

Vierter Beratungsgegenstand:

## Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte

2. Bericht von Prof. Dr. *Franz Merli*, Dresden/Graz\*

Inhalt		Seite
I.	Rechtsprechungskonkurrenz als strukturprägendes Element des Rechts in Europa . . . . .	393
II.	Rechtsprechungskonkurrenz als Sonderform von Rechtsordnungskonkurrenz . . . . .	395
III.	Die Wirkungen von Rechtsprechungskonkurrenz . . . . .	397
	1. Harmonisierung und Stabilisierung . . . . .	397
	2. Konflikte . . . . .	407
IV.	Der Umgang mit Rechtsprechungskonkurrenz: Konfliktvermeidungsmöglichkeiten . . . . .	413
V.	Der Wert von Rechtsprechungskonkurrenz: Verringerung des Risikos der europäischen Integration . . . . .	418

\* Für Rat und moralische Unterstützung danke ich *Rainer Hofmann* und *Ewald Wiederin*, für Hilfe bei den Recherchen *Birgit Auner*, *Lydia-Kathrin Hesse*, *Martina Lais*, *Wolfgang Schleifer*, *Alexandra Schmidt* und besonders *Claudia Perlitius*.

### I. Rechtsprechungskonkurrenz als strukturprägendes Element des Rechts in Europa

Juristen schätzen klare Verhältnisse. Vor allem schätzen sie Rechtssicherheit durch präzise Kompetenzabgrenzungen und eindeutige Hierarchien. Rechtsprechungskonkurrenz mögen sie dagegen nicht. Rechtsprechungskonkurrenz irritiert, weil sie sich gegen Kompetenzabgrenzungen und Hierarchisierung sperrt und Rechtssicherheit in Frage stellt. Rechtsprechungskonkurrenz zwischen den Verfassungsgerichten und den europäischen Höchstgerichten gehört aber zu den prägenden Elementen der heutigen europäischen Rechtsordnung: Sie ist strukturell unvermeidlich.

Das ergibt sich aus zwei einfachen Feststellungen: Verfassungsgerichte, der EGMR und der EuGH entscheiden in weiten Bereichen über dasselbe, und sie entscheiden jeweils letztverbindlich. Sie entscheiden über dasselbe, weil es in jedem Verfahren vor einem Verfassungsgericht oder dem EGMR um die Rechtmäßigkeit einzelstaatlichen Verhaltens geht, sei es autonom oder gemeinschaftsrechtlich bedingt;<sup>1</sup> in den meisten Verfahren vor dem EuGH geht es ebenfalls um die Rechtmäßigkeit mitgliedstaatlichen Verhaltens, entweder direkt in Vertragverletzungsverfahren oder indirekt in Vorabentscheidungsverfahren. Und die Gerichte entscheiden letztverbindlich, weil ihr jeweiliger Entscheidungsmaßstab – die Verfassung, die EMRK oder das Recht der EU – jeweils unabhängig voneinander Geltung beansprucht. Die österreichische Bundesverfassung und das deutsche Grundgesetz öffnen sich zwar gegenüber dem Völker- und Europarecht, aber keine unserer Verfassungen unterwirft sich ihm vorbehaltlos und unbeschränkt. Worin auch immer diese Integrations-schranken im Einzelnen bestehen mögen, so sind sie jedenfalls verfassungsrechtlicher Art, und deshalb haben die Verfassungsgerichte das letzte Wort bei ihrer Auslegung und Anwendung. Umgekehrt steht die verpflichtende Kraft von Völker- und Europarecht aber eben nicht unter Verfassungsvorbehalt. Grundsätzlich kann sich kein Staat auf entgegengesetztes Verfassungsrecht berufen, um die Erfüllung völker- und europarechtlicher Verpflichtungen zu verweigern.<sup>2</sup> Wenn nun der EuGH und

<sup>1</sup> Zur konventionsrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für Erlassung und Vollziehung von Gemeinschafts- und Unionsrecht und der daraus folgenden Zuständigkeit des EGMR zB EGMR, 18. 2. 1999, *Matthews*, RJD 1999-I = EuGRZ 1999, 200; C. *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2005, § 4 Rn. 5ff. mwN.

<sup>2</sup> Zum Völkerrecht vgl. Art. 27 Wiener Vertragsrechtskonvention und zB IGH, *Fischer Case*, ICJ Reports 1951, 116; IGH, *Nottebohm Case*, ICJ Reports 1955, 4; BVerfGE 45, 83 (96 f.); zum Gemeinschaftsrecht EuGH, Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629.

der EGMR über den Inhalt dieser Pflichten entscheiden, dann tun sie das nach den jeweiligen Vertragsgrundlagen ebenfalls mit dem Anspruch auf Letztverbindlichkeit. Rechtsprechungskonkurrenz ist also unvermeidlich, und daher können auch Rechtsprechungskonflikte nicht ausgeschlossen werden.<sup>3</sup> Mit den üblichen, an Normenhierarchien anknüpfenden Techniken sind sie nicht immer auflösbar.

Man kann diese Feststellung bestreiten, indem man sich nur fest genug auf den Boden entweder des Verfassungsrechts oder des Europarechts stellt und die jeweils andere Ebene als nachrangig erklärt. An Versuchen dazu – auch vielen klugen – hat es ja nicht gefehlt,<sup>4</sup> doch hat keiner von ihnen die betroffenen Gerichte bislang vollständig zu Einsicht und Umkehr bewegt. Man kann stattdessen auch auf Parallelen in der Vergangenheit hinweisen, Rechtssprechungskonkurrenz als Kinderkrankheit in der Entwicklung von Staaten im Allgemeinen und Bundesstaaten im Besonderen verstehen<sup>5</sup> und sie als Übergangsphänomen auf dem Weg zum europäischen Bundesstaat abtun. Man kann umgekehrt auf die vielen internationalen Gerichte und gerichtsähnlichen Instanzen verweisen, die zu verschiedenen Sachbereichen jeweils mit Exklusivitätsanspruch entscheiden,<sup>6</sup> und die geschilderte Situation als Teil einer allgemeinen und weltweiten Entwicklung zu neuer Unübersichtlichkeit in einem durch Internationalisierung und Privatisierung zunehmend polyzentrischen und fragmentierten Mehrebenensystem begreifen, als „Globale Bukowina“<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Vgl. zB *J. Bergman* EuR 2006, 101; *H. G. Dederer* ZaöRV 66 (2006), 575; *U. Di Fabio* in: Zimmermann/Heinz (Hrsg.) Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit, 2004, 107; *O. Dörr* DVBl. 2006, 1088; *S.-R. Eiffler* JuS 1999, 1068; *F. Ekardt/V. Lessmann* KJ 2006, 382; *R. Jaeger/S. Broß* EuGRZ 2004, 1; *R. Jaeger* EuGRZ 2005, 193; *G. Kucsko-Stadlmayr* EuGRZ 2004, 16; *J. Limbach* EuGRZ 2000, 417; *N. Lutz* Kompetenzkonflikte und Aufgabenverteilung zwischen nationalen und internationalen Gerichten, 2003; *M. Nettesheim* JZ 2002, 928; *R. Nickel* JZ 2001, 625; *G. Ress* in: Duschanek/Griller (Hrsg.) Grundrechte für Europa, 2002, 183.

<sup>4</sup> Übersicht bei *P. M. Huber* Europäisches und nationales Verfassungsrecht VVDStRL 60 (2001), 194 (211 ff.).

<sup>5</sup> Zu vergleichbaren Erscheinungen in der Entwicklung der USA zB *F. C. Mayer* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen, 2000, 275 ff.; *M. Rosenfeld* in: Pernice/Kokott/Saunders (Hrsg.) The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective, 2006, 33 (40 f.).

<sup>6</sup> Angeblich bestehen 125 internationale unabhängige Spruchkörper: FAZ 19. 6. 2004, 44.

<sup>7</sup> Diesen Begriff verwendet *G. Teubner* „Global Bukowina“: Legal Pluralism in the World Society, in: G. Teubner (ed.) Global Law Without a State, 1997, 1 (6) in Anknüpfung an *Eugen Ehrlich* als Chiffre für – allerdings nichtstaatlichen – Rechtspluralismus. Vgl. auch *A. Fischer/G. Teubner* Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen

bestaunen und geistreiche Paradoxien daraus entwickeln. Man kann die geschilderte Lage einfach resignierend zur Kenntnis nehmen oder schadenfroh das Ende traditioneller Juristenweisheit verkünden. Mehr Gewinn versprechen jedoch eine Analyse ihrer Voraussetzungen und Wirkungen und Vorschläge für einen produktiven Umgang mit ihr. Darum soll es im Folgenden gehen.

## II. Rechtsprechungskonkurrenz als Sonderform von Rechtsordnungskonkurrenz

Rechtsprechungskonkurrenz auf der europäischen Ebene ist eine bestimmte Form von Rechtsordnungskonkurrenz. Konkurrierende und mitunter konfligierende Anforderungen an staatliches Verhalten sind nicht das Ergebnis übersteigter richterlicher Machtansprüche, sondern sie folgen aus dem jeweiligen Autonomieanspruch von konkurrierenden Rechtsordnungen. Es gäbe sie auch ohne richterliche Entscheidungen, nur würden wir sie dann oft nicht wahrnehmen. Rechtsprechungskonkurrenz ist also nur gerichtlich verdeutlichte Rechtsordnungskonkurrenz.

Allerdings gelten in unserem Kontext zwei Besonderheiten: Zum einen konkurrieren mit dem Verfassungsrecht, dem Konventionsrecht und dem Gemeinschaftsrecht Rechtsordnungen, die eine Vielzahl unmittelbar anwendbarer Vorschriften auch zum Verhalten einzelner Bürger und Unternehmen umfassen. Deshalb lassen sich mögliche Konflikte nicht einfach dadurch abmildern oder gar auflösen, dass man staatliche und individuelle und zwischenstaatliche und innerstaatliche Rechtsverhältnisse unterscheidet. Vielmehr spielt sich die Rechtsordnungskonkurrenz oft gerade in Binnenrechtsverhältnissen zwischen Bürger und Staat ab.

Zum anderen werden die Anforderungen, die die konkurrierenden Rechtsordnungen stellen, durch ihre gerichtliche Verdeutlichung anspruchsvoller. Grund dafür ist die dynamische Rechtsprechung der beteiligten Gerichte. Was den EuGH betrifft, muss ich das hier nicht ausführen.<sup>8</sup> Aus der Rechtsprechung des EGMR kann man Entschei-

Rechts, 2006; *A. Zimmermann/R. Hofmann* (Hrsg.) Unity and Diversity in International Law, 2006.

<sup>8</sup> Zur Erinnerung zB EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg. 1963, 1 (unmittelbare Anwendbarkeit von Primärrecht); Rs. 9/70, *Grad*, Slg. 1970, 825 (unmittelbare Wirkung von Richtlinien); Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1141 (Vorrang des Gemeinschaftsrechts); Verb. Rs. C-6 und C-9/90, *Franovich* (Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht); Rs. 22/70, *AETR*, Slg. 1971, 263 (ungeschriebene Gemeinschaftskompetenzen); Rs. 29/69, *Stauder*, Slg. 1969, 419 (Grundrechte als allgemeine

dungen etwa zur Ungültigkeit von Vorbehalten und restriktiven Erklärungen der Mitgliedstaaten,<sup>9</sup> zu ihren positiven Handlungspflichten,<sup>10</sup> zur Verbindlichkeit von *interim measures* des Gerichtshofes,<sup>11</sup> zur weitreichenden Bedeutung der Konventionsrechte bei Ausweisung oder Abschiebung von Ausländern,<sup>12</sup> zum großen Anwendungsbereich des Rechts auf ein faires Verfahren<sup>13</sup> oder zu verschiedenen Aspekten des Rechts auf Privatleben<sup>14</sup> nennen. Dass schließlich das BVerfG und der österreichische VfGH unsere Verfassungen ebenfalls dynamisch ausle-

Rechtsgrundsätze); Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649 (Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote); Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000 I-4139 (Drittwirkung von Diskriminierungsverboten); Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001 I-6193 (Folgen der Unionsbürgerschaft); Rs. C-105/03, *Pupino*, Slg. 2005 I-5285 (rahmenbeschlusskonforme Interpretation).

<sup>9</sup> ZB EGMR, 29. 4. 1988, *Belilos*, Serie A 132 = EuGRZ 1989, 21; EGMR, 22. 5. 1990, *Weber*, Serie A 177 = EuGRZ 1990, 265; EGMR, 25. 8. 1993, *Chorherr*, Serie A 266-B = JBl 1994, 104; EGMR, 23. 10. 1995, *Gradinger*, Serie A 328; EGMR, 3. 10. 2000, *Eisenstecken*, RJD 2000-X; EGMR 8. 7. 2004 (GK), *Ilascu*, RJD 2004-VII. Dazu *Grabenwarter* (Fn. 1), § 2 Rn. 5 ff.

<sup>10</sup> ZB EGMR, 21. 2. 1975, *Golder*, Serie A 39 = EuGRZ 1975, 91; EGMR, 2. 3. 1987, *Mathieu-Mohin*, Serie A 113; EGMR, 4. 5. 2001, *Kelly u. a.*, Nr. 30054/96; EGMR, 30. 11. 2004 (GK), *Öneryıldız*, Nr. 48939/99. Dazu zB C. *Dröge* Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2003; *W. Streuer* Die positiven Verpflichtungen des Staates, 2003.

