup> Es bestand jedoch keine Veranlassung, sich unmittelbar und intensiv mit der Rechtsprechung des EGMR auseinanderzusetzen.

Erst in dem Beschluss des Ersten Senats zur Verfassungsmäßigkeit der ausschließlich von Männern erhobenen „Feuerwehrabgabe“ beziehungsweise „Feuerschutzabgabe“<sup>19</sup> musste sich das Bundesverfassungsgericht mit einer abweichenden Rechtsprechung des EGMR beschäftigen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Feuerschutzabgabe vermeidet allerdings diese Auseinandersetzung und wählt einen eigenständigen Lösungsweg am Maßstab des Grundgesetzes.

Der Erste Senat hatte seit 1961<sup>20</sup> die Vereinbarkeit der baden-württembergischen Feuerschutzabgabe mit dem Grundgesetz festgestellt. Der EGMR entschied jedoch anlässlich einer Individualbeschwerde mit Urteil vom 18. Juli 1994,<sup>21</sup> die Erhebung der baden-württembergischen Feuerwehrabgabe verletze Art. 14 EMRK (allgemeines Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 lit. d EMRK (Verbot der Zwangs- oder Pflichtarbeit).

Der Erste Senat erklärte in einem zeitlich nachfolgenden Verfahren<sup>22</sup> die einschlägigen bayerischen und baden-württembergischen Vorschriften für nichtig, da sie unvereinbar seien mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 sowie mit Art. 105 Abs. 2 und Abs. 2a GG. Anders als der EGMR rügte er aber nicht, dass der Feuerwehrdienst in der Realität nicht ernsthaft umgesetzt werde. Vielmehr erkannte das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG, weil keine Gründe feststellbar seien, die eine Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer zwingend erforderlich

machten. Für die herkömmliche Annahme, Frauen dürften wegen ihrer körperlichen Konstitution vom Feuerwehrdienst ausgenommen werden, gebe es aus heutiger Sicht keine zureichenden Gründe.<sup>23</sup> Auch wenn das Bundesverfassungsgericht damit zum gleichen Ergebnis kam wie der EGMR, vermied es eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des EGMR. Der Zusammenhang mit dem Straßburger Richterspruch geht lediglich aus der Schilderung des Inhalts des EGMR-Urteils im Tatbestand der Karlsruher Entscheidung<sup>24</sup> hervor.

### **Stärkung des Menschenrechtsschutzes durch das Bundesverfassungsgericht**

In der sogenannten Görgülü-Entscheidung<sup>25</sup> des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts steht erstmals die Frage im Mittelpunkt, welche Konsequenzen aus einer divergierenden Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und EGMR zu ziehen sind. Das Bundesverfassungsgericht entwickelt in dieser Entscheidung seine Maßstäbe für die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes und des Menschenrechtsschutzes am Maßstab unterschiedlicher Rechtsordnungen.

In dieser Leitentscheidung klärt das Gericht das Verhältnis des nationalen Rechts zur Europäischen Menschenrechtskonvention, bestimmt die völkerrechtliche und die innerstaatliche Wirkung von Entscheidungen des EGMR in Deutschland und setzt sich mit der Bedeutung der EMRK für die Auslegung des Grundgesetzes und der entsprechenden Reichweite der verfassungsgerichtlichen Kontrolle auseinander.

Auch wenn die EMRK innerstaatlich den Rang eines Bundesgesetzes hat, beeinflussen die Gewährleistungen der Konvention die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen – wie das Bundesverfassungsgericht schon früher festgestellt hatte – auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfe bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes führt.<sup>26</sup>

Die Entscheidungen des EGMR binden zwar nur die an dem jeweiligen Verfahren beteiligten Vertragsparteien. Die Urteile haben für das Konventionsrecht aber eine „besondere Bedeutung“, weil sich in ihnen der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention und ihrer Protokolle widerspiegelt. Daher geben sie den nicht beteiligten Staaten Anlass, ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs zu orientieren.

Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet innerstaatlich alle Träger der deutschen öffentlichen Gewalt, die Entscheidungen des Gerichtshofs zu berücksichtigen.<sup>27</sup> Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Bindung von Verwaltung und Rechtsprechung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR als auch deren vorrangiges Recht verletzende schematische Umsetzung können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

Zwar wird keine strikte Vollstreckung von Entscheidungen des EGMR gefordert. Wenn der EGMR allerdings in einem konkreten Beschwerdeverfahren unter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland einen Konventionsverstoß festgestellt hat, müssen sich die zuständigen Behörden oder Gerichte mit der Entscheidung erkennbar auseinandersetzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen.<sup>28</sup>

Das Bundesverfassungsgericht betont zudem, dass es selbst dafür sorgen wolle, der besonderen Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR und der Europäischen Menschenrechtskonvention Geltung zu verschaffen. Das Karlsruher Gericht sieht sich im Rahmen seiner Zuständigkeit dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik begründen könnten, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen. Anders als bei sonstigen völkerrechtlichen Verträgen überprüft das Bundesverfassungsgericht daher die Anwendung und die Auslegung der EMRK durch die Fachgerichte.

Im Fall Görgülü stellte das Bundesverfassungsgericht nicht nur in der grundlegenden Senatsentscheidung eine Verletzung von Art. 6 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts fest,<sup>29</sup> weil das Gericht das EGMR-Urteil vom 26. Februar 2004 nicht hinreichend berücksichtigt habe, obwohl es dazu verpflichtet gewesen sei. In der Folgezeit mahnte das Karlsruher Gericht in weiteren Entscheidungen die Bindungswirkung des EGMR-Urteils an und kritisierte mit deutlichen Worten das mangelnde Bewusstsein des Oberlandesgerichts für die Notwendigkeit, die Europäische Menschenrechtskonvention zu berücksichtigen. Das Oberlandesgericht habe „das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht nur nicht beachtet, sondern dessen Vorgaben in ihr Gegenteil verkehrt.“<sup>30</sup>

Im Ergebnis erhebt das Bundesverfassungsgericht damit die Menschenrechtskonvention in der Auslegung des EGMR trotz ihres Ranges als einfaches Bundesgesetz mittelbar zum verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab. Die völkerrechtliche Verpflichtung aller staatlichen Organe, die deutschen Grundrechte unter Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung der EMRK und im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR auszulegen, wird damit zur verfassungsrechtlichen Pflicht. Die Missachtung dieser Pflicht kann mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden. Das Bundesverfassungsgericht gewährleistet auf diesem Wege die Einhaltung der Konventionsgarantien.

### **Eingeschränkter Prüfungsumfang**

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts knüpft in seiner Caroline-Entscheidung vom 26. Februar 2008<sup>31</sup> an die Görgülü-Entscheidung des Zweiten Senats an. Die Entscheidung in Sachen Caroline von Hannover hatte zu berücksichtigen, dass der EGMR in der Abwägung widerstreitender Menschenrechtspositionen zu einem anderen Ergebnis gekommen war als der Bundesgerichtshof (BGH), dessen Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht insoweit nicht beanstandet worden war.

Auch in dem Beschluss aus dem Jahr 2008 überprüfte das Bundesverfassungsgericht zwei BGH-Urteile, mit denen das bisher verwendete Schutzkonzept der absoluten und relativen Person der Zeitgeschichte aufgegeben und damit der Rechtsprechung des EGMR weitreichend Rechnung getragen wurde. In diesem Fall konnte sich das Bundesverfassungsgericht jedoch auf die Prüfung beschränken, ob der Einfluss der deutschen

Grundrechte auch unter Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK auf die Auslegung der zivilrechtlichen Normen und auf die Abwägung der kollidierenden Schutzgüter hinreichend beachtet worden war.<sup>32</sup>

### **Einpassung der Wertungen des EGMR in die Grundrechtsprüfung**

Die Entscheidung vom 21. Juli 2010 zur Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften, nach denen der Vater eines nichtehelichen Kindes nur dann die elterliche Sorge (gemeinsam mit der Mutter oder allein) ausüben kann,<sup>33</sup> wenn die Mutter zustimmt, gab dem Karlsruher Gericht ebenfalls Anlass, sich mit einer abweichenden Rechtsprechung des EGMR auseinanderzusetzen. Auch hier nimmt das Bundesverfassungsgericht die divergierenden Wertungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf und passt sie in die eigene Grundrechtsprüfung ein. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine schematische Umsetzung eines Urteils des EGMR, das anhand eines anderen Maßstabs getroffen wurde. Vielmehr berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht die vom EGMR gefundene Wertung im Rahmen seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Änderung der eigenen Rechtsprechung begründet das Bundesverfassungsgericht dabei auch mit dem abweichenden Urteil des EGMR.

