

# Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht?

*Thomas Giegerich\**

## I. Skizze zur Dreisäulenarchitektur der EU

### 1. Versäulung als Kompromiss zwischen notwendigem Fortschritt und unbewältigter Tradition

Wenn das Haus der Weisheit nach den Sprichwörtern Salomos sieben Säulen hat,<sup>1</sup> ist die EU mit ihren drei Säulen dann ein Tollhaus? Die 1992 entwickelte Dreisäulenarchitektur aus den Europäischen Gemeinschaften (EG/EAG), der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS)<sup>2</sup> stellt einen politischen Kompromiss dar zwischen dem allseits anerkannten Zwang, die Problemlösungskapazitäten der europäischen Klein- und Mittelmächte auf immer weiteren Feldern zu bündeln, und ihren traditionellen Vorstellungen vom souveränen Nationalstaat. Einerseits ist die Vergemeinschaftung solcher Aufgaben geboten, die wirksam nur kontinental zu bewältigen sind.<sup>3</sup> Andererseits fehlten bislang der politische Wille und teilweise auch die psychologisch-sozialen Voraussetzungen, daraus die unausweichlichen institutionellen Folgerungen zu ziehen.

Doch ebenso wenig wie Robert Schuman 1950 konnte man vier Jahrzehnte später abwarten, bis alle europäischen Staaten bereit waren, mit einem Schlag eine europäische Föderation herzustellen. 1992 stand die Notwendigkeit, "nach der Überwindung der Teilung des europäischen Kontinents ... feste Grundlagen für die Gestalt des zukünftigen Europas zu schaffen",<sup>4</sup> einem längeren Reifeprozess entgegen. Stattdessen musste ein weiteres Mal unvollkommen begonnen und auf die Dynamik der in Gang gesetzten Entwicklung vertraut werden.<sup>5</sup>

---

\* Prof. Dr. iur., LL.M. (Univ. of Virginia), Direktor am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

<sup>1</sup> Buch der Sprichwörter 9, 1.

<sup>2</sup> Art. 1 Abs. 3 EUV.

<sup>3</sup> Das ist gewissermaßen die positive Seite eines als Kompetenzzuordnungsregel verstandenen Subsidiaritätsprinzips (s.u. II. 3. c)).

<sup>4</sup> 2. Erwägung der Präambel des EUV.

<sup>5</sup> Schuman-Plan vom 09.05.1950 (zitiert nach Brunn, Die Europäische Einigung, 2002, 336 ff.).

## 2. Die unterschiedlichen Baugesetze der drei Säulen

Die drei Säulen haben unterschiedliche Baugesetze. Die in der ersten Säule dominierende EG ist als supranationale Integrationsgemeinschaft organisiert, d.h. als bundesstaatsähnlicher Hoheitsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigenen Organen, die vergemeinschaftete Kompetenzen nach der so genannten Gemeinschaftsmethode ausüben: Auf Initiative der Kommission treffen in der Regel das Europäische Parlament und der Rat mit qualifizierter Mehrheit gemeinsam Entscheidungen, die für alle Mitgliedstaaten verbindlich sind und in ihren Rechtsordnungen durch Berechtigung oder Verpflichtung von Einzelpersonen unmittelbare Wirkungen haben können.<sup>6</sup> Alle Rechtsakte der EG mit Außenwirkung unterliegen einer umfassenden Rechtskontrolle durch den EuGH.<sup>7</sup> Diese Entscheidungsverfahren und -wirkungen sind Kernbestandteil des gemeinschaftlichen Besitzstands (*acquis communautaire*).