<sup>11</sup> EGMR, 20. 3. 1991, *Cruz Varas u. a.*, Serie A 201 = EuGRZ 1991, 203; EGMR, 4. 2. 2005 (GK), *Mamatkulov*, Nr. 46827/99 = EuGRZ 2005, 357; dazu zB K. *Oellers-Frahm* EuGRZ 2003, 689 ff.

<sup>12</sup> ZB EGMR, 7. 7. 1989, *Soering*, Serie A 161 = EuGRZ 1989, 314; EGMR, *Chahal*, 15. 11. 1996, RJD 1996-V = NVwZ 1997, 1093; EGMR, 5. 3. 2002, *Čonka*, RJD 2002-I; EGMR, 17. 4. 2003, *Yilmaz*, Nr. 52853/99. Dazu zB R. *Alleweldt* Schutz vor Abschiebungen bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, 1996; *Grabenwarter* (Fn. 1), § 20 Rn. 27 ff., § 21 Rn. 48 ff.; M. *Pöschl* in: Korinek/Holoubek (Hrsg.) Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Loseblatt 1999 ff., Art. 1–4 4. ZPEMRK; T. *Vogler* FS Wiarda, 1988, 663.

<sup>13</sup> ZB EGMR, 8. 6. 1976, *Engel*, Serie A 22; EGMR, 28. 6. 1978, *König*, Serie A 27; EGMR, 23. 6. 1981, *Le Compte*, Serie A 43; EGMR, 21. 2. 1984, *Öztürk*, Serie A 73; EGMR, 23. 10. 1985, *Bentham*, Serie A 97. Dazu zB H. *Miehler/T. Vogler* in: Karl (Hrsg.) Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Loseblatt 2002, Art. 6 EMRK; *W. Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1996, Art. 6 EMRK.

<sup>14</sup> ZB EGMR, 22. 10. 1981, *Dudgeon*, Serie A 45; EGMR, 17. 10. 1986, *Rees*, Serie A 106; EGMR, 16. 2. 2000, *Amann*, RJD 2000-II; EGMR, 4. 5. 2000 (GK), *Rotaru*, RJD 2000-V; EGMR, 18. 1. 2001, *Chapman*, RJD 2001-I; EGMR, 7. 2. 2002, *Mikulić*, RJD 2002-I; EGMR, 29. 4. 2002, *Pretjy*, RJD 2002-III; EGMR, 28. 1. 2003, *Peck*, RJD 2003-I; EGMR, 24. 6. 2004, v. *Hannover*, RJD 2004-VI = NJW 2004, 2647. Dazu zB *Grabenwarter* (Fn. 1), § 22; E. *Wiederin* in: Korinek/Holoubek (Fn. 12), Art. 8 EMRK, Rn. 29 ff.

gen und weiterentwickeln, fällt uns vielleicht nicht so sehr auf, liegt aber ebenfalls auf der Hand.<sup>15</sup> Insgesamt bedeutet das aber, dass die europäische Rechtsordnungskonkurrenz nicht nur gerichtlich verdeutlicht, sondern auch gerichtlich zugespitzt wurde.

Der Wandel von Rechtsordnungskonkurrenz zu Rechtsprechungskonkurrenz ist trotzdem ein großer Fortschritt. Gerade an Klarheit und Rechtssicherheit interessierte Juristen sind regelmäßig für die verbindliche gerichtliche Klärung von Rechtsfragen eingetreten. Und sie haben Erfolg gehabt: Erst die Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit hat Verfassungsrecht in unseren Ländern zu echtem Recht gemacht; erst die verbindliche Entscheidungsbefugnis des EGMR hat die im Vergleich überragende Rolle der EMRK als Instrument des internationalen Menschenrechtsschutzes begründet; und ohne EuGH wäre die heutige Intensität der europäischen Integration nie erreichbar gewesen. Die Rechtsprechungskonkurrenz zwischen Verfassungsgerichten, EGMR und EuGH ist also zum einen die Nebenfolge von rechtsstaatlichen Fortschritten in den beteiligten Rechtsordnungen, auf die wohl kaum jemand verzichten will. Zum anderen und vor allem aber ist sie bloß politisch handhabbarer Rechtsordnungskonkurrenz überlegen: Sie kann in geordneten und öffentlichen Gerichtsverfahren unter Einbeziehung aller Beteiligten transparenter, durch ihren Einzelfallbezug konkreter und durch ihre Regel- und Prinzipienorientierung rationaler behandelt werden.

### III. Die Wirkungen von Rechtsprechungskonkurrenz

#### I. Harmonisierung und Stabilisierung

Rechtsprechungskonkurrenz führt zudem keineswegs immer zu Rechtsprechungskonflikten. Die bisherige Praxis zeigt im Gegenteil, dass sie im Großen und Ganzen eher stabilisierend und harmonisierend wirkt. Das liegt an der grundsätzlichen Homogenität der beteiligten Rechtsordnungen und an der Rollenverschränkung der beteiligten Gerichte und äußert sich in inhaltlicher Konvergenz. Im Einzelnen:

Die konkurrierenden Rechtsordnungen, auf deren Grundlage die Gerichte entscheiden, stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern sind denselben Grundprinzipien verpflichtet und verweisen im zentralen Konkurrenzbereich, dem Grundrechtsschutz, auch aufeinander.<sup>16</sup> Zu

<sup>15</sup> Nur zwei Beispiele: BVerfGE 65, 1 (Recht auf informationelle Selbstbestimmung); VfSlg. 14.473/1996 (ausgliederungsfeste Kernbereiche der staatlichen Verwaltung).

<sup>16</sup> Vgl. zB H. *Bauer* JBl 2000, 750; A. v. *Bogdandy* (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht, 2003; H.G. *Dederer* ZaöRV 66 (2006), 575; W. *Hoffmann-Riem* EuGRZ 2002, 473;

nennen sind hier Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV, Art. 23 GG und das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des GG und des österreichischen B-VG. Die Menschenrechtskonvention wurde gemäß ihrer Präambel von europäischen Staaten abgeschlossen, „die vom gleichen Geist beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes besitzen“. Das Ziel der Verträge ist also Harmonisierung und Homogenität auf Basis der mitgliedstaatlichen Verfassungen. Rechtsprechungskonflikte sind in diesem Kontext planwidrige Unfälle; plangemäß ist Konvergenz durch Rechtsprechungskonkurrenz.

Dem entspricht auch die Rolle der Verfassungsgerichte als Gemeinschafts- und Konventionsgerichte. Alle Gerichte der Mitgliedstaaten – und subsidiär auch der EGMR<sup>17</sup> – sind im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch Gemeinschaftsgerichte, und, soweit gerichtliche Zuständigkeiten bestehen, Unionsgerichte; das gilt auch für Verfassungsgerichte. Das BVerfG<sup>18</sup>

*I. Pernice/P. M. Huber/G. Lübbe-Wolff/C. Grabenwarter* Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVD StRL 60 (2001), 148, 194, 246, 290; *D. Kugelmann* Grundrechte in Europa. Parallele Geltung auf Grund ihrer Rechtsquellen, 1997; *P.-C. Müller-Graff/E. Riedel* (Hrsg.) Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 1998; *B. Szczechkalla* in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.) Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 2 III.

<sup>17</sup> ZB EGMR, 13. 6. 2002, *Bakker*, Nr. 43454/98 (willkürliche Nichtvorlage an den EuGH als Verstoß gegen ein faires Verfahren); EGMR, 16. 4. 2002, *Dangeville*, Nr. 36.677/97 (Eigentumsverletzung durch Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht).

<sup>18</sup> Allgemein zum Verhältnis zwischen BVerfG und EuGH die Nachweise in Fn. 3 und zB *R. Arnold* FS Koja, 1998, 3; *S. Broß* VerwArch 92 (2001), 425; *M. Büdenbender* Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht, 2005; *U. Everling* GS Grabitz, 1995, 57; *U. Everling* JZ 2000, 217; *H.-P. Folz* Demokratie und Integration – Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen, 1999; *P. Funk-Rüffert* Kooperation von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht im Bereich des Grundrechtsschutzes, 1999; *H. Gersdorf* DVBl. 1994, 674; *M. Heintzen* AöR 119 (1994), 564; *G. Hirsch* FS Stern, 1997, 1239; *G. Hirsch* NVwZ 1998, 907; *P.-M. Huber* EuZW 1997, 517; *M. Hummrich* DRiZ 2005, 361; *P. Kirchhof* in: Müller-Graff ua (Hrsg.) Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1998, 163; *P. Kirchhof* JZ 1998, 965; *S. Koch* in: Kluth (Hrsg.) Das Bundesverfassungsgericht als Machtfaktor im gewaltenteilenden System des Grundgesetzes, 2001, 200; *H. Kube* JuS 2001, 858; *P. Lerche* Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen, 2001, 20 ff.; *F.C. Mayer* EuR 2002, 239; *F.C. Mayer* (Fn. 5); *F.C. Mayer* in: v. Bogdandy (Fn. 16), 229; *G. Nicolaysen* EuR 2000, 495; *G. Nicolaysen/C. Nowak* NJW 2001, 1233; *I. Pernice* GS Grabitz, 1995, 523; *G.C. Rodriguez Iglesias*, NJW 2000, 1889; *G. Sander* DÖV 2000, 588; *E. Šarčević* DÖV 2000, 941; *M. Schlachter* FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 223; *M. Selmayr/N. Prowald* DVBl. 1999, 269; *P. Selmer* Die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH: zum „Kooperationsverhältnis“ zwischen BVerfG und EuGH am Beispiel des Rechtsschutzes gegen die Bananenmarkt-Ver-

und der VfGH<sup>19</sup> haben diese Rolle grundsätzlich akzeptiert und tragen durch ihre Rechtsprechung zu einer effektiven Befolgung von Gemeinschaftsrecht bei. Zwar verwenden sie Gemeinschaftsrecht nicht unmittelbar als Prüfungsmaßstab für ihre Entscheidungen, weil die Kontrolle von nationalen Rechtsakten im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht nicht zu ihren Zuständigkeiten gehört.<sup>20</sup> Sie verschaffen dem Gemeinschaftsrecht aber auf anderen Wegen zu größerer Wirksamkeit. Ihre wichtigste Funktion ist in diesem Bereich die Durchsetzung der Pflicht anderer Gerichte zur Vorlage europarechtlicher Fragen an den EuGH.

Im Einzelnen bestehen freilich Unterschiede: Während das BVerfG nur grobe Verstöße gegen die Vorlagepflicht als Entzug des gesetzlichen Richters aufgreift,<sup>21</sup> nimmt der VfGH hier eine Feinprüfung vor.<sup>22</sup> Das liegt allerdings weniger an der Einstellung des jeweiligen Gerichts zum Gemeinschaftsrecht, sondern eher am generellen, an innerstaatlichen Sachverhalten entwickelten Umgang mit dem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht auf den gesetzlichen Richter.<sup>23</sup> Außerdem mag die Kontrolldichte in Österreich zwar größer sein, doch ist der kontrollierte Bereich kleiner, weil es in Österreich keine Urteilsverfassungsbeschwerde gibt; die verfassungsgerichtliche Durchsetzung der Vorlagepflicht ist da-

ordnung, 1998; *A.M. Slaughter/A.S. Sweet/J.H.H. Weiler* (eds.) The European Court and National Courts, 1998; *R. Streinz* in: Ipsen ua (Hrsg.) Verfassungsrecht im Wandel, 1995, 663; *C. Tomuschat* FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, 245; *W. Graf Vitzthum* in: Schwarze (Hrsg.) Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 183; *A. Weber* FS Everling, 1995, 1625; *R. Zuck*, Das Gerede vom gerichtlichen Kooperationsverhältnis, NJW 1994, 978; *M. Zuleeg* NJW 1997, 1201.

<sup>19</sup> Zur Handhabung gemeinschaftsrechtlicher Fragen durch den VfGH zB *S. Griller* in: Aicher/Holoubek/Korinek (Hrsg.) Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 2000, 27 (127 ff.); *G. Holzinger* FS Winkler, 1997, 352; *G. Holzinger* FS Öhlinger, 2004, 142; *K. Korinek* FS Tomandl, 1998, 465; *K. Korinek* FS Öhlinger, 2004, 131; *R. Novak* FS Adamovich, 2002, 539; *R. Novak* JBl 2005, 227; *T. Öhlinger* Verfassungsrecht, 6. Aufl. 2005, Rn. 190 ff.; *T. Öhlinger/M. Potacs* Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 3. Aufl. 2006, 116, 171 ff., 192; *D. Pauger* ZfV 1997, 703; *M. Potacs* Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, GA 14.ÖJT, 2000, 58 ff., 84 ff.; *M. Potacs* ZfV 2001, 756; *H. Schäffer* ZÖR 60 (2005), 345 (370 ff.); *R. Thienel* ZfV 2001, 342; *P. Vcelouch* ÖJZ 1997, 712 (723 ff.).

<sup>20</sup> ZB BVerfGE 31, 145 (174 ff.); 82, 159 (191); 110, 141, (154 ff.); VfSlg. 14.886/1997; 14.948/1997; 15.753/2000; 16.627/2002. Vorschläge zur jeweiligen Relativierung zB bei *M. Gellermann* in: Rengeling/Middecke/Gellermann (Hrsg.) Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 35 Rn. 57 ff. mwN; *S. Griller* (Fn. 19).