### **Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR bei Wahrung der Besonderheiten des nationalen Rechts**

Einer besonderen Herausforderung musste sich das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung im Mai 2011 stellen, in der die Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt wurde. Das Karlsruher Gericht hatte im Jahr 2004 entschieden, dass die gesetzlichen Regelungen, mit denen die Höchstdauer der erstmaligen Sicherungsverwahrung von zehn Jahren aufgehoben worden waren, mit dem Grundgesetz vereinbar seien.<sup>34</sup> Dabei hatte das Gericht argumentiert, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung nicht um eine Strafe im Sinne des Grundgesetzes handele, sondern um eine Maßregel der Besserung und Sicherung, für die die strengen Voraussetzungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht gälten. Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigte damit das zweispurige Sanktionensystem des deutschen Strafrechts, nach dem die Strafe ausschließlich tat- und schuldangemessen zu sein hat, nicht aber dem Schutz der Bevölkerung vor hochgefährlichen Straftätern dient.

Demgegenüber bewertete der EGMR die Sicherungsverwahrung als eine Strafe im Sinne von Art. 7 EMRK.<sup>35</sup> Wie eine Freiheitsstrafe sei die Sicherungsverwahrung mit einer Freiheitsentziehung verbunden; ihr praktischer Vollzug finde in regulären Strafvollzugsanstalten statt.<sup>36</sup>

Damit sah sich das Bundesverfassungsgericht vor die Frage gestellt, ob das zweispurige Sanktionensystem des deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf die Europäische Menschenrechtskonvention aufrechterhalten bleiben könne und wie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte angemessen zu berücksichtigen sei. Im Ergebnis hat das Gericht in seiner zweiten Entscheidung zur Sicherungsverwahrung aus dem Jahre 2011<sup>37</sup> daran festgehalten, dass Strafe und Maßregel am Maßstab des Grundgesetzes unterschiedlich zu beurteilen seien. Die Verfassungswidrigkeit der Sicherungsverwahrung wurde wesentlich darauf gestützt, dass das Abstandsgebot zwischen Strafe und Maßregel nicht eingehalten worden sei.

Das zweispurige Sanktionensystem des deutschen Strafrechts, das in der begrifflichen Unterscheidung von „Strafe“ und „Maßregel“ zum Ausdruck kommt, stellt eine von den Wertungen und Vorgaben des Grundgesetzes beeinflusste, ausdifferenzierte „Teilrechtsordnung der nationalen Rechtsordnung“<sup>38</sup> dar, in der Freiheitsrechte und Schutzinteressen der Allgemeinheit in einem komplexen Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden, heißt es in der Entscheidung. Die Besonderheit des deutschen Systems ist seine Kombination aus relativ geringer Freiheitsstrafe einerseits und Maßregeln der Sicherung und Besserung andererseits; für die Beibehaltung dieses historisch herausgebildeten Systems hat sich der demokratisch gewählte Gesetzgeber entschieden. Dieses zweispurige Sanktionensystem ist besonders freiheitsschonend, da es keine am Präventionsgedanken orientierte Strafe ohne Obergrenze gibt. Vielmehr ist die Strafe – im Gegensatz zu den Konzepten manch anderer Länder – streng tat- und schuldorientiert. Damit gewährleistet das deutsche Grundgesetz, anders als die Europäische Menschenrechtskonvention, im Strafrecht grundsätzlich Schutz gegenüber übermäßig lang andauernder Freiheitsentziehung.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte so weit wie eben möglich in die deutsche Rechtsordnung

eingepasst. Gleichzeitig hat es die Besonderheiten der nationalen Strafrechtsordnung und deren freiheitssichernde Aspekte zur Geltung gebracht. Die Entscheidung ist ein Beispiel dafür, wie Urteile des EGMR in die eigene Rechtsordnung transportiert werden können. Dass die Entscheidungen des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts in den Verfahren zur Sicherungsverwahrung auch im Ergebnis nicht vollständig deckungsgleich ausgefallen sind, ist den unterschiedlichen Maßstäben und unterschiedlichen Begrifflichkeiten geschuldet.

In dieser Entscheidung betont das Bundesverfassungsgericht nachdrücklich die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und nimmt dies zum Anlass, erneut die Berücksichtigung der Menschenrechtskonvention von allen staatlichen Stellen in Deutschland einzufordern.

Allerdings fordert die Heranziehung der EMRK als Auslegungshilfe nicht eine schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe, sondern dient der Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen. Die menschenrechtlichen Gehalte des jeweiligen völkerrechtlichen Vertrags müssen durch einen aktiven Rezeptionsvorgang „umgedacht“ werden, damit sie sich in den Kontext der aufnehmenden Verfassungsordnung einfügen.<sup>39</sup>

Ausführlich widmet sich das Gericht der Frage, inwieweit die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs zu Art. 7 Abs. 1 EMRK bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Sicherungsverwahrung berücksichtigt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hält zwar an der Unterscheidung von Strafe und Maßregel der Besserung und Sicherung fest. Es hebt jedoch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass freiheitsentziehende Maßregeln wie die Sicherungsverwahrung durch das Prinzip des überwiegenden Interesses legitimiert sein müssen und allein auf eine zukünftige Sicherung vor einzelnen, als hochgefährlich eingeschätzten Tätern zielen dürfen.

Auch mit Rücksicht auf die Wertungen des Art. 7 Abs. 1 EMRK ist die Sicherungsverwahrung überhaupt nur dann zu rechtfertigen, wenn ihre gesetzliche Ausgestaltung ihrem besonderen Charakter Rechnung trägt. Ein freiheitsorientierter und therapiegerichteter Vollzug muss sicherstellen, dass Belastungen vermieden werden, die über den unabdingbaren Entzug der „äußeren“ Freiheit hinausgehen.

Das Bundesverfassungsgericht hält ausdrücklich daran fest, dass die Maßregel der Besserung und Sicherung nicht am Maßstab des absoluten Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen ist. Die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Vertrauensschutzbelange werden jedoch durch die Wertungen der Menschenrechtskonvention in der Auslegung des EGMR (insbesondere Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 EMRK) verstärkt.

### PERSPEKTIVEN FÜR DIE ZUKUNFT

Da die nationalen Grundrechte und die Gewährleistungen der EMRK in weiten Bereichen übereinstimmen, kann es immer wieder zu unterschiedlichen Auffassungen zwischen EGMR und Bundesverfassungsgericht kommen. Unterschiede dürften sich insbesondere dann ergeben, wenn verschiedene Grundrechtsgewährleistungen gegeneinander abzuwägen sind und die beiden Gerichte bei schwierigen Abwägungsfragen zu abweichenden Ergebnissen kommen. Dies belegen die Entscheidungen zum Verhältnis von Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz oder die Entscheidungen zum Sorgerecht und Umgangsrecht.

Hierbei handelt es sich jedoch meist um Einzelfallentscheidungen, die zwar Divergenzen in der jeweiligen Sache, aber keine unüberbrückbaren Differenzen offenbaren. Vielmehr ist in der Regel zu beobachten, dass Bundesverfassungsgericht und EGMR von den gleichen menschenrechtlichen Grundgedanken ausgehen. Dies liegt auch daran, dass die Gewährleistungen des Grundgesetzes und der EMRK gemeinsame Wurzeln haben. Fundamentale Unterschiede dürften daher in der Regel nicht bestehen.