Demgegenüber werden die Organe der EG in der außenpolitischen zweiten und der innenpolitischen dritten Säule für eine intergouvernementale Kooperation in völkerrechtsähnlichen Formen in Anspruch genommen. Alleiniger Entscheidungsträger ist der Rat, der einstimmig zwar verbindliche Beschlüsse fassen, jedoch kein unmittelbar in die Mitgliedstaaten hineinwirkendes Recht setzen kann.<sup>8</sup> Kommission und Parlament spielen nur eine untergeordnete Rolle,<sup>9</sup> die Rechtskontrolle durch den EuGH ist minimiert.<sup>10</sup> All dies gilt für die GASP noch stärker als für die PJZS. Während die EG zum selbständigen Hoheitsträger geworden ist, können die Mitgliedstaaten die europäischen Entscheidungsprozesse in den beiden anderen Säulen über den Rat gemeinsam steuern, und kann jeder allein sie blockieren. Dies gilt ungeachtet der Antwort auf die Streitfrage, ob die EU ein selbstständiges (Völker-) Rechtssubjekt ist oder nicht.<sup>11</sup>

## 3. Das Unionsrecht zwischen Völker- und Gemeinschaftsrecht

Das in der zweiten und dritten Säule geltende primäre und sekundäre Unionsrecht gehört zwar nicht zum supranationalen Gemeinschaftsrecht, ist aber auch kein gewöhnliches Völkerrecht. Es trifft nicht zu, dass das Unionsrecht eine "be-

---

<sup>6</sup> Art. 249, 251 EGV.

<sup>7</sup> Art. 220 ff. EGV.

<sup>8</sup> Art. 14, 15, 23 EUV (GASP); Art. 34 EUV (PJZS).

<sup>9</sup> Art. 21, 27 EUV (GASP); Art. 36 Abs. 2, 39 EUV (PJZS).

<sup>10</sup> Art. 35, 46 EUV.

<sup>11</sup> Für eine eigenständige Rechtspersönlichkeit der EU z.B. Schroeder, Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Europäischer Union und Europäischen Gemeinschaften, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 373 (386 ff.); dagegen z.B. Pechstein, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 1 EUV Rn. 16 ff. Siehe noch unten bei Anm. 120.

wusst dem Völkerrecht zugeordnet[e]” Teilrechtsordnung sei,<sup>12</sup> sondern nur, dass es bewusst nicht dem supranationalen Gemeinschaftsrecht zugeordnet ist. Falsch ist es auch, den unionsrechtlichen Sekundärrechtsakt des Rahmenbeschlusses als völkerrechtlichen Vertrag einzustufen.<sup>13</sup> In Wirklichkeit bildet das Unionsrecht ein durch seine Gemeinschaftsnähe modifiziertes Völkerrecht im potenziellen Übergang zum Gemeinschaftsrecht.<sup>14</sup> Infolgedessen können weder völkerrechtliche noch gemeinschaftsrechtliche Auslegungsansätze unbesehen auf das Unionsrecht übertragen werden. Bei alledem steht das Unionsrecht der innenpolitischen dritten Säule dem Gemeinschaftsrecht näher als dasjenige der außenpolitischen zweiten. Im Übrigen bleibt das primäre Gemeinschaftsrecht nach Art. 47 EUV, abgesehen von seinen in Art. 8-10 EUV ausdrücklich angeordneten Änderungen, durch die Regelungen des EU-Vertrags unberührt, so dass implizite Revisionen des EG-Vertrages ausgeschlossen sind. Daraus ergibt sich in Kollisionsfällen ein Vorrang des Gemeinschafts- vor dem Unionsrecht.

## II. Eigenheiten und Strukturprinzipien der EU-Verfassung

Die EU besitzt bereits heute eine aus mehreren unterschiedlichen Elementen zusammengesetzte föderale Verfassung in Vertragsform. Diese EU-Verfassung hat einen *sui generis*-Charakter, der sie (noch) erheblich von einer bundesstaatlichen Verfassung unterscheidet.<sup>15</sup>

### 1. EU-Verfassung als *mixtum compositum*

Im Gegensatz zu bundesstaatlichen Vollverfassungen, welche die intraföderalen Rechtsbeziehungen in der Regel in einem Dokument abschließend festlegen, besteht die föderale EU-Verfassung aus mehreren ganz verschiedenartigen Teilen: In erster Linie sind hier der EU-Vertrag mit seinem gemeinschaftsrechtlichen und

---

<sup>12</sup> So aber BVerfGE 113, 273 (301) – Europäisches Haftbefehlsgesetz. Ähnlich Hillgruber, Anmerkung, JZ 2005, 841 ff.