<sup>21</sup> BVerfGE 82, 159 (195 ff.); BVerfG EuZW 2001, 255; BVerfG GRUR 2005, 52; BVerfG EuGRZ 2006, 477; kritisch dazu zB *Vedder* NJW 1987, 526; *Hilf* EuGRZ 1987, 5.

<sup>22</sup> VfSlg. 14.390/1995; 14.607/1996; 14.889/1997; 15.507/1999; 15.657/1999; 16.988/2003; 17.411/2004; 17.500/2005.

<sup>23</sup> Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 83 Abs. 2 B-VG.

her nur gegenüber bescheidförmig entscheidenden Sonderrechtsschutzbehörden möglich, die als Gerichte im Sinne des Art. 234 EGV qualifiziert werden können.<sup>24</sup>

Im Übrigen hat der VfGH noch eine Reihe weiterer Techniken entwickelt, um dem Gemeinschaftsrecht zum Durchbruch zu verhelfen. So hat er die Anwendung offensichtlich gegen Gemeinschaftsrecht verstößender und daher durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verdrängter österreichischer Gesetze als Willkür qualifiziert<sup>25</sup> oder darauf gestützte Grundrechtseingriffe – zB die richtlinienwidrige Vorschreibung einer Abgabe – als gesetzlos und daher als verfassungswidrig gewertet.<sup>26</sup> Damit wird die Beachtung des Anwendungsvorrangs durch Verwaltungsbehörden und Gerichte auch in jenen Fällen, in denen nach der *acte claire*-Doktrin keine Vorlagepflicht besteht, zur Verfassungspflicht. Weiters hat der VfGH die Frage der Verdrängung österreichischer Normen durch vorrangiges Gemeinschaftsrecht immer wieder im Rahmen der Zulässigkeit von Rechtsmitteln behandelt. Das betrifft vor allem die konkrete Normenkontrolle. So sind Anträge von Gerichten oder gerichtsähnlichen Behörden auf Gesetzesprüfung – dem Äquivalent der deutschen Richtervorlage – unzulässig, wenn das betreffende Gesetz offenkundig gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht verstößt; dann ist es nämlich von der antragstellenden Instanz eindeutig nicht anzuwenden und daher auch nicht präjudiziell oder entscheidungserheblich.<sup>27</sup> Ebenso, aber nicht nur bei Offenkundigkeit, sondern immer unzulässig sind Individualanträge auf Gesetzeskontrolle – in deutscher Terminologie: Verfassungsbeschwerden, die sich unmittelbar gegen Gesetze richten –, wenn das betroffene Gesetz gemeinschaftsrechtswidrig ist, weil es dann wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts an der Rechtsverletzungsmöglichkeit des Antragstellers fehlt.<sup>28</sup> Ohne auf

<sup>24</sup> Als solche kommen ua in Betracht: Unabhängiger Verwaltungssenat (EuGH, Rs. C-258/97, *Hospital Ingenieure*, Slg. 1999, I-1405); Unabhängiger Finanzsenat (EuGH, Rs. C-278/02, *Handlbauer*, Slg. 2004 I-6171); Bundesvergabebeamt (EuGH, Rs. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau*, Slg. 1998 I-73); Wiener Vergabekontrollsenat (EuGH, Rs. C-92/00, *Hospital Ingenieure II*, Slg. 2002, I-5553); Tiroler Landesvergabebeamt (EuGH, Rs. C-103/97, *Köllensperger*, Slg. 1999, I-551); Umweltsenat (*Öhlinger/Potacs* [FN. 19], 183); Oberster Patent- und Markensenat (VfSlg. 15.657/1999); Oberste Berufungs- und Disziplinar-Kommission für Rechtsanwälte (VfSlg. 16.988/2003); Unabhängige Heilmittelkommission (VfSlg. 17.411/2004).

<sup>25</sup> VfSlg. 14.886/1997; 15.450/2001; 16.771/2002.

<sup>26</sup> VfSlg. 15.448/1999; 15.910/2000; VfGH 26. 9. 2005, B 1330/04.

<sup>27</sup> VfSlg. 15.368/1998; 16.995/2003; ähnlich BVerfGE 85, 191 (203 f.); 106, 275 (295); zu Ausnahmen zB VfSlg. 12.215/1998; 15.368/1998.

<sup>28</sup> VfSlg. 15.771/2000.

die Feinheiten dieser Rechtsprechung einzugehen, die sich im Übrigen zT den Besonderheiten des österreichischen Rechtsschutzsystems verdankt, kann man jedenfalls sagen, dass sie die Beachtung des Anwendungsvorrangs im verfassungsgerichtlich kontrollierten Bereich relativ umfassend sicherstellt. Das geht über die Praxis des BVerfG eindeutig hinaus und macht auch einen Unterschied: ZB sähe die Rechtslage bei der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten in Deutschland heute wohl ganz anders aus, wenn das BVerfG im entsprechenden Verfahren die Verdrängung der restriktiven deutschen Regelungen durch Gemeinschaftsrecht festgestellt hätte.<sup>29</sup>

Darüber hinaus hat der VfGH in Verfahren, in denen er das erste vorlageberechtigte Gericht war, auch mehrmals selbst Vorlagefragen an den EuGH gestellt<sup>30</sup> und die eigene Vorlagepflicht,<sup>31</sup> die Verbindlichkeit der EuGH-Entscheidung,<sup>32</sup> die (auch eigene) Pflicht zu gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation<sup>33</sup> und den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts<sup>34</sup> explizit anerkannt. Schließlich hat er sich im Rahmen einer subsidiären Kompetenz über vermögensrechtliche Streitigkeiten auch für die Entscheidung über gemeinschaftsrechtliche Haftungsansprüche wegen legislativer oder höchstgerichtlicher Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht für zuständig erklärt.<sup>35</sup>

VfGH, BVerfG und auch der EuGH sind aber auch Konventionsgerichte. Die Menschenrechtskonvention sieht die Beschwerdemöglichkeit an den EGMR nur als subsidiäres Mittel vor und knüpft sie daher an die vorherige Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel,<sup>36</sup> von denen

<sup>29</sup> Statt dessen hat sich das BVerfG (NJW 2006, 1261) mit dem Einwand einer fehlenden (weil gemeinschaftsrechtlich verdrängten) Eingriffsgrundlage für die angefochtene Maßnahme nicht auseinandergesetzt und die europarechtliche Frage damit offen gelassen. Von den Fachgerichten wurde sie seither unterschiedlich behandelt; vgl. zB einerseits OVG NRW, EuZW 2006, 603; HessVGH, DÖV 2006, 836; VGH Baden-Württemberg, GewArch 2006, 418; BayVGH, GewArch 2006, 419; und andererseits VG Stuttgart 18. 9. 2006, 4 K 2860/06; OLG München, 26. 9. 06, 5 St RR 115/05.

<sup>30</sup> VfSlg. 15.450/2001 (die dieser Entscheidung zugrunde liegende Vorlage B 2251/97 vom 10. 3. 1999 zu EuGH, Rs. C-143/99, *Adria-Wien-Pipeline*, Slg. 2001 I-8365, war die erste eines europäischen – gesamtstaatlichen – Verfassungsgerichts); 17.065/2003; 17.075/2003.

<sup>31</sup> ZB VfGH B 2251/97 vom 10. 3. 1999; VfSlg. 16.627/2002. Ähnlich, aber abstrakt und bislang ohne Folgen BVerfGE 37, 271 (282).

<sup>32</sup> VfSlg. 17.065/2003.

<sup>33</sup> VfSlg. 16.737/2002.

<sup>34</sup> ZB VfSlg. 15.215/1998; 16.050/2000; 17.065/2003, 17.075/2003.

<sup>35</sup> VfSlg. 16.107/2001; 17.002/2003; 17.019/2003; 17.095/2003; 17.214/2004; VfGH A 30/04 vom 15. 6. 2005.

<sup>36</sup> Art. 35 Abs. 1 EMRK; vgl. zB EGMR, 26. 10. 2000 (GK), *Kudta*, NJW 2001, 2694.

sie ein Minimum in Art. 13 auch ausdrücklich verlangt.<sup>37</sup> Die Konvention setzt zwar weder die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit noch eine verfassungsrechtliche Zuständigkeit für Konventionsverletzungen voraus, doch kommt den Verfassungsgerichten in Österreich und Deutschland wie dem EuGH im Rahmen der EU eine zentrale Rolle beim Schutz der Konventionsrechte zu. In Österreich liegt dies einfach daran, dass die Konvention als verfassungsändernder Staatsvertrag Verfassungsrang genießt<sup>38</sup> und deshalb Konventionsrechte ebenso wie innerstaatliche Grundrechte vor dem VfGH geltend gemacht und als Prüfungsmaßstab verwendet werden können. Daher gibt es auch eine kaum mehr überblickbare Fülle von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur EMRK, die so selbstverständlich zum österreichischen Verfassungsbestand gehören wie jene zum Bundes-Verfassungsgesetz.<sup>39</sup> In Deutschland hat die EMRK formell zwar nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, doch zieht sie das BVerfG in völkerrechtskonformer Auslegung zur Interpretation der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte des GG heran. Indirekt erfährt die EMRK damit auch eine rangmäßige Aufwertung und dient in diesem Rahmen auch als verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab.<sup>40</sup> Darüber hinaus hat das BVerfG im *Görgülü*-Fall die Befolgung von Urteilen des EGMR allgemein eintragbar gemacht und im konkreten Fall auch in mehreren Schritten

<sup>37</sup> Dazu zB *C. Grabenwarter* (Fn. 16), 350 ff.; *J. Meyer-Ladewig* EMRK, 2. Aufl. 2006, 218 ff.

<sup>38</sup> Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964, mit dem Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden, BGBl. 1964/59.

<sup>39</sup> Dazu zB *W. Berka* ÖJZ 1979, 365; *F. Ermacorra/M. Nowak/H. Tretter* Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, 1983; *C. Grabenwarter* in: Thüner (Hrsg.) EMRK: Neuere Entwicklungen, 2005, 79; *B. Gutknecht* ZfV 1987, 261; *W. Karl* ZÖR 59 (2004), 431; *W. Karl/E. C. Schöpfer* ZÖR 61 (2006), 151; *K. Korinek* in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, 110 ff.; *W. Okresek* in: Neisser (Hrsg.) Menschenrechte als politischer Auftrag, 1993, 221; *H. Schäffer* in: Schwarze (ed.) *The Birth of a European Constitutional Order*, 2001, 339 (369 ff.); *H. Tretter* in: Blackburn/Polakiewicz (eds.) *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1995–2000*, 2001, 103.

<sup>40</sup> ZB BVerfGE 74, 358 (370); 83, 119 (128); BVerfG NJW 2001, 2245; dazu zB *R. Bernhardt* FS Doebling, 1989, 25; *J. A. Frowein* NVwZ 2002, 29; *C. Grabenwarter* (Fn. 16), 305 ff.; *S. Mückl* Der Staat 44 (2005), 403; *E. Pache* EuR 2004, 393; *H.-J. Papier* EuGRZ 2006, 1; *J. Schwarze* in: Schwarze (Fn. 39), 109 (139, 166 ff.); *C. Walter* ZaöRV 59 (1999), 961 (971 ff.); *T. Weigend* in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.) *Justizreform 2000 – kurzer Prozess mit neuen Mitteln?*, 2002, 135; *A. Zimmermann* in: Blackburn/Polakiewicz (Fn. 39), 335.

durchgesetzt.<sup>41</sup> Auf EU-Ebene schließlich sind gem. Art. 6 Abs. 2 EUV die Grundrechte, wie sie durch die EMRK gewährleistet werden, als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Prüfungsmaßstab in Verfahren vor dem EuGH. Wenn auch keine unmittelbare Bindung der Union und der Gemeinschaften an die EMRK besteht, so dient sie doch als Rechtserkenntnisquelle des Unionsrechts und hat in dieser Rolle die (anderen) gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten bereits deutlich überflügelt.<sup>42</sup>

Inhaltlich lässt sich die harmonisierende und stabilisierende Rolle der Rechtsprechungskonkurrenz an vielen Fällen zeigen. Aus der aktuellen deutschen Judikatur seien nur das bereits erwähnte Urteil des BVerfG zum staatlichen Sportwettenmonopol,<sup>43</sup> die ganz offensichtlich vom *Gambelli*-Urteil des EuGH<sup>44</sup> inspiriert war, und die 20 Entscheidungen seit

<sup>41</sup> BVerfGE 111, 307 (316); BVerfG NJW 2005, 1105, 1765. Dazu (und zu den Grenzen der Verbindlichkeit von EGMR-Entscheidungen) *E. Benda* AnwBl 2005, 602; *M. Breuer* NVwZ 2005, 412; *H.-J. Cremer* EuGRZ 2004, 683; *H.G. Dederer* ZaöRV 66 (2006), 575 (591 ff.); *R. Esser* StV 2005, 348; *J. A. Frowein* FS Delbrück, 2005, 279 (284 f.); *K. Grupp/U. Stelkens* DVBl. 2005, 133; *R. Hofmann* in: German Yearbook of International Law 47 (2004), 9 (17 ff.); *L. Hummel* IStR 2005, 35; *S. Kadelbach* JURA 2005, 480; *E. Klein* JZ 2004, 1176; *H.-H. Kühne* GA 2005, 195; *C.O. Lenz* in: Gäitaniades (Hrsg.) *Europa und seine Verfassung*, 2005, 234; *J. Meyer-Ladewig* NJW 2005, 15; *H. Sauer* ZaöRV 65 (2005), 35; *B. Schaffarzik* DÖV 2005, 860; *P.J. Tettinger* JZ 2004, 1144; *K. Vogel* IStR 2005, 29; *A. Weber* FS Schäffer, 2006, 912.