Wenn das Bundesverfassungsgericht gelegentlich durch die Rechtsprechung des EGMR veranlasst wird, seine eigene Rechtsprechung zu überdenken, sollte dies nicht als generelles Problem des Zusammenwirkens im europäischen Verfassungsgerichtsverbund gesehen werden. Die in sechzig Jahren gewachsene, detailreiche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bietet zwar ein hohes Maß an rechtsstaatlicher Berechenbarkeit. Auf der anderen Seite besteht jedoch auch die Gefahr der Erstarrung und allzu ausdifferenzierter Komplexität.<sup>40</sup> Daher sollte es auch unter dem Aspekt der Herausbildung eines gemeineuropäischen Grundrechtsstandards nicht grundsätzlich negativ bewertet werden, wenn das Bundesverfassungsgericht in wenigen Fällen durch den EGMR

veranlasst wird, seine Sicht zu überdenken und gegebenenfalls zu modifizieren.

Auf der anderen Seite zeigen die bisherigen divergierenden Entscheidungen von Bundesverfassungsgericht und EGMR auch zwei Gefahren für die Rechtsprechungskohärenz in Europa: Eine eigenständige einzelfallorientierte Prüfung kann zu unterschiedlichen Abwägungsergebnissen und zu abweichenden Beurteilungen bei Grundrechtseingriffen führen. Insbesondere in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen haben Bundesverfassungsgericht und EGMR schwierige Wertungen zu treffen, die die Belange der beteiligten Grundrechtsträger berücksichtigen.<sup>41</sup> Hier besteht die Gefahr, dass der EGMR durch intensive Kontrolle und durch eine von der nationalen Rechtsprechung abweichende Kollisionslösung die vom Bundesverfassungsgericht gefundenen Abwägungsergebnisse nach Art eines obersten Fachgerichts verwirft, ohne zu berücksichtigen, dass das Karlsruher Gericht die weiterreichenden Grundrechtsverbürgungen des Grundgesetzes und historisch gewachsene Traditionen zu berücksichtigen hat. Zwar kann die Lösung nicht darin bestehen, eine generelle Rücknahme der Kontrollidichte des EGMR zu fordern, weil dies weder der Normstruktur der EMRK noch dem Auftrag des EGMR entspricht.<sup>42</sup> Allerdings bleibt der EGMR aufgerufen, bei seinen Entscheidungen zur Wahrung des gemeineuropäischen Grundrechtsstandards die nationalen Beurteilungsspielräume und Besonderheiten zu berücksichtigen. Außerdem zeigen die Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung die besondere Problematik bei Eingriffen in ein Gefüge der nationalen Rechtsordnung, das durch besondere Eigenheiten geprägt ist. In diesen Fällen ist der EGMR in besonderem Maße dazu aufgerufen, die nationalen Beurteilungsspielräume für die Regelung ganzer Teilrechtsgebiete zu berücksichtigen.

1| Die Vortragsform wurde beibehalten.

2| BVerfGE 89, 155.

3| BVerfGE 102, 147.

4| BVerfGE 111, 307.

5| Desens, EuGRZ 2011, S. 211.

6| Grabenwarter, EuGRZ 2011, S. 229.

7| Kleine-Cosack, AnwBl 2011, S. 501.

8| Rudolf, AnwBl 2011, S. 153.

9| Klein, NVwZ 2010, S. 221.

10| Voßkuhle, NVwZ 2010, S. 1; vgl. auch Jestaedt, JZ 2011, S. 872.

11| Wiescholek, BRJ 2009, S. 138.

12| Hoffmann-Riem, EuGRZ 2006, S. 493.



- 13| *Papier, ZSchR 2005, II, S. 113.*  
 14| *Raumer, AnwBl 2011, S. 195.*  
 15| *Reich, EuZW 2011, S. 379.*  
 16| *Voßkuhle, NVwZ 2010, S. 1 (4).*  
 17| *Dazu ausführlich Voßkuhle, NVwZ 2010, S. 1.*  
 18| *Vgl. z. B. BVerfGE 35, 311 (320 f.); 74, 358 (370 f.); 82, 106 (120 f.).*  
 19| *BVerfGE 92, 91.*  
 20| *BVerfGE 13, 167.*  
 21| *EGMR v. 18.7.1994, NVwZ 1995, S. 365.*  
 22| *BVerfGE 92, 91.*  
 23| *BVerfGE 92, 91 (109 f.).*  
 24| *BVerfGE 92, 91 (97 f.).*  
 25| *BVerfGE 111, 307.*  
 26| *BVerfGE 111, 307 (317 f.).*  
 27| *BVerfGE 111, 307 (323 f.).*  
 28| *BVerfGE 111, 307 (324 f.).*  
 29| *BVerfGE 111, 307 (330 f.).*  
 30| *BVerfG 1. Kammer des Ersten Senats, BVerfGK 5, 316.*  
 31| *BVerfGE 120, 180.*  
 32| *Vgl. dazu auch Papier, DVBl 2009, S. 473 (479 f.).*  
 33| *BVerfGE 127, 132.*  
 34| *BVerfGE 109, 133.*  
 35| *EGMR v. 17.12.2009 (Beschwerde-Nr.19359/04), EuGRZ 2010, S. 25 (Rn. 133).*  
 36| *EGMR v. 17.12.2009 (Beschwerde-Nr.19359/04), EuGRZ 2010, S. 25 (Rn. 127).*  
 37| *BVerfGE 128, 326.*  
 38| *Vgl. BVerfGE 111, 307 (327 f.).*  
 39| *Vgl. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 2011, S. 255 f.*  
 40| *Gerhardt, ZRP 2010, S. 161 (162 f.).*  
 41| *Vgl. Papier, EuGRZ 2006, S. 3.*  
 42| *Vgl. Gerhardt, ZRP 2010, S. 161 (162 f.).*

## DIE STRASSBURGER SICHT

Angelika Nußberger

### VORBEMERKUNG

Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof (EGMR) für Menschenrechte ist oftmals Gegenstand wissenschaftlicher Analysen und politischer Debatten. Zur Beschreibung wird bevorzugt auf Metaphern und Bilder zurückgegriffen, die – wie etwa die Vorstellung vom „letzten Wort“ – mehr oder weniger deutliche Wertungen enthalten. Dies gilt auch für die von der Konrad-Adenauer-Stiftung zum 60. Jahrestag der Gründung des Bundesverfassungsgerichts initiierte Diskussion zum Thema „Das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof – Perspektiven einer kontroversen Beziehungsgeschichte“. Richtig ist an dieser Charakteristik, dass es zwischen den beiden auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen – einerseits Verfassungsrecht, andererseits Völkerrecht – beruhenden Institutionen eine intensive und zugleich facettenreiche „Beziehung“ gibt, die durch bestimmte juristische Koordinaten vorbestimmt ist und aufgrund des „Dialogs der Richter“ lebendig wird. Richtig ist auch, dass diese Beziehung bereits eine lange Geschichte hat, da der Ursprung beider Institutionen in die fünfziger Jahre des vorigen Jahrhunderts zurückreicht. Ob die Bezeichnung „kontrovers“ zutreffend ist, mag man unterschiedlich beurteilen; zweifellos gab es zeitweise eher mehr, zeitweise eher weniger

Spannungen. In der Sache geht es um die Abgrenzung von Aufgaben und Kompetenzen im Grund- und Menschenrechtsschutz und damit um die Frage des Ineinandergreifens der Rollen einerseits europäischer und andererseits nationaler Institutionen. Es gilt im Folgenden, die „Geschichte der Beziehungen“ zwischen den beiden Institutionen nachzuzeichnen. Ob es sich um eine „kontroverse Beziehungsgeschichte“ handelt, mag je nach Perspektive unterschiedlich bewertet werden.