<sup>13</sup> So aber BVerfG (Kammer), Beschl. v. 24.11.2005 (2 BvR 1667/05), Rn. 15, und das Urteil des polnischen Verfassungsgerichts v. 27.04.2005 (vgl. Leczykiewicz, CMLRev 43 [2006], 1181 [1183]). Würde man dem BVerfG folgen, bedürften Rahmenbeschlüsse in Deutschland nach Art. 59 Abs. 2 GG in der Regel eines Vertragsgesetzes, weil sie Gegenstände der Bundesgesetzgebung betreffen. Dies würde den europäischen Entscheidungsprozess in einer Weise verzögern, die mit den Verpflichtungen Deutschlands aus dem EU-Vertrag schwerlich vereinbar wäre.

<sup>14</sup> Das EuG spricht von einem mit dem Rechtssystem der EG “verwandten, aber gesonderten Rechtssystem” (Urt. v. 12.12.2006 [Rs. T-228/02 – *Modjbedin du peuple d’Iran*], EuGRZ 2006, 655 Rn. 54). In seinen Schlussanträgen vom 12.09.2006 in der Rs. C-303/05 (*Europäischer Haftbefehl*) meint der Generalanwalt, die dritte Säule sei zwar auf Regierungsebene angesiedelt, weise aber eine klare “gemeinschaftliche” Tendenz auf (Rn. 43).

<sup>15</sup> Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionsprozess, 2003, 304 ff.; ders., Von der Montanunion zur Europäischen Verfassung, in: Hofmann/Zimmermann (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 2005, 13 (14 ff.).

seinem unionsrechtlichen Anteil sowie die Europäische Menschenrechtskonvention einschließlich ihres Zusatzprotokolls zu nennen. Nur gemeinsam und zudem ergänzt durch weitere regionaleuropäische völkerrechtliche Verträge<sup>16</sup> sowie das universelle Völkerrecht<sup>17</sup> regeln diese die Gesamtheit der föderalen Rechtsbeziehungen zwischen den derzeit 27 EU-Mitgliedstaaten und ihren Bürgerinnen und Bürgern. Einhergehend mit der Vertiefung der europäischen Integration nimmt der Anteil des Völkerrechts an der EU-Verfassung ab, indem seine einschlägigen Elemente allmählich in das Unionsverfassungsrecht rezipiert werden, wie das Beispiel der EMRK am deutlichsten zeigt.<sup>18</sup> Von diesen Teilverfassungen der EU ist der EG-Vertrag als wesentlichstes Element der ersten Säule einer bundesstaatlichen Verfassung strukturell am ähnlichsten geworden, erreicht jedoch bisher weder eine bundesverfassungstypische thematische Breite noch Integrationsdichte.

## 2. Trias der Strukturprinzipien (Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Föderalismus) unter Optimierungsgebot

Als föderale Fundamentalnorm legt Art. 6 Abs. 1 bis 3 EUV die Strukturprinzipien der EU-Verfassung mit Wirkung für alle drei Säulen fest:<sup>19</sup> Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten<sup>20</sup> sowie Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten. Eine Definition dieser Strukturprinzipien, die man als Dreiklang von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus verstehen kann, enthält die EU-Verfassung nicht.

### a) Demokratieprinzip

Man kann der EU-Verfassung aber entnehmen, dass Demokratie auf EU-Ebene sich von den Völkern der EU-Staaten ableitet, welche in ihrer Gesamtheit die Unionsbürgerschaft bilden.<sup>21</sup> Sie wird durch politische Freiheit<sup>22</sup> sowie Transparenz

<sup>16</sup> Für alle EU-Mitglieder verbindlich sind z.B. die Satzung des Europarats und die Europäische Sozialcharta.

<sup>17</sup> Für alle EU-Mitglieder verbindlich sind z.B. die UN-Charta; die Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen; die internationalen Pakte über bürgerliche und politische sowie wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; das UN-Seerechtsübereinkommen; außerdem völkergewohnheitsrechtliche Regeln (z.B. über Staatenverantwortlichkeit und Staatenimmunität).