<sup>42</sup> ZB EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651; Gutachten 2/94, Slg. 1996 I-1759; aktuelle Zusammenfassung in Schlussanträge Rs. C-305/05, Rn. 72 ff. Zur Rolle der EMRK für den EuGH s. die Nachweise in Fn. 3 und zB *B. Beutler* in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.) *EUV/EGV-Kommentar*, 6. Aufl. 2003, Art. 6 EU Rn. 51 ff.; *A. Bultrini* ZEuS 1998, 493; *C. Busse* NJW 2000, 1074; *C. Grabenwarter* (Fn. 16), 325 ff.; *C. Grabenwarter/K. Pabel* in: Stern/Tettinger (Hrsg.) *Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Rechtsvergleich*, 2005, 81; *M. Hummrich* DRiZ 2005, 72; *F. Jacobs* in: Pernice/Kokott/Saunders (Fn. 5), 291 ff.; *B. Klose* DRiZ 1997, 122; *T. Kingreen* in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.) *EUV/EGV-Kommentar*, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV, Rn. 33 ff.; *S. Lorenzmeier* in: Becker ua (Hrsg.); *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*, 2005, 209; *B. Szczekalla* (Fn. 16); *R. Winkler* *Die Grundrechte der Europäischen Union*, 2006, 63 ff. Zur Grundrechtscharta und ihrem Verhältnis zur EMRK zB *S. Alber/U. Widmaier* EuGRZ 2000, 497; *M. Borowski* in: Meyer (Hrsg.) *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2006, Art. 53 Rn. 7 ff.; *T. v. Danwitz* in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, 782 ff.; *C. Grabenwarter*, ebd., 205 ff.; *C. Grabenwarter* FS Steinberger, 2002, 1129; *S. Griller* in: Duschaneck/Griller (Fn. 3), 131; *H. D. Jarass* *EU-Grundrechte*, 2005, § 2 Rn. 17 ff.; *P. Lemmens* *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2001, 49; *T. Öhlinger* in: Karl (Hrsg.) *Internationale Gerichtshöfe und nationale Ordnung*, 2005, 123; *R. Scholz* FS Heldrich, 2005, 1311.

<sup>43</sup> BVerfG, NJW 2006, 1261.

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003 I-13031.

2004 genannt, in denen sich das BVerfG, zB in Fragen der angemessenen Verfahrensdauer oder der Unschuldsvermutung, explizit auf Urteile des EGMR berief.<sup>45</sup> In Österreich ist der Einfluss der Rechtsprechung des EGMR auf jene des VfGH praktisch flächendeckend und besonders stark natürlich in jenen Bereichen, in denen das österreichische Verfassungsrecht Defizite aufweist, wie etwa beim Recht auf effektiven Rechtsschutz,<sup>46</sup> zu dessen Weiterentwicklung im Übrigen auch der EuGH beigetragen hat.<sup>47</sup> Dass der EuGH selbst bei der Entwicklung der Unionsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, wo nur irgendwie möglich, mittlerweile fast ausschließlich auf die Rechtsprechung des EGMR zurückgreift, wurde bereits erwähnt. Zuletzt hat er in Anknüpfung an das Matthews-Urteil des EGMR<sup>48</sup> das Wahlrecht der Bürger von Gibraltar zum Europäischen Parlament sichergestellt,<sup>49</sup> was von den Rechtsgrundlagen her gar nicht einfach war. Auch der EGMR lässt sich gelegentlich von der EuGH-Rechtsprechung inspirieren, so zB bei der Beurteilung von Beamtenrechtsverhältnissen unter Art. 6 EMRK.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Beispiele: BVerfG, wistra 2004, 179 (Akteneinsichtsrecht im Ermittlungsverfahren); BVerfG, NVwZ 2004, 852 (Ausweisung von Ausländern der zweiten Generation); BVerfG, NJW 2005, 817 (Unschuldsvermutung); BVerfGK 2, 239 und BVerfG, NJW 2005, 3488 (angemessene Verfahrensdauer); BVerfG, StV 2006, 426 (faire Verfahren und Pflichtverteidigung); BVerfG, NJW 2006, 1336 (Dauer der Untersuchungshaft); BVerfG, 1 BvL 1/04 vom 18. 7. 2006, Rn. 21 (Namensänderung von ausländischen Transsexuellen, auch unter Verweis auf ein EuGH-Urteil); BVerfG, EuGRZ 2006, 473 (Schutz der Privatsphäre).

<sup>46</sup> ZB VfSlg. 11.506/1987; 11.646/1988; 11.729/1988; 11.762/1988; 11.776/1988; 11.834/1988; 11.933/1988; 12.003/1989; 12.162/1989; 12.470/1990; 12.774/1991; 12.933/1991; 12.948/1991; 13.979/1994; 15.786/2000; 16.109/2001; 16.179/2001; 16.772/2002; 16.928/2003; 17.102/2004; 17.340/2004; dazu zB *W. Berka* Die Grundrechte, 1999, § 33; *K. Korinek* in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006, 114f.; *H. P. Rill* FS Winkler, 1989, 13. Ähnliches gilt auch für das Ausländer- und Flüchtlingsrecht: zB VfSlg. 10.737/1985; 11.455/1987; 11.867/1988; 13.314/1992; 13.489/1993; 13.836/1994; 14.091/1995; 14.148/1995; 14.300/1995; 14.483/1996; 16.122/2001; 17.340/2004; 17.516/2005; dazu zB *U. Davy* in: *Davy* (Hrsg.) *Die Integration von Einwanderern*, 2001, 37 (61).

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-92/00, *Hospital Ingenieure II*, Slg. 2002 I-5552 und in Reaktion darauf VfSlg. 16.737/2002; ähnlich VfSlg. 15.427/1999 unter Verweis auf EuGH Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg. 1991, I-5357.

<sup>48</sup> EGMR, 18. 2. 1999, *Matthews*, RJD 1999-I = EuGRZ 1999, 200.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-145/04, *Spanien/Vereinigtes Königreich*, noch nicht in Slg.

<sup>50</sup> EGMR, 8. 12. 1999, *Pellegrin*, RJD 1999-VIII = ÖJZ 2000, 695; ähnlich zu einem Diskriminierungssachverhalt EGMR, 11. 7. 2002 (GK), *Goodwin*, RJD 1996-II = ÖJZ 2003, 766, unter Verweis auf EuGH, Rs. C-13/94, *P./S. und Cornwall County Council*, Slg. 1996 I-2143.

Will man diese Konvergenztendenzen systematisieren,<sup>51</sup> lassen sich drei wesentliche Funktionen unterscheiden, die die Rechtsprechung der beteiligten Gerichte füreinander hat. Um die *Bekräftigungsfunktion* geht es immer dann, wenn ein Gericht für die aus eigenem gefundene Lösung eines Falles noch zusätzlich auf Entscheidungen eines anderen Gerichts verweist. Harmonisierend wirkt dies, weil damit die Identität der Maßstäbe festgelegt wird; ein zusätzlicher Effekt liegt hier offensichtlich in der Steigerung der Überzeugungskraft und auch der Legitimität der eigenen Entscheidung. Die *Ergänzungsfunktion* spielt dort eine Rolle, wo die eigenen Rechtsgrundlagen oder Rechtsprechung Lücken aufweisen. Die *Anregungsfunktion* schließlich wird bei der Berücksichtigung von Entscheidungen anderer Gerichte für die Anwendung eigener Standards auf neue Sachverhalte deutlich. Alle drei Funktionen führen zu inhaltlicher Konvergenz. Die Harmonisierungswirkung erstreckt sich im Übrigen manchmal auch über den Bereich der Rechtsprechungskonkurrenz hinaus: So hat etwa die Rechtsprechung des EuGH zu den Freizügigkeitsrechten über die Rechtsprechung des VfGH zur Inländerdiskriminierung eine Ausweitung auch der Rechte von Österreichern, die zu Hause geblieben sind, nach sich gezogen.<sup>52</sup>

Stabilisierend wirkt die Rechtsprechungskonkurrenz wiederum durch die gegenseitige Bekräftigung der Rechtsprechung, aber auch, weil sie einerseits die Wahrscheinlichkeit des Abgehens von rechtsstaatlichen Grundsätzen durch die jeweiligen anderen Gerichte verringert und andererseits die Durchsetzungskraft ihrer Entscheidungen erhöht. So ist es zB in Zeiten internationalen Terrorismus und großer Migrationsprobleme nicht ganz unnützlich, auf die beharrliche Rechtsprechung des EGMR zur Unzulässigkeit von Folter unter allen Umständen<sup>53</sup> und zu Abschiebungshindernissen nach Art. 3 EMRK<sup>54</sup> zu verweisen. Das kann den Verfas-

<sup>51</sup> Vgl. dazu zB *C. Grabenwarter* (Fn. 16), 317ff.; *F. Merli* FS Adamovich, 2002, 449.

<sup>52</sup> ZB VfSlg. 14.963/1997; 15.106/1998; 15.683/1999; 16.027/2000; 17.422/2004; ähnlich die Ausdehnung von Vergaberechtsschutzinstrumenten auf den Unterschwellenbereich durch VfSlg. 16.260/2001; 16.443/2002; 16.510/2002.

<sup>53</sup> ZB EGMR, 18. 1. 1978, *Irland*, Serie A 25 = EuGRZ 1979, 149; EGMR, 15. 11. 1996, *Chahal*, RJD 1996-V = NVwZ 1997, 1093. Vgl. *G. Beestermöller/H. Brunkhorst* (Hrsg.) *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielflicht*, 2006; *W. Brugger* *Der Staat* 35 (1996), 67; *C. Grabenwarter* (Fn. 1), § 20 Rn. 36; *G. Jerouschek/R. Kölbl* JZ 2003, 613ff.; *E. Hilgendorf* JZ 2004, 331ff.

<sup>54</sup> ZB EGMR, 30. 10. 1991, *Vilvarajah u. a.*, Serie A 215; EGMR, 15. 11. 1996, *Chahal*, RJD 1996-V = NVwZ 1997, 1093; EGMR, 17. 12. 1996, *Ahmed*, RJD 1996-VI; EGMR, 2. 5. 1997, *D.*, RJD 1997-III; EGMR, 7. 3. 2000, *T.I.*, RJD 2000-III; s. auch Fn. 12 und *R. Weinzierl* *Flüchtlinge: Schutz und Abwehr in der erweiterten EU*, 2005, 128ff.; *E. Wiederin* *Migranten und Grundrechte*, 2003, 38ff.

sungsgerichten durchaus als Stütze dienen und hat es jedenfalls im einen oder anderen österreichischen Fall auch getan.<sup>55</sup> Als Stabilisierung lässt sich auch die Aufwertung begreifen, die die EMRK durch die Rechtsprechung des EuGH erfährt. Soweit die EMRK im Anwendungsbereich der EU-Verträge in Form allgemeiner Rechtsgrundsätze zu berücksichtigen ist, nimmt sie nämlich am Vorrang des Gemeinschaftsrechts teil.<sup>56</sup>

Als Illustration dieses Effekts kann wiederum ein österreichischer Fall dienen: Als der VfGH in einem Verfahren über die Kontrollzuständigkeit des Rechnungshofes die Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung des Einkommens bestimmter Spitzenfunktionäre des öffentlichen Rundfunks zu beurteilen hatte, hatte er auf der einen Seite das verfassungsgesetzliche Recht auf Privatleben aus Art. 8 EMRK und auf der anderen Seite eine spezielle Bestimmung aus einem Gesetz zur Begrenzung von Bezügen öffentlicher Funktionäre<sup>57</sup> zu beachten, die ebenfalls im Verfassungsrang stand und genau diese Veröffentlichung unter bestimmten Umständen vorsah. Der VfGH stand also vor einem Normenkonflikt auf Verfassungsebene. In dieser Situation legte er dem EuGH Fragen nach der unmittelbaren Anwendbarkeit und zum Inhalt der gemeinschaftsrechtlichen Datenschutzregelungen vor.<sup>58</sup> Der EuGH bejahte die unmittelbare Anwendbarkeit und legte die Datenschutzrichtlinie unter Verweis auf Art. 8 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR so aus, dass sie die Veröffentlichung erlaube, wenn sie „im Hinblick auf das vom Verfassungsgesetzgeber verfolgte Ziel der ordnungsgemäßen Verwaltung der öffentlichen Mittel notwendig und angemessen“ sei, was allerdings die vorlegenden Gerichte zu prüfen hätten.<sup>59</sup> Inhaltlich gab er die Frage also an den VfGH zurück. Dieser verneinte die Notwendigkeit des Eingriffs und konnte nun wegen des Vorrangs der Datenschutzrichtlinie die Verfassungsbestimmung des Bezügebegrenzungsgesetzes als verdrängt betrachten.<sup>60</sup> Wie auch immer man zu einzelnen Argumentationsschritten stehen mag, bemerkenswert ist jedenfalls die Stärkung der EMRK über den Umweg des Gemeinschaftsrechts. In Deutschland gibt es, soweit ersichtlich, zwar keine vergleichbaren Fälle, doch hat die wissenschaftliche und praktische Entdeckung der EMRK in den letzten Jahren wohl auch mit ihrer Aufwertung über das Gemeinschaftsrecht zu tun.