### **RÜCKBLICK: ZUM GEWANDELTEN SELBSTVERSTÄNDNIS DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE**

Zur Fünfzigjahrfeier des Straßburger Gerichtshofs im Jahr 2009 wurde eine Festschrift mit dem Titel *The Conscience of Europe*<sup>1</sup> herausgegeben. Dieser Titel zeugt zweifellos von einem ausgeprägten Selbstbewusstsein des Gerichts, das sich zur Wahrung des *ordre public* in Europa und zur Herausbildung einer europäischen Verfassungsordnung berufen sieht und damit in eine natürliche Konkurrenz zu den nationalen Verfassungsgerichten tritt. Das war allerdings nicht immer so. Bei der Unterzeichnung der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) von fünfzehn Staaten im Jahr 1950 und der Ratifikation zwei Jahre später wurde der neu ausgehandelte Vertrag keinesfalls als „Konkurrenz-Verfassung“ zu den nationalen Verfassungen verstanden. Vielmehr stand bei den Gründungsvätern – weniger als ein Jahrzehnt nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs – die Abwehr gegen Diktaturen im Vordergrund. So begründete Pierre-Henri Teitgen im Jahr 1949 die Initiative zur Ausarbeitung einer Menschenrechtskonvention mit Blick auf die totalitäre Entwicklung in Deutschland und forderte, aus der Geschichte eine Lehre zu ziehen und einzugreifen, bevor es zu spät sei.<sup>2</sup> Winston Churchill erwartete bei Menschenrechtsverletzungen einen „Urteilsspruch der zivilisierten Welt“, der, so Churchills Hoffnung, aufgrund der Macht der öffentlichen Meinung in Demokratien durchgesetzt werden würde. Er ging allerdings davon aus, dass Urteile des neu zu schaffenden Gerichtshofs eine Seltenheit bleiben würden.<sup>3</sup> Im Rückblick wertete Luzius Wildhaber, Präsident des Gerichtshofs von 1998 bis 2007, die Konvention als notwendigen „Präventivschlag gegen die Drohung neuer Tyrannen“<sup>4</sup>, nachdem sich zum Zeitpunkt der Ausarbeitung der Konvention der Eisener Vorhang bereits gesenkt hatte.

Dennoch war der Keim der Konstitutionalisierung von Anfang an in dem umfassenden, gerichtlich kontrollierten und sanktionierten System zum Schutz der Menschenrechte im Rahmen einer internationalen Organisation angelegt. Visionär sah dies Hersch Lauterpacht, einer der ersten Vordenker eines internationalen Menschenrechtsschutzes, bereits im Jahr 1945 vorher. Lauterpacht sprach von „restrictions of sovereignty more far-reaching in their implications than any yet propounded in the annals of international utopias.“<sup>5</sup>

Nichtsdestotrotz war die institutionelle Absicherung der Konvention ein langsamer und langwieriger Prozess. Beim Inkrafttreten der Konvention im Jahr 1953 hatten nur drei Staaten – Schweden, Irland und Dänemark – Individualbeschwerden anerkannt und sich nur zwei Staaten – Irland und Dänemark – der Jurisdiktion des Gerichtshofs unterworfen. Die Europäische Kommission für Menschenrechte konnte ihre Arbeit 1955 aufnehmen, der Gerichtshof 1959. Erst knapp vierzig Jahre später, im Jahr 1998, wurde die Gerichtsbarkeit des EGMR als obligatorisch für die Vertragsstaaten der Konvention anerkannt.<sup>6</sup>

Der Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts war ungleich steiler. Es konnte 1951 seine Arbeit aufnehmen und hatte aufgrund seiner klaren, konsistent fortentwickelten Dogmatik und seiner oftmals innovativen und überzeugenden Ansätze zum Ende des Jahrtausends eine Reputation als internationale Autorität in Grund- und Menschenrechtsfragen erworben.

Die Entwicklung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verlief dagegen vergleichsweise langsam. Gleichwohl hatte der EGMR trotz seiner besonderen Position als in nur wenigen Ausnahmefällen eingeschaltete „zweite Instanz“ nach der Europäischen Kommission für Menschenrechte bereits in den 1970er Jahren die Konturen seiner auf das Telos eines „effektiven“ Menschenrechtsschutzes ausgerichteten Rechtsprechung herausgearbeitet. Grundlegend waren die Urteile *Golder v. Vereinigtes Königreich*,<sup>7</sup> *Tyrer v. Vereinigtes Königreich*,<sup>8</sup> *Marckx v. Belgien*,<sup>9</sup> *Airey v. Irland*<sup>10</sup> und *Irland v. Vereinigtes Königreich*.<sup>11</sup> Darin wurden zum einen wichtige Grundaussagen zum Menschenrechtsschutz gemacht. Zum Beispiel wurde erläutert, wie der Anspruch auf „Zugang zum Gericht“ zu verstehen ist, was auslegungsbedürftige Begriffe wie „unmenschliche Behandlung“ und „Folter“ bedeuten und inwieweit auch über lange Jahre tolerierte Formen der Ungleichbehandlung, etwa zwischen ehelichen und nicht-ehelichen Kindern, der Konvention

unterfallen. Zum anderen wurde die Wirkungsweise der Konvention als „lebendiges Instrument“ erstmals klar artikuliert und einer historischen, lediglich auf die „Wiederkehr von Diktaturen“ gerichteten Auslegung eine eindeutige Absage erteilt.

### **PARALLELE RECHTSPRECHUNGSENTWICKLUNG VON BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND EGMR**

Deutschland, obgleich Vertragspartner der Konvention, war von diesen Rechtsprechungsentwicklungen – anders etwa als das Vereinigte Königreich – weder unmittelbar betroffen, noch zeigten die Urteile unbedingt einen menschenrechtlichen Nachholbedarf auf. Die in dem Urteil Marckx geforderte grundsätzliche Gleichbehandlung von ehelichen und unehelichen Kindern hatte das Bundesverfassungsgericht schon in Entscheidungen aus den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts angemahnt; das Gleichstellungspostulat war zudem in Art. 6 Abs. 5 GG normiert.<sup>12</sup> Das Verbot der Prügelstrafe, das der EGMR aus Art. 3 EMRK abgeleitet hatte, war aufgrund des in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG normierten Rechts auf körperliche Unversehrtheit gleichermaßen kein Novum.

Allerdings gab und gibt es im Grundgesetz – anders als in der EMRK – kein detailliertes „Recht auf ein faires Verfahren“. Bei der Unschuldsvermutung etwa nahm das Bundesverfassungsgericht unmittelbar auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug und konkretisierte die Theorie von der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes.<sup>13</sup> Dies war nötig, da die EMRK in Deutschland, anders als in der Mehrzahl der Mitgliedsstaaten des Europarats, in der Normenhierarchie lediglich auf der Ebene eines Bundesgesetzes steht und daher Klärungsbedarf zur Bedeutung der Konvention für die Auslegung des im Grundgesetz enthaltenen Grundrechtskatalogs bestand.<sup>14</sup>

Eingang in das deutsche juristische Bewusstsein hat im Jahr 1994 die – mittlerweile allerdings eher folkloristisch anmutende – Entscheidung Karlheinz Schmidt v. Deutschland<sup>15</sup> gefunden, bei der es um die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bei der Feuerwehrabgabe in Baden-Württemberg ging. Die Befolgung der Vorgabe des EGMR musste für das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht zu Grundsatzdiskussionen führen. Der EGMR hatte der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Männern und Frauen beim Feuerwehreinsatz nicht unmittelbar widersprochen. Vielmehr

hatte der Gerichtshof an den Charakter der Abgabe als eine rein theoretische und auf Recht beruhende Verpflichtung mit finanziellen Auswirkungen angeknüpft, bei der sich eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen nicht rechtfertigen lasse. Eine unmittelbare Konfrontation war ausgeblieben; das Bundesverfassungsgericht konnte die Sichtweise des EGMR in einer späteren Entscheidung ohne Probleme übernehmen.<sup>16</sup>

Die EMRK erhielt aufgrund des Endes des Kalten Krieges und des damit ermöglichten Beitritts sowohl mittelosteuropäischer als auch ex-sowjetischer Staaten einen entscheidenden Bedeutungszuwachs. Aber auch inhaltlich wurde das System wesentlich weiter ausdifferenziert, indem mit ergänzenden Protokollen der menschenrechtliche Schutzbereich erweitert und vertieft und teilweise auch verändert wurde. Dies war etwa bei der Todesstrafe der Fall, die in der ursprünglichen Version der Konvention noch unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen für möglich gehalten, im Sechsten Zusatzprotokoll aber grundsätzlich und im Dreizehnten Zusatzprotokoll absolut verboten wurde.

