

DIMITRIS-TSATSOS-INSTITUT FÜR EUROPÄISCHE VERFASSUNGSWISSENSCHAFTEN

RECHT UND POLITIK IN DER EUROPÄISCHEN INTEGRATION

Ein Beitrag zur Entfaltung europäischer Verfassungskultur

Prof. Dr. Peter Schiffauer
Honorarprofessor der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der FernUniversität in Hagen

Stellvertretender Direktor des Dimitris-Tsatsos-Instituts
für Europäische Verfassungswissenschaften der
FernUniversität in Hagen

DTIEV-Online Nr. 3/2018



FernUniversität in Hagen

DTIEV-Online
Hagener Online-Beiträge zu den
Europäischen Verfassungswissenschaften

ISSN: 2192-4228

FernUniversität in Hagen
Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften
58084 Hagen
Tel.: 02331 987-2912
e-mail: DTIEV@Fernuni-Hagen.de
<http://www.fernuni-hagen.de/dtiev>

Recht und Politik in der europäischen Integration*

Ein Beitrag zur Entfaltung europäischer Verfassungskultur

Peter Schiffauer

A. Theoretische Gedankenschritte I-IV

I. Zu den Aktionsfeldern von Recht und Politik

Recht und Politik sind erstem Anschein nach im Prozess der europäischen Integration untrennbar verwoben. Seit dem EWG-Vertrag aus dem Jahre 1957 werden die Aktionsfelder der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, später der Europäischen Union als „Politiken“ bezeichnet. Solcher Sprachgebrauch umfasst aber nicht die gesamte Spannweite des Phänomens: „Politik“ ist mehr, zum Beispiel die Dynamik von „*Freund-Feind-Beziehungen*“, die für Carl Schmitt¹ das Wesentliche von Politik ausmachen. Auch dieses Feld der „politischen“ Politik ist durch Rechtsnormen strukturiert, man denke an die konstitutionellen Regeln der Regierungsbildung, das Wahlrecht oder an parlamentarische Geschäftsordnungen. Aber nicht damit befassen sich die folgenden Überlegungen. Bei der in diesem Beitrag untersuchten Berührungssphäre mit dem Recht geht es um diejenigen politischen Tätigkeiten und Bereiche, die die Bedingungen der gesellschaftlichen Existenz bewusst gestalten oder verändern wollen und – unter der Prämisse demokratischer Willensbildung – um Mehrheiten für die Verwirklichung eines „politischen Programms“ ringen. Im Vergleich zu diesem politischen Gestaltungsauftrag haben Juristen eine völlig andersartige Aufgabe. Sie ist darauf gerichtet, eine nicht von ihnen geschaffene, sondern ihnen in der einen oder anderen Weise vorgegebene Rechtsordnung zu deuten, zu interpretieren und mit einzelnen Entscheidungen von Fall zu Fall zu konkretisieren und weiter zu entwickeln.

* Der vorliegende Beitrag basiert auf einem am 11. Oktober 2018 am Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften gehaltenen Vortrag. Der Verfasser ist Honorarprofessor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der FernUniversität in Hagen und stellvertretender Direktor des Dimitris-Tsatsos-Instituts für Europäische Verfassungswissenschaften der FernUniversität in Hagen.

¹ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin 1932.

Frühzeitig erkannte der Europäische Gerichtshof², dass die durch Verträge geschaffene und durch die Setzung von Rechtsnormen handelnde Europäische Wirtschaftsgemeinschaft eine eigenständige Rechtsordnung *sui generis* bildet. Seit Walter Hallstein wurde die Europäische Gemeinschaft häufig als eine Rechtsgemeinschaft qualifiziert³. „Verrechtlichung“ ist ein in Soziologie und Politikwissenschaft häufig bearbeitetes Schlagwort. Es rückt zum einen Teil in den Blick, wie ökonomische und persönliche Beziehungen in modernen Gesellschaften zunehmend durch Rechtsnormen geordnet und gestaltet werden⁴. Zum anderen Teil wird es gebraucht zur Warnung vor einer Gefahr, dass immer mehr Fragen praktischer Politik letztendlich durch Gerichte entschieden werden, beispielsweise durch die Entfaltung des verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes⁵. Zum Grundbestand demokratischer Tradition zählt, dass über die in einem Gemeinwesen anstehenden Fragen politischer Gestaltung nach kontroverser öffentlicher Diskussion durch ein mehrheitliches Votum der ihm Angehörigen oder ihrer Repräsentanten eine legitime Entscheidung herbeigeführt wird. Zum gleichen Grundbestand zählt, dass eine politische Entscheidung darin bestehen kann und nicht selten darin besteht, eine allgemein verbindliche Norm des (positiven) Rechts in Geltung zu setzen, zu ändern oder aufzuheben. Zum Grundbestand einer Rechtsordnung⁶ gehört, dass Rechtsnormen befolgt werden müssen. Wenn die Geltung oder Anwendung von Rechtsnormen streitig ist, entscheiden unabhängige Gerichte, die mit juristisch qualifiziertem Personal besetzt sind. Das gerichtliche Erkenntnisverfahren muss wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und nach Maßgabe offen gelegter Gründe für andere Juristen nachvollziehbar sein. Die Sphären des Politischen und Rechtlichen können somit nach den jeweiligen Verfahren der Entscheidungsfindung un-

² Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62, „van Gend & Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung“, Slg. 1963, 1 ff.; Urteil vom 15. Juli 1964, Rechtssache 6/64 Costa/E.N.E.L., Slg. 1964, 1255 ff.

³ Näheres bei *Franz C. Mayer*, Europa als Rechtsgemeinschaft, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 8/05 (2005), <http://www.whi-berlin.de/rechtsgemeinschaft.htm> (Zugang 26.10.2018). Zweifel an dieser Qualifizierung hat Armin von Bogdandy auf der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 2016 vorgetragen.

⁴ Dieser Gebrauch geht wohl auf Jürgen Habermas zurück. Vgl. *Loick D.*, Verrechtlichung und Politik, in: Bittlingmayer U., Demirovic A., Freytag T. (eds), *Handbuch Kritische Theorie*, Wiesbaden 2016; *Gunther Teubner*, Verrechtlichung: Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, Florence, European University Institute, 1984, EUI Working Papers, 087.

⁵ So z. B. *Volker Boehme-Neßler*, in: Raben von Westphalen (Hrsg.), *Deutsches Regierungssystem*, München/Wien 2001, S. 382.

⁶ Häufig wird dieser Grundbestand mit dem Rechtsstaatsprinzip identifiziert (hierzu *Katharina Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997), mit dem jedoch nicht in allen europäischen Rechtsordnungen die gleichen Vorstellungen verbunden werden (so bereits Reimer von Borries (Hrsg.) *Europarecht von A-Z*, 1. Aufl. München 1982, Stichwort Rechtsstaatsprinzip). Im Zusammenhang des den staatlichen Horizont überschreitenden europäischen Integrationsprozesses würde der ohne Staatsbezug auskommende englischsprachige Ausdruck der ‚Rule of Law‘ auf jeden Fall besser passen.

terschieden werden. Das ist kein neuer Definitionsversuch⁷, eher der Versuch einer pragmatischen Scheidung des Unproblematischen vom Problematischen: Wo eine Entscheidung nicht aus dem Kontext geltender positiver Normen und anerkannter Rechtsgrundsätze nachvollziehbar begründet werden kann, hat der Jurist sich zurückzuhalten. Wo eine in der Gesellschaft verankerte Rechtsüberzeugung in einer gefestigten Rechtsprechung über die Geltung und Tragweite höherrangiger Prinzipien des Rechts ihren Ausdruck findet, hat die Politik Zurückhaltung zu üben. Die institutionelle Gewaltenteilung auf staatlicher wie auf transnationaler Ebene respektiert im Grundsatz diese Scheidung. Problemfelder ergeben sich in den Grenzbereichen, wenn rechtliche Überzeugungen, die sich verfestigen und an Tiefe gewinnen, in Konflikt zu politischen Gestaltungsansprüchen treten, oder wenn in Einzelfällen politische Macht nicht bereit ist, sich einer legitimen Rechtsüberzeugung unterzuordnen. Trivial ist deshalb die Aussage, dass in der europäischen Integration Recht und Politik untrennbar verwoben sind. Nähere Prüfung verdient die Frage, welche Grenzen Recht und Politik sich in einem solchen Kontext gegenseitig setzen.

II. Zur Souveränität der Herren der Verträge

„Die Mitgliedstaaten sind die Herren der europäischen Verträge.“ An dieser „viel zitierten“⁸ Auffassung bestanden in der Anfangszeit der europäischen Integration kaum Zweifel⁹. Mit den auf europäischer Verfassungskultur aufbauenden Vorstellungen einer demokratischen Grundordnung, die ein europäisches Gemeinwesen konstituiert, ist eine solche „Herrenideologie“¹⁰ nicht mehr in Einklang zu bringen. Allenfalls macht sie deutlich, dass es nach wie vor sowohl faktisch als auch rechtlich in der Macht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union steht, der letzteren einvernehmlich ein Ende zu setzen. Manche nostalgische nationalistische Strömungen streben eine solche Entwicklung sogar an. Die praktischen und juristischen Schwierigkeiten bei dem Unterfangen, eine über Jahrzehnte gewachsene gemeinsame Wirtschafts- und Rechtsstruktur zu entflechten, wären allerdings erheblich. Beim *Brexit* wird dies deutlich sichtbar. Deshalb erscheint es als höchst unrealistisch, dass die

⁷ Ob Definitionsversuche für Basiskategorien wie „Politik“ oder „Recht“ überhaupt sinnvoll sind, mag hier dahinstehen; schließlich ringen ganze Wissenschaftszweige kontrovers um eine Theorie der beiden Gegenstände, die einzugrenzen eine solche Definition bezwecken würde.

⁸ Peter Häberle/Markus Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl. Baden-Baden 2016, Rn. 75; beispielsweise greift das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon diese metaphorische Vorstellung an drei verschiedenen Stellen auf (BVerfGE 123, S. 267 ff., insb. Rn. 271, 298, 334).

⁹ Kritisch bereits Ulrich Everling, Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge? in: Bernard R., Geck W. K., Jaenicke G., Steinberger H., *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte*, Festschrift für Herrmann Mosler, Berlin 1983, S. 173 ff.

¹⁰ Häberle/Kotzur, aaO., Rn. 546: „In einer Demokratie sind Staaten auf keinem Felde ‚Herren‘.“

bereits *vollzogene* Integration auf der Grundlage völkerrechtlicher Verträge, die sich zu materieller Verfassungsqualität verdichtet haben, durch einen „actus contrarius“ wieder aufgehoben werden könnte. Näher liegt die Möglichkeit, dass eine in Teilen der Bevölkerung verbreitete Stimmungslage die Politik zunehmend verleitet, die nationale gegen europäisch gemeinsam ausgeübte Souveränität auszuspielen. Diese Entwicklung könnte eine schleichende Erosion der Errungenschaften bewirken, mit denen das geeinte Europa glaubte, die vom Nationalismus ausgehende Gefahr gebändigt zu haben. Eine Gefahr, die der Händedruck zwischen Helmut Kohl und François Mitterand auf dem Schlachtfeld von Verdun zu beschwören suchte und die dieser in seiner letzten Rede vor dem Europäischen Parlament im Mai 1984 klar zum Ausdruck brachte: „Nationalismus bedeutet Krieg.“ Wenn in einem begrenzten geographischen Gebiet mehrere Nationen, gleich ob demokratisch oder totalitär verfasst, ohne übergeordnete Bindungen souverän nur die eigenen Interessen verfolgen, ist früher oder später mit dem Ausbruch von Krieg zu rechnen.

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich dieser Beitrag mit der Frage: Können aus der durch Verträge geschaffenen supranationalen Rechtsordnung mit Verfassungsqualität Normen abgeleitet und verteidigt werden, die selbst einvernehmliches Handeln der „Herren der Verträge“ nicht außer Kraft setzen kann, solange diese Ordnung als „Rechts“-ordnung Bestand hat? Damit wird die folgende, noch grundsätzlichere Frage auf die Ebene eines transnationalen Zusammenschlusses übertragen: Welche Einschränkung von „Souveränität“ muss politische Gestaltungs- und Handlungsfreiheit hinnehmen, wenn ein Gemeinwesen in den Formen des Rechts verfasst sein und regiert werden soll? Dem soll im Folgenden auf zwei verschiedenen Wegen nachgegangen werden: Zum einen in einer Reflektion darüber, wie Geltungsansprüche überpositiven Rechts gegenüber demokratischen Legitimationserwartungen rechtfertigbar sind. Zum anderen im Wege einer Sichtung institutioneller Praxis, in der überpositive Geltungsansprüche auf der Ebene der Europäischen Union in den Blick kommen.

III. Zur Anerkennung überpositiven Rechts

Die Frage nach Geltung und Inhalt überpositiven Rechts beschäftigt die Rechtsphilosophie. Von Aurelius Augustinus von Hippo über Tommaso d'Aquino bis Francisco de Vitoria und Francisco Suarez entfaltet eine christliche Naturrechtslehre das von Cicero als „lex aeterna“ gedachte überpositive Recht im Sinne einer von der „ratio divina“ getragenen „lex natura-

lis“¹¹. In der Neuzeit überwogen Versuche, die Geltung überpositiven Rechts auf eine natürliche Ordnung (z. B. Thomas Hobbes, John Locke¹²), die soziale Natur des Menschen (z. B. Samuel Pufendorf, Christian Wolff¹³) oder Gemeinschaftsvorstellungen (z. B. Fichte, Schelling¹⁴) zu gründen. Kritische Analysen wie die von Ludwig Feuerbach, Karl Marx oder Friedrich Nietzsche¹⁵ haben die Glaubwürdigkeit von Naturrechtsvorstellungen jedoch erheblich erschüttert. Seitdem kann ein Siegeszug des positiven Rechts beobachtet werden. Bereits im ausgehenden Mittelalter erwies sich die schriftliche Fixierung des Rechts als ein Mittel gegen herrschaftliche Willkür¹⁶. Die ersten Verfassungsdokumente (Vereinigte Staaten 1787, Polen 1791) und die Erklärung der Menschenrechte durch die französische Nationalversammlung (1789) setzten wirkmächtige Zeichen. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gewann das Bürgertum durch die Parlamente maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebung und parallel zur parlamentarischen Praxis breitete sich der Rechtspositivismus in Europa aus. Die Verirrungen zahlreicher positivistisch eingestellter Juristen in den ideologischen Auseinandersetzungen des 20. Jahrhunderts und ihre vielfache Verstrickung in die Anwendung gesetzlichen Unrechts unter totalitären und verbrecherischen Herrschaftssystemen nährten jedoch erneut die Überzeugung, es müsse so etwas wie überpositives Recht geben, das Widerstand gegen Akte entgleisender Hoheitsgewalt legitimiert, wenn nicht eine Pflicht zum Widerstand begründet.

Für das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland wird die Dualität von Gesetz und Recht in Artikel 20 Absatz 3 des Bonner Grundgesetzes von 1948 ausdrücklich bestätigt: *„Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“*

Der darauf folgende vierte Absatz zieht daraus die Konsequenz:

„Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.“

Die Bindung der Rechtsanwender an Gesetz und Recht impliziert, dass die in der akademischen Lehre und in der Rechtsprechung anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze als über das geltende gesetzte Recht hinausgehender Teil der Rechtsordnung auch an der verfassungsmäßigen Ordnung teilhaben und vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber konkreti-

¹¹ Zum christlichen Naturrecht siehe *Alfred Verdross*, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Wien 1963, S. 53-99.

¹² Vgl. *Verdross*, aaO., S. 113 ff.

¹³ Vgl. *Verdross*, aaO., S. 128 ff.

¹⁴ Vgl. *Verdross*, aaO., S. 151 ff.

¹⁵ Hierzu *Verdross*, aaO., S. 163 ff.