<sup>55</sup> Vgl. zB die in Fn. 46 a.E. angeführten Entscheidungen und *G. Thallinger ZfV* 2004, 325.

<sup>56</sup> *ZB H. G. Dederer ZaöRV* 66 (2006), 575 (590f. mwN).

<sup>57</sup> Bezügebegrenzungsgesetz, BGBl. I 1997/64.

<sup>58</sup> VfSlg. 16.050/2000.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-465/00, *Österreichischer Rundfunk u. a.*, Slg. 2003, I-4989.

<sup>60</sup> VfSlg. 17.065/2003. Dazu zB *Z. Chojnacka ZÖR* 59 (2004), 415; *R. Novak JBl* 2005, 757; *T. Öhlinger* (Fn. 42).

Allgemein lässt sich damit sagen, dass Harmonisierung und Stabilisierung des Rechts keine spezifische Leistung hierarchisch organisierter Gerichtssysteme darstellen. Mitunter funktionieren sie vielleicht gerade deshalb so gut, weil das jeweilige andere Gericht kein untergeordnetes ist, sondern eben auch letztverbindlich entscheidet. Jedenfalls läuft der Harmonisierungs- und Stabilisierungsprozess unter nichthierarchischen Bedingungen auch stärker von „unten“ nach „oben“.

## 2. Konflikte

Bevor wir allerdings ganz in Kooperationsbegeisterung und Harmonieseligkeit verfallen, müssen wir aber doch einen Blick auf die Konflikte werfen, die mit Rechtsprechungskonkurrenz verbunden sein können, denn es ist ja die Konflikteigung, die an Rechtsprechungskonkurrenz irritiert. Hier empfiehlt es sich, einerseits zwischen tatsächlich eingetretenen und bloß potentiellen und andererseits zwischen einfachen, verfassungsrechtlichen und fundamentalen Konflikten zu unterscheiden.

Tatsächliche Konflikte hat es immer wieder gegeben und gibt es noch. Im Verhältnis von Verfassungsgerichten und EGMR kann man jeden Fall nennen, in dem letzterer einen Konventionsverstoß festgestellt hat, nachdem im Rahmen der Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel zuvor das Verfassungsgericht angerufen wurde, was in Deutschland immer, in Österreich allerdings nur in beschränktem Umfang möglich ist. Inhaltlich ging es in Deutschland zB um die Geschlechtergleichheit und Feuerwehrrabgabe,<sup>61</sup> um überlange Verfahrensdauer,<sup>62</sup> um die Meinungsfreiheit von Beamten,<sup>63</sup> um die Waffengleichheit im Strafverfahren<sup>64</sup> und zuletzt, in *Caroline*,<sup>65</sup> um die Abwägung von Pressefreiheit und Schutz des Privatlebens.<sup>66</sup> In Österreich betrafen solche Fälle zB die Effektivität

<sup>61</sup> EGMR, 18. 7. 1994, *Schmidt*, Serie A 291-B = EuGRZ 1995, 392; anders zuvor BVerfGE 13, 167.

<sup>62</sup> ZB EGMR, 29. 5. 1986, *Deumeland*, Serie A 100 = NJW 1989, 652; EGMR, 31. 5. 2001, *Metzger*, Nr. 37591/97, Z. 28ff. Zu überlanger Verfahrensdauer vor dem BVerfG selbst zB EGMR, 1. 7. 1997, *Pammel*, EuGRZ 1997, 310; EGMR, 1. 7. 1997, *Probstmeier*, EuGRZ 1997, 450; EGMR, 27. 7. 2000, *Klein*, NJW 2001, 213; weitere Fälle bei *O. Dörr DVBl.* 2006, 1088 (1095, Fn. 77); dazu *F. Matscher FS Steinberger*, 2002, 1259 (1269 ff.).

<sup>63</sup> EGMR, 26. 9. 1995, *Vogt*, Serie A 323 = EuGRZ 1995, 590.

<sup>64</sup> EGMR, 13. 2. 2001, *Garcia Alva*, NJW 2002, 2018.

<sup>65</sup> EGMR, 24. 6. 2004, v. *Hannover*, RJD 2004-VI = NJW 2004, 2647; zuvor BVerfGE 101, 361. Zu *Caroline* zB *H. G. Dederer ZaöRV* 66 (2006), 575 (616ff.); *J. A. Frowein FS Delbrück*, 2005, 279; *C. Grabenwarter AfP* 2004, 309; *C. Grabenwarter FS Resch*, 2005, 979; *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg.) *Caroline und die Folgen*, 2005; *M. Scheyli EuGRZ* 2004, 628; *C. Starck JZ* 2006, 76; *A. Weber FS Schäffer* 2006, 912.

<sup>66</sup> Weitere Fälle bei *O. Dörr DVBl.* 2006, 1088 (1094).

des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes,<sup>67</sup> den Eigentumsschutz bestimmter öffentlichrechtlicher Positionen<sup>68</sup> oder die Doppelbestrafung wegen gerichtlicher Delikte und Verwaltungsübertretungen (Ordnungswidrigkeiten).<sup>69,70</sup> Im gemeinschaftsrechtlichen Kontext hat hier der *Hoechst*-Fall zum Schutz von Geschäftsräumlichkeiten vor Durchsuchungen<sup>71</sup> Bekanntheit erlangt.<sup>72</sup>

Den meisten dieser Fälle lagen einfache Konflikte in dem Sinn zugrunde, dass das Verfassungsgericht die konventionswidrige Handlung des Staates zwar als erlaubt, aber nicht auch als verfassungsrechtlich geboten ansah. Im strengen Sinn ging es daher gar nicht um inhaltlich unvereinbare Anforderungen auf verfassungsrechtlicher Ebene, sondern nur um die Frage, ob die Verfassungsgerichte ihre Rolle als Konventionsgerichte ausreichend wahrnehmen. Deshalb lassen sich solche Konflikte inhaltlich auch leicht durch einfachgesetzliche Änderungen oder eine Umstellung der Rechtsprechungspraxis auch schon der Fachgerichte lösen. Im Übrigen haben Verfassungsgerichte und EuGH in den meisten Fällen ihre Rechtsprechung jener des EGMR angepasst, indem sie ihren Prüfungsmaßstab in völkerrechtskonformer Auslegung ergänzt haben.<sup>73</sup> Insoweit könnte man diese Fälle auch unter „Harmonisierung durch Rechtsprechungskonkurrenz“ anführen.

Verfassungskonflikte entstehen, wenn das konventions- oder gemeinschaftsrechtswidrige Verhalten verfassungsrechtlich geboten ist. Diese

<sup>67</sup> ZB EGMR, 26. 4. 1995, *Fischer*, Nr. 16922/90 = ÖJZ 1995/3; EGMR, 22. 4. 2004, *Alge*, Nr. 38185/97 = ÖJZ 2004/16.

<sup>68</sup> EGMR, 16. 9. 1996, *Gaygusuz*, RJD 1996-IV = ÖJZ 1996, 955.

<sup>69</sup> EGMR 23. 10. 1995, *Gradinger*, Serie A 328-C = JBl 1995, 577.

<sup>70</sup> Daneben gab es viele Fälle, in denen der EGMR die (der verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegende) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und anderer Gerichte als Konventionsverletzung beanstandete: zB EGMR, 8. 7. 1986, *Lingens*, Serie A 103 = EuGRZ 1986, 424 (Meinungsfreiheit); EGMR, 24. 07. 2003, *Karner*, RJD 2003-IX = ÖJZ 2004, 36 (Diskriminierung von Homosexuellen).

<sup>71</sup> EuGH, Verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859; anders in einem vergleichbaren Fall EGMR, 16. 12. 1992, *Niemitz*, Serie A 251-B = EuGRZ 1993, 65.

<sup>72</sup> Vgl. auch (zur Rolle des Generalanwalts im Hinblick auf ein faires Verfahren) EuGH, Rs. C-17/98, *Emesa Sugar*, Slg. 2000 I-675, und EGMR, 13. 1. 2005, *Emesa Sugar*, EuGRZ 2005, 234, vor dem Hintergrund von EGMR, 20. 2. 1996 (GK), *Vermeulen*, RJD 1996-I. Zu weiteren Beispielen *N. Philippi* Divergenzen im Grundrechtsschutz zwischen EuGH und EGMR, ZEuS 2000, 97.

<sup>73</sup> ZB BVerfGE 92, 91 zur Feuerwehrrabgabe (Fn. 61); BVerfGE 11, 307 (*Görgülü*) als Reparatur eines Nichtannahmebeschlusses; VfSlg. 15.129/98 als Reaktion auf *Gaygusuz* (Fn. 68); VfSlg. 14.696/96, 15.128/98, 15.293/98 als Reaktion auf *Gradinger* (Fn. 69); EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette*, Slg. 2002-I, 9011, und EuG, Rs. T-122/98, *Mannesmann*, Slg. 2001, II-729, in Reaktion auf *Niemitz* (Fn. 71) und die Folgerechtsprechung des EGMR.

Art von Konflikt bestand zT beim österreichischen Verwaltungsschutz.<sup>74</sup> Auch jene Ausführungen in der *Görgülü*-Entscheidung des BVerfG, die Grenzen für die innerstaatliche Befolgung von EGMR-Urteilen aufstellen,<sup>75</sup> dürften grundsätzlich in diese Kategorie gehören. Sicher trifft dies auf Fälle von kollidierenden Freiheitsrechten und Schutzpflichten wie *Caroline* zu, wo die Berufung auf das Günstigkeitsprinzip der EMRK nicht weiterhilft.<sup>76</sup> Ähnliche Konstellationen sind in Österreich auch im Hinblick auf gemeinschaftsrechtliche Anforderungen aufgetreten. Der VfGH sieht die österreichische Umsetzungsgesetzgebung unter einer „doppelten Bindung“ an Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht.<sup>77</sup> Während dies im Umsetzungsspielraum gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben allgemein und bei zwingenden inhaltlichen Gemeinschaftsvorgaben jedenfalls im Hinblick auf Zuständigkeits-,<sup>78</sup> Verfahrens- und Formvorschriften der Rechtsetzung<sup>79</sup> und auf den Gesetzesvorbehalt<sup>80</sup> und das Bestimmtheitsgebot einleuchtet, ist dies im Hinblick auf den Inhalt selbst problematischer. Die Rechtsprechung ist in diesem Punkt auch nicht einheitlich. So hat der VfGH nach dem Grundsatz der doppelten Bindung die gesetzliche Einrichtung von bestimmten unabhängigen Vergabekontrollstellen wegen Widerspruchs zu verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gemeindeautonomie als verfassungswidrig aufgehoben, obwohl diese Einrichtung gemeinschaftsrechtlich geboten war; eine Lösung könne hier nur durch Verfassungsänderung erfolgen.<sup>81</sup> Auf der anderen Seite hat er im erwähnten Fall der Rechnungshofkontrolle<sup>82</sup> die Verfassungsvorschrift zur Veröffentlichung der Einkommensdaten ebenso als gemeinschaftsrechtlich verdrängt erachtet wie in einem anderen Fall<sup>83</sup> eine Regelung der Bundesverfassung, die die Beschwerde gegen Entscheidungen u.a. der Telekom-Regulierungsbehörde an den Verwaltungsgerichtshof ausschloss. In diesen Fällen hat er also das Problem nicht dem Verfassungsgesetzgeber überlas-

<sup>74</sup> VfSlg. 11.500/1987; s. auch Fn. 46.

<sup>75</sup> BVerfGE 111, 307 (317 ff.); zur Kritik daran siehe die in Fn. 41 genannten Arbeiten.

<sup>76</sup> Dazu die in Fn. 65 zitierte Literatur.

<sup>77</sup> ZB VfSlg. 15.106/1998; 15.321/1998; 15.683/1999; 16.260/2001; 17.001/2003; 17.022/2003; 17.347/2004; 17.554/2005; VfGH G 138/05 ua, V 97/05 ua vom 11. 10. 2006; s. auch Fn. 19.

<sup>78</sup> VfSlg. 17.022/2003.

<sup>79</sup> VfGH G 138/05 ua, V 97/05 ua vom 11. 10. 2006.

<sup>80</sup> VfSlg. 15.189/1998.

<sup>81</sup> VfSlg. 17.001/2003; Bestätigung durch EuGH, Rs. C-462/99, *Connect-Austria*, Slg. 2003 I-5197, Rn. 38 ff.

<sup>82</sup> VfSlg. 17.065/2003.