### **KONFLIKTPHASE: VON CAROLINE VON HANNOVER ÜBER GÖRGÜLÜ ZUR SICHERUNGSVERWAHRUNG**

Auch wenn in dieser Zeit einzelne wichtige Urteile zu Deutschland ergingen, die teilweise Konventionsverletzungen bejahten<sup>17</sup> und teilweise auch verneinten,<sup>18</sup> wurde der Gerichtshof als echter Gegenspieler des Bundesverfassungsgerichts doch wohl erst mit dem berühmten Urteil von Hannover v. Deutschland<sup>19</sup> wahrgenommen. Hier hatte der Straßburger Gerichtshof den Schlusstein einer Rechtsentwicklung, den das Bundesverfassungsgericht mit einer differenzierten Entscheidung zur Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht gesetzt hatte,<sup>20</sup> aus dem Blickwinkel der Konvention für nicht akzeptabel erklärt. Der EGMR hatte allerdings nicht – wie ihm oft vorgeworfen wurde – nur seine eigene Wertung an die Stelle der Wertung des Bundesverfassungsgerichts gesetzt. Vielmehr hatte er in dem Abwägungsprozess zwischen Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit die Berücksichtigung einer zusätzlichen Differenzierung gefordert. So hielt es der Gerichtshof für notwendig, die Pressefreiheit unterschiedlich zu gewichten, je nachdem, ob die jeweilige Berichterstattung einen Beitrag zur politischen Diskussion im Lande lieferte oder aber nur der Befriedigung von Neugier diene. Auf der Grundlage dieser Argumentation sah der Europäische Gerichtshof es nicht als vertretbar an, als „absolute Personen der Zeitgeschichte“ eingestufte

Prominente einer Bildberichterstattung auszusetzen, wann immer sie sich in der Öffentlichkeit bewegten. Das vom Bundesverfassungsgericht geschaffene Abgrenzungskriterium des Verbots eines Eindringens in einen privaten Rückzugsbereich wurde nicht für ausreichend gehalten.

Diese Entscheidung des EGMR stieß auf vielfache Kritik.<sup>21</sup> So wandte sich die „Stilkritik“ dagegen, dass der Gerichtshof das differenzierte Argumentationsgebäude des Bundesverfassungsgerichts, das gerade auch auf die allgemeingesellschaftliche Bedeutung einer Berichterstattung über das Leben Prominenter mit einer gewissen Vorbildfunktion abgestellt hatte, mit vergleichbar pauschal gehaltenen Gegenwertungen zur Seite geschoben hatte. Noch wichtiger war aber die Inhaltskritik. Sie wandte sich vor allem dagegen, dass der EGMR den im deutschen Recht höheren Schutz der Pressefreiheit abgesenkt und damit gegen das in Artikel 53 der Konvention enthaltene Verbot verstoßen habe, dass der in den Mitgliedsstaaten erreichte menschenrechtliche Standard nicht vermindert werden dürfe. Ginge es um den Grundrechtsschutz in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis, sei ein „Mehr“ an Rechten auf der einen Seite unweigerlich mit einem „Weniger“ an Rechten auf der anderen Seite verbunden. Hier einen Ausgleich zu schaffen, obliege den nationalen Verfassungsgerichten und sei vom Gerichtshof aufgrund des Ermessensspielraums der Mitgliedsstaaten nicht im Detail zu überprüfen.<sup>22</sup>

Will man die Metapher der „Beziehungsgeschichte“ aufgreifen, so müsste man das Verhältnis zwischen EGMR und Bundesverfassungsgericht nach der Entscheidung von Hannover v. Deutschland als Beziehungskrise begreifen. Das Bundesverfassungsgericht sah seine Autorität, Schlusspunkte unter lang andauernde Diskussionen zu setzen und damit seine Rolle als Letztentscheidungsinstanz in Frage gestellt. Dieser Konflikt spitzte sich letztlich auf die Dichotomie „staatliche Souveränität“ versus „völkerrechtliche Bindung“ zu; ein Konflikt, der unter ähnlichen Vorzeichen auch bereits zur Konfrontation zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH mit Blick auf den Vorrang des supranationalen Rechts geführt hatte.

In gewisser Weise war eine Antwort des Bundesverfassungsgerichts auf diese Problematik in der Entscheidung Görgülü enthalten. Dabei ging es um die Weigerung der deutschen Gerichte, eine vom EGMR rechtsverbindlich getroffene Entscheidung in einem Dreiecksverhältnis zwischen leiblichem Vater, Kind und Adoptiveltern auch auf nationaler Ebene umzu-

setzen. Der EGMR hatte kritisiert, dass die deutschen Gerichte den Rechten des Vaters in ihren Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht eines von der Mutter zur Adoption freigegebenen Kindes nicht ausreichend Gewicht beigemessen hätten. Das Bundesverfassungsgericht war nunmehr mit der Frage konfrontiert, ob die Weigerung der deutschen Behörden und Gerichte, die bindende Entscheidung des EGMR umzusetzen, eine Verletzung deutschen Verfassungsrechts darstellte. Dies bejahte das Gericht mit einer differenzierten Formel, die mit Blick auf das Grundgesetz als „Doppelformel von Öffnung und Selbstbewahrung“ zu beschreiben ist.<sup>23</sup> Einerseits band das Karlsruher Gericht die Befolgung der Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs in das Rechtsstaatsgebot ein und ermöglichte damit eine verfassungsgerichtliche Kontrolle. Andererseits betonten die Karlsruher Richter aber auch, dass es keine „schematische Vollstreckung“ geben dürfe; die Entscheidungen des EGMR dürften zwar nicht außer Acht gelassen werden, gefordert sei aber dennoch eine Einpassung in das nationale Rechtssystem. Zudem betonte das Bundesverfassungsgericht, dass dies nur gelte, wenn die Entscheidungen des EGMR im Rahmen einer „methodisch vertretbaren Auslegung“ getroffen worden seien und zeigte so implizit eine Grenze für die rechtsfortbildende Auslegung durch den EGMR auf. Besonders prägnant – und die Rezeption des Görgülü-Urteils prägend – war aber der Verweis auf die nationalstaatliche Souveränität. So erklärte das Bundesverfassungsgericht, den Entscheidungen des EGMR sei nicht zu folgen, wenn deren Umsetzung gegen „tragende Grundsätze der Verfassung“ verstoßen würde.<sup>24</sup> In diesem Fall verzichte das Grundgesetz nicht auf „die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“.<sup>25</sup> Somit wurde einerseits der Rechtsstaatsbegriff europäisiert, zugleich aber auch der Grundsatz „im Zweifel für die Verfassung“ herausgestellt.