<sup>18</sup> Art. 6 Abs. 2 EUV. Näher Kraus, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 3 Rn. 11 ff.; Szczekalla, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 2 III Rn. 21 ff.

<sup>19</sup> Zum aus dem Rahmen der übrigen Absätze fallenden Art. 6 Abs. 4 EUV vgl. Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 6 EUV Rn. 51 ff.

<sup>20</sup> Hierzu zählen auch die sozialen Grundrechte nach Maßgabe u.a. der Europäischen Sozialcharta (vgl. die 4. Erwägung der Präambel des EUV).

<sup>21</sup> Art. 2 Abs. 1, 3. Spiegelstrich EUV und Art. 17 ff. EGV.

<sup>22</sup> Art. 6 Abs. 1 EUV.

und engstmögliche Bürgernähe der Entscheidungsprozesse bestimmt.<sup>23</sup> Ihren organischen Ausdruck findet die Demokratie primär im direkt gewählten Europäischen Parlament, das von allen Organen den größtmöglichen Bedeutungszuwachs zu verzeichnen hat.<sup>24</sup>

Demokratie hat zwei gegensätzliche Dimensionen: (1) eine in der öffentlichen Diskussion ganz im Vordergrund stehende machtbegrenzende Dimension (Herrschaft des Volkes) in dem Sinne, dass grundsätzlich keine Hoheitsmacht ausgeübt werden darf, die nicht vom Volk abgeleitet ist und von diesem durch Wahlentscheidungen kontrolliert wird; (2) eine im modernen westlichen Staat – nicht aber in der EU – weitgehend zu vernachlässigende machtbe gründende Dimension (Herrschaft des Volkes), nach der das Volk direkt oder indirekt über seine Vertreter Macht ausüben, d.h. politische Entscheidungen treffen soll, um sein Zusammenleben ohne Anarchie und Selbsthilfe zu organisieren.<sup>25</sup> Um diese Entscheidungsfindung praktisch zu ermöglichen, kommt nur das Mehrheitsprinzip in Frage, das folglich zu den Grundprinzipien jedes demokratischen Systems gehört: Demokratie ist danach grundsätzlich die zeitlich begrenzte sowie diskursiv vorbereitete und begleitete Herrschaft der Mehrheit des Volkes über die Minderheit.

Diese Zusammenhänge klingen in der Präambel des EUV an, wenn dort der Wunsch der Vertragsschließenden geäußert wird, "Demokratie und Effizienz in der Arbeit der Organe weiter zu stärken, damit diese in die Lage versetzt werden, die ihnen übertragenen Aufgaben in einem einheitlichen institutionellen Rahmen besser wahrzunehmen".<sup>26</sup> Einschränkungen der Entscheidungsbefugnisse der Mehrheit müssen entweder dem Demokratieprinzip selbst immanent sein<sup>27</sup> oder unter Rückgriff auf gleichrangige Verfassungsprinzipien begründet werden.<sup>28</sup>

Solange es auf EU-Ebene noch kein sich seiner selbst politisch bewusstes europäisches Volk gibt, muss Demokratie als Herrschaft der Völker der in der EU zusammengeschlossenen Staaten verstanden werden.<sup>29</sup> Diese vor allem durch Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen zu effektivieren, ist ein demokratisches Anliegen. Als Union der Mitgliedstaaten und ihrer Völker<sup>30</sup> beruht die EU auf einer

---

<sup>23</sup> Art. 1 Abs. 2 EUV.

<sup>24</sup> Art. 5 EUV; Art. 7 Abs. 1, 189 ff. EGV; Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments vom 20.09.1976 (mit späteren Änderungen in: Sartorius II Nr. 262). Näher Kluth, Demokratie, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht, 2006, 222 ff.

<sup>25</sup> Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 1005 ff.

<sup>26</sup> 6. Erwägung.

<sup>27</sup> Z.B. der Grundsatz, dass es keine Mehrheitsentscheidung zur Abschaffung der Demokratie oder ihrer unabdingbaren Voraussetzungen wie der Meinungsfreiheit und der Wahlrechtsgrundsätze geben kann.