<sup>83</sup> VfSlg. 15.427/1999.

sen, sondern durch Berufung auf den Anwendungsvorrang und damit auf eine gemeinschaftsrechtliche Modifikation seines Prüfungsmaßstabes selbst beseitigt. Wie auch immer man diese Rechtsprechung im Einzelnen bewerten mag, so demonstriert sie immerhin die Lösungsmöglichkeiten: nicht bloße Ergänzung, sondern Änderung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes durch konventions- oder gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, durch Anerkennung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber dem Verfassungsrecht oder durch Verfassungsänderung. Im Konflikt zwischen Anforderungen des EuGH und des EGMR ist auch auf Art. 307 EGV zu verweisen: Als Altvertrag der Mitgliedstaaten ist die Menschenrechtskonvention im EG-Kontext auch dann zu respektieren, wenn dies mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben kollidiert; Schwierigkeiten macht diese Regel allerdings bei nachträglich ratifizierten Zusatzprotokollen zur EMRK.<sup>84</sup>

Einfache und verfassungsrechtliche Rechtsprechungskonflikte, kann man zusammenfassen, treten zwar tatsächlich auf, sind aber lösbar. Für fundamentale Konflikte gilt das Gegenteil: Sie lassen sich zwar nicht lösen, aber sie sind auch noch nicht aufgetreten. Fundamentale Rechtsprechungskonflikte zeichnen sich dadurch aus, dass nach der Rechtsprechung von EuGH oder EGMR konventions-, gemeinschafts- oder unionsrechtlich gebotenes Verhalten aus der Sicht der Verfassungsgerichte nicht nur verboten, sondern auch durch (normale) Verfassungsänderung nicht erlaubbar ist. Sie entstehen also dann, wenn das Europarecht etwas fordert, was den jeweiligen Verfassungskern der Mitgliedstaaten, im Wesentlichen rechtsstaatliche oder demokratische Mindestanforderungen, verletzen würde. In grober Vereinfachung ist es das, worum es in den deutschen Entscheidungen zu den Integrationssschranken von Solange I bis zum Bananenbeschluss<sup>85</sup> und zuletzt zur Umsetzung des Europäischen Haftbefehls<sup>86</sup> geht. Im Hinblick auf Rechtsprechungskonkurrenz kann man zwei Aspekte unterschei-

<sup>84</sup> Dazu zB S. Lorenzmeier (Fn. 42).

<sup>85</sup> BVerfGE 37, 271 (Solange I); 52, 187 (Vielleicht); 73, 339 (Solange II); 89, 155 (Maastricht); BVerfG, NJW 2000, 2015 (Alcan); BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung). Dazu Übersichten und Literaturnachweise zB bei M. Büdenbender (Fn. 18); H. P. Folz (Fn. 18); F. C. Mayer (Fn. 5); I. Pernice in: Dreier (Hrsg.) GG Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 27 ff.; J. Schwarze (Fn. 40), 169 ff.; R. Streinz FS Steinberger, 2002, 1437.

<sup>86</sup> BVerfGE 113, 279 = NJW 2005, 2289 = EuGRZ 2005, 387 = DVBl. 2005, 1119. Das Verfahren ist dokumentiert in F. Schorkopf (Hrsg.) Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006. Umfassende Literaturnachweise dazu bei F. Merli in: Lagodny/Wiederin/Winkler (Hrsg.) Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls, 2007, 128 Fn. 7.

den.<sup>87</sup> Die Frage nach den Grenzen des Übertragbaren, ob also Deutschland bestimmte vertragliche Verpflichtungen übernehmen kann, ist eine ausschließlich verfassungsrechtliche; Rechtsprechungskonkurrenz entsteht erst bei der Kontrolle der Einhaltung des Übertragenen. Allerdings hängen die beiden Fragen auf vertrackte Weise miteinander zusammen. Die genannten Entscheidungen, vielleicht aber zum Teil auch Görgülü, lassen sich auch so verstehen, dass die Kontrolle der Einhaltung des Übertragenen dem EuGH und dem EGMR eben nicht vollständig und endgültig übertragen werden kann, dass also zumindest eine Restkontrollmöglichkeit des BVerfG selbst zum Verfassungskern gehört. Explizit ausgesprochen wurde dies nicht, doch scheint es mir zumindest in der Logik der bisherigen Argumentation zu liegen. Sollte dies aber der Fall sein, dann würde auch deutlich, dass weder das BVerfG auf diese Kontrolle verzichten noch der Verfassungsgesetzgeber sie beseitigen kann.

In Österreich gibt es zwar weder einen spezifischen Integrationsartikel in der Verfassung noch vergleichbare Rechtsprechung zum Gemeinschafts- und Unionsrecht, doch würde sich die Frage möglicherweise ähnlich stellen.<sup>88</sup> Österreich hat den Beitrittsvertrag aufgrund eines speziellen Ermächtigungsgesetzes<sup>89</sup> parlamentarisch genehmigt und ratifiziert, das als Gesamtänderung der Verfassung einer Volksabstimmung unterzogen wurde. Damit ist der Beitritt selbst und alles Gemeinschafts- und Unionsrecht einschließlich der Rechtsprechung des EuGH, das Inhalt und Programm der Gründungsverträge zum damaligen Zeitpunkt entspricht, von vornherein verfassungsrechtlich unangreifbar. Probleme können sich aber bei weiteren Vertragsänderungen, die eine zusätzliche und erhebliche Beeinträchtigung der durch den Beitritt modifizierten Grundprinzipien der Verfassung bewirken,<sup>90</sup> und bei „ausbrechenden“

<sup>87</sup> Vgl. zB O. Dörr DVBl. 2006, 1088 (1095); D. Ehlers in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.) Europarecht, 2006, § 11 Rn. 16.

<sup>88</sup> Zu Beitrittsverfahren und Integrationssschranken zB G. Baumgartner EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz, 1997, 104 ff.; S. Griller ZfRV 1995, 89; S. Griller (Fn. 19), 60 f., 64 ff.; S. Griller JRP 2000, 273 (278 ff.); G. Holzinger JRP 1996, 160 (167 f.); T. Öhlinger in: Korinek/Holoubek (Fn. 12) Beitritts-BVG; Öhlinger/Potacs (Fn. 19), 56 ff.; P. Pernthaler Der Verfassungskern, 1999, 14 f.; H. P. Rill/H. Schäffer Bundesverfassungsrecht, 2001, Art. 44 B-VG, Rn. 51 f.; H. Schäffer (Fn. 39), 354 ff.; H. Schäffer ZÖR 60 (2005) 345 (347 ff.); A. Schramm ZÖR 61 (2006), 41 (42 f.); R. Winkler Integrationsverfassungsrecht, 2003, 9 ff., 67 ff.

<sup>89</sup> BVG über den Beitritt Österreichs zur EU (EU-Beitritts-BVG), BGBl. 1994/744.

<sup>90</sup> Bei den Änderungen durch die Verträge von Amsterdam, Nizza und den Beitrittsvertrag 2003 war das nach einhelliger Auffassung nicht der Fall; sie wurden jeweils auf der Grundlage einer Ermächtigung durch „normales“ (also ohne Volksabstimmung in Kraft gesetztes) Bundesverfassungsgesetz (BGBl I 1998/76, 2001/120, 2003/53) ratifiziert. Beim Verfassungsvertrag wurde dieselbe Vorgangsweise gewählt (BGBl I

Rechtsakten ergeben. Solche Rechtsakte wären wohl – allerdings erst nach erfolgloser Vorlage an den EuGH – von allen staatlichen Instanzen als nichtig zu betrachten.<sup>91</sup> Die Kontrolle darüber wäre also nicht beim VfGH monopolisiert, aber auch der VfGH könnte eine solche Nichtigkeit in einem Verfahren über die Rechtmäßigkeit eines österreichischen Durchführungs- oder Vollstreckungsakts feststellen. Das sind freilich nur Spekulationen.

Was es in Österreich tatsächlich gibt, ist eine VfGH-Entscheidung aus 1987<sup>92</sup> zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Hinnahme von Rechtsfortbildung durch den EGMR. Hintergrund war die Rechtsprechung des EGMR zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 6 EMRK und seiner Rechtsschutzgarantien auf Materien, die in Österreich als klassische Verwaltungsangelegenheiten keiner durchgehenden gerichtlichen Sachverhaltsüberprüfung zugänglich waren. Das inhaltliche Problem selbst war nicht so dramatisch und ist inzwischen durch eine Reihe von verfassungs- und einfachgesetzlichen Maßnahmen weitgehend beseitigt worden; auch sah der VfGH im konkreten Fall keinen Konventionsverstoß. Für den Fall einer anderen Beurteilung durch den EGMR mochte er aber „nicht versäumen darauf hinzuweisen, daß die dann anzunehmende Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung nach dem derzeitigen Stand seiner Überlegungen nur das Ergebnis einer offenen Rechtsfortbildung durch die Konventionsorgane sein könnte und sich daher die – hier nicht zu beantwortende – Frage stellen würde, ob nicht die Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe auf verfassungsrechtlichem Gebiet an ein internationales Organ als Ausschaltung des Verfassungsgesetzgebers eine Gesamtänderung der Bundesverfassung [...] wäre und einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes bedürft hätte“.<sup>93</sup> Auch hier geht es also um Integrationssschranken auf oberster Verfassungsebene, und

12/2005); ob das rechtmäßig war, ist aber strittig: *T. Öhlinger* FS Ress, 2005, 685 (692f.); *A. Schramm* ZÖR 61 (2006), 41.

<sup>91</sup> *ZB G. Holzinger* JRP 1996, 160 (167); *S. Griller* ZfRV 1995, 89 (100); *B. Raschauer* ÖJZ 2000, 241; *A. Schramm* ZÖR 61 (2006), 41 (63); *H. Schäffer* ZÖR 60 (2005), 345 (360); aA *R. Winkler* (Fn. 88), 140ff.

<sup>92</sup> VfSlg. 11.500/1987; dazu *W. Berka* (Fn. 46); *K. Korinek* (Fn. 46); *H. P. Rill* FS Winkler, 1989, 13; *K. Schmalenbach* ZÖR 59 (2004), 213 (227ff.).

<sup>93</sup> Der EGMR hat zurückhaltend reagiert und seither in einschlägigen österreichischen Fällen unter Verweis auf ihre konkrete Handhabung durch den Verwaltungsgerichtshof idR keine Verstöße festgestellt: zB EGMR, 21. 9. 1993, *Zumtobel*, Serie A 268-A = ÖJZ 1993, 782; EGMR, 25. 11. 1994, *Ortenberg*, Serie A 295-B = ÖJZ 1995, 225; EGMR 26. 4. 1995, *Fischer*, Serie A 312 = ÖJZ 1995, 633. Das liegt aber auch daran, dass der Verwaltungsgerichtshof solche Fälle meist besonders sorgsam behandelt.

auch hier klingt eine verfassungsgerichtliche Reservekontrollkompetenz an.<sup>94</sup>

Das ist wohl gemerkt eine hypothetische Erwägung und in diesem Sinn typisch für alle einschlägigen Entscheidungen in Deutschland und Österreich: In allen einschlägigen Fällen wurden Verstöße gegen den jeweiligen Verfassungskern für möglich erklärt und gerichtliche Sanktionen dafür erörtert; in keinem von ihnen wurde ein solcher Verstoß aber festgestellt, und Sanktionen erübrigten sich. Auch mit fundamentalen Konflikten kann man daher leben – wenn sie nicht auftreten.

#### IV. Der Umgang mit Rechtsprechungskonkurrenz: Konfliktvermeidungsmöglichkeiten

Damit sollten wir uns aber nicht zufrieden geben. Rechtsprechungskonflikte sind auf allen Ebenen planwidrige Unfälle, und sie sollten daher soweit wie möglich vermieden werden. Die beteiligten Gerichte können dazu in dreifacher Weise beitragen: durch die gegenseitige inhaltliche Abstimmung ihrer Rechtsprechung, durch die Beschränkung gegenseitiger Überprüfungsansprüche, und durch die Verbesserung ihrer alltäglichen Zusammenarbeit.

Die inhaltliche Abstimmung ist seitens der Verfassungsgerichte durch europarechtskonforme Auslegung und Anerkennung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber dem eigenen Verfassungsrecht in weiten Bereichen möglich und wird, wie gezeigt, auch in vielen Fällen vorgenommen. Der EuGH praktiziert eine inhaltliche Abstimmung in völkerrechtskonformer Auslegung sehr intensiv durch die Übernahme der Rechtsprechung des EGMR. Die Abstimmung kann aber keine nur einseitige sein, sondern ist bis zu einem gewissen Grad auch eine Aufgabe von EGMR und EuGH im Verhältnis zu den Verfassungsgerichten.<sup>95</sup> Die EMRK baut nach ihrer Präambel und ihrem Rechtsschutzsystem auf den Verfassungen der Mitgliedstaaten auf, und für die EU gilt dies – besonders nach Art. 6 Abs. 1 EUV – noch viel mehr. Vor allem schreibt Art. 6 Abs. 3 EUV allen Organen der Union und der Gemein-

<sup>94</sup> Immerhin betraf die bisher einzige Aufhebung einer Verfassungsnorm wegen Widerspruchs zu den Grundprinzipien der Bundesverfassung (VfSlg. 16.327/2001) ua die Ausschaltung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle; dazu zB *R. Novak* JBI 2003, 894; *H. P. Rill/H. Schäffer* (Fn. 88), Rn. 10.