Der grundsätzliche Konflikt „verfassungsrechtliche Souveränität“ versus „völkerrechtliche Bindung“ war damit gewissermaßen auf den Punkt gebracht und wurde zum Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Analysen. Damals fand die Debatte im Wesentlichen noch in juristischen Fachkreisen statt. Das änderte sich im Jahr 2009 mit der Entscheidung M. v. Deutschland<sup>26</sup> zur Sicherungsverwahrung, die gewissermaßen zu einer Popularisierung der Diskussion führte. Auch hier stand ein endgültiges Votum des Bundesverfassungsgerichts einer konträren Entscheidung des EGMR gegenüber. Das Bundesverfassungsgericht hatte im Jahr 2004 judiziert, die rückwirkende Verlängerung der Sicherungsverwahrung von zehn Jahren auf unbegrenzte Zeit sei mit dem Grundgesetz verein-

bar, da diese Änderung weder dem Rückwirkungsverbot unterfalle noch eine unverhältnismäßige Einschränkung der Freiheit des Sicherheitsverwahrten bedeute.<sup>27</sup> Der EGMR dagegen sah zum einen einen Verstoß gegen Art. 5 EMRK, der eine Freiheitsentziehung nur in einer eng begrenzten Zahl von Fällen vorsieht und eine rückwirkende Anordnung einer Freiheitsentziehung, die nicht bereits im Urteil angelegt ist, ausschließt. Ferner rügte der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 7 EMRK, der den Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ festschreibt. Die praktischen Folgen des Dissenses von EGMR und Bundesverfassungsgericht waren für jedermann sichtbar, da aufgrund der Entscheidung des EGMR Straftäter freizulassen waren, die als besonders gefährlich galten.

Allerdings stellte die Entscheidung des EGMR aus dem Jahr 2009 nicht den Endpunkt der Entwicklung in der Debatte über die Sicherheitsverwahrung dar. Vielmehr folgte im Mai 2011 die Antwort des Bundesverfassungsgerichts, mit der die Linie des EGMR im Wesentlichen bestätigt und die Sicherheitsverwahrung – abweichend von der Entscheidung im Jahr 2004 – für verfassungswidrig erachtet wurde.<sup>28</sup> Das Verfassungsgericht gab eine Zwei-Stufen-Lösung vor, die eine Überprüfung aller Fälle, in denen die Sicherheitsverwahrung rückwirkend angeordnet worden war, bis zum Jahresende 2011 erforderlich machte. Zugleich wurde eine grundsätzliche gesetzliche Neuregelung zum Recht der Sicherheitsverwahrung bis zum Jahr 2013 angemahnt. Die europäische Kritik wurde aufgegriffen ohne die Systematik des deutschen Rechts, insbesondere die Abgrenzung zwischen Repression und Prävention, aufzugeben. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war somit im Sinne der Görgülü-Entscheidung als Beispiel der Einpassung einer Entscheidung des EGMR in die nationale Rechtsordnung zu interpretieren.

Wichtig ist auch, dass sich das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Sicherheitsverwahrung aus dem Jahr 2011 explizit zum Dialog mit dem EGMR bekannt hat. In gewisser Weise relativierte es das apodiktische Souveränitätsverständnis, das der Görgülü-Entscheidung zugrunde gelegen hatte. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes wurde als „Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses“ angesehen, „das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge, sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet.“<sup>29</sup> Damit greift die Entscheidung zur Sicherheitsverwahrung die Ansätze der Görgülü-Entscheidung auf und entwickelt sie fort, modifiziert diese frühere Entscheidung aber auch in nuancierter Form.<sup>30</sup>

Nun ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherheitsverwahrung nicht als Dur-Schlussakkord aufzufassen, allenfalls als ein harmonischer Zwischenakkord. Der EGMR war auch in der Folgezeit gezwungen, sich mit einer Vielzahl bereits vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts anhängiger Fälle zur Sicherheitsverwahrung zu befassen. Dass die Auseinandersetzung mit ein- und derselben Rechtsfrage als „Dialog“ angesehen wird, wird in den neuen Entscheidungen, mögen sie auch im Einzelfall zur Feststellung von Konventionsverletzungen geführt haben, deutlich. So geht der Gerichtshof auf die grundsätzliche Haltung des Bundesverfassungsgerichts ein: „er [der Straßburger Gerichtshof] heißt den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts willkommen, die Normen des Grundgesetzes auch im Licht der Konvention und der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen. Dies zeigt das fortgesetzte Engagement des Verfassungsgerichts zum Schutz der Grundrechte nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene.“<sup>31</sup>

Eine Konfliktentschärfung fand mittlerweile auch mit Blick auf die Auseinandersetzung um Pressefreiheit versus Persönlichkeitsrecht im Fall von Hannover statt. So hat die Große Kammer eine neue Beschwerde von Caroline von Hannover abgewiesen,<sup>32</sup> mit der diese geltend gemacht hatte, die Vorgaben des EGMR seien von den deutschen Gerichten nicht zufriedenstellend umgesetzt worden. Konkret ging es um eine Bildveröffentlichung aus dem Privatleben der Prinzessin – das Foto zeigte sie mit ihrem Mann beim Skifahren –, die das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Begleittext zum Gesundheitszustand von Carolines Vaters als Beitrag zu einer politischen Debatte gewertet hatte. Die Große Kammer sah diese Einschätzung als „nicht unvernünftig“ an und betrachtete im Ergebnis den Konflikt zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht als konventionskonform gelöst. Dass Fragen offenbleiben, zeigt allerdings die zeitgleich veröffentlichte Entscheidung des EGMR zur Einschränkung der Pressefreiheit des Springer-Verlags.<sup>33</sup> So rügte die Große Kammer die einstweiligen Verfügungen deutscher Gerichte zu einer Veröffentlichung der Verhaftung eines Fernsehspielers auf dem Oktoberfest wegen eines Drogendelikts als Verstoß gegen die Pressefreiheit, die einen „chilling effect“ haben könne. Die dissentierenden Richter dagegen argumentierten, die Entscheidungen der deutschen Gerichte fielen in den Ermessensspielraum, der bei derartigen Abwägungsentscheidungen den Mitgliedsstaaten der Konvention einzuräumen sei.

## DISSENS UND KONSENS

Dass das Bundesverfassungsgericht auf der einen Seite und der EGMR auf der anderen Seite nicht immer zu identischen Lösungen bei den ihnen vorgelegten Fällen kommen, beruht auf einer Vielzahl von Gründen. Wesentlich ist, dass Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention zwar weitgehend übereinstimmen, aber eben nicht identisch sind. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Struktur von Art. 5 EMRK einerseits und Art. 2 Abs. 2 GG andererseits einen je unterschiedlichen Maßstab für Freiheitsentziehungen vorgeben. Ein weiterer Grund für eine divergierende Entscheidungspraxis ist die Notwendigkeit, verschiedene Grundrechtsinteressen zu einem Ausgleich zu bringen; hier sind unterschiedliche Gewichtungen unvermeidbar. Deutlich wird dies etwa in den Entscheidungen des EGMR zur Stellung des nichtehelichen Vaters und zum Schutz seiner Rechte auf der Grundlage von Art. 8 EMRK. Hier hat der EGMR mit den Entscheidungen Zaunegger,<sup>34</sup> Anayo<sup>35</sup> und Schneider<sup>36</sup> eine klare Linie vorgezeichnet, die Grenzen einer Festigung der Rechtstellung des Vaters aber in den jüngsten Entscheidungen Ahrens v. Deutschland<sup>37</sup> und Kautzor v. Deutschland<sup>38</sup> aufgezeigt. Deutlich wird hier zum einen, dass der Gerichtshof dem Kindeswohl bei der Interessenabwägung einen prominenten Platz einräumt, zum anderen, dass er zwischen Umgangs- und Sorgerecht differenziert. Bei der Entscheidung zu grundsätzlichen Statusfragen gibt der Gerichtshof den nationalen Entscheidungsträgern einen wesentlich größeren Ermessensspielraum.