<sup>28</sup> Hierher gehören z.B. die grundrechtlichen Schranken gegen eine tyrannische Mehrheit und die Beteiligungsrechte föderaler Untergliederungen.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 189 Abs. 1 EGV.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 EUV und jetzt deutlicher Art. I-1 Abs. 1 Satz 1 VVE.

dualen Legitimationsgrundlage,<sup>31</sup> die sich *idealiter* im Mitentscheidungsverfahren der EG zur Geltung bringt, in dem Rat und Europäisches Parlament Sekundärrechtsakte gleichberechtigt tragen.<sup>32</sup> Hier überschneiden sich in EU-spezifischer Weise Demokratie und Föderalismus.

## b) Rechtsstaatlichkeit

Rechtsstaatlichkeit bedeutet, von allen Einzelausprägungen abstrahiert,<sup>33</sup> Rechtsherrschaft (*rule of law*). Ebenso wie die Volksherrschaft hat diese Rechtsherrschaft eine macht begründende (Rechtsherrschaft – *rule of law*) und eine macht begrenzende Dimension (Rechtsherrschaft – *rule of law*). Auf mitgliedstaatlicher Ebene ist die Rechtsherrschaft längst selbstverständlich etabliert, während um die effektive Durchsetzung des EU-Rechts gerungen werden muss, solange die politische Macht bei den Mitgliedstaaten konzentriert bleibt. Bereits Walter Hallstein hat unterstrichen, dass die EG als eine nur durch ihre Rechtsordnung Realität gewinnende "Rechtsgemeinschaft" auf die Effektivität des Gemeinschaftsrechts existenziell angewiesen sei. Demgegenüber ist die macht begrenzende Dimension der Rechtsherrschaft für beide Ebenen gleichermaßen relevant.<sup>34</sup> In der EU steht für die macht begründende Dimension der Rechtsstaatlichkeit der Auslegungsgrundsatz des *effet utile*, für ihre macht begrenzende Dimension stehen die Grundrechte und der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts. Organlicher Ausdruck europäischer Rechtsstaatlichkeit in ihren beiden Dimensionen ist der EuGH als Wahrer des Rechts.<sup>35</sup>

## c) Föderalismus

Föderalismus im Sinne der EU wird gekennzeichnet (1) durch die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor der EU-Verfassung;<sup>36</sup> (2) durch Homogenitätsanforderungen an und gleichzeitige Rücksichtnahme auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten;<sup>37</sup> (3) durch die Prinzipien der enumerativen Einzelermächtigung und der Subsidiarität als Kompetenzausübungsregel;<sup>38</sup> (4) durch die Pflicht von Union und Mitglied-

<sup>31</sup> Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 949 ff.; ders., (Anm. 15, Montanunion), 33 ff.

<sup>32</sup> Art. 251 EGV.

<sup>33</sup> Vgl. zu diesen Scheuing, Rechtsstaatlichkeit, in: Schulze/Zuleeg (Anm. 24), 230 ff.

<sup>34</sup> Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 991 ff., 995 ff.

<sup>35</sup> Art. 220 ff. EGV.

<sup>36</sup> Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 823 ff. Vgl. zukünftig Art. I-5 Abs. 1 VVE.

<sup>37</sup> Homogenitätsanforderungen: Art. 6 Abs. 1, 7, 49 EUV; Art. 309 EGV. Rücksichtnahme: Art. 6 Abs. 3 EUV (deutlicherer Verfassungsbezug der Rücksichtnahme jetzt in Art. I-5 Abs. 1 VVE).

<sup>38</sup> Art. 2 Abs. 2, 5 EUV; Art. 5, 7 Abs. 1 S. 2 EGV.

staaten zur loyalen Zusammenarbeit bei der Verfolgung der Unionsziele;<sup>39</sup> (5) durch die in Art. 48, 49 EUV verankerte Herrschaft der Mitgliedstaaten über Verfassungsänderungen.

Seinen Ausdruck findet der EU-Föderalismus in der politischen Leitfunktion des (Europäischen) Rats,<sup>40</sup> die indessen zunehmend vom Europäischen Parlament ausbalanciert wird, sowie in der funktionalen Gewaltenteilung zwischen der EU/EG und den Mitgliedstaaten, die zu einem "demokratischen Miteinander von Mitgliedstaaten und europäischen Institutionen" in einem polyzentrischen System führt.<sup>41</sup>

#### d) Optimierungsgebot

Die herausragende Bedeutung der Strukturprinzipientrias führt in Verbindung mit der dem europäischen Integrationsprozess seit jeher innewohnenden Dynamik zur Annahme eines Optimierungsgebots, das der EU-Verfassung immanent ist: Die Verwirklichung der drei Verfassungsstrukturprinzipien muss, Schritt haltend mit den Integrationsfortschritten, stetig verbessert werden. Die Mitgliedstaaten unterliegen einem entsprechenden Optimierungsgebot aus ihren eigenen Verfassungen, das man sich als explizite oder implizite Auflage zur jeweiligen verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung vorstellen muss.<sup>42</sup> Auch das (regionaleuropäische) Völkerrecht erlegt ihnen ein entsprechendes Optimierungsgebot auf.<sup>43</sup> Aus diesen Gründen ist anzunehmen, dass die Staaten die eigene nationalverfassungs- und völkerrechtliche Optimierungspflicht implizit in die EU-Verfassung eingebracht haben. Dieses ins EU-Verfassungsrecht transformierte Optimierungsgebot richtet sich an die verfasste Gewalt der EU in ihrer Gesamtheit, d.h. an alle Unionsorgane und Einrichtungen im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit unter Einschluss der Judikative.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Art. 10 EGV, dem in der zweiten und dritten Säule der EU eine ungeschriebene Regel des EUV entspricht (EuGH, Slg. 2005, I-5285 Rn. 39 ff. [Rs. C-105/03 – *Pupino*]). Jetzt Art. I-5 Abs. 2 VVE.

<sup>40</sup> Art. 4 EUV; Art. 202 ff. EGV.

<sup>41</sup> Abschnitt I der "Berliner" Erklärung anlässlich des 50. Jahrestages der Unterzeichnung der Römischen Verträge vom 25.03.2007. Vgl. auch von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999.

<sup>42</sup> Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG; BVerfGE 89, 155 (186) für das Demokratieprinzip. Vgl. Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 1019 ff.

<sup>43</sup> Vgl. die Gewährleistungspflicht der Konventionsstaaten für die Konventionsrechte in Art. 1 EMRK (entsprechend auf universeller Ebene Art. 2 IPBPR) sowie Art. 3 der Satzung des Europarats. S. noch unten bei Anm. 58.

<sup>44</sup> Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 1051 ff.

### 3. Die Defizite der Dreisäulenarchitektur in verfassungsstruktureller Perspektive

Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus bilden gleichermaßen das verfassungsstrukturelle Fundament aller drei Säulen.<sup>45</sup> Misst man die Dreisäulenarchitektur freilich an dieser Trias, gelangt man zu einem höchst unbefriedigenden Ergebnis: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus sind in der ersten Säule relativ gut, in den beiden anderen dagegen ausgesprochen schlecht verwirklicht.

#### a) Demokratiedefizit

Der Entscheidungsprozess insbesondere der zweiten, aber auch der dritten Säule, ist bei minimaler Beteiligung des Europäischen Parlaments dem einstimmig entscheidenden Rat überantwortet und damit demokratiefremd ausgestaltet. Denn es liegt einem europäischen Demokratieverständnis fern, jedem nationalen Regierungsvertreter in Angelegenheiten, die nur noch EU-weit wirksam geregelt werden können, ein Vetorecht zuzugestehen, für das er sich vor keiner europäischen Instanz verantworten muss.<sup>46</sup> Dies gilt umso mehr, als die Rückbindung des Ratsvertreters an das jeweilige nationale Parlament nur bedingt effektiviert werden kann.<sup>47</sup>

Das Fehlen von Mitentscheidungsrechten des Europäischen Parlaments in der dritten Säule hat das Bundesverfassungsgericht allen Ernstes deshalb für mit den Anforderungen des Demokratieprinzips vereinbar