<sup>95</sup> Vgl. zum Folgenden zB *C. Calliess* AöR 121 (1996), 509; *O. Dörr* DVBl. 2006, 1088 (1098f.); *D. Ehlers* (Fn. 87); *M. Hilf* GS Grabitz, 1995, 157; *P. M. Huber* Verfassungsrecht (Fn. 4), 227f.; *I. Pernice* in: Dreier (Hrsg.) GG Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 30.

schaften die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten vor.<sup>96</sup> Nun gehört die Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung nach Art. 46 EUV nicht zu den Zuständigkeiten des Gerichtshofes; er kann sie insbesondere nicht als Kontrollmaßstab für die Prüfung von Sekundärrecht verwenden. Das bedeutet aber nicht, dass er nicht selbst bei der Ausübung seiner Zuständigkeiten an sie gebunden ist,<sup>97</sup> und auch wenn man dem nicht folgen wollte, ergäbe sich dies aus einer systematischen Auslegung des Art. 10 EGV.<sup>98</sup> Bei möglichen Konflikten zwischen gemeinschaftsrechtlichen und EMRK-Pflichten der Mitgliedstaaten haben EGMR und EuGH die jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen im Lichte anderen Völkerrechts, also auch unter Berücksichtigung der aus dem jeweiligen anderen Vertrag stammenden Pflichten der Mitgliedstaaten, auszulegen.<sup>99</sup> Der EuGH muss darüber hinaus auch Art. 307 EGV beachten. Unter diesen Umständen spricht viel für ein Gebot zur verfassungsschonenden und insbesondere *verfassungskernschonenden Auslegung* von Konventions-, Unions- und Gemeinschaftsrecht. Dass eine solche Auslegung nicht mit verfassungskonformer Interpretation wechselt werden darf, dass sie nicht isoliert gegenüber einzelnen Verfassungen, sondern immer nur im Hinblick auf die Gesamtheit aller Verfassungen der Mitgliedstaaten erfolgen kann, dass sie in ein Spannungsverhältnis zu anderen Auslegungsgrundsätzen – etwa der Effektivität des Gemeinschaftsrechts oder der Rolle der EMRK als „living instrument“<sup>100</sup> – geraten kann und dass sie daher Grenzen hat, liegt auf der Hand, macht sie aber nicht überflüssig.

In der Rechtsprechung von EGMR und EuGH gibt es trotz ihrer erwähnten dynamischen Tendenz auch eine ganze Reihe von Entscheidungen, die sich im Lichte eines solchen Gebotes verstehen lassen. Unter anderen zählen viele Urteile des EGMR dazu, die sich am mitgliedstaatlich geprägten Leitbild einer demokratischen Gesellschaft orientieren und den Mitgliedstaaten bei Rechtfertigungsgründen und Notwendigkeit von Konventionsrechtsbeschränkungen einen Beurteilungsspiel-

<sup>96</sup> Zur Verfassung als Teil der nationalen Identität zB *B. Beutler* (Fn. 42), Rn. 196f., 200; *M. Pechstein* in: Streinz (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 6 EUV Rn. 27.

<sup>97</sup> Art. 6 Abs. 3 EUV bindet die Union und damit alle Organe der Union und der Gemeinschaften.

<sup>98</sup> *M. Pechstein* (Fn. 96), Rn. 26; *A. Putter* in: Calliess/Ruffert (Fn. 42), Art. 6 EUV Rn. 218.

<sup>99</sup> Art. 31 Abs. 3 lit. c Wiener Vertragsrechtskonvention; dazu *S. Lorenzmeier* (Fn. 42), 220f., 227f.; *M. Villiger* FS Ress, 2005, 317.

<sup>100</sup> ZB EGMR, 25. 4. 1978, *Tyler*, Serie A 26; dazu *Grabenwarter* (Fn. 1), § 5 Rn. 13f. mwN.

raum („margin of appreciation“) einräumen;<sup>101</sup> verfassungsschonend ist auch, dass der EGMR sich konsequent aus Streitigkeiten über die Regelung des Schwangerschaftsabbruches herausgehalten hat;<sup>102</sup> und auch in der Judikatur zu Art. 13 EMRK<sup>103</sup> finden sich Beispiele der Rücksichtnahme auf verfassungsrechtliche Rechtsschutzsysteme.<sup>104</sup> Aus der Rechtsprechung des EuGH lassen sich jene Vorabentscheidungen anführen, die die konkrete Beurteilung dem vorlegenden Gericht überlassen, wie im erwähnten Fall der Veröffentlichung von persönlichen Einkommensdaten durch den österreichischen Rechnungshof<sup>105</sup> oder in vielen Diskriminierungssachverhalten.<sup>106</sup> Weitere Beispiele<sup>107</sup> bilden der *Schmidberger-Fall*<sup>108</sup> und der *Omega-Fall*,<sup>109</sup> in denen die Durchsetzung von Grundfreiheiten der Achtung nationaler Grundrechte weichen musste. Omega ist hier besonders interessant, weil hier der in Deutschland besonders starke Schutz der Menschenwürde auch in seiner mit-

<sup>101</sup> ZB EGMR, 7. 12. 1976, *Handyside*, Serie A 24; EGMR, 26. 9. 1995, *Vogt*, Serie A 323 = EuGRZ 1995, 590; EGMR, 20. 5. 1999, *Rekvenyi*, RJD 1999-III = NVwZ 2000; EGMR, 13. 2. 2003 (GK), *Odièvre*, RJD 2003-III. Dazu zB *E. Brems* ZaöRV 56 (1996), 240; *J. Callewaert* GS Ryssdal, 147; *C. Engel* ÖZÖR 37 (1986), 261; *O. M. Garibaldi* FS Sohn, 1984, 23; *K. Hailbronner* FS Mosler, 1983, 359; *J. Kühling* Grundrechte, in: v. Bogdandy (Fn. 16), 583 (621 ff.); *Pastor Ridruejo* FS Ress, 2005, 1077; *E. Stieglitz* Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2001, 68 ff.; *D. Thürer* ZSR 2005, 51 (61 f.); *L. Wildhaber* EuGRZ 2005, 743.

<sup>102</sup> EGMR, 8. 7. 2004, *Vo*, RJD 2004-VIII; vgl. auch EGMR, 7. 3. 2006, *Evans*, Nr. 6339/05; dazu *K. Blau* ZeuS 2005, 397; *T. Groh/N. Lange-Bertalot* NJW 2005, 713; *C. Lux-Wesener* EuGRZ 2005, 558.

<sup>103</sup> EGMR, 18. 12. 1980, *Crociani u. a.*, Nr. 8603/79; EGMR, 21. 2. 1975, *Golder*, Serie A 18 = EuGRZ 1986, 8. EGMR, 25. 3. 1983, *Silver u. a.*, Serie A 61 = EuGRZ 1984, 147; EGMR, 27. 4. 1988, *Boyle u. Rice*, Serie A 131; EGMR, 7. 7. 1989, *Soering*, Serie A 161 = EuGRZ 1989, 314; EGMR, 5. 10. 1989, *Times Newspapers Ltd. u. a.*, Nr. 13166/87; EGMR, 9. 11. 2006, *Luluyev u. a.*, Nr. 69480/01.

<sup>104</sup> Verfassungsschonend ist darüber hinaus und von vornherein die Tatsache, dass nach der Rechtsprechung des EGMR die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, die EMRK in ihr nationales Recht zu inkorporieren und ihren Bestimmungen unmittelbare Anwendbarkeit zu verleihen: zB EGMR, 26. 11. 1991, *Observer und Guardian*, Serie A 216; EGMR, 25. 3. 1983, *Silver u. a.*, Serie A 61 = EuGRZ 1984, 147. Dazu zB *K. Chrysogonos* EuR 2001, 49; *J. Polakiewicz* in: Blackburn/Polakiewicz (Fn. 39), 32 ff.

<sup>105</sup> EuGH, Rs. C-465/00, *Österreichischer Rundfunk u. a.*, Slg. 2003, I-4989.

<sup>106</sup> ZB EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607; in anderen Zusammenhängen zB EuGH, Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997 I-3689; Rs. C-405/98, *Gourmet International Products*, Slg. 2001 I-1795. Zum Problem der *réponse utile* und Gegenbeispielen *K. Lenaerts* in: Pernice/Kokott/Saunders (Fn. 5), 211 (217 f).

<sup>107</sup> S. auch die Nachweise bei *P. M. Huber* Verfassungsrecht (Fn. 4), 232.

<sup>108</sup> EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659.

<sup>109</sup> EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609.

gliedstaatsspezifischen Ausprägung als Element der öffentlichen Ordnung akzeptiert wurde, das auch intensive Beschränkungen der Grundfreiheiten erlaubt. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch eine neue Entscheidung zum Verhältnis der Selektivität von Beihilfen und der verfassungsrechtlichen Abgabenerhebungsbefugnis autonomer Gebietskörperschaften.<sup>110</sup> Ob sie nun typisch sind<sup>111</sup> oder nicht: Die Fälle zeigen jedenfalls, dass eine verfassungsschonende Interpretation von Konventions- und Gemeinschaftsrecht durchaus möglich ist.

Dasselbe gilt für die Beschränkung gegenseitiger Überprüfungsansprüche.<sup>112</sup> Natürlich hat auch sie Grenzen: EGMR und EuGH können verfassungsgerichtliche Entscheidungen bei einer Überprüfung von mitgliedstaatlichem Verhalten von vornherein nicht ausschließen; auch die Einbeziehung unions- und gemeinschaftsrechtlich bedingten Verhaltens der Mitgliedstaaten in die Kontrolle des EGMR ist aus einer teleologischen Sicht der Konvention zwingend. Für die umgekehrte und indirekte Überprüfung von EuGH- und EGMR-Entscheidungen durch die Verfassungsgerichte ist das nicht so selbstverständlich, aber doch begründbar. Wenn man eine solche Zuständigkeit in Anspruch nimmt, dann kann man sie aber auf eine subsidiäre Auffangkompetenz für Notfälle beschränken. Die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG von Solange I bis zum Bananenbeschluss bestätigt das; rügefähig vor dem BVerfG ist nun nur mehr ein generelles Absinken des Grundrechtsschutzes durch den EuGH unter das gebotene Mindestniveau. Die *Bosphorus*-Entscheidung des EGMR<sup>113</sup> folgt demselben Gedankengang, ge-

<sup>110</sup> EuGH, Rs. C-88/03, *Portugal/Kommission*, noch nicht in Slg.

<sup>111</sup> Typisch sind jedenfalls die Beschränkungen an sich starker Eingriffe in die Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten: zB Vorrang des Gemeinschaftsrechts als bloßer Anwendungsvorrang – EuGH, Rs. C-10/97 bis C-22/97, *IN.CO.GE u. a.*, Slg. 1998 I-6307; Haftung der Mitgliedstaaten für höchstgerichtliche Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht nur bei Offenkundigkeit – EuGH, Rs. C-224/01, *Köbler*, Slg. 2003 I-10239. Zur letztgenannten Entscheidung zB *M. Breuer* BayVBl. 2003, 586; *T. v. Danwitz* JZ 2004, 301; *W. Frenz* DVBl. 2003, 1522; *J. Gundel* EWS 2004, 8; *U. Haltern* VerwArch 96 (2005), 311; *M. Kenntner* EuZW 2005, 235; *W. Kluth* DVBl. 2004, 393; *C. Kremer* NJW 2004, 480; *W. Obwexer* EuZW 2003, 726; *G. Schulze* ZEuP 2004, 1051; *P. Schwarzenegger* ZfRV 2003, 236; *S. Storr* DÖV 2004, 545; *R. Streinz* JuS 2004, 425; *P.J. Wattel* CMLR 41 (2004), 177.

<sup>112</sup> Zu den „Kontrollkonflikten“ *O. Dörr* DVBl. 2006, 1088 (1094 ff.).

<sup>113</sup> EGMR, 30. 6. 2005 (GK), *Bosphorus*, NJW 2006, 197. Dazu zB *C. Banner/A. Thomson* EHRLR 6 (2005), 649; *F. Benoit-Rohmer* RTDH 16 (2005), 827; *J. Bröhmer* EuZW 2006, 71; *C. Costello* HRLR 6 (2006), 87; *H. G. Dederer* ZaöRV 66 (2006), 575 (597 ff.); *D. Dörr* JuS 2006, 442; *C. Heer-Reißmann* NJW 2006, 192; *A. Hinarejos Parga* ELR 31 (2006), 251; *N. Lavranos* EuR 2006, 79; *G. Schoke* EuZW 2006, 33; *F. Schorkopf* German Law Journal 6 (2005), 1255; *P. Szczekalla* GPR 2005, 176.

staltet die Konsequenzen aber etwas anders aus, weil sich der EGMR eine subsidiäre Einzelfallkontrolle vorbehält. Beide Entscheidungen verringern das alltägliche Konfliktpotential beträchtlich.

Aus der Zusammenarbeit der beteiligten Gerichte, die ja eine Vielzahl von institutionellen, verfahrensmäßigen und informellen Elementen umfasst, kann ich nur wenige Aspekte herausgreifen. Der Grundsatz der Berücksichtigung der jeweils anderen Ebene verpflichtet zunächst im Rahmen des Leistbaren zu einer aufmerksamen Beobachtung der Rechtsprechung der anderen Gerichte. Hilfreich ist auch, wenn die Gerichte einander über mögliche Rechtsprechungskonflikte informieren. Dafür gibt es viele Wege; ein zentraler ist jedenfalls die Aufnahme einschlägiger Überlegungen in eigene Entscheidungsbegründungen. Obiter dicta in diesem Sinn haben eine nützliche Warnfunktion; überflüssig sind sie nur, soweit sie ohne echten Anlass und in Form dunkler Drohungen ergehen. Schließlich erscheint mir wichtig, dass in der konkreten Behandlung möglicher Konfliktkonstellationen eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der anderen beteiligten Gerichte auch tatsächlich stattfindet.<sup>114</sup> Dafür gibt es gute Beispiele, vom Solange II-Beschluss des BVerfG<sup>115</sup> über die genannte Entscheidung des VfGH zur Rechtsfortbildung des EGMR<sup>116</sup> bis zu dessen *Bosphorus*-Urteil.<sup>117</sup> Es gibt aber auch schlechte Beispiele. Zu ihnen würde ich das *Caroline*-Urteil des EGMR<sup>118</sup> und die Entscheidung des BVerfG über den europäischen Haftbefehl<sup>119</sup> ebenso zählen wie die Schlussanträge des Generalanwalts<sup>120</sup> zum selben

<sup>114</sup> Vgl. zB *H. G. Dederer* ZaöRV 66 (2006), 575 (612 ff.).

<sup>115</sup> BVerfGE 73, 339.

<sup>116</sup> VfSlg. 11.500/1987.

<sup>117</sup> EGMR, 30. 6. 2005 (GK), *Bosphorus*, NJW 2006, 197.

<sup>118</sup> EGMR, 24. 6. 2004, v. *Hannover*, RJD 2004-VI = NJW 2004, 2647: keine ausreichende Auseinandersetzung mit der differenzierten Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>119</sup> BVerfGE 113, 279: kein Eingehen auf die einschlägige Entscheidung EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Slg. 2005 I-5285. Zu dieser zB *M. Adam* EuZW 2005, 558; *H. Badenhausen/J. Pietsch* DVBl. 2005, 1562; *S. Drake* ELR 30 (2005), 329; *A. Egger* EuZW 2005, 652; *T. Fetzer/T. Groß* EuZW 2005, 550; *M. Fletcher* ELR 30 (2005), 862; *Ch. Herrmann* EuZW 2005, 433; *C. Hillgruber* JZ 2005, 841; *B.-R. Killmann* JBl 2005, 566; *S. Peers* CMLR 41(2004), 5; *I. Pernice* in: Derra (Hrsg.) Freiheit, Sicherheit und Recht, 2006, 359; *R. Schütze* ELR 31 (2006), 167; *R. Streinz* JuS 2005, 1023; *M. v. Unger* NVwZ 2006, 46; *M. Wasmeier* ZEuS 2006, 23; *A. Weyembergh* CMLR 42 (2005), 1567; *S. White* ELR 31 (2006), 81.

<sup>120</sup> EuGH, Rs. C-303/05, Schlussanträge vom 12. 9. 2006: trotz Berufung auf einen Dialog zwischen Verfassungsgerichten in Rn. 81 und trotz Erwähnung des BVerfG-Urteils (Fn. 119) in Rn. 7 keine Auseinandersetzung mit der Frage der Zulässigkeit der Übergabe bei nicht vorhersehbarer ausländischer Strafbarkeit, obwohl dies im Rahmen der Vorlage des belgischen Schiedshofs hätte behandelt werden können.

Thema. Hier besteht also durchaus noch ein Spielraum zur Verbesserung.

Werden diese Pflichten und Empfehlungen befolgt, stärkt das den länderübergreifenden höchstgerichtlichen Lernverbund, der im Zuge der europäischen Integration des letzten halben Jahrhunderts entstanden ist. Alles das mindert auch die Wahrscheinlichkeit von Rechtsprechungskonflikten. Alles das kann aber Konflikte nicht in jedem Fall verhindern; sie bleiben trotzdem möglich.<sup>121</sup>

#### V. Der Wert von Rechtsprechungskonkurrenz: Verringerung des Risikos der europäischen Integration

Das sollten wir aber nicht beklagen, sondern trotz aller Ordnungsliebe nüchtern in seiner Funktion betrachten: Tatsächliche Rechtsprechungskonflikte destabilisieren, potentielle stabilisieren jedoch das Gesamtsystem. Gerade weil keine alleinige Letztentscheidungsbefugnis eines bestimmten Gerichts anerkannt ist und gerade weil wir in einem System von *judicial checks and balances*<sup>122</sup> aus Primärzuständigkeiten und Auffangzuständigkeiten leben, in dem Verfassungsgerichte, EuGH und EGMR einander aufmerksam beobachten und konkurrierend in Schach

<sup>121</sup> Neues Konfliktpotential ergibt sich ua aus der zunehmenden Zahl und Bedeutung von grundrechtssensiblen Rechtsakten im Rahmen der dritten Säule – Beispiel: Europäischer Haftbefehl –, der Erweiterung der EU um Mitgliedstaaten mit Integrationsvorbehalten – Beispiel: Polen, nach dessen Verfassung Gemeinschaftsrecht im Rang unter dem Verfassungsrecht steht; dazu zB *M. Balczyk/U. Ernst* EuR 2006, 247; *S. Biernat* AVR 36 (1998), 398; *M. Jankowska-Gilberg* EuR 2004, 417; *K. Kowalik-Balczyk* German Law Journal 6 (2005), 1355; *M. Wyrzykowski* in: Walter Hallstein-Institut (Hrsg.) Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, 2000, 103 –, aus der weiteren Ausdehnung von Mehrheitsentscheidungen, weil darunter die Berücksichtigung einzelner Verfassungen der Mitgliedstaaten im EG-Rechtsetzungsprozess leiden kann, und aus importierten Grundrechtsproblemen, etwa im Rahmen völkerrechtlicher Verträge – Beispiel: Übermittlung der Daten von Flugpassagieren an die USA; EuGH, Rs. C-317/04 und C-318/04, Slg. 2006 I-4721 – oder der gemeinschaftsrechtlichen Umsetzung von Beschlüssen des UN-Sicherheitsrates – Beispiele: EuG, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Slg. 2005 II-3533; Rs. T-315/01, *Kadi*, Slg. 2005 II-3649; dazu *A. v. Arnauld* AVR 44 (2006), 201; *H. G. Dederer* ZaöRV 66 (2006), 575 (601 ff.); *O. Dörr* DVB1. 2006, 1088 (1096); *B. Harings* EuZW 2005, 705; *M. Kotzur* EuGRZ 2006, 19; *M. Payandeh* ZaöRV 66 (2006), 41 (54); *K. Schmalenbach* JZ 2006, 349; *C. Tietje/S. Hamelmann* JuS 2006, 299; *C. Tomuschat* CMLR 43 (2006), 537.

<sup>122</sup> Von *checks and balances* zwischen den beteiligten Gerichten spricht auch *H. G. Dederer* ZaöRV 66 (2006), 575 (621).

halten, können wir das Abenteuer europäische Integration überhaupt wagen.<sup>123</sup>

Vielleicht wird Rechtsprechungskonkurrenz eines Tages überflüssig, und wir können zu jenen klaren Verhältnissen zurückkehren, die Juristen so schätzen. Auf absehbare Zeit, so meine Schlussthese, brauchen wir sie aber noch. Wir sollten das Beste daraus machen.

<sup>123</sup> In diese Richtung zB *I. Pernice* (Fn. 95), Rn. 30; *F. C. Mayer* (Fn. 5), 357.

Leitsätze des 2. Berichtstatters über:

### **Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte**

1. *Rechtsprechungskonkurrenz widerspricht gängigen juristischen Ordnungsvorstellungen, prägt aber das Recht in Europa.*
2. *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen Verfassungsgerichten (BVerfG und VfGH), Europäischem Gerichtshof (EuGH) und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist strukturell unvermeidlich, weil und solange alle diese Gerichte mit Letztverbindlichkeitsanspruch über daselbe – die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns – entscheiden.*
3. *Man kann diese Situation bestreiten, als Übergangsphänomen abtun, als Zukunftsmodell bestaunen oder auch nur beklagen. Mehr Gewinn versprechen jedoch eine nüchterne Analyse ihrer Voraussetzungen und Wirkungen und Vorschläge für einen produktiven Umgang mit ihr.*
4. *Die Rechtsprechungskonkurrenz zwischen Verfassungsgerichten, EuGH und EGMR ist gerichtlich verdeutlichte und zugespitzte Rechtsordnungskonkurrenz.*
5. *Als Rechtsprechungskonkurrenz ist sie besser handhabbar als als bloße Rechtsordnungskonkurrenz.*
6. *Die Rechtsprechungskonkurrenz zwischen den Verfassungsgerichten, dem EuGH und dem EGMR hatte bislang im Großen und Ganzen harmonisierende und stabilisierende Wirkung.*
  - 6.1. *Ausgangsbedingung dafür sind die grundsätzliche Homogenität der beteiligten Rechtsordnungen und die Rollenverschränkung der beteiligten Gerichte.*
  - 6.2. *Harmonisierung bedeutet inhaltliche Konvergenz des Rechts. Sie entsteht durch die Bekräftigungs-, die Ergänzungs- und die Anregungsfunktion, die die Rechtsprechung der beteiligten Gerichte füreinander hat.*
  - 6.3. *Stabilisierung bedeutet neben der Bekräftigung gemeinsamer Rechtsinhalte die Verringerung der Wahrscheinlichkeit eines Abgehens von ihnen und die Stärkung ihrer Durchsetzungskraft. Besonders wichtig ist die Aufwertung, die Konventionsrechte als Inhalt von Gemeinschaftsgrundrechten mit Vorrang gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht erfahren.*
  - 6.4. *Harmonisierungs- und Stabilisierungsprozesse sind also auch ohne*

*strenge Hierarchien möglich, laufen dann aber nicht nur von „oben“ nach „unten“, sondern in beide Richtungen.*

7. *Rechtsprechungskonkurrenz kann aber auch Rechtsprechungskonflikte erzeugen.*

7.1. *Rechtsprechungskonflikte lassen sich einerseits in tatsächliche und potentielle und andererseits in einfache, verfassungsrechtliche und fundamentale teilen.*

7.2. *Einfache Rechtsprechungskonflikte bestehen zwischen europarechtlichen Verboten und verfassungsrechtlichen Freistellungen. Sie lassen sich verfassungsgerichtlich durch eine europarechtskonforme Ergänzung des Prüfungsmaßstabs oder sonst durch einfache Gesetz- oder Rechtsprechungsänderung lösen.*

7.3. *Verfassungsrechtliche Rechtsprechungskonflikte bestehen zwischen europarechtlichen Verboten und verfassungsrechtlichen Geboten. Sie können verfassungsgerichtlich durch eine europarechtskonforme Änderung des Prüfungsmaßstabes oder sonst durch Verfassungsänderung gelöst werden.*

7.4. *Fundamentale Rechtsprechungskonflikte bestehen zwischen europarechtlichen Verboten und Geboten des jeweiligen Verfassungskerns. Sie sind weder von den Verfassungsgerichten noch vom (normalen) Verfassungsgesetzgeber lösbar.*

7.5. *Einfache und verfassungsrechtliche Rechtsprechungskonflikte sind im Lauf der Zeit immer wieder entstanden und meist gelöst worden. Unlösbare fundamentale Konflikte sind in der Rechtsprechung bisher nur als potentielle aufgetreten.*

8. *Die Wahrscheinlichkeit von Rechtsprechungskonflikten lässt sich durch die gerichtliche Praxis verringern.*

8.1. *Die beteiligten Gerichte können ihre Rechtsprechung inhaltlich aufeinander abstimmen: die Verfassungsgerichte durch konventions-, unions- und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung und die Akzeptanz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts; EGMR und EuGH durch verfassungsschonende Interpretation, durch Auslegung im Lichte anderen Völkerrechts und durch Beachtung von Art. 307 EGV.*

8.2. *Die beteiligten Gerichte können gegenseitige Kontrollansprüche durch die Unterscheidung von Primär- und Auffangkompetenzen verringern.*

8.3. *Die beteiligten Gerichte können einander aufmerksam beobachten, informieren, vor potentiellen Konflikten warnen und in aktuellen Konflikten die Rechtsprechung der anderen Gerichte in ihre Entscheidung einbeziehen.*

8.4. *Alles das ist zum Teil bereits geschehen, kann aber noch verbessert werden. Doch auch optimale gerichtliche Zusammenarbeit kann Rechtsprechungskonflikte nicht immer verhindern.*

9. *Das ist gut so. Potentielle Rechtsprechungskonflikte sind Ausdruck*

*eines Systems von judicial checks and balances, ohne das wir das Abenteuer europäische Integration kaum wagen könnten.*

*10. Rechtsprechungskonkurrenz wird uns daher auf absehbare Zeit erhalten bleiben, weil wir sie brauchen.*

Redaktion: Prof. Dr. Bodo Pieroth (Münster)

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-385-6

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*

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

© Copyright 2007 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,  
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Diskettenkonvertierung: Dörlemann Satz, Lemförde

Druck: Hubert & Co., Göttingen

Einbandgestaltung: Christopher Schneider, Berlin

VVDStRL 66

*Veröffentlichungen  
der Vereinigung  
der Deutschen  
Staatsrechtslehrer*

## **Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation**

STEFAN KADELBACH, CHRISTIAN TIETJE

**Autonomie und Bindung der Rechtsetzung  
in gestuften Rechtsordnungen**

ECKHARD PACHE, THOMAS GROSS

**Verantwortung und Effizienz  
in der Mehrebenenverwaltung**

CHRISTIAN WALDHOFF, JOHANNA HEY

**Finanzautonomie und Finanzverflechtung  
in gestuften Rechtsordnungen**

STEFAN OETER, FRANZ MERLI

**Rechtsprechungskonkurrenz zwischen  
nationalen Verfassungsgerichten,  
Europäischem Gerichtshof und  
Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte**

SONDERDRUCK

Dieser Sonderdruck ist nicht  
im Buchhandel erhältlich.

DE GRUYTER  
RECHT