Es ist naheliegend, dass diejenigen Urteile, in denen der Gerichtshof eine Konventionsverletzung feststellt, sowohl in der Fachöffentlichkeit als auch beim breiten Publikum wesentlich größere Resonanz finden als Entscheidungen, die die Sicht der nationalen Gerichte bestätigen. Allerdings wird mit dieser Perspektive das Bild vom Verhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verzerrt. Denn über 95 Prozent der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fälle führen zu Unzulässigkeitsentscheidungen beim EGMR. Diese ergehen in der Regel durch den Einzelrichter oder durch ein Komitee von drei Richtern und tragen keine innovativen Ansätze zum *case law* des Gerichtshofs bei. Es gibt allerdings auch eine Reihe von in der Sache bedeutenden Unzulässigkeitsentscheidungen und Entscheidungen, in denen eine Konventionsverletzung im Ergebnis verneint wird, die für die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs und für das Verhältnis zum Bundesverfassungsgerichts von großer Relevanz sind.

Beim Thema Sicherungsverwahrung wird zum Beispiel in der Regel nur betont, dass Deutschland mit der rückwirkenden Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen die Konvention verstoßen habe. Weniger berücksichtigt wird, dass der Gerichtshof implizit in dem Urteil M. v. Deutschland und explizit in der Entscheidung Großkopf v. Deutschland<sup>39</sup> das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung als mit der Konvention vereinbar angesehen hat.

Von historischer Bedeutung ist die Entscheidung zum Fall Distomo.<sup>40</sup> Dabei ging es um die Frage, ob die Bundesrepublik verpflichtet wäre, den Hinterbliebenen eines Massakers in Griechenland im Jahr 1944 Entschädigung zu zahlen und ob die Abweisung der Klage durch deutsche Gerichte gegen Art. 1 Abs. 1 des Ersten Zusatzprotokolls verstoße. Der Gerichtshof verneinte dies, da den Betroffenen im deutschen Recht kein einklagbarer und damit von Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zu schützender Anspruch zustünde. Die Prüfung des deutschen Rechts, die die deutschen Gerichte vorgenommen hatten, konnte der Gerichtshof in diesem Kontext nur auf Willkür untersuchen; Willkür aber konnte bei den differenzierten, alle potentiellen Anspruchsgrundlagen prüfenden Entscheidungen nicht festgestellt werden.

Von überaus weitreichender Bedeutung waren auch Entscheidungen des Gerichtshofs zum Verhältnis zwischen Kirche und Staat. Im Fall Wasmuth v. Deutschland<sup>41</sup> ging es um die Frage, ob die Pflicht, auf der Lohnsteuerkarte angeben zu müssen, ob man einer kirchensteuerabzugsberechtigten Religionsgemeinschaft angehört, einen Verstoß gegen die negative Religionsfreiheit darstellen könne. Der Gerichtshof verneinte dies mit dem Argument, die entsprechende Verpflichtung sei verhältnismäßig, da die Angabe nur einen geringen Informationswert habe und die Rechte des Betroffenen nur minimal beeinträchtigt würden, zugleich aber das Kirchensteuersystem auf diese Weise effektiv und kostengünstig gestaltet werden könne. Dass der Betroffene damit indirekt zur Unterstützung von Rechtspositionen einzelner Religionsgemeinschaften beitrage, die er ablehnt, rechtfertigte nach Ansicht des Gerichtshofs keine abweichende Beurteilung.

Zum Thema Kirche und Staat sind außerdem mehrere von evangelischen Pfarrern und Offizieren der Heilsarmee beim Gerichtshof eingereichte Beschwerden über eine Verletzung des Zugangs zum Gericht (Art. 6 EMRK) zu erwähnen.<sup>42</sup> Darin wird moniert, dass vor deutschen Gerichten bei



Klagen über Entlassungen von Pfarrern aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Autonomie der Kirchen und Religionsgemeinschaften kein Rechtsschutz gewährt wird, sei es, dass die Klagen a priori als unzulässig abgewiesen werden oder – wie nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – zwar für zulässig, aber für unbegründet erachtet werden. Der Gerichtshof verneint hier eine Konventionsverletzung, da – soweit sich die Ansprüche auf innerkirchliche Regelungen stützen – kein „zivilrechtlicher Anspruch“ im Sinne der Konvention bestehe, beziehungsweise die auf eine Verletzung des Willkürverbots, der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung eingeschränkte Prüfung gerechtfertigt sei.

Für das Ausländerrecht von Interesse ist die Entscheidung *Trabelsi v. Deutschland*,<sup>43</sup> in der es um die Frage der Ausweisung in Deutschland geborener, straffällig gewordener Ausländer geht. Hier ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Folge des Urteils der Großen Kammer *Maslov v. Österreich*<sup>44</sup> eine detaillierte Abwägung der Umstände des Einzelfalls erforderlich. Im Ergebnis akzeptierte der EGMR die Entscheidung der deutschen Gerichte.

Schließlich sei auch noch die Entscheidung *Dojan und andere v. Deutschland*<sup>45</sup> erwähnt. Hier hatten Eltern geltend gemacht, die verpflichtende Teilnahme ihrer Kinder am Sexualkundeunterricht verstoße gegen das Recht auf Erziehung (Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls) sowie gegen die Religionsfreiheit und das Recht auf Privatleben. Dem widersprach der Gerichtshof im Wesentlichen mit dem Argument, die Konvention garantiere kein Recht, nicht mit Ideen und Vorstellungen konfrontiert zu werden, die von den eigenen Anschauungen abwichen. Das Erziehungsrecht der Eltern als solches sowie ihre Religionsfreiheit und das Recht auf Privatleben sah der Gerichtshof nicht als verletzt an.

## REFORMÜBERLEGUNGEN UND AUSBLICK

Über die Frage einer möglichst effektiven Gestaltung des Grund- und Menschenrechtssystems in Europa im Rahmen eines Mehrebenenmodells wird viel diskutiert. Es besteht Konsens, dass weder „mehr Regelungen“ noch „mehr Kontrollinstanzen“ per se für den Einzelnen einen verbesserten Schutz der Grund- und Menschenrechte bedeuten müssen. Diese Diskussion wurde insbesondere auch durch den bevorstehenden Beitritt der EU zum System der Europäischen Menschenrechtskonvention ange-regt.

Bei der von Großbritannien im April 2012 organisierten Konferenz von Brighton, die in der Folge der Konferenzen von Interlaken und Izmir die Vertreter der Mitgliedsstaaten zusammenführen soll, um über eine Verbesserung des Konventionssystems zu diskutieren, werden auch verschiedene Vorschläge eingebracht, die das Verhältnis des EGMR zu den nationalen Verfassungsgerichten betreffen. Zum einen wird überlegt, ein Gutachtenverfahren einzuführen, bei dem die nationalen obersten Gerichte beziehungsweise die Verfassungsgerichte bei Menschenrechtsfragen, mit denen sie konfrontiert sind, ein unverbindliches Gutachten der Großen Kammer des EGMR anfordern können. Zum anderen existiert ein Reformvorschlag, nach dem sich der Gerichtshof nicht mehr mit einem Fall befassen kann, wenn ein nationales Gericht sich ausführlich mit der Problematik auseinandergesetzt und ein endgültiges Urteil getroffen hat, es sei denn, es handle sich um eine Grundsatzfrage für die Auslegung der Konvention („serious question affecting the interpretation of the Convention“) oder das nationale Gericht habe evident falsch entschieden („clearly erred in its interpretation“).<sup>46</sup>

Es ist unstrittig, dass eine Reform des Gerichtshofs aufgrund seiner Überlastung dringend erforderlich ist. Ob allerdings die Vorschläge zum Gutachtenverfahren und zur Einführung des neuen Zulässigkeitskriteriums „same in substance“ förderlich sind, wird überaus kontrovers diskutiert. In jedem Fall zeigt die bewegte Geschichte der Beziehungen zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Bundesverfassungsgericht, dass sich auch bei Meinungsverschiedenheiten immer ein Modus Vivendi hat finden lassen und der „Dialog der Richter“ für beide Seiten stets inspirierend war.