¹⁶ *Roeck*, *Der Morgen der Welt*, 3. Auf. München 2018, S. 234 ff., 251 ff., 308 f.

siert, keineswegs aber ganz außer Kraft gesetzt werden können.

Für das eigenständige, durch die europäischen Verträge geschaffene, aus einer autonomen Rechtsquelle fließende¹⁷ transnationale Recht der Europäischen Union hat der Europäische Gerichtshof frühzeitig die Geltung allgemeiner, in den Verträgen nicht ausdrücklich niedergelegter Rechtsnormen anerkannt. Das gilt insbesondere für die Grund- und Menschenrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Der Gerichtshof leitete ihre Geltung aus den gemeinsamen Verfassungs- und Rechtsprechungstraditionen der Mitgliedstaaten ab. Beginnend mit Artikel F des Vertrages von Maastricht wurde diese Rechtsauffassung ausdrücklich im Primärrecht der Europäischen Union verankert. Die in der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* niedergelegten *Rechte, Freiheiten und Grundsätze* sind nunmehr gemäß Artikel 6 (1) EUV¹⁸ als mit den Verträgen *rechtlich gleichrangig* anerkannt. Artikel 2 EUV unterscheidet zwischen den Werten, auf die sich die Union gründet, nämlich *Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte* und der Verwirklichung dieser Werte *in allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet*. Schließlich sind gemäß Artikel 6 (3) EUV die Grundrechte, wie sie sich aus der *Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* und aus *den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten* ergeben, als *allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts*. Die Europäischen Verträge gehen somit ausdrücklich von der Geltung ungeschriebener allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts aus. Die im Einzelnen genannten Grundwerte der Union liefern hinreichende Anknüpfungspunkte und Orientierung, um solche Grundsätze in hermeneutischen Verfahren von Fall zu Fall in Auseinandersetzung mit den Verfassungstraditionen und der gesellschaftlichen Realität zu konkretisieren. Die akademische Diskussion kann einen sinnvollen Beitrag zur Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze leisten. Effektive Geltung und Wirkung erlangen sie aber nur durch höchstrichterliche Anerkennung und Akzeptanz des Richterrechts in der institutionellen Praxis. Aber nicht jede höchstrichterliche Auslegung, die wissenschaftlicher Kritik Stand gehalten und sich in der richterlichen Praxis bewährt hat, wird den Rang eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes beanspruchen können. Dieser Rang sollte normativen Aussagen vorbehalten bleiben, die nach allgemeiner Überzeugung in einer Ordnung, die sich als „Rechts“-ordnung versteht und sich nicht in Widerspruch zu sich selbst

¹⁷ Europäischer Gerichtshof, Urteile vom 5. Februar 1963, van Gend & Loos, Rs. 26/62, Slg. 1963, 7 ff., 25 und vom 15. Juli 1964, Costa/E.N.E.L., Rs. 6/64, Slg. 1964, 1259 ff., 1270.

¹⁸ In der Fassung des Vertrags von Lissabon, Abl. C 326 v. 26. Oktober 2012.

setzen will, nicht anders denkbar wären. Allgemein anerkannte bewährte Rechtsprechung zu Normen, deren Gestaltung der Kontingenz der Politik unterliegt, mag auf der Anwendung oder Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze beruhen, kann aber nicht selbst den Rang eines in Recht und Gesellschaft verwurzelten allgemeinen geltenden Grundsatzes beanspruchen.

IV. Zur Begründung der Geltung überpositiven Rechts.

Im Verhältnis zur Sphäre des Politischen, die ihre Legitimation aus der (mehrheitlichen) Zustimmung ableitet, die sie seitens der von ihr repräsentierten Bevölkerung erfährt, ist die Legitimation Recht sprechender Entscheidungen dann nicht leicht zu begründen, wenn ihre Wirkungen – wie bei Verfassungsgerichten häufig, aber auch bei anderen Obergerichten möglich – gesellschaftliche Verhältnisse gestalten und sie nicht ausdrücklich auf Texte gestützt werden können, die von einem legitimen Verfassungs- oder Gesetzgeber in Kraft gesetzt wurden. Nicht selten wurde angesichts solcher Urteilssprüche von Politikern, Politikwissenschaftlern oder Philosophen ein Zurückdrängen der Politik durch das Recht oder gar durch eine politisierte Richterschaft beklagt¹⁹. Umgekehrt gibt es genügend Beispiele für die Instrumentalisierung von Gesetzen und des Berufsstands der Juristen durch die politische Führung und gesetzliche Vorschriften von Unrechtsstaaten²⁰. Wie aber können ungeschriebene Grundsätze richterliche Entscheidungen mit politischen Wirkungen rechtfertigen, wenn positives Recht nicht hinreichend bestimmt oder seine Legitimität erschüttert ist? Der Rückgriff auf religiöse Vorstellungen erscheint fragwürdig, weil die weltanschauliche Neutralität des Staates seit der Aufklärung eine der zentralen Errungenschaften neuzeitlicher Verfassungskultur ist. Die Berufung auf die objektiv vorgegebene menschliche Natur oder auf objektive, aus Tradition und Praxis des Rechts zu erschließende Geltungsansprüche ist leicht als säkulare Religion, wenn nicht sogar als dogmatisch-ideologische Verschleierung subjektiver Überzeugungen, kritisierbar. In diesem Dilemma könnte es vielleicht weiterhelfen, zwei Denkwege zu verkoppeln, die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eingeschlagen wurden.

Auf dem ersten Weg entwickelt Jürgen Habermas in der „Theorie des Kommunikativen Han-

¹⁹ Kritisch z. B. *Roberto Esposito*, *Da fuori – Una filosofia per l’Europa*, Torino, 2016, S. 221: „la sacralizzazione dei diritti dell’uomo segna insieme la crisi e il trionfo della democrazia“. Mit ähnlichen Argumenten versucht die polnische Regierung die von ihr seit 2015 betriebene, heftig umstrittene Justizreform zu rechtfertigen.

²⁰ Das markanteste Beispiel beschreibt vielleicht *Bernd Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 1968, 8. Aufl. 2017.

dels“²¹ eine allgemeine Erklärung für das Zustandekommen gesellschaftlicher Geltungsansprüche. Aussagen können dann Geltung beanspruchen, wenn sie in einem unter idealen Bedingungen geführten, prinzipiell nicht abschließbaren Diskurs aller Kritik Stand halten und deshalb potentiell alle Beteiligten ihnen freiwillig zustimmen. Es ist Habermas nicht entgangen, dass seine in erster Linie auf geisteswissenschaftliche Wahrheitsansprüche, z. B. in der Moralphilosophie, zielenden Überlegungen auch für die rechtswissenschaftliche Arbeit relevant sind. Er hat sie später in „Faktizität und Geltung“²² für dieses Gebiet konkretisiert. Dabei entfaltet er die genetische Verschränkung von Politik und Recht²³, verwendet das diskurstheoretische Modell als idealtypisches Muster zur Legitimation demokratisch-parlamentarischer Rechtsetzung und richterlicher Entscheidungen bei der Gesetzesanwendung. Ihm kommt aber nicht in den Blick, wie sich im Verlauf der Geschichte des Rechts unabhängig vom Willen politischer Mächte allgemeine Rechtsgrundsätze herausgebildet haben.

Mit der Entwicklungsgeschichte allgemeiner Grundsätze des Rechts beschäftigt sich ein zweiter, von Peter Häberle eingeschlagener Weg. Er begreift und untersucht die Erscheinung des Rechts als menschliches Kulturprodukt. „Die Rechtsordnung ist nichts naturhaft Vorgegebenes“. Jede nationale Rechtsordnung und die sie verbindenden Rechtsgrundsätze sind Ergebnis differenzierter kultureller Wachstumsprozesse. „Glanzleistungen“ wie die Elemente des Verfassungsstaats (Menschenrechte, Demokratie, sozialer Rechtsstaat, Gewaltenteilung) sind „immer wieder gefährdete kulturelle Errungenschaften par excellence“²⁴. Häberle spricht von der „Prinzipien-Struktur“ eines „gemeineuropäischen Verfassungsrechts“, das geschrieben oder ungeschrieben „hinter“ und subsidiär neben dem positiven Recht „undogmatisch“ Geltung habe²⁵. Die zur europäischen Rechtskultur der Gegenwart führenden Wachstumsprozesse umspannen wohl mehrere tausend Jahre, begannen nach dem Zeugnis der erhaltenen Quellen im vorderen Orient, wurden in der griechischen Antike vertieft, von römischen Juristen perfektioniert, wurden durch die Migrationsbewegungen des frühen Mittelalters erschüttert und durch neue Vorstellungen bereichert, von der Schule von Bologna wieder belebt und durch Renaissance und Aufklärung mit erneuerter geistiger Energie weiter geführt. In solchen Wachstumsprozessen können eine Reihe von Prinzipien „kristallisieren“, deren Anerkennung nicht nur allgemein geteilt wird, sondern Grundlage und Voraussetzung rechtlicher Verfahrensweisen werden kann.

²¹ 2 Bände, 1. Aufl., Frankfurt/Main 1981.

²² 1. Aufl. Frankfurt/Main 1992.

²³ Ibid., S. 167 ff.

²⁴ Peter Häberle, Europäische Rechtskultur, Frankfurt/Main 1994, S. 17-18.

²⁵ Peter Häberle, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl., Baden-Baden 2016, Rn. 244.

Solche Prinzipien werden sich als „Grund“-sätze, als vom Standpunkt der Gegenwart nicht mehr in Frage zu stellende „Sedimente“ über sehr lange Zeiträume geführter juristischer Diskurse niederschlagen. Sie sind nicht nur tatsächliche kulturelle Errungenschaft, sondern können über die Brücke der Bewährung und Anerkennung in einem zeitlich nicht begrenzten kommunikativen Prozess auch normative Geltung beanspruchen. Das bedeutet auch, dass unter veränderten Umständen²⁶ die Geltung solcher Grundsätze wieder in Frage gestellt werden kann. Solange die Tiefenstrukturen des Bewusstseins einer Gesellschaft Bestand haben, kann jedoch mit einiger Gewissheit davon ausgegangen werden, dass derartige „Sedimente“ als allgemeine Rechtsgrundsätze und Prinzipien der Rechtsfindung Geltung haben. Eine Reihe der praktisch wichtigsten Rechtsvorstellungen dieser Art, die ihren Ankerpunkt in der Vorstellung unveräußerlicher Würde eines jeden Menschen haben, wurde in der Rechtskultur der europäischen Neuzeit zu allgemeinen Grund- und Menschenrechten verdichtet. Sie werden als überpositives Recht vorausgesetzt und haben in zahllosen staatlichen Verfassungen wie in völkerrechtlichen Verträgen die Gestalt ausdrücklicher Rechtsnormen erhalten. Die Abgrenzung zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und verfassungsrechtlichen Grundrechten ist deshalb fließend. Es ist naheliegend, dass Gerichte, wo immer sie dazu in der Lage sind, eher an geltende Normtexte als an überpositive Grundsätze anknüpfen. Trotzdem ist die Besinnung auf diejenigen Inhalte sinnvoll, die in der am höchsten entwickelten gesellschaftlichen Kultur und Praxis zu Rechtsgrundsätzen sedimentiert sind. Denn die in Verfassungstexten und -praxis erreichte freiheitliche Ordnung ist nicht auf Ewigkeit gesichert und kann, wo sie nicht stets neu erkämpft wird, durch rückwärtsgewandte Kräfte ausgehöhlt und untergraben werden.

Wenn immer Diener des Rechts politischem Gestaltungswillen begegnen, sei es bei der Durchführung eines zu positivem Recht geronnenen politischen Programms oder schon bei der Umformung einer politischen Willensäußerung in einen allgemein verbindlichen Gesetzestext, ist es ihre vornehmste Aufgabe, dem demokratisch legitimierten politischen Willen zur Durchsetzung zu verhelfen. Doch die demokratische Legitimation endet, wo der politische Wille gefestigte Rechtsüberzeugungen missachtet, gleich ob sie in einer Verfassung niedergelegt oder zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz „sedimentiert“ sind. Bei der Beantwortung der Frage, ob dies in einer konkreten Situation der Fall ist oder nicht, kann kein „objektives“ Kriterium und kein letztverbindlicher Text Klärung schaffen. Umso wichtiger ist es, dass je-

²⁶ Man denke an die Veränderung der Anschauungen über Transsexualität in der europäischen Gesellschaft seit der Jahrtausendwende und den Niederschlag dieser Veränderung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16).

der Jurist im Laufe seiner Ausbildung nicht nur eine ausreichende Kenntnis der wichtigsten Gesetzesmaterien erwirbt, sondern auch die gedanklichen Prozesse und Sensibilitäten einübt²⁷, mit denen hervorragende Rechtsprechungsorgane Konkordanzen zwischen Verfassungs- bzw. Gesetzestexten und allgemeinen Rechtsgrundsätzen herstellen. Auch das Studium der Europäischen Rechts- und Verfassungskultur mag helfen, eine Orientierung für Zweifelsfälle zu finden. Im konkreten Fall aber muss jeder einzelne „Rechtsarbeiter“²⁸ selbst die Entscheidung treffen und verantworten, wo das Recht ihm eine Grenze im Dienst an der Politik setzt. Dass dies alles nicht nur theoretische Spekulation, sondern praktisch bedeutsam ist, mögen im Folgenden einige Beispiele²⁹ zeigen, in denen die Geltung überpositiver Grundsätze im Recht der Europäischen Union anerkannt ist und, falls erforderlich, dem demokratisch legitimierten Willen des Unionsgesetzgebers entgegengehalten werden kann und muss. Generell aber muss die Art und Weise, wie solcher Widerstand gegebenenfalls zu leisten wäre, ihrerseits im Einklang mit den Prinzipien und Regeln des Rechtsstaats stehen, jedenfalls solange, wie die betreffende politische Ordnung nicht vollends zu einem Unrechtssystem entgleist.

B. Beispiele für die Geltung überpositiver Grundsätze im Recht der Europäischen Union V.-XIII.

V. Anwendungsvorrang des Unionsrechts

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des EWG-Vertrags war die Tragweite des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft noch nicht voll bewusst geworden. Aus den ausdrücklichen Regeln des Vertrages ergab sich die Zuständigkeit des Gerichtshofs, Streitigkeiten über die korrekte Durchführung des Vertrags, sei es zwischen der Kommission und einzelnen Mitgliedstaaten, sei es zwischen einzelnen Mitgliedstaaten zu entscheiden und über die zutreffende Auslegung von Bestimmungen des primären und abgeleiteten Rechts der Gemeinschaften auf dem Wege der Beantwortung von Vorlagefragen durch einzelstaatliche Gerichte zu ent-

²⁷ Das rechtswissenschaftliche Studium wird damit wesentlich zur Aneignung einer Übung im Sinne der Anthropotechnik von *Peter Sloterdijk*, *Du mußt dein Leben ändern*, Frankfurt/Main 2009.

²⁸ Diesen Ausdruck übernehme ich von *Friedrich Müller/Ralf Christensen*, z. B. in *Juristische Methodik*, Band II Europarecht, Berlin 2003, S. 248.

²⁹ Im Rahmen des vorliegenden Beitrags ist es unvermeidlich, die Darstellung auf einige aussagekräftige Beispiele zu beschränken. Die Fülle des auf allgemeine Rechtsgrundsätze abstellenden Fallrechts der Europäischen Union würde eine eingehende monografische Studie rechtfertigen. Im August 2018 ergab eine oberflächliche, mit der Suchmaschine des Europäischen Gerichtshofs ausgeführte Recherche zu den Stichworten „Grundsätze, Ziele und Aufgaben der Verträge“ allein 449 Treffer.

scheiden. Die Verträge enthielten (und enthalten noch heute) keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass eine Vorschrift des einzelstaatlichen Rechts mit einer Bestimmung des Rechts der Gemeinschaft (bzw. später der Union) nicht vereinbar ist. Die Art und Weise, wie eine Kollision von supranationalem und einzelstaatlichem Recht zu lösen ist, wurde vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) gefunden, jedoch nicht frei erfunden, sondern schlüssig abgeleitet aus der Qualifizierung der gemeinschaftlichen Ordnung als *Rechtsordnung*. In der vom EuGH entwickelten Kollisionsregel zeigt sich ein wesentliches Element jeder rechtlichen Ordnung, nämlich nach dem eigenen Anspruch widerspruchsfrei³⁰ zu sein und sich die Beseitigung auftretender Widersprüche zur Aufgabe zu machen. Der zu der überpositiven Kollisionsregel führende Denkweg besteht aus zwei Schritten.

Als ersten Schritt entnimmt der Gerichtshof im Urteil vom 5. Februar 1963 (Van Gend&Loos)³¹ dem in Artikel 12 EWG-Vertrag ausgesprochenen Verbot, im innergemeinschaftlichen Handel neue Einfuhrzölle zu erheben, ein subjektives Recht, das von den einzelstaatlichen Gerichten unmittelbar anzuwenden ist. Das war keineswegs selbstverständlich. Die Regierungen der Niederlande, Belgiens und Deutschlands vertraten in dem Verfahren übereinstimmend die Position, dass sich Artikel 12 EWG-Vertrag nur an die Staaten richte und der betreffende Rechtsstreit allein nach innerstaatlichem Recht zu entscheiden sei. Der Gerichtshof hielt dem entgegen, die Gemeinschaft sei eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts. Zu ihren Gunsten hätten die Staaten ihre Souveränitätsrechte in begrenztem Rahmen eingeschränkt. Rechtssubjekte der neuen Ordnung seien nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht könne daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlege, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstünden nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlege³². Bereits in diesem Verfahren hatte die Europäische Kommission die Notwendigkeit betont, dass das Gemeinschaftsrecht in der ganzen Gemeinschaft wirklich und einheitlich angewandt werden muss. Daraus ergebe sich zunächst, dass die Wirkung des Gemeinschaftsrechtes auf das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten nicht durch dieses interne Recht, sondern nur durch das Recht der Gemeinschaft bestimmt werden könne. Ferner seien die nationalen Gerichte gehalten, die Rechtsvorschriften der Gemeinschaft unmittelbar anzuwenden. Schließlich habe

³⁰ Grundlegend *Karl Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1955.

³¹ Rs. 26/62, Slg. 1963, 7 ff.

³² Ibid., S. 25.

der nationale Richter die Verpflichtung, den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft den Vorrang vor den entgegenstehenden nationalen Gesetzen zu geben, auch wenn diese später ergangen seien³³.

Eineinhalb Jahre später hatte der Gerichtshof im Urteil vom 15. Juli 1964 (Costa/E.N.E.L.)³⁴ konkreten Anlass, sich mit diesen weiterführenden Gedankenschritten auseinanderzusetzen. Er tut das mit einer stringenten Argumentation, die im Folgenden auszugsweise wörtlich wiedergegeben ist:

„Durch die Gründung einer Gemeinschaft für unbegrenzte Zeit, die mit eigenen Organen, mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, mit internationaler Handlungsfähigkeit und insbesondere mit echten, aus der Beschränkung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten oder der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft herrührenden Hoheitsrechten ausgestattet ist, haben die Mitgliedstaaten ... einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist.

Diese Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten und, allgemeiner, Wortlaut und Geist des Vertrages haben zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträgliche einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen. Solche Maßnahmen stehen der Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung daher nicht entgegen. Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der in Artikel 5 Absatz 2 aufgeführten Ziele des Vertrages bedeuten und dem Verbot des Artikels 7 widersprechende Diskriminierungen zur Folge haben, wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum andern verschiedene Geltung haben könnte.

Die Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten im Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft eingegangen sind, wären keine unbedingten mehr, sondern nur noch eventuelle, wenn sie durch spätere Gesetzgebungsakte der Signatarstaaten in Frage gestellt werden könnten. Wo der Vertrag den Staaten das Recht zu einseitigem Vorgehen zugestehen will, tut er das durch klare Bestimmungen.

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wird auch durch Artikel 189 bestätigt; ihm zufolge ist die Verordnung „verbindlich“ und „gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“. Diese Bestimmung, die durch nichts eingeschränkt wird, wäre ohne Bedeutung, wenn die Mitgliedstaaten sie durch Gesetzgebungsakte, die den gemeinschaftsrechtlichen Normen vorgingen, einseitig ihrer Wirksamkeit berauben könnten.

³³ Ibid., S. 15 f.

³⁴ Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1259 ff.

Aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“

Dem ist nichts hinzuzufügen. Die Regierungen der Mitgliedstaaten haben sich dieser Rechtsauffassung gebeugt. Ihr ökonomisches und politisches Interesse an der Weiterentwicklung ihrer Beziehungen in einer vom Recht getragenen Ordnung überstieg offensichtlich ihr Interesse an der souveränen Kontrolle über die jeweilige innerstaatliche Rechtsordnung. Ohne den Anwendungsvorrang konnte die supranationale Ordnung nicht widerspruchsfrei als eigenständige, Staaten und Bürger als Rechtssubjekte ernst nehmende Rechtsordnung gedacht werden. Rechtspraxis und Rechtslehre haben den Anwendungsvorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts grundsätzlich³⁵ anerkannt, obwohl er im europäischen Primärrecht nie ausdrücklich niedergelegt wurde. Eine vom Europäischen Verfassungskonvent ausgehende Initiative zur Verankerung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in Artikel I-6 des Vertrags über eine Verfassung für Europa scheiterte mit der Ablehnung dieses Vertrags in den Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden. Bei Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon wurde in der Erklärung Nr. 17 zum Vorrang darauf hingewiesen, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben. Die Erklärung zitiert ein Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates, wonach die Tatsache, dass der Grundsatz des Vorrangs nicht in den Vertrag von Lissabon aufgenommen wird, nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs ändert³⁶. Für die Geltung dieses Grundsatzes ist es somit unerheblich, ob er in einer geltenden Rechtsnorm ausdrücklich niedergelegt ist oder nicht. Denn er fließt aus der Tiefenstruktur der Kategorie Recht.

Eine andere Frage ist es, ob das Inkrafttreten von Artikel I-6 des Vertrags über eine Verfassung für Europa³⁷ möglicherweise Rechtswirkungen erzeugt hätte, die über den vom EuGH entwickelten Grundsatz des Anwendungsvorrangs hinausgehen. Dieser Artikel lautete: „Die

³⁵ Die von den einzelstaatlichen Verfassungsgerichten erarbeiteten Grenzen des Vorrangs werden im folgenden Abschnitt erörtert.

³⁶ Abl. C 326 v. 26.10.2012, S. 246.

³⁷ Abl. C 310 v. 16.12.2004, S. 12.

Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.“ Es wäre nicht ausgeschlossen gewesen, diesen Normtext als Ausdruck einer Normenhierarchie zu verstehen, nach der das Recht der Union dem Recht der Mitgliedstaaten übergeordnet und ihm entgegenstehendes Recht der Mitgliedstaaten nichtig ist. Die vom EuGH zu verantwortende Gewähr der Wirksamkeit des Unionsrechts hätte eine solche Auslegung nicht erfordert; für diesen Zweck reicht der Grundsatz des Anwendungsvorrangs völlig aus. Eine Überordnung des Rechts der Union gegenüber dem der Mitgliedstaaten im Sinne einer echten Normenhierarchie hätte als substantieller Schritt in Richtung auf die Verwirklichung eines europäischen Bundesstaats verstanden werden können. Es ist deshalb wenig wahrscheinlich, dass der EuGH sich beim jetzigen Stand der Integration eine solche Auslegung zu eigen gemacht hätte. Darüber hinaus ist fraglich, ob die innerstaatliche Zustimmung zu einer Vertragsbestimmung, die im Sinne einer echten Normenhierarchie verstanden werden kann, einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung Stand gehalten hätte.

VI. „Controlimiti“-„Identitätskontrolle“

Der Anspruch innerer Kohärenz einer jeden Rechtsordnung ist nicht nur Grundlage für den prinzipiellen Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, sondern auch für dessen Einhegung durch das innerstaatliche „Europaverfassungsrecht“ für den nicht auszuschließenden Fall einer „Entgleisung“ der transnationalen Rechtsordnung. Denn als Ausprägung einer von der Hoheitsgewalt ihrer Mitgliedstaaten abgeleiteten Hoheitsgewalt kann die Rechtsordnung der Union nicht mehr an Regelungsbefugnissen umfassen als die Mitgliedstaaten ihr in rechtmäßiger Weise übertragen konnten. Während die europäischen Verträge bei Streitigkeiten über die Tragweite der in ihnen enthaltenen Bestimmungen dem EuGH das Letztentscheidungsrecht übertragen haben, fällt die Bestimmung der Grenzen für die rechtmäßige Übertragung einzelstaatlicher Hoheitsrechte auf die Europäische Union in die Rechtsprechungszuständigkeit der obersten innerstaatlichen Gerichte, zumeist der Verfassungsgerichte. Ursprünglich war in keiner der Verfassungen der Mitgliedstaaten eine solche Grenze bestimmt. Der im Jahre 1992 neu in das Deutsche Grundgesetz eingefügte Artikel 23³⁸ verwehrt dem parlamentarischen Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich, im Rahmen der Europäischen Union Regelungen zu ermöglichen, die mit den in Artikel 79 Absatz 3 GG geschützten Grundsätzen nicht vereinbar sind. Ein Verfassungsdokument aus

³⁸ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21. Dezember 1992, Bundesgesetzblatt Teil I, Nr. 58 vom 24.12.1992.

jüngerer Zeit, die Verfassung der Republik Polen vom 2. April 1997, enthält in ihren Artikel 88 – 91 detaillierte Regeln für die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf internationale Einrichtungen und den Anwendungsvorrang internationalen Rechts vor dem Gesetzes-, nicht aber dem Verfassungsrecht. Würde der nationale Gesetzgeber in unzulässiger Weise eine Befugnis auf eine internationale Einrichtung übertragen, so handelte er als Repräsentant des Souveräns ohne Vertretungsmacht, was nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Unwirksamkeit der Übertragung zur Folge haben würde.

Nach den Regeln der Europäischen Union erfolgt die Übertragung von Hoheitsbefugnissen durch Ratifizierung der von den Regierungen ausgehandelten Vertragstexte. Innerstaatlich setzt nach der insoweit übereinstimmenden europäischen Verfassungskultur die Ratifizierung eine pauschale Zustimmung des Souveräns voraus, die überwiegend vom parlamentarischen Gesetzgeber in Form eines Zustimmungsgesetzes, in einigen Fällen nach einer obligatorischen (Irland bei Übertragung neuer Befugnisse) oder fakultativen Volksabstimmung (z. B. Artikel 90 Abs. 3 der polnischen Verfassung) erteilt und von dem nach der Verfassung dazu berufenen Repräsentanten dem im Vertrag bezeichneten Depositär übermittelt wird³⁹. Über die Tragweite der Vertragstexte entscheidet im Einzelfall jedoch der EuGH. Bei der Entscheidung über die Frage, ob die Ausübung einer konkreten Befugnis durch Organe der Europäischen Union den Rahmen der Befugnisse überschreitet, die rechtmäßig auf die Union übertragen werden konnten, können sich die nationalen Rechtsprechungsorgane wegen der relativen Unbestimmtheit der Zustimmungsgesetze auch dort, wo die nationale Verfassung konkrete Anknüpfungspunkte liefert, nur an allgemeinen Grundsätzen der Rechtsfindung orientieren.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht bringt die Resistenz der innerstaatlichen Rechtsordnung gegenüber supranationalen Normen, die der nationale Gesetzgeber nicht hätte erlassen dürfen, in den – im Verfassungstext nicht erscheinenden – Formeln der „Verfassungsidentität“ und der „ultra vires“-Kontrolle zum Ausdruck. Der damit verbundene Vorbehalt gegenüber dem Anwendungsvorrang supranationalen Rechts ist insbesondere im Zusammenhang mit der Gewährleistung menschlicher Würde praktisch geworden. In ständiger Rechtsprechung hält das Gericht zwar Verfassungsbeschwerden und Vorlagen, mit denen die Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschafts- beziehungs-

³⁹ In diesem Zusammenhang ist es, wie das BVerfG im Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 Rn. 44 ausführt, unerheblich, ob die Geltungsanordnung für das Unionsrecht sich unmittelbar aus dem Verfassungstext ergibt oder im Wege der Auslegung aus dem nationalen Zustimmungsgesetz abgeleitet wird; in jedem Falle kann sie nur die vom Gesetzgeber rechtmäßig übertragenen Hoheitsrechte umfassen.

weise Unionsrecht gerügt wird, für unzulässig⁴⁰. Wird aber die Verletzung der Menschenwürdeggarantie geltend gemacht, so prüft das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der „Identitätskontrolle“, ob die Anwendung des Unionsrechts zu einem solch schwerwiegenden Grundrechtsverstoß führen würde⁴¹. Als Folge dieser grundsätzlichen Entscheidung musste das Gericht sich wiederholt mit Fragen der Durchführung des Europäischen Haftbefehls auseinandersetzen, was ein nicht unerhebliches Spannungsverhältnis zum Recht der Europäischen Union erzeugte. Nach einer anfänglichen Konfrontationshaltung, die sich in der Nichtigkeitsklärung des ersten Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl vom 21. Juli 2004 niederschlug⁴², ist das Gericht nunmehr bemüht, durch Nutzung der Auslegungsspielräume der unionsrechtlichen Bestimmungen zu Ergebnissen zu gelangen, die nicht in Widerspruch zu der vom Deutschen Grundgesetz besonders geschützten Menschenwürde stehen⁴³. Streiten könnte man wohl darüber, ob alle Verästelungen des Grundsatzes unveräußerlicher Menschenwürde, die von der Hermeneutik des Bundesverfassungsgerichts entfaltet wurden, als gesicherte Bestandteile europäischer Verfassungskultur vorausgesetzt werden können. Im Ergebnis bewahrt das Gericht aber in ähnlicher Weise, wie es z. B. trotz seiner Bedenken in der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Outright Monetary Transactions seitens der Europäischen Zentralbank deren Einstufung als geldpolitische Maßnahme durch den EuGH als „juristisch vertretbar“ angesehen hat⁴⁴, jenes Maß an Zurückhaltung, das die Integrationsoffenheit des Grundgesetzes verlangt.

Zu vergleichbaren Ergebnissen gelangt die italienische Corte Costituzionale (italienischer Verfassungsgerichtshof) unter Verwendung der auf einen Gleichgewichtszustand abzielenden Formel der „controlimiti“. Ein instruktives Beispiel, wie sich ein solcher Gleichgewichtszustand im Dialog zwischen den obersten Gerichten der nationalen und supranationalen Ebene einspielt, sind die Urteile „Taricco“ des EuGH und der Corte Costituzionale. In ihnen geht es um eine in Italien geltende gesetzliche Regelung über die Verjährung betrügerischer Hand-

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 73, 339 ff., 102, 147 ff.

⁴¹ Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – betreffend die Durchführung des Europäischen Haftbefehls, Rn. 34 mit weiteren Nachweisen.

⁴² Urteil vom 18. Juli 2005, BVerfGE 113, 273.

⁴³ Z. B. in den Beschlüssen des Zweiten Senats vom 15. Januar 2016 – 2 BvR 1860/15 – und vom 9. November 2016 – 2 BvR 545/16 durch Herausarbeitung des möglichen Inlandsbezugs der den Betroffenen vorgeworfenen Straftaten, im Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 – durch Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen über den europäischen Haftbefehl im Lichte der den Garantien des Deutschen Grundgesetzes insoweit äquivalenten Garantien der EU-Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention oder im Beschluss 2 BvR 237/18 vom 16. August 2018 durch Klärung der Voraussetzungen, unter denen das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit eines anderen Mitgliedstaates so weit erschüttert ist, dass das mit einem Europäischen Haftbefehl befasste Gericht zu vertieften Ermittlungen verpflichtet ist.

⁴⁴ Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016 – 2 BvR 2728/13, insb. Rn. 175, 181, 190.

lungen zum Zwecke der Hinterziehung der Mehrwertsteuer. Außer bei besonders schweren Begehungsweisen⁴⁵ führt diese Regelung dazu, dass die Aufnahme eines Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens die gesetzlich vorgesehene fünfjährige Verjährungsfrist für die Strafbarkeit und die Nachforderung der hinterzogenen Steuern für nur maximal zwei Jahre unterbricht. Das italienische Gericht, das den Europäischen Gerichtshof mit der Angelegenheit befasste, war zu der Überzeugung gekommen, dass in Italien betrügerische Hinterziehung von Mehrwertsteuer regelmäßig nicht bestraft werden könne, weil wegen der erforderlichen komplizierten und langwierigen Ermittlungen regelmäßig die Verjährung eintrete, ehe die Verantwortlichen verurteilt und die geschuldeten Beträge eingetrieben werden können. Auf die vom italienischen Gericht vorgelegte Frage antwortete der EuGH in einem ersten Urteil vom 8. September 2015⁴⁶, dass innerstaatliche Verjährungsbestimmungen mit der Regel des Artikels 325 AEUV über den Schutz der finanziellen Interessen der EU unvereinbar sind, wenn sie bei Fällen schweren Betrugs zu Lasten der Union häufig dazu führen, dass keine wirksamen und abschreckenden Sanktionen verhängt werden können oder wenn für solche Fälle kürzere Verjährungsfristen gelten als für Betrugsfälle zu Lasten der finanziellen Interessen des betreffenden Mitgliedstaats. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, müsse das innerstaatliche Gericht beurteilen. Wenn ja, dürfe es die nationale Regelung nicht mehr anwenden. In Rn. 53 des Urteils wird allerdings darauf hingewiesen, dass das nationale Gericht, sollte es entscheiden, die einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs unangewendet zu lassen, auch darauf achten müsse, dass die Grundrechte der betreffenden Personen beachtet werden. In Rn. 55 des Urteils wird die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung durch Nichtanwendung der fraglichen nationalen Bestimmungen unter Vorbehalt der Prüfung durch das nationale Gericht verneint.

Das führte im weiteren Verlauf des Strafverfahrens zur Befassung der Corte Costituzionale mit der Frage, ob die Nichtanwendung der Verjährungsregelung der Artikel 160 und 161 des italienischen Strafgesetzbuchs mit den Grundprinzipien der Verfassung Italiens vereinbar ist. Die Corte Costituzionale legte daraufhin mit Beschluss 24/2017 dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob die innerstaatliche Regelung auch dann nicht angewendet werden dürfe, wenn dadurch ein Widerspruch zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit entstünde, der im italienischen Strafrecht u. a. das Bestimmtheitsgebot und das Rückwirkungsverbot umfasst. Denn nach dem innerstaatlichen Recht Italiens sei die Regelung der Verjährung Teil des materiellen Strafrechts und damit der Regel ‚keine Strafe ohne Gesetz‘ unterworfen. Im Urteil vom 5.

⁴⁵ Z. B. im Zusammenhang mit einer kriminellen Vereinigung.

⁴⁶ Rechtssache C-105/14 „Taricco“.

Dezember 2017⁴⁷ geht der Gerichtshof auf die von der Corte Costituzionale vorgetragenen, bis dahin nicht erörterten Aspekte des Grundrechtsschutzes ein. Er bestätigt die grundsätzliche materiell-rechtliche Unvereinbarkeit der in Frage stehenden Verjährungsregelung mit dem Recht der Union. Deren Nichtanwendung durch den innerstaatlichen Richter wird nunmehr aber ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, dass sie nicht gegen den in Artikel 49 der EU-Grundrechtecharta verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit verstößt, weil die dann anzuwendende Rechtsnorm nicht hinreichend bestimmt ist oder zu einer rückwirkenden Anwendung von Rechtsvorschriften führen würde, die strengere Strafbarkeitsbedingungen aufstellen als die zum Zeitpunkt der Begehung der Straftat geltenden.

In ihrem abschließenden Urteil 115/2018 vom 10. April 2018 kommt die Corte Costituzionale schließlich zu der Schlussfolgerung, dass die vom EuGH im Urteil vom 8. September 2015 formulierte Auslegung von Artikel 325 AEUV in Italien in keinem Fall Anwendungsvorrang haben kann. Denn die Nichtanwendung der innerstaatlichen gesetzlichen Verjährungsregelung würde bei Straftaten, die vor dem 8. September 2015 begangen wurden, zu einer sowohl nach nationalem Verfassungs- wie nach Unionsrecht unzulässigen Rückwirkung führen. Sowohl bei vor, als auch bei nach dem 8. September 2015 begangenen Straftaten würde die Nichtanwendung aber gegen einen der obersten Grundsätze der italienischen Verfassung verstoßen, nämlich gegen das Erfordernis der gesetzlichen Bestimmtheit der Strafbarkeit. Denn die Rechtsadressaten können dem Text des Artikels 325 AEUV nicht entnehmen, dass dieser sich auf die Dauer der gesetzlich festgelegten Verjährungsfristen auswirken kann. Zudem würde die bloße Nichtanwendung der gesetzlich festgelegten Höchstdauer der Verjährungsfrist dazu führen, dass der Richter ein Gestaltungsermessen ausübt, das dem Gesetzgeber zusteht und von dem dieser Gebrauch gemacht hat, indem er unterschiedliche Verjährungsfristen für verschiedene Deliktarten und Begehungsformen festlegte. Es ließe sich trefflich über die Frage streiten⁴⁸, ob die von der Corte Costituzionale entwickelte Lesart des zur europäischen Verfassungskultur gehörenden Grundsatzes ‚nulla poena sine lege‘ sinnhaft ist oder Straftätern durch Schutz ihres Vertrauens in den Bestand einer gesetzlichen Verjährungsregelung nicht ein ungerechtfertigtes Privileg verschafft⁴⁹. Doch in der Rechtswirklichkeit ist die

⁴⁷ Rechtssache C-42/17 „Taricco 2“.

⁴⁸ In der italienischen juristischen Literatur hat das Urteil zu einer Flut von Kommentaren und Beiträgen Anlass gegeben, z. B. von Cristiano Cupelli, Chiara Amalfitano e Oreste Pollicino, Pietro Faraguna, Simona Polimeni, Daniele Gallo, Massimo Donini, Fabio Ferrari.

⁴⁹ Aus dem Urteil der Corte Costituzionale ergibt sich, dass im Verlauf des Verfahrens vorgebracht wurde, der in einem Strafverfahren Beschuldigte müsse Klarheit über die Dauer der Verjährungsfrist haben, um abwägen zu können, ob es in seinem Interesse liegt, von den Möglichkeiten der Beilegung des Strafverfahrens im Transaktionswege Gebrauch zu machen.

Auslegung der italienischen Verfassung das Vorrecht der Corte Costituzionale. Diese hat die vom EuGH aufgezeigten Auslegungsspielräume geschickt genutzt, um die Beachtung oberster Grundsätze der italienischen Verfassung zu sichern, ohne den Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Frage zu stellen. Die besprochenen Entscheidungen veranschaulichen somit Grenzen auf allgemeine Grundsätze gestützter richterlicher Argumentationen: Wenn richterliche Hermeneutik sich in einem Maße vom Normtext entfernt, dass die Rechtsadressaten kaum noch einen Zusammenhang zwischen dem Normtext und der Rechtsfolge herstellen können, wird die Akzeptanz der Entscheidungen prekär. Die Argumentation aus Grundsätzen des Rechts ist nur auf dem Fundament breiter gesellschaftlicher Konsense tragfähig.

Damit spielt sich zwischen dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts und den ihm entgegenwirkenden richterrechtlichen ‚*checks and balances*‘ wahrscheinlich eine Art europäischer Konsens ein. Eine vom deutschen Bundesverfassungsgericht zusammengestellte Übersicht⁵⁰ über den Stand der jeweiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Grenzen der Übertragbarkeit von Hoheitsrechten ergibt trotz aller Unterschiede zwischen den Verfassungen der Mitgliedstaaten insgesamt ein relativ einheitliches Bild, das sich gut mit dem von Andreas Haratsch⁵¹ verwendeten Begriff des ‚*Kooperationsverhältnisses*‘ beschreiben lässt. Der EuGH beschränkt sich konsequent auf die ihm vorbehaltene Auslegung des Unionsrechts und überlässt dem einzelstaatlichen Richter, im Einzelfall festzustellen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen eine Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaates mit dem Unionsrecht unvereinbar und gegebenenfalls unangewendet zu lassen ist. Die obersten nationalen Gerichte behaupten ihr Vorrecht, im Extremfall anordnen zu können, dass eine Bestimmung des Unionsrechts auf dem Territorium, auf das sich ihre Rechtsprechungszuständigkeit erstreckt, nicht anzuwenden ist, vermeiden aber solche Anordnungen und führen nach Möglichkeit im Wege der Auslegung Ergebnisse herbei, die mit den Grundprinzipien der nationalen Verfassung vereinbar sind. Solange diese konkurrierenden Rechtsprechungskompetenzen im Dialog und mit Maß ausgeübt werden, ist die Widerspruchsfreiheit von Unions- und einzelstaatlicher Rechtsordnung nicht gefährdet.

⁵⁰ Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rn. 47.

⁵¹ Zuerst in: Die *Solange*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH, ZaöRV 66 (2006), 927-947; auf den hier behandelten Kontext wird der Begriff übertragen in: Der kooperative Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in: A. Haratsch/P. Schiffauer (Hrsg.) Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, Berlin 2007, S. 9 ff., 18 ff.

VII. Rechtsstaatsprinzip-Gewaltenteilung

Ein praktischer Leitfaden zum Europarecht aus den frühen 80er Jahren führt unter dem Stichwort „*Rechtsstaatsprinzip*“ lapidar aus: „*Das Rechtsstaatsprinzip ist ein in allen Mitgliedstaaten – wenn auch in unterschiedlicher begrifflicher Ausprägung und mit unterschiedlichem Gehalt – anerkanntes Verfassungsprinzip. Es gilt deshalb auch für das Gemeinschaftsrecht; jedoch ist sein konkreter Gehalt in der Gemeinschaftsrechtsordnung noch ungeklärt*“⁵². Sind unsere Kenntnisse heute um so vieles weiter? Monographische Untersuchungen stellen in beeindruckender Weise das Wissen über die Entwicklung und Verästelungen des Rechtsstaatsgedankens im Rahmen eines einzelstaatlichen Rechtsraums zusammen⁵³. Hochfliegende Überlegungen diskutieren eine „international rule of law“⁵⁴ und denken das Rechtsstaatsprinzip unabhängig von Staatlichkeit: staatenübergreifende Rechtsstaatlichkeit knüpfe allein an das Vorhandensein institutionalisierter Macht an⁵⁵. Aber kann das Recht regieren, wo keine ultimative Gewalt bereitsteht, es falls erforderlich durchzusetzen? Effektiver Rechtsschutz, Bestimmtheitsgebot, Vertrauensschutz, Übermaßverbot, Amtshaftung und Rückwirkungsverbot finden als Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips in allen Staaten der Europäischen Union im Grundsatz Anerkennung. Unterschiede ihrer Anwendung in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen bringen die einheitliche Bejahung des Prinzips in der Vielfalt seiner Ausgestaltungen zum Ausdruck. Sie bilden eine ausreichende Grundlage für die Anwendung und Entfaltung der genannten Prinzipien durch den EuGH im Recht der Europäischen Union. Doch reicht dies aus, um die Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union insgesamt substantiiert zu begründen: nämlich dass die Ausübung von Hoheitsgewalt auf ihrem Gebiet den Regeln des Rechts unterworfen ist? Rechtsstaatlichkeit ist einer der Werte, auf die sich die Union gründet und die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind (Artikel 2 EUV). Seit 1993 ist die Erfüllung rechtstaatlicher Standards ausdrücklich Voraussetzung für jeden neuen Beitritt eines Staates zur Europäischen Union⁵⁶. Zumeist sind solche Standards in Verfassungstexten ausdrücklich formuliert. Aber was, wenn die institutionelle Praxis gegenüber einem in Europa allgemein anerkannten

⁵² Reimer von Borries (Hrsg.) *Europarecht von A-Z*, 1. Aufl., München 1982; in den späteren Auflagen fiel das Stichwort dann einer praxisbezogenen Bereinigung zum Opfer.

⁵³ Für das deutsche Recht z. B. Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: H. Ehmke, C. Schmid, H. Scharoun (Hrsg.), *Festschrift für Adolf Arndt*, Hamburg 1969.

⁵⁴ Simon Chesterman, *An International Rule of Law?* *American Journal of Comparative Law* 56 (2) 2008.

⁵⁵ A. von Arnould, *Rechtsstaat*, in: O. Depenheuer/Ch. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 21 Rn. 13, referiert bei P. Häberle/M. Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl. Baden-Baden 2016, Rn. 1056.

⁵⁶ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Tagung des Europäischen Rates vom 21./22. Juni 1993 in Kopenhagen, Abschnitt 7.A.iii. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung eines Beitritts zur EU in Artikel 49 EUV inkorporiert.

Standard zurückfällt? Darf man sich mit dem Gedanken beruhigen, dass in einer solchen Entwicklung besondere nationale Ausprägungen eines gemeinsamen Standards europäischer Verfassungskultur zum Ausdruck kommen? Oder müsste eine Europäische Union, die den Anspruch erhebt, dass auf ihrem Gebiet Hoheitsgewalt im Einklang mit den Regeln des Rechts ausgeübt wird, nicht über Instrumente verfügen, um die Beachtung rechtlicher Grundsätze in allen ihren Teilen durchzusetzen, gleichgültig ob die Union als Bundesstaat oder als Rechtsgemeinschaft einer Anzahl von Verfassungsstaaten verfasst ist? Wie verhält es sich mit der Gewaltenteilung, der Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht, der Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt, der Gewährleistung fairer gerichtlicher Verfahren?

Zur Trennung von Legislative und Exekutive gelten auf der Unionsebene zwar zwingende Bestimmungen über die Unvereinbarkeit von Mandaten im Europäischen Parlament, in der Exekutive und in anderen Unionsorganen sowie in Parlamenten und Regierungen der Mitgliedstaaten. Doch die Trennung der Gewalten wird dadurch kontaminiert, dass im zweiten Gesetzgebungsorgan der Union, dem Rat, ausschließlich Repräsentanten der staatlichen Exekutiven tätig werden. Die institutionelle Trennung von Legislative und Exekutive ist den Verfassungsstaaten der Europäischen Union zwar gemeinsam, auf der personellen Ebene wird sie aber in vielen von ihnen nicht vollzogen. Die Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht ist notwendiges Korrelat der Gewaltenteilung. Die Effektivität dieser Bindung ist aber fragwürdig, wo und solange – wie z. B. im Verwaltungshandeln der Organe der Europäischen Union – kein allgemeines Gesetz über das Verwaltungsverfahren das Handeln der Verwaltung ordnet, seine einzelnen Schritte transparent und gerichtlich überprüfbar⁵⁷ macht. Zentral für die Erringung und Bewahrung von Recht im Verhältnis zu hoheitlichen Gewalten ist die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt gegenüber der Exekutive, aber auch gegenüber der Legislative. Ohne solche Unabhängigkeit sind rechtsstaatliche Verhältnisse, ist politische Freiheit in einem durch das Recht gesetzten Rahmen nicht denkbar.

Ein am 27. Februar 2018 verkündetes Urteil des EuGH bestätigt die bisherigen Überlegungen. Aus dem Recht der Europäischen Union folgt eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Wahrung

⁵⁷ Die gut gemeinten existierenden Verhaltenskodizes für gutes Verwaltungshandeln sind deshalb unzureichend, weil die subjektiven Rechte Einzelner nur durch die Gerichte gegenüber den bürokratieimmanenten, durch hierarchische Entscheidungsstrukturen bedingten Tendenzen zur Privilegierung administrativer Prioritäten und Interessen durchgesetzt und gesichert werden können. Bemerkenswert sind die Initiativen des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments zur Schaffung eines EU-Verwaltungsrechts, dokumentiert zuletzt in der Studie „EU law for an open independent and efficient European administration“, European Parliamentary Research Service, July 2018, <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>.

der richterlichen Unabhängigkeit⁵⁸. Der in Art. 2 EUV proklamierte Wert der Rechtsstaatlichkeit ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergibt und in den Art. 6 und 13 Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in Art. 47 der EU Grundrechtecharta verankert ist (32, 35). Das Vorhandensein einer wirksamen, Gewähr für die Einhaltung des Unionsrechts leistenden gerichtlichen Kontrolle ist essentieller Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit (36). Dies wird in Art. 19 EUV konkretisiert, der dem Gerichtshof und auch den nationalen Gerichten, die gemeinsame Aufgabe überträgt, bei der Anwendung und Auslegung der Verträge die Wahrung des Rechts zu sichern (32, 33). Die Mitgliedstaaten müssen in ihrem Hoheitsgebiet für die Anwendung und Wahrung des Unionsrechts sorgen (34). Jeder Mitgliedstaat muss deshalb in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen Rechtsbehelfe schaffen, mit denen durch unabhängige nationale Gerichte wirksamer Rechtsschutz gewährt wird (34, 41, 42). Unabhängigkeit der nationalen Gerichte ist gemäß Art. 267 AEUV Voraussetzung ihrer Zusammenarbeit mit dem EuGH im Mechanismus des Vorabentscheidungsersuchens (43). Unabhängigkeit bedeutet, dass Richter ihre Funktionen in völliger Autonomie ausüben müssen, frei von jeder hierarchischen Unterordnung bzw. von Anordnungen oder Anweisungen durch irgendeine Stelle, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt sind, die ihr Urteil und ihre Entscheidungen beeinflussen könnten (44). Im Laufe des Jahres 2018 wurde der EuGH mit weiteren Vorlagefragen von Gerichten aus anderen Mitgliedstaaten befasst, die direkt oder indirekt die richterliche Unabhängigkeit zum Gegenstand haben. Es bleibt abzuwarten, wie der Gerichtshof zu ihnen Stellung bezieht.

In der Europäischen Verfassungskultur haben sich zwei Varianten der Verwirklichung richterlicher Unabhängigkeit durchgesetzt. Die eine beruht auf starken institutionellen Garantien. Nicht nur die Tätigkeit der Justizorgane wird gegen Einflussnahmen seitens der politischen Organe geschützt, sondern auch ihre Zusammensetzung und Aufsicht ist dem Einflussbereich von Regierung und Parlament weitgehend entzogen und stattdessen einem unabhängigen Richterrat als Selbstverwaltungsorgan der Richterschaft anvertraut. Dieses beispielsweise in der Verfassung Italiens verwirklichte Modell war von der Venedig-Kommission des Europarates den mittel- und osteuropäischen Staaten bei der Neugestaltung ihrer Rechtsordnung nach

⁵⁸ C-64/16 „Juízes Portugueses“; die Randnummer ist jeweils im Text in Klammern angegeben.

ihrem Ausscheiden aus dem sowjetischen Machtbereich empfohlen worden⁵⁹. In der Europäischen Union haben sich die Richterräte, die mit unterschiedlichen Zuständigkeiten und Aufgaben in zwanzig Mitgliedstaaten⁶⁰ eingerichtet wurden, in einem „Europäischen Netz der Richterräte“⁶¹ zusammengeschlossen. Die völlige Autonomie bzw. Unabhängigkeit seiner Mitglieder von Exekutive und Legislative ist das wesentliche gemeinsame Merkmal dieses Netzwerks. Es wacht unter anderem über den Fortbestand der Unabhängigkeit der ihm angehörenden Richterräte. Beispielsweise hat sich der Exekutiv-Ausschuss des Netzwerks mehrfach kritisch mit der seit 2016 in Polen betriebenen Justizreform befasst und ein Verfahren eingeleitet, das am 17. September 2018 zur Suspendierung der Mitgliedschaft des polnischen Richterrats führte⁶². In anderen Mitgliedstaaten wie z. B. Deutschland wird die richterliche Unabhängigkeit weniger durch institutionelle als durch verfassungsrechtliche Garantien und eine sensible politische Kultur verwirklicht.

Als Beispiel möge der folgende Vorfall aus dem deutschen Tagesgeschehen dienen⁶³: Eine von den Sicherheitsbehörden als islamistischer Gefährder eingestufte Person war am 13. Juli 2018 nach Tunesien abgeschoben worden, obwohl das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen am 12. Juli eine Abschiebung untersagt hatte. Daraufhin entschied das Oberverwaltungsgericht Münster (OVG) am 15. August, dass die abgeschobene Person nach Deutschland zurückgeholt werden muss. Der CDU-Politiker Herbert Reul kommentierte den Beschluss gegenüber der „Rheinischen Post“ mit den Worten: „Die Unabhängigkeit von Gerichten ist ein hohes Gut. Aber Richter sollten immer auch im Blick haben, dass ihre Entscheidungen dem Rechtsempfinden der Bevölkerung entsprechen. Ich zweifle, ob das bei diesem Beschluss der Fall ist.“ Die Präsidentin des OVG Ricarda Brandts wiederum erhob in einem Interview mit der Nachrichtenagentur dpa schwere Vorwürfe gegen die Behörden: Der Fall werfe Fragen zu Demokratie und Rechtsstaat – insbesondere zu Gewaltenteilung und effektivem Rechtsschutz – auf. Hier seien offensichtlich die Grenzen des Rechtsstaates ausgetestet worden. Selbst von hochrangigen Politikern sei erheblicher öffentlicher Druck aufgebaut worden, den Gefährder endlich abzuschieben. Für einen stabilen Rechtsstaat sei die Unabhängigkeit der Gerichte ent-

⁵⁹ *Hanna Suchocka*, The Venice Commission and the preparation of constitutions of the countries in Central and Eastern Europe – lessons learned, Beitrag zum Symposium „Constitutional Moments“, Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften, FernUniversität in Hagen, 13. April 2018.

⁶⁰ Belgien, Bulgarien Dänemark, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Malta, Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slovenien, Spanien, Ungarn, Vereinigtes Königreich. In Griechenland, Italien und dem Vereinigten Königreich existiert mehr als ein Rat dieser Art; jeder einzelne ist Mitglied des Netzwerkes (<https://www.encj.eu/members>).

⁶¹ Es handelt sich um eine juristische Person ohne Gewinnerzielungsabsicht belgischen Rechts.

⁶² https://www.encj.eu/images/stories/pdf/Members/rfc_krs_pl_opinion_encj_eb_30_1_2017_final.pdf, <https://www.encj.eu/node/495> (Zugang 18.9.2018).

⁶³ Quelle: Verschiedene Berichte, veröffentlicht in SPIEGEL online unter dem 16. und 17. August 2018.

scheidend. In der deutschen Öffentlichkeit sind Reuls Aussagen auf heftige Kritik gestoßen. Die Kölner Strafrechtsprofessorin Elisa Hoven betonte, dass das „Rechtsempfinden“ kein Kriterium für gerichtliche Entscheidungen sein dürfe. Gerichte seien an Gesetze gebunden. Es sei nicht Aufgabe der Gerichte, sich zu überlegen, wie das Volk wohl urteilen würde. In Pressekommentaren wurde auf die begriffliche Nähe zwischen dem „Rechtsempfinden der Bevölkerung“ und der von der NS-Justiz gebrauchten Formel des „gesunden Volksempfindens“ hingewiesen. Der ehemalige SPD-Vorsitzende Sigmar Gabriel sagte, wer die Unabhängigkeit von Gerichten in Frage stelle, relativiere die demokratische Ordnung selbst. Bundeskanzlerin Angela Merkel distanzierte sich von Reuls Äußerungen: Entscheidungen unabhängiger Gerichte seien zu akzeptieren und müssten umgesetzt werden. Herbert Reul bedauerte am folgenden Tag seine Aussagen zum Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Münster mit den Worten: „Mir ist inzwischen klar geworden, dass meine Erklärung in dieser Hinsicht missverstanden werden konnte. Das bedauere ich“.

Der beschriebene Vorfall zeigt, wie sensibel die politische Öffentlichkeit in Deutschland auf Bestrebungen reagiert, die eine Gefahr für die Unabhängigkeit der Rechtsprechungsorgane bedeuten könnten. Hinter solcher Sensibilität verbirgt sich eine bedeutende „kulturelle und politische Leistung“⁶⁴, die in gewisser Weise die Abhängigkeiten kompensiert, die aus den politisch beeinflussten Ernennungsverfahren in Deutschland erwachsen könnten. „Beschämt müssen wir beobachten“ beklagt zwar Peter Häberle, „wie unverfroren die deutschen politischen Parteien heute die BVerfG- und EuGH-Richterstühle reklamieren“, kann aber „zum Glück“ feststellen, dass „ihre ‚Kandidaten‘, einmal gewählt, immer unabhängig geworden bzw. geblieben“ sind⁶⁵. Bei der geschilderten Äußerung hat Minister Reul alles andere als Sensibilität für das Recht unter Beweis gestellt, aber es würde über das Ziel hinausschießen, in dem Vorfall eine ernsthafte Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit sehen zu wollen. Auf Amtsträgern und Behörden, die angesichts einer realen Bedrohungslage durch islamistische Gefährder die Verantwortung für die öffentliche Sicherheit tragen, lastet der enorme Druck einer Öffentlichkeit, die schnell bereit ist, den Sicherheitsbehörden die Schuld zuzuweisen, wenn eine abstrakte Gefahrenlage in einer kriminellen Aktion konkret wird. Solcher Druck wird noch verschärft durch die Zeitdauer, die bis zur Korrektur einer möglicherweise unrichtigen richterlichen Entscheidung im Wege rechtsstaatlicher Verfahren verstreicht. Die Abwägung der aus der Menschenwürde fließenden legitimen Rechtspositionen eines Gefährders gegen die ebenso legitimen Sicherheitsinteressen der Gesellschaft, in der er sich aufhält und die er

⁶⁴ P. Häberle/M. Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl. Baden-Baden, 2016, Rn. 232.

⁶⁵ Ibid.

durch von ihm zu verantwortendes Handeln potentiell bedroht, kann bis zu einer endgültigen Klärung mehrere Instanzen beanspruchen. Eine Häufung derartiger Fälle kann sogar die Gefahr einer Lähmung der unabhängigen Justiz heraufbeschwören. Doch die zur Wahrung ihrer Funktionsfähigkeit notwendigen Entscheidungen müssen, wenn sie erforderlich werden, von einer unabhängigen Justiz selbst entwickelt werden, ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht aus der Vielzahl der Beschwerden, mit denen es befasst wird, mit richterlichem Augenmaß diejenigen Fälle herausfiltert, die es zur Entscheidung annimmt.

Richterliche Unabhängigkeit ist mithin nicht nur eine Frage rechtlicher oder institutioneller Garantien, sondern der gelebten juristischen und politischen Kultur. Zu hoffen bleibt, dass gemeinsame kulturelle Standards Richtern auch dort in Europa, wo ihre Ernennung und Dienstaufsicht politisiert wurde, genug Kraft verleihen, um die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt unter Beweis zu stellen.

VIII. Rechtsstaatsprinzip-Allgemeinheit des Gesetzes

Im Kant'schen kategorischen Imperativ wird der Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes vorausgesetzt: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“⁶⁶. Die Herausbildung des Verfassungsstaates der Neuzeit erfolgte auf dem Hintergrund der Erkenntnis, dass Allgemeinheit von Regeln einen Damm zum Schutze der grundsätzlich gleichen Würde und Rechte von Individuen gegen die Willkür von Mächtigen bildet. Sie wird zur Erscheinungsform des Rechtlichen: „*La Loi est l'expression de la volonté générale*“ lautet der erste Satz von Artikel 6 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, die heute noch Bestandteil der Verfassung der V. Französischen Republik ist. Der gleiche Artikel stellt auch klar, dass das Gesetz für alle gleich sein muss. In den Kämpfen, die in der Vergangenheit zur Beseitigung aristokratischer Privilegien und zur Überwindung oder wenigstens Einhegung monarchischer Herrschaft durch rechtsstaatliche Prinzipien geführt wurden, war die Forderung nach Allgemeinheit rechtlicher Regelungen evident, denn erst in ihr gelangt das freiheits- und gleichheits-sichernde Potential des Gesetzes voll zur Wirkung⁶⁷. In der weiteren Entwicklung des demokratischen Rechtsstaats geriet dies Prinzip aber zunehmend in Vergessenheit. Die von *Katha-*

⁶⁶ Immanuel Kant, Akademie-Ausgabe Berlin 1900, Bd. IV, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 421.

⁶⁷ Grundlegend dazu *Gregor Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, Tübingen 2009; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, in: Hanno Kube u. a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. I Staat und Verfassung, Heidelberg 2013, S. 243; *Hasso Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 9 ff.

rina Sobota erarbeitete umfassende Analyse⁶⁸ des Rechtsstaats widmet dem Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes kein eigenes Kapitel. Doch wird er keineswegs übersehen. Bei der Abhandlung der Normen, die als Rechtsstaatselemente gelten, wird er im Kapitel über die Gesetzlichkeit als Ausfluss eines philosophischen⁶⁹ Gesetzesverständnisses erwähnt, das in der historischen Entwicklung von einem politischen Verständnis überlagert wurde. Dieses qualifiziert die Willensäußerungen des legitimierten Gesetzgebers als Gesetz, gleichgültig ob es sich um abstrakt-generelle Normen, Einzelmaßnahmen, Feststellungen oder Kontrollen handelt⁷⁰. Wohl verstand man im Zeitalter der großen Kodifikationen Gesetzgebung im Wesentlichen als Schöpfung dauerhafter Regelwerke, die dem Anspruch der Allgemeinheit und der Vernünftigkeit genügen sollten. In ihrem Kampf um das Recht zur Gesetzgebung beanspruchten die Volksvertretungen jedoch zunehmend, dass auch einzelne Maßnahmen (und insbesondere Haushaltspläne) ihrer Zustimmung in Gesetzesform unterliegen. Je weiter Parlamente ihre Gesetzgebungshoheit in den Bereich monarchischer Verordnungsgewalt ausdehnen konnten, um so vollständiger konnte die Gesellschaft den Staat steuern⁷¹. In dem Maße, wie die Erfüllung sozialer Aufgaben und die Steuerung wirtschaftlicher Tätigkeiten von Hoheitsträgern übernommen wurden, wurde die Legitimation sozialer und ökonomischer Gestaltung durch *Maßnahmegesetze*⁷² zum Instrument für die Lösung politischer Probleme⁷³. In der Kontinuität dieser Entwicklungslinie enthält das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland keine allgemeine Regel, dass Gesetze abstrakt und generell sein müssen. Für bestimmte Akte (Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen, Feststellung des Haushaltsplans, Aufnahme von Krediten und Übernahme von Bürgschaften oder finanzieller Garantien) sieht es die Beschlussfassung in Form eines (Einzelfall-) Gesetzes ausdrücklich vor. Einschränkungen eines Grundrechts lässt Artikel 19 Absatz 1 Satz 1 GG allerdings nur durch oder aufgrund eines Gesetzes und nur dann zu, wenn dies Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gilt.

Der Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes bildet somit keine Trennlinie zwischen mehr oder weniger legitimem bzw. mehr oder weniger bindendem Recht. Doch kann er als Kriteri-

⁶⁸ Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997.

⁶⁹ Mit ausdrücklicher Bezugnahme auf *Aristoteles* (aaO. S. 78) und *Kant* (aaO. S. 79).

⁷⁰ Sobota (aaO. S. 80) und die dort wiedergegebene Aussage von *Carl Schmitt*: „Für die rechtsstaatliche Auffassung ist das Gesetz wesentlich Norm und zwar eine Norm mit bestimmten Qualitäten: eine *rechtliche* (richtige, vernünftige) Regelung *generellen* Charakters. Gesetz im Sinne des politischen Gesetzesbegriffes ist konkreter *Wille* und *Befehl* und ein Akt der Souveränität“ (Verfassungslehre, München/Leipzig 1928, S. 146).

⁷¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl. Berlin 1981, S. 131.

⁷² Ernst Forsthoff, *Über Maßnahme-Gesetze*, DÖV 1959, S. 41 ff.

⁷³ Eingehend zum Ganzen: Sobota (aaO., Fn. 68, S. 80 f.).

um sinnvoll sein, um durch Mehrheiten legitimierte, in Formen des Rechts vollzogene demokratische politische Gestaltung von den in gleicher Weise verbindlichen rechtlichen Grundsätzen und Normen zu unterscheiden, die in jahrhundertelangen kulturellen Wachstumsprozessen von juristischen Diskursen aus der gesellschaftlichen Praxis herausgeschält und als ungeschriebenes oder in Gesetzen verankertes Recht bewahrt wurden. Legt man dieses Kriterium an das Recht der Europäischen Union an, das nur auf eine relativ kurze Entwicklungsgeschichte zurückblickt, so kann es nicht verwundern, dass die Menge von Vorschriften, die spezielle wirtschaftliche oder gesellschaftliche Verhältnisse politisch gestalten sollen, den Bestand des kulturell gewachsenen Rechts bei weitem überwiegt. Dieser quantitative Unterschied darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass bei der Anwendung und Durchführung des Unionsrechts beide Rechts-Massen gleichrangig zu berücksichtigen sind. Regelungspersonalismus und die daraus resultierende Überfrachtung von Normtexten mit Einzelheiten, wie sie in der abgeleiteten Gesetzgebung der Europäischen Union zu beobachten sind, stehen jedoch im Widerspruch zur prinzipiellen Gleichrangigkeit beider Rechts-Massen⁷⁴. Recht entsteht im Zusammenspiel von Normtexten und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die ihre Durchführung im Einzelfall orientieren. Je weiter der Gesetzgeber sich in die Regelung von Einzelheiten wagt, umso größer wird das Risiko, dass der Wille der Mehrheit den vom Recht angestrebten Ausgleich verfehlt und normgerechtes Verhalten zudem davon abhängig wird, dass es bei einer unüberschaubar gewordenen Flut von Normen für die Einzelnen mehr oder weniger vom Zufall abhängt, ob sie alle für ihr Handeln relevanten Bestimmungen kennen oder nicht.

IX. Rechtssicherheit – Effektivitätsgrundsatz

Rechtsvorschriften, deren Beachtung nicht durchgesetzt werden kann, schaffen kein Recht. Aus diesem Grunde ist für Jürgen Habermas die Verschränkung von Recht und hoheitliche Macht ausübender Politik konstitutiv.⁷⁵ Rechtmäßiges Verhalten ist stets mit der Erwartung verbunden, dass andere sich ebenfalls rechtmäßig verhalten und mit Sanktionen rechnen müssen, wenn sie dies nicht tun. Außer von hoheitlichen Durchsetzungsmechanismen sind Erwartungen rechtmäßigen Verhaltens abhängig von der Zuverlässigkeit, mit der die Handelnden das in einer Rechtsordnung Ge- und Verbotene erkennen können. Die erwähnte Befrachtung

⁷⁴ Hierzu im Einzelnen *Peter Schiffauer*, Universalität und Partikularität in der textuellen Programmierung transnationaler Integration in: Friedemann Vogel (Hrsg.) *Recht ist kein Text*, Berlin 2017, S. 83 ff, 87 ff., *Gregor Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Tübingen 2009, S. 436 f.

⁷⁵ *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/Main 1992, S. 167 f.

hoheitlicher Regelungen mit Detailspekten wird z. B. damit gerechtfertigt, dass dadurch der Wille des Gesetzgebers für die Adressaten klarer erkennbar werde. In einer transnationalen Rechtsordnung wie der Europäischen Union sind zudem besondere Anforderungen an die Lesbarkeit der gemeinsamen Rechtstexte zu stellen, denn sie werden nicht nur in einer Vielzahl von Sprachen abgefasst, sondern in einer noch größeren Zahl unterschiedlicher nationaler Verständnishorizonte verarbeitet. Die Europäische Kommission wacht mittels der Praxis der Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) darüber, dass die Behörden der Mitgliedstaaten das Recht der Union korrekt anwenden. Seine einheitliche Auslegung wird im Prinzip durch das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) und die darin vom Gerichtshof ausgesprochenen Urteile gesichert. Es kann deshalb berechtigt erscheinen zu fragen, ob nicht ein weniger an Detailgenauigkeit im abgeleiteten Recht der Europäischen Union ein mehr an Rechtsstaatlichkeit dadurch bewirken könnte, dass die Vorschriften besser lesbar werden. Könnte ein weniger an Genauigkeit nicht die vielfach beklagte bürokratische Rigidität des Rechts der Union verringern? Würde sich ein weniger an Genauigkeit nicht in erster Linie zu Lasten derjenigen auswirken, die Rechtssicherheit beanspruchen, um ohne Risiko am Rande der Legalität handeln zu können? Es ist nicht ohne weiteres überzeugend, dass ein solches Verhalten Schutz verdient. Im Übrigen ähnelt das Bemühen eines Gesetzgebers um maximale Perfektion den Arbeiten des Sisyphos. Denn wenn immer die Verfasser einer Rechtsnorm glauben, alle Fallgestaltungen vorgesehen zu haben, auf die der Text der Norm Anwendung finden könnte, wird die Realität unvorhersehbare weitere hervorbringen, die eine erneute Bewertung erfordern.

Das im Kontext des Effektivitätsgrundsatzes auftretende Dilemma wird am Urteil des EuGH vom 20. Dezember 2017 in der Rechtssache C-500/16 „Caterpillar“ anschaulich. Der Streit ging um die Rückerstattung nicht geschuldeter Mehrwertsteuerzahlungen an die Firma Caterpillar. Die Frage, ob ein Leasinggeber für eine dem Leasingnehmer für ein geleastes Objekt angebotene, bei einem anderen Versicherungsnehmer abgeschlossene Versicherung nach den Bestimmungen der EU-Richtlinie Mehrwertsteuer schuldet, war streitig bis der EuGH mit Urteil vom 17. Januar 2013 die Steuerpflicht verneinte. Die Firma Caterpillar hatte im Dezember 2010 in Kenntnis eines zwischen anderen Parteien ergangenen, die Steuerpflicht bejahenden Urteils des polnischen Verwaltungsgerichtshofes die Mehrwertsteuer für entsprechende, in den Jahren von 2005 bis 2010 erbrachte Leistungen entrichtet. An dem Rechtsstreit, der zur endgültigen Klärung der Rechtslage durch das Urteil des EuGH vom 17. Januar 2013 führte, war die Firma Caterpillar nicht beteiligt. Im März 2013 forderte die Firma Cater-

pillar den für den Zeitraum von Dezember 2005 bis Dezember 2011 zu Unrecht gezahlten Betrag von der Steuerverwaltung zurück. Diese erstattete den für den Zeitraum von Dezember 2007 bis Dezember 2011 überzahlten Betrag zurück, verweigerte aber die Rückzahlung des überzahlten Betrags für den Zeitraum von Dezember 2005 bis November 2007 unter Berufung auf die nach den Vorschriften der polnischen Abgabenordnung eingetretene Verjährung. Dagegen wendete sich die Firma Caterpillar in einem gerichtlichen Verfahren, in dem der Verwaltungsgerichtshof schließlich dem EuGH die Frage vorlegte, ob in einem Fall wie dem vorliegenden die in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität der Anwendung der nationalen Verjährungsregelung entgegenstünden. Der Gerichtshof führte dazu aus, dass der Firma Caterpillar nach Unionsrecht ein Rückerstattungsanspruch für den Zeitraum von Dezember 2005 bis November 2007 zusteht. Da die Vorschriften über die Rückerstattung von unionsrechtswidrig erhobenen Abgaben vom Recht der Union nicht harmonisiert wurde, dürfen die Mitgliedstaaten aber weiterhin die Verfahrensvorschriften ihres innerstaatlichen Rechts, u. a. über die Ausschlussfristen, anwenden, sofern sie dabei die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität einhalten (Rn. 37). Danach müssen die auf den unionsrechtlichen Sachverhalt angewandten Regeln äquivalent mit den auf einen vergleichbaren rein innerstaatlichen Sachverhalt anwendbaren Regeln sein (Rn. 39) und die Steuerbehörden der Mitgliedstaaten dürfen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Rn. 41). Die Bejahung der Äquivalenz war im vorliegenden Fall unproblematisch, weil die angewandte Verjährungsregelung mit der auf innerstaatliche Sachverhalte anwendbaren Regelung identisch ist. Nach dem Grundsatz der Effektivität sind die Mitgliedstaaten in jedem konkreten Fall für den wirksamen Schutz der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte verantwortlich (Rn. 41). Jedoch hält der Gerichtshof die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit, die zugleich den Abgabepflichtigen und die Behörde schützt, mit dem Unionsrecht vereinbar (Rn. 42). Anders wäre es nur, wenn das Verhalten der nationalen Behörden in Verbindung mit einer Ausschlussfrist dem Betroffenen jede Möglichkeit genommen hätte, seine Rechte vor den nationalen Gerichten geltend zu machen (Rn. 45). Der Gerichtshof stellt hierzu fest, dass Caterpillar die Entrichtung der Steuer hätte verweigern können, weil sie ja ursprünglich angenommen hatte, von der Steuerpflicht befreit zu sein. Sie hätte sich jeglicher Zahlungsanordnung gerichtlich widersetzen oder aber den Steuerbetrag begleichen und ein nationales Gericht anrufen können, um vor Ablauf der Verjährungsfrist die Erstattung der zu Unrecht geleisteten Beträge zu verlangen, statt abzuwarten, bis die Auslegung der Bestimmungen der Mehrwertsteuerrichtlinie durch

den EuGH geklärt wurde (Rn. 50). Da Caterpillar von keiner dieser Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, steht der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz der Anwendung der nationalen Verjährungsregelung nicht entgegen.

Die Entscheidung des Gerichtshofs illustriert die komplementäre Anwendung von positiv gesetztem einzelstaatlichem Recht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die in der Zusammenschau einzelner Bestimmungen der Europäischen Verträge, ihres Charakters als eigenständiger Rechtsordnung und aus dem Kontext der Durchführung des abgeleiteten Unionsrechts gewonnen werden. Legitime Belange des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsordnung werden sorgfältig und maßvoll gegeneinander abgewogen und zur Konkordanz gebracht. Bei kritischer Betrachtung hätte man allenfalls noch fragen können, ob es in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Steuerschuld für die Jahre 2005 bis 2007 offenbar mit Wissen und Billigung der Steuerbehörden erst im Jahre 2010 entrichtet wurde, mit dem Effektivitätsgrundsatz und dem Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu vereinbaren ist, dass die von den nationalen Behörden angewandte Verjährungsregelung nicht an den Zeitpunkt der tatsächlichen Entrichtung der (nicht geschuldeten) Steuer anknüpft, sondern an den (erheblich früheren) Zeitpunkt, zu dem der Betrag, wäre er geschuldet gewesen, hätte entrichtet werden müssen. Wer die Anwendung der geltenden Regelung als Rechtsmissbrauch ansieht, müsste weiter fragen, ob dies eine Frage des nationalen Rechts ist, die allein von den einzelstaatlichen Gerichten zu beurteilen wäre, oder ob die Verkürzung eines nach Unionsrecht bestehenden Anspruchs eine unionsrechtliche Dimension dieser Rechtsfrage begründet.

X. Rechtssicherheit – Rückwirkungsverbot

Eine Reihe der von der europäischen Verfassungskultur erarbeiteten Grundsätze sind gesicherte Bestandteile sowohl des Rechts der Mitgliedstaaten als auch des Rechts der Europäischen Union. Zu ihnen gehören Rechtssicherheit und das Verbot der Rückwirkung normativer Regelungen. Die Begründung dafür ist einleuchtend: Die aus der Menschenwürde fließende Willens- und Entscheidungsfreiheit setzt voraus, dass der Mensch nur diejenigen Normen beachten bzw. deren Rechtsfolgen hinnehmen muss, die zum Zeitpunkt seines Handelns in Geltung waren und die er deshalb kennen konnte und musste. Rückwirkungen gesetzlicher Regelungen hat die Rechtsprechung nur unter sehr engen Voraussetzungen als mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar angesehen, z. B. wenn die Betroffenen angesichts der öffentlichen Diskussion eines Gesetzesvorhabens mit einer Änderung der Rechtslage rechnen muss-

ten und ihr Vertrauen auf den Fortbestand der geltenden Regelung nicht als schutzwürdig angesehen wurde. Im Bereich des Strafrechts wird dem Rückwirkungsverbot besonders hohe Bedeutung zugemessen. Bei außergewöhnlich schweren Straftaten wie z. B. Völkermord, die nach allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar sind (vgl. Artikel 49 Absatz 2 der EU-Grundrechtecharta), ist es jedoch als mit dem strafrechtlichen Rückwirkungsverbot vereinbar angesehen worden, die gesetzlichen Regelungen über die Verjährbarkeit aufzuheben.

In diesem Zusammenhang sind die bereits besprochenen Urteile „Taricco“⁷⁶ des EuGH und der italienischen Corte Costituzionale für die Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots bei der Durchführung des Unionsrechts aufschlussreich. Im ersten Urteil Taricco hatte der EuGH eine mögliche Grundrechtsverletzung durch Nichtanwendung der dem Unionsrecht widersprechenden nationalen Bestimmungen verneint, allerdings unter dem Vorbehalt der Prüfung durch das nationale Gericht (Rn. 55), das im weiteren Verfahren auch darauf achten müsse, dass die Grundrechte der betreffenden Personen beachtet würden (Rn. 53). Erst durch den Vorlagebeschluss 24/2017 der Corte Costituzionale geraten die rechtsstaatlichen Grundsätze in das Blickfeld des EuGH. Im zweiten Urteil „Taricco“ weist der EuGH auf die hohe Bedeutung hin, die den aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit fließenden Geboten der Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit und dem Verbot der Rückwirkung bei der Anwendung strafrechtlicher Vorschriften „sowohl in der Rechtsordnung der Union als auch in den nationalen Rechtsordnungen zukommt“. (Rn. 51) Der in Art. 49 der EU-Grundrechtecharta „niedergelegte Grundsatz binde die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta“ (Rn. 52). Im Übrigen gehöre der strafrechtliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit „zu den gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten“ (Rn. 53). Wenn die Nichtanwendung des nationalen Rechts wegen mangelnder Bestimmtheit oder wegen rückwirkender, für die Betroffenen nachteiliger Anwendung von Rechtsvorschriften zu einem Verstoß gegen den strafrechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit würde, dann beansprucht das Unionsrecht keinen Anwendungsvorrang (Rn 62). Im Urteil 115/2018 vom 10. April 2018 stellt die Corte Costituzionale daraufhin fest, dass bei Handlungen, die vor Verkündung des Urteils des EuGH vom 8. September 2015 begangen wurden, die Unanwendbarkeit der in diesem Urteil präzipierte Auslegung von Art. 325 AEUV „unmittelbar aus dem Unionsrecht fließt und keine weitere Prüfung durch die innerstaatlichen Gerichte erfor-

⁷⁶ Vgl. oben VI.: EuGH Urteil vom 8. September 2015, Rechtssache C-105/14 „Taricco“ und Urteil v. 5. Dezember 2017, Rechtssache C-42/17 „Taricco 2“, Corte Costituzionale, Urteil 115/2018 vom 10. April 2018.

derlich macht“⁷⁷. Bei Handlungen, die nach Verkündung des genannten Urteils begangen wurden, könne die vom Gerichtshof entwickelte Auslegung von Artikel 325 AEUV im italienischen Strafverfahren deshalb keine Anwendung finden, weil sie aus dem Text dieses Artikels nicht mit der Bestimmtheit hervorgeht, die das Prinzip der Gesetzmäßigkeit, einer der obersten Grundsätze der italienischen Verfassung, bei Strafrechtsnormen erfordert.

Spricht die Zusammenschau der besprochenen, zufällig ausgewählten Entscheidungen für eine Vermutung, dass oberste innerstaatliche Gerichte größere Sensibilität für die Achtung oberster Rechts- und Verfassungsgrundsätze beweisen als der Gerichtshof der EU? Selbst wenn eine systematische Auswertung des Fallmaterials für eine solche Vermutung sprechen würde, wäre das noch kein Indiz dafür, dass rechtsstaatliche Werte auf der Ebene der EU schwächer verankert sind als in den Mitgliedstaaten mit der am höchsten entwickelten Verfassungskultur. Zur Begründung der gegenteiligen Ansicht reicht der Hinweis, dass die ausdrückliche Normierung oberster Werte und Rechtsgrundsätze in den Europäischen Verträgen und in den Verfassungen der Mitgliedstaaten im Großen und Ganzen äquivalent sei, aber keinesfalls aus. Bedacht muss werden, wie das Recht, insbesondere seine obersten Grundsätze, über lange Zeiträume hinweg in einer Myriade von Rechtsstreitigkeiten erfochten werden muss, ehe es sich als einigermaßen und vorläufig gesicherter Bestand niederschlägt. Eine Fülle individueller Klagen hat die Wächterschaft von Verfassungsgerichten über die obersten Rechtsgrundsätze geschärft und ihre Funktion als letzte Rettungsanker der Rechtsstaatlichkeit gefestigt. Der Gerichtshof der Union kann nur Schritt für Schritt in eine vergleichbare Rolle hineinwachsen, in dem Maße wie die Hermeneutik des von ihm entschiedenen Fallmaterials das Gespür dafür schärft, wo und in welcher Weise das Recht der politischen Gestaltung Grenzen setzt.

XI. Unteilbarkeit der Grundfreiheiten

Eine interessante Frage ist, ob sich außer Grundsätzen rechtlichen Verfahrens auch Grundsätze sozio-ökonomischer Gestaltung zu Rechtsprinzipien auf transnationaler Ebene verdichtet haben. In Betracht kommen vor allem die vier Grundfreiheiten des EWG-Vertrages, die in den gut sechzig Jahren des Europäischen Integrationsprozesses konsistentes *politisches* Gestaltungsprinzip waren und vielleicht zum Bestandteil eines gemeinsamen *Rechtsbewusstseins* geworden sind. Bedeutende Verdienste daran kommen dem Gerichtshof zu, dessen

⁷⁷ “discende immediatamente dal diritto dell’Unione e non richiede alcuna ulteriore verifica da parte delle autorità giudiziarie nazionali” (Übersetzung im Text vom Verfasser).

Rechtsprechung die Bürger der Union in die Lage versetzt hat, diese Freiheitsrechte in zahlreichen Fällen vor den nationalen Gerichten unmittelbar geltend zu machen. Freier Warenverkehr, Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bilden den anfänglichen Grundbestand wirtschaftlicher Integration, der mit der Zeit als untrennbar angesehen und mit der Verwirklichung der Wirtschafts- und Währungsunion durch die Freiheit des Kapitalverkehrs vervollständigt wurde. Sind damit diese vier Freiheiten auch rechtlich unteilbar geworden? Würde sich die von der Europäischen Union geschaffene Rechtsordnung zu sich selbst in Widerspruch setzen, wenn die Mitgliedstaaten durch eine Vertragsänderung oder eine Sonderregelung vereinbarten, den Genuss einer dieser Freiheiten für ein bestimmtes Gebiet oder einen bestimmten Bereich auszusetzen, während die anderen Freiheiten voll aufrechterhalten bleiben?

Eine Frage dieser Art stellte sich und stellt sich noch immer im Zusammenhang der Entwicklungen, die voraussichtlich zum Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union führen werden. Unter den Zugeständnissen, die die Regierung des Vereinigten Königreichs vor der Volksabstimmung vom 23. Juni 2016 über den Verbleib des Landes in der Europäischen Union mit den EU-Partnern ausgehandelt hatte⁷⁸, befand sich beispielsweise ein Ausgleichsmechanismus dafür, dass das Land anders als die meisten anderen Mitgliedstaaten nach der großen EU-Erweiterung des Jahres 2004 den Bürgern der neuen Mitgliedstaaten die vollen Freizügigkeitsrechte ohne jede Übergangszeit gewährt hatte. Allerdings hätte diese Maßnahme keine generelle Einschränkung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern aus anderen EU-Staaten bewirkt. Bei den laufenden Verhandlungen über die Bedingungen des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union wird nach Aussagen führender Regierungsvertreter und Politiker⁷⁹ der Zugang zum Binnenmarkt nur bei Gewährleistung voller Freizügigkeit der Arbeitnehmer aufrechterhalten bleiben können. Mit dieser Grundsatzposition rechnet auch der frühere Europaabgeordnete und brillante politische Analyst Andrew Duff: *„When Theresa May fleshes out her concept of a ‘third model’ of a new partnership, the EU leaders should respond constructively. While they will continue to insist on the principled indivisibility of the four freedoms, they should also be searching for pragmatic solutions, within the framework of Union law, that will limit the col-*

⁷⁸ Bei der Tagung des Europäischen Rates vom 19.2.2016 angenommene Schlussfolgerungen, Anlagen I, II, VI, VII, verfügbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2016-INIT/de/pdf> (Zugang 5.10.2016).

⁷⁹ Zum Beispiel der frühere belgische Regierungschef und aktuelle „Brexit-Koordinator“ des Europäischen Parlaments Guy Verhofstadt in POLITICO vom 5.10.2016 (<http://www.politico.eu/article/guy-verhofstadt-splitting-four-freedoms-would-destroy-eu-brexite-negotiator-uk/>) Zugang 5.10.2016.

*lateral damage of Brexit to the EU economy and salvage the international reputation of the EU*⁸⁰. Das Argument, dass aufgrund der Ziele und Werte der Europäischen Union die vier Freiheiten, auf denen der Binnenmarkt beruht, unteilbar sind, festigt den politischen Widerstand gegen jede Art von Rosinenpicken bei den laufenden Austrittsverhandlungen. Die Ausübung jeder dieser Freiheiten ist nur im Zusammenhang mit den drei anderen ökonomisch gerechtfertigt. Reicht dies aus, um die Unteilbarkeit der auf dem Binnenmarkt garantierten Freiheiten als einen der Verfassungsgrundsätze der Union anzuerkennen, von denen es nur sehr enge, zeitlich begrenzte Ausnahmeregelungen geben kann, wenn dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist? Im Falle des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union sind jedenfalls keine objektiven Gründe ersichtlich, die eine künftige Regelung rechtfertigen könnten, nach der Unternehmen und Bürger des Vereinigten Königreichs weiterhin von den Freiheiten des Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs in der Europäischen Union Gebrauch machen können ohne dass Unternehmen und Bürgern aus den EU-Mitgliedstaaten das Recht auf Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit im Vereinigten Königreich zusteht⁸¹. Der von Andrew Duff angemahnte Pragmatismus wäre dann doch eher eine – in der europäischen Politik nicht unbekannte – Art und Weise, einen Grundsatz aufzugeben und zugleich an ihm festzuhalten. Die angesehene spanische Juristin und Europapolitikerin Ana Palacio⁸² ist deshalb skeptisch, ob die vier Freiheiten für immer unteilbar bleiben werden. Zu einem gegenüber politischen Entscheidungen bestandskräftigen Prinzip des transnationalen Rechts der Europäischen Union dürfte die Unteilbarkeit der vier Grundfreiheiten jedenfalls (noch?) nicht gereift sein.

XII. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – das „richtige“ Maß

Die Anerkennung des Gebots der Verhältnismäßigkeit allen hoheitlichen Handelns ist auf nationaler wie transnationaler Ebene so weit gefestigt, dass Urteile von obersten Gerichten aus neuerer Zeit auf diesen Rechtsgrundsatz gestützt sind, ohne dass seine Geltung im Einzelnen begründet und hergeleitet wird⁸³. Umso mehr erstaunen die Unsicherheiten, die sich in der Vergangenheit bei den Bemühungen zur Begründung dieses Grundsatzes gezeigt haben.

⁸⁰ Andrew Duff, *Brexit Beyond the transition*, EPC Discussion Paper, 21. August 2018.

⁸¹ In diesem Sinne konnte bereits die Haltung von Bundeskanzlerin Angela Merkel als Reaktion auf die Forderungen von Premierminister David Cameron vor dem Referendum 2016 verstanden werden.

⁸² Diskussionsbeitrag bei einem “Summit on the Future of Europe”, organisiert vom Center for European Studies, Harvard University, am 6. November 2017.

⁸³ Als Beispiel sei auf den oben (Fn. 40) erwähnten Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 2016 – 2 BvR 1860/15 – Rn. 23, 24 verwiesen.

Das Bundesverfassungsgericht hat ihn früher⁸⁴ als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips angesehen, folgt aber nunmehr⁸⁵ den zahlreichen Literaturstimmen, die diesen Grundsatz aus den Grundrechten, insbesondere dem Schutz der Menschenwürde ableiten⁸⁶. Zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und dem Schutz der Menschenwürde besteht allerdings ein offensichtlicher inhaltlicher Zusammenhang⁸⁷, der auf die Pluralität von Werten⁸⁸ in der Systematik des Deutschen Grundgesetzes gegründet ist. Im Recht der Europäischen Union ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit an verschiedenen Orten positiv verankert: in Artikel 5 Absatz 4 EUV als Regel⁸⁹ für die Ausübung von Unionskompetenzen, als Voraussetzung für Grundrechtseinschränkungen im Interesse des Gemeinwohls in Artikel 51 und für den Bereich des Strafrechts in Artikel 49 der EU-Grundrechtecharta, in Artikel 296 AEUV als Kriterium für die Entscheidung über die Art eines von den Organen zu erlassenden Rechtsaktes, als konstitutioneller Auftrag für alle Organe in Artikel 1 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, präzisiert durch die in Artikel 5 des Protokolls geregelte Verpflichtung, die Verhältnismäßigkeit eines jeden Gesetzgebungsaktes ausdrücklich zu begründen.

Vordergründig haben Begründungspflichten dieser Art den Sinn, dass die Angemessenheit einer Maßnahme für den mit ihr verfolgten Zweck bei ihrem Erlass ausdrücklich geprüft wird. Auf einer weiteren Ebene liefert die ausdrückliche Begründung den Ausgangspunkt für eine nachträgliche Überprüfung der Verhältnismäßigkeit einer getroffenen Maßnahme durch die Rechtsprechungsorgane. Für die gerichtliche Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen am Maßstab des Gesetzes und allgemeiner Rechtsgrundsätze ist dies selbstverständlich. Die richterliche Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Entscheidungen des Gesetzgebers am Maßstab eines konstitutionellen Textes und dessen oberster Prinzipien ist mit einem Legitimationsproblem konfrontiert. Welche Wissens- bzw. Erkenntnisbasis kann die von einem verfassungsmäßig dazu berufenen Gericht vorgenommenen Abwägungen zwischen den obersten Werten des Gemeinwesens gegenüber Mehrheitsentscheidungen eines demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgans privilegieren? Bei der Gegenüberstellung der Legitimation politischer und der richterlicher Gewalt kommt dem Wechsel der Perspek-

⁸⁴ Beschluss vom 26. Mai 1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250 ff.

⁸⁵ Urteil vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 ff.

⁸⁶ Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997, S. 5 mit weiteren Nachweisen.

⁸⁷ Nach Sobota aaO., S. 423 werde durch den Schutz der Menschenwürde als „Nachbar-Prinzip“ gleichsam der äußere Rand des Rechtsstaatsprinzips vorgezeichnet.

⁸⁸ Sobota aaO., S. 422, Fußnote 58, unter Berufung auf Roman Herzog und Ernst-Wilhelm Böckenförde.

⁸⁹ Sie soll zusammen mit dem in Artikel 5 Absatz 3 EUV normierten Subsidiaritätsprinzip einer Aushöhlung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten durch übermäßige Zentralisierung entgegenwirken.

tive gewiss eine bedeutende Rolle zu. Während die Gesetzgebungsorgane die zur Beschlussfassung anstehenden Maßnahmen aus einer abstrakt-generellen Perspektive prüfen und ihre konkreten Auswirkungen nur für typisierte Fallgestaltungen abschätzen können⁹⁰, erfolgt die gerichtliche Prüfung aus der Perspektive eines konkreten Einzelfalles, nicht selten eines Falles, dessen Eintreten nicht vorausgesehen worden war und in dem sich ein Konflikt oberster Werte besonders zuspitzt. Für die These, dass in solchen Fällen Gerichte über ein objektiv besseres Wissen über die richtige Konfliktlösung verfügen, werden sich kaum überzeugende Belege finden lassen. Ebenso wenig dürfen aber freiheitliche, auf der Wahrung der Menschenwürde aufbauende Regierungsformen Entscheidungen über grundlegende Werte der Gesellschaft allein in das Ermessen von Mehrheiten stellen. Einen praktikablen Ausgleich schaffen Methoden der Rechtsfindung, wie sie auch vom Bundesverfassungsgericht angewandt werden. Auf der Hermeneutik einer so weit wie möglich gefassten juristischen Argumentationsgemeinschaft aufbauend wird für konkrete Fallgestaltungen eine nachvollziehbare Konkordanz widerstreitender Werte entwickelt. Diese wird, wenn möglich, im Wege verfassungskonformer oder unionsrechtskonformer Auslegung im Einzelfall zur Geltung gebracht. Notfalls wird den Anordnungen des Gesetzgebers die Gefolgschaft versagt, wenn anders ein kohärenter Schutz der bedeutendsten, in Verfassung und Gesellschaft anerkannten Werte nicht verwirklicht werden kann. Der Gerichtshof der Europäischen Union verwendet zwar nicht die Formel der „praktischen Konkordanz“, seine Entscheidungspraxis folgt aber dem gleichen Muster. Ähnliches gilt für die Tradition der Verfassungs- und obersten Gerichte in der Europäischen Union, jedenfalls solange sich Unabhängigkeit der Urteilsfindung und Akzeptanz ihrer Urteile die Waage halten.

Um den Preis der eigenen Glaubwürdigkeit muss die rechtsprechende Gewalt sich stets rückversichern, dass ihre Urteile als Aussprüche von Recht wahr- und hingenommen werden. Bei aller Verschiedenheit der europäischen Rechts- und Verfassungsordnungen und der Sprachen, in denen sie sich artikulieren, hat dies eine fundamentale Gemeinsamkeit europäischer Rechtskultur zur Voraussetzung: Nämlich diejenige, dass gelungene Rechtsprechung wesentlich das Finden eines „richtigen Maßes“⁹¹ ist. Die verschiedensten sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte müssen gegeneinander abgewogen und in der Entscheidung so miteinander

⁹⁰ Dabei sind die in den letzten Jahren erreichten Verbesserungen und die Intensivierung der Gesetzesfolgenabschätzung bei der Gesetzgebungsarbeit sowohl auf nationaler als auch auf EU-Ebene durchaus bemerkenswert.

⁹¹ Allerdings ist das „rechte Maß“ nicht nur eine juristische Kategorie. Vom Philosophen *Helmuth Plessner* (Diesseits der Utopie, Frankfurt/Main 1974) stammt beispielsweise das gesellschafts-politische Urteil, Deutschland besitze „kein rechtes Maß“.

verbunden werden, dass diese für die Betroffenen wie für die Institutionen des Gemeinwesens nachvollziehbar ist und, guten Willen vorausgesetzt, akzeptiert wird⁹². Die in über zweitausendjähriger europäischer Rechtskultur eingeübte Praxis⁹³ der Suche nach dem „Maß“, dem „καίρός“⁹⁴, könnte die Lücke zwischen der angestrebten Objektivität richterlicher Entscheidungen und der Subjektivität der Entscheidungsträger überbrücken. Die Maximen richterlicher Entscheidungen, die der wissenschaftlichen Kritik standgehalten haben, können sich zu Sedimenten verfestigen, die solange stabil bleiben wie die gesellschaftlichen Überzeugungen, auf denen sie aufbauen. Solange Forschung danach fragt, „was das Recht ist“, kommen solche Sedimente allerdings nicht in den Blick, sondern erst, wenn Forschung beschreibt, wie freiheitliche Gesellschaften „das Recht finden“, auf welche Weise das Recht sie bindet und wie sie durch das Recht zugleich Freiheit und Selbstbestimmung materialisieren. Ausgehend von kulturelles Sediment gewordenen, allgemeinen Rechtsüberzeugungen und von den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen steht jeder Jurist vor der Herausforderung, die Praxis der Suche nach dem „richtigen Maß“ immer wieder neu einzuüben. Prinzipien wie „Verhältnismäßigkeit“ oder „Gerechtigkeit“ wären dann nur Facetten des „richtigen Maßes“, heuristische Formeln, die die Suche erleichtern. Das Bemühen um das Recht, das die Menschen seit schriftlosen Vorzeiten bewegte und bewegen wird solange sie nach einem würdigen Leben streben, könnte dann als nie endende Suche nach dem „richtigen Maß“ gedeutet werden. Die Waage wäre dann nicht nur Symbol, sondern Inbegriff von Justitia. Solange wie die Suche nach dem „richtigen Maß“ nicht beendet ist und Juristen nicht dem Glauben verfallen sind, Wissen über das „richtige Maß“ zu besitzen, besteht kaum Gefahr, dass Recht mit einer säkularen Religion⁹⁵ und Juristen mit deren Priestern verwechselt werden.

⁹² Die Orientierung der Rechtsprechungsorgane an einem „rechten Maß“ mag auch eine Erklärung dafür liefern, weshalb die in mehrsprachigen Rechtsordnungen unvermeidlichen Bedeutungsabweichungen zwischen den verschiedenen sprachlichen Fassungen der Normtexte im Ergebnis keine wesentlichen Auswirkungen auf die richterliche Entscheidungspraxis haben (hierzu *Schiffauer, Peter/Jędrzejowska-Schiffauer, Izabela*, Triumph of Law over Language – Case studies on multilingually negotiated EU-law, Beitrag zur Tagung der International Law and Language Association, Freiburg/Breisgau 7. September 2017, im Erscheinen).

⁹³ Wie in jeder Praxis gab es in der geschichtlichen Entwicklung der Europäischen Rechtskultur Rückfälle gegenüber dem bereits Erreichten. Gemessen am Maßstab der antiken Rechtssysteme mussten nach deren Zusammenbruch die mittelalterliche Praxis der Gottesurteile barbarisch und die Rechtsprechung der Landesherren als willkürlich, die schriftliche Fixierung von Rechtstexten dagegen als kulturelle Errungenschaft, Zuwachs an Freiheit und Sicherheit erscheinen. Trotz solcher „Einbrüche“ lassen sich aber bei den grundlegenden und tragenden Rechtsgedanken kohärente Entwicklungslinien von der europäischen Antike bis zur Gegenwart beschreiben (z. B. *Peter Häberle*, Europäische Rechtskultur, Frankfurt/Main 1994, S. 17 f.).

⁹⁴ *Giuseppe Ganarini*, Kairos, der schwache Herrscher. Die Rolle des Kairos-Begriffes in der Philosophie des Aristoteles. Masterarbeit Universität Wien 2011, S. 9 f.; http://othes.univie.ac.at/15367/1/2011-06-15_0847545.pdf (Zugang 10.9.2018).

⁹⁵ Vor einer solchen Gefahr scheint *Roberto Esposito*, Da fuori – Una filosofia per l'Europa, Torino, 2016, S. 221, warnen zu wollen: „... l'esaurimento del religioso, prodotto dalla secolarizzazione, dà luogo a una nuova trascendenza, incarnata in un diritto separato dal potere ...“

XIII. Rechtssicherheit – Vertrauen auf die Durchsetzung des Rechts

Vor dem Hintergrund von Reden, die mit immer lauter werdenden Tönen die Souveränität von Staaten unterstreichen, wird die Frage akut, warum „die Politik“, also die demokratisch legitimierten Repräsentanten des Souveräns, dem Recht unterworfen sein sollten? Wie kann man von der Bürgerschaft erwarten, dass sie Rechtsvorschriften befolgt und gerichtliche Urteile achtet, wenn politische Repräsentanten vor dem Recht keine Achtung beweisen? Eine Rechtsordnung, die nicht befolgt wird, verliert nicht nur ihre Wirkung, sondern beschädigt die Glaubwürdigkeit des Rechts schwer. Das Vermögen, Recht setzen zu können, ist jedoch ein zentrales Attribut von Souveränität. In Verfassungsstaaten ist die politische Gewalt legitimer Repräsentant des Souveräns. Wenn eine Rechtsordnung die Geltung überpositiver Rechtsgrundsätze – wie im deutschen Grundgesetz oder in den Gründungsverträgen der Europäischen Union – im Prinzip anerkennt, erfolgt deren richterliche Konkretisierung mit einer erheblichen Bandbreite von Möglichkeiten.⁹⁶ Trotz aller schriftlichen Fixierungen, trotz aller methodologischen Anforderungen einer entwickelten Rechtskultur und der Überprüfung ihrer Einhaltung in den Instanzenzügen kann in den Verfahren richterlicher Urteilsfindung eine verbleibende Restkontingenz nicht ausgeschlossen werden. Es erzeugt verständliche Unruhe, wenn bei der Besetzung hoher Richterämter bestimmte Denkrichtungen privilegiert werden⁹⁷. Bei aller denkbaren Ernsthaftigkeit richterlicher Bemühungen um das „richtige Maß“ ist der (gesellschafts)-politische Hintergrund der obersten Richterschaft nicht unerheblich⁹⁸. Müssen also richterliche Urteile ungeachtet verbleibender Unsicherheiten von der „Politik“ stets beachtet werden? Und wenn ja, wo liegen die Grenzen der Hoheitsgewalt der obersten Richterschaft? Oder muss das letzte Wort doch beim Souverän verbleiben?

⁹⁶ Mit Vorstellungen dieser Art scheinen die seit 2015 amtierenden Regierungen Polens die Überschreitung von rechtsstaatlichen Grundsätzen rechtfertigen zu wollen.

⁹⁷ Vgl. die Debatten über anstehende Ernennungen am Supreme Court der USA oder Bestrebungen, nach einem demokratischen Machtwechsel die Zusammensetzung der obersten Gerichte zu verändern, wie sie 2011 in Ungarn und 2015 in Polen beobachtet werden konnten.

⁹⁸ Zur Bildung von Vertrauen ist deshalb eine Verortung der richterlichen Institution im politischen Kontext sehr nützlich, wie sie der Präsident des EuGH Lenaerts bei der Einführungszeremonie am 8. Oktober 2018 mit folgenden Worten vorgenommen hat: „Dans ce climat pour le moins perturbé, notre institution a un rôle majeur à jouer. Il lui appartient d’œuvrer, à travers l’engagement indéfectible de l’ensemble de ses Membres, à la consolidation des valeurs et des acquis qui font que le continent européen, jadis divisé par des conflits meurtriers, forme aujourd’hui une communauté de paix de plus de 500 millions d’habitants. De contribuer, par une justice de qualité, efficace et transparente, à la restauration de la confiance de tous – décideurs politiques, gestionnaires publics, entrepreneurs, travailleurs, consommateurs, simples citoyens – envers la construction européenne. De s’ériger inlassablement en garante des valeurs fondamentales inhérentes à une Union de droit, valeurs qui ne sauraient tolérer aucune forme de concession ou de compromission.“

Wie jede Hoheitsgewalt muss auch die von der Richterschaft ausgeübte in demokratisch verfassten Ordnungen „vom Volk“ ausgehen. Anders als Träger politischer Mandate, denen Gestaltungsbefugnisse durch demokratische Wahlen für einen bestimmten Zeitraum zur freien Ausübung übertragen werden, wird Richtern in Ansehung ihrer Kenntnisse und Erfahrung von demokratisch dazu legitimierten Repräsentanten die Kompetenz zuerkannt, nach Maßgabe der geltenden Verfahrensordnungen und der textlich fixierten oder ungeschriebenen Vorschriften des materiellen Rechts über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden. Anders als die politische Gewalt verfügt die richterliche nicht über eigene Zwangsmittel. Es wäre eine Illusion zu glauben, dass ihre Entscheidungen in allen Fällen von den Betroffenen als gerechter Ausgleich angenommen werden. Dissens über die eine oder andere richterliche Entscheidung wird es immer wieder geben. Eine unabhängige und nur dem Recht verpflichtete rechtsprechenden Gewalt wird ihre verfassungsmäßige Funktion aber nur dann ausfüllen, wenn die juristische Fachöffentlichkeit, die Repräsentanten der politischen Gewalt und letztlich die Bürgerschaft ihre Entscheidungen insgesamt als unparteilich und nur dem Recht verpflichtet wahrnehmen und ihnen Folge zu leisten bereit sind. Gerade in 39 verfassungsrechtlichen Fragen, deren Nähe zu legitimer politischen Gestaltung evident ist, empfiehlt sich für den Juristen große Zurückhaltung, „judicial self restraint“. Zugleich ist von ihm aber auch großer Mut gefordert, den politischen Gewalten in dem Augenblick entschlossen entgegenzutreten, in dem diese die Grenzen legitimer Gestaltung überschreiten. Die Feststellung, dass ein solcher Augenblick gekommen ist, wird sich an einer kritischen Auseinandersetzung mit der Tradition des Rechtsdenkens orientieren und sich das höchste von ihm erreichte kulturelle Niveau aneignen müssen. Dessen ungeachtet wird sie immer ein mit Unsicherheiten behaftetes Urteil erfordern, das derjenige, der es trifft, persönlich verantworten muss.

Gedankengänge dieser Art sind keine reine Theorie. Das Versagen der deutschen Juristenschaft gegenüber dem nationalsozialistischen Unrechtsstaat sollte nie in Vergessenheit geraten. Derart eklatantes Unrecht steht in Europa fünfundzwanzig Jahre nach Gründung der Europäischen Union nicht zu befürchten. Versuche, Gesetzgebung und Rechtspflege für politische Zwecke zu instrumentalisieren mehren sich aber. Es mehren sich auch Ankündigungen von Mandatsträgern, die aus Gründen politischer Opportunität Vorschriften des Unionsrechts oder des nationalen Verfassungsrechts, Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Union, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte oder des nationalen Verfassungsgerichts nicht beachten wollen. Die von der Europäischen Kommission von 2011 bis 2018 gegenüber

den Regierungen Ungarns und Polens erhobenen Vorwürfe⁹⁹ sind krassste Beispiele dafür. Die erhebliche Zahl der von der Europäischen Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren, die zu Verurteilungen von Mitgliedstaaten durch den Europäischen Gerichtshof wegen einer Verletzung des Unionsrechts führten, zeigt einen eher leichtfertigen Umgang einzelstaatlicher Hoheitsträger mit dem Recht, an dessen Setzung sie maßgeblich beteiligt waren¹⁰⁰. Dahinter verbirgt sich eine unbekannte Zahl von Fällen, in denen ein mehr als großzügiger Umgang mit den Vorschriften des Unionsrechts von der Kommission toleriert wurde. Die Geschichte der Anwendung der im Recht der Wirtschafts- und Währungsunion verankerten Stabilitätskriterien ist hierfür ein schlagendes Beispiel. In manchen Fällen mögen die politischen Gründe für die von der Kommission gewählte Vorgehensweise nachvollziehbar sein. Aber in ihrer Häufung führen solche Fälle zum Verlust des Vertrauens in die Rechtsordnung. Eine Pressestimme¹⁰¹ beschreibt die Gefahren einer „Union of mistrust“, deren Rechtsordnung von Misstrauen unterminiert wird. „If stricter rules cannot defuse a sense that common institutions are being unfairly exploited, the logical reaction will be a push to roll back mutual interdependence. Abusing the trust that smooths economic activity across Europe is short-sighted in the extreme.“ In der Welt der Europäischen Integration, in der wirtschaftliche Interessen sehr ernst genommen werden und starken Einfluss haben, ist es vielleicht hilfreich, die ökonomische Irrationalität einer Beschädigung des Vertrauens in die Rechtsordnung zu betonen. Es steht freilich noch mehr auf dem Spiel. Seit Thomas Hobbes und Immanuel Kant wissen wir, dass ohne die Bindekräfte des Rechts eine Friedensordnung in Freiheit nicht denkbar ist. Wer das Vertrauen in die Rechtsordnung zerstört, zerstört das Recht selbst und damit jede Möglichkeit einer freiheitlichen Verfassung.

Doch nicht nur Exekutivorgane tragen Verantwortung, wenn eine Rechtsordnung durch gewohnheitsmäßig gewordene Nichtbefolgung von Rechtsvorschriften einer schleichenden Erosion ausgesetzt ist. Die Vitalität einer jeden Rechtsordnung ist auch abhängig vom allgemeinen Entwicklungsstand der Rechtskultur ihrer Subjekte. Rechtliche Gebote, deren Sinn oder Notwendigkeit von großen Teilen der Bürgerschaft nicht verstanden werden, können obsolet

⁹⁹ Siehe z. B. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2017: Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. September 2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn besteht; P8_TA-PROV(2018)0340.

¹⁰⁰ Nachweise im „Infringement Register“ der Europäischen Kommission, http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=en.

¹⁰¹ *Martin Sandbu*, Financial Times 19.9.2018.

werden, weil sich niemand mehr bereitfindet, ihre Einhaltung durchzusetzen. Die Strafbarkeit einfacher Begehungsweisen von Homosexualität und bestimmter Formen von Kuppelei zu Beginn der „langen 60er Jahre“ sind ein eindrucksvolles Beispiel dafür. Verantwortungsbewusstsein auf Seiten der Bürgerschaft ist gefordert, wo nur intensiver polizeilicher Einsatz gewährleistet, dass Rechtsvorschriften befolgt werden, wie z. B. bei den Leben und Gesundheit schützenden Vorschriften über Drogenkonsum und Geschwindigkeit im Straßenverkehr. In der Europäischen Union, die als Gemeinschaft von Bürgern und von Staaten konstituiert ist, können mit qualifizierter Mehrheit der Vertreter der Staaten gefasste Beschlüsse alle Staaten rechtlich zu bestimmten Handlungen verpflichten. Über die Verteilung von in Griechenland und Italien registrierten Asylsuchenden auf andere Mitgliedstaaten wurden solche Mehrheitsbeschlüsse gefasst, obwohl manche Staaten die Aufnahme von Flüchtlingen aus islamischen Ländern kategorisch ablehnten. Da der Europäische Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestätigte, war die Weigerung, sie durchzuführen, schlicht rechtswidrig. Aber war der Unionsgesetzgeber gut beraten, eine Rechtsvorschrift in Kraft zu setzen, die angesichts der erklärten Verweigerung seitens mancher Staaten nur symbolischen Charakter haben konnte? Muss ein verantwortungsbewusster Gesetzgeber nicht auch berücksichtigen, dass die Bindekraft des Rechts Grenzen hat, insbesondere dann, wenn keine Zwangsgewalt existiert, die den Rechtsbefehl notfalls gegen alle Widerstände zur Durchführung bringen könnte? Für die Europäische Union, die sich seit ihren Anfängen als Rechtsgemeinschaft versteht, ist es überlebenswichtig, dass ihre Akteure aus eigenem Willen dazu bereit sind, dem Recht zu folgen. Damit diese Bereitschaft nicht gefährdet wird, ist es nicht ausreichend, dass die Rechtsetzung der Union im Rahmen ihrer Kompetenzen und Befugnisse bleibt. Bei Strafe ihrer inneren Aushöhlung darf sie ebenso wenig wie ein Richter ein „richtiges Maß“ nicht verfehlen.