- 1| Jonathan Sharpe (Hrsg.), *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, 2011.
- 2| Arthur Robertson (Hrsg.), *Collected Edition of the ‚travaux préparatoires‘ of the ECHR, 1975-1985, Bd. 1, S. 292.*
- 3| *Ebd.*, S. 34.
- 4| Vgl. Luzius Wildhaber, *Changing Ideas about the Tasks of the European Court of Human Rights*, in: *ders., The European Court of Human Rights 1998-2006: History, Achievements and Reform*, 2006, S. 136.
- 5| Hersch Lauterpacht, *An International Bill of Rights of Man*, 1945, S. 14.
- 6| Vgl. zur Geschichte die Darstellung bei Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, 2010.
- 7| *Golder v. Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 4451/70, 21.2.1975, A 18.

- 8| Tyrer v. Vereinigtes Königreich, Beschwerde-Nr. 5856/72, 25.4.1978, A 26.  
 9| Marckx v. Belgien, Beschwerde-Nr. 6833/74, 13.6.1979, A 31.  
 10| Airey v. Irland, Beschwerde-Nr. 6289/73, 9.10.1979, A 32.  
 11| Irland v. Vereinigtes Königreich, Beschwerde-Nr. 5310/71, 18.1.1978, A 25.  
 12| Vgl. Christian von Coelln, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 6, Rn. 98 ff.  
 13| Vgl. BVerfGE 74, 358 (370 f.); vgl. dazu Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Der Grundsatz des fairen Verfahrens, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar, S. 642 ff.  
 14| Vgl. Christoph Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 290 (299 ff.); Thomas Giegerich, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar, Rn. 17.  
 15| Karlheinz Schmidt v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 13580/88, 18.7.1994, A291-B.  
 16| BVerfG E 92, 91.  
 17| Vogt v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 17851/91, 26.9.1995, Reports 1996-IV; Elsholz v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 25735/94, 13.7.2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VIII; Sahin v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 30943/96, 8.7.2003.  
 18| Waite and Kennedy v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 26083/94, 18.2.1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-I; K-H.W. v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 37201/97, 22.3.2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-II; Strelitz, Kessler and Krenz v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 34044/96, 35532/97, 44801/98, 22.3.2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-II; Hans Adam II von Liechtenstein v. Deutschland, 12.7.2001, Beschwerde-Nr. 42527/98, RJD 2001-VIII.  
 19| Von Hannover v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 59320/00, 24.6.2004, NJW 2004, S. 2647.  
 20| BVerfGE 101, 361 ff.  
 21| Vgl. z. B. Christoph Grabenwarter, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderwegs?, AfP 2004, S. 309 ff.; Andreas Heldrich, Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 2003, S. 2634 ff.  
 22| Vgl. zum Problem des „mehrpolygonen Rechtsverhältnisses“: Gertrude Lübbecke-Wolff, Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei konfligierenden Individualrechten – Plädoyer für eine Korridorlösung, in: Martin Hochhuth (Hrsg.), Nachdenken über Staat und Recht: Kolloquium zum 60. Geburtstag von Dietrich Murswiek, Berlin 2010, S. 193 ff.; Wolfgang Hoffmann-Riem, Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2006, S. 492 ff.  
 23| Vgl. Angelika Nußberger, Europäische Menschenrechtskonvention, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 10, 3. Aufl., 2012, im Erscheinen.  
 24| BVerfGE 111, 307.  
 25| Ebd.  
 26| M. v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 19359/04, 17.12.2009, Reports of Judgments and Decisions 2009.  
 27| BVerfG vom 5.2.2004, NJW 2004, 739 ff.  
 28| BVerfG vom 4.5.2011, NJW 2011, 1931 ff.  
 29| BVerfG vom 4.5.2011, NJW 2011, 1931 (1935 ff.).

- 30| Vgl. dazu Angelika Nußberger, Europäische Menschenrechtskonvention, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 10, 3. Aufl., 2012, im Erscheinen.  
 31| Vgl. O.H.v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 4646/08, 24.11.2011, Para. 54.  
 32| Von Hannover v. Deutschland II, Beschwerde-Nr. 40660/08, 60641/08, 7.2.2012.  
 33| Springer Verlag v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 39954/08, 7.2.2012.  
 34| Zaunegger v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 22028/04, 3.12.2009.  
 35| Anayo v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 20578/07, 21.12.2010.  
 36| Schneider v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 17080/07, 15.9.2011.  
 37| Ahrens v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 45071/09, 22.3.2012.  
 38| Kautzor v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 23338/09, 22.3.2012.  
 39| Großkopf v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 24478/03, 21.10.2010.  
 40| Sfountouris v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 24120/06, 31.5.2011.  
 41| Wasimuth v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 12884/03, 17.2.2011.  
 42| Baudler v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 38254/04, 6.12.2012; Reuter v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 39775/04, 6.12.2011; Müller v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 12986/04, 6.12.2011; Reuter v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 32741/06, 19568/09, 17.1.2012.  
 43| Trabelsi v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 41548/06, 13.10.2011.  
 44| Maslov v. Österreich, Beschwerde-Nr. 1638/03, 23.6.2008.  
 45| Dojan und andere v. Deutschland, Beschwerde-Nr. 319/08, 2455/08, 7908/10, 8152/10, 8155/10, 19.12.2007.  
 46| Vgl. die Zusammenfassung des Entwurfes für die in Vorbereitung befindliche Brighton Declaration: [http://www.soros.org/initiatives/justice/articles\\_publications/publications/echr-factsheets-20120227/echr1-brighton-20120227.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/echr-factsheets-20120227/echr1-brighton-20120227.pdf).



## DIE AUTOREN UND HERAUSGEBER

*Dr. Ralf Thomas Baus*

*Leiter Team Innenpolitik, Hauptabteilung Politik und Beratung  
der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.*

*Dr. Michael Borchard*

*Leiter der Hauptabteilung Politik und Beratung der  
Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.*

*Dr. Katja Gelinsky LL.M.*

*Koordinatorin Rechtspolitik, Hauptabteilung Politik und Beratung  
der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.*

*Professor Dr. Ferdinand Kirchhof*

*Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts*

*Professor Dr. Günter Krings MdB*

*Stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion*

*Professor Dr. Norbert Lammert MdB*

*Präsident des Deutschen Bundestages*

*Professor Dr. Christine Langenfeld*

*Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Georg-August-Universität  
Göttingen*

*Dr. Thomas de Maizière MdB*

*Bundesminister der Verteidigung*

*Professor Dr. h. c. Rudolf Mellinghoff*

*Präsident des Bundesfinanzhofs, Richter des Bundesverfassungs-  
gerichts a. D.*

*Professor Dr. Dr. h. c. Angelika Nußberger*

*Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*

*Dr. Hans-Gert Pöttering MdEP*

*Präsident des Europäischen Parlaments a. D.,  
Vorsitzender der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.*

*Professor Dr. Christian Waldhoff*

*Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht an der Humboldt-  
Universität zu Berlin*

## ANSPRECHPARTNER IN DER KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG

*Dr. Ralf Thomas Baus*

*Leiter Team Innenpolitik  
Hauptabteilung Politik und Beratung  
10907 Berlin  
Telefon: +49(0)-30-2 69 96-35 03  
E-Mail: ralf.baus@kas.de*

*Dr. Michael Borchard*

*Leiter der Hauptabteilung Politik und Beratung  
10907 Berlin  
Telefon: +49(0)-30-2 69 96-35 50  
E-Mail: michael.borchard@kas.de*

*Dr. Katja Gelinsky LL.M.*

*Koordinatorin Rechtspolitik  
Hauptabteilung Politik und Beratung  
10907 Berlin  
Telefon: +49(0)-30-2 69 96-35 07  
E-Mail: katja.gelinsky@kas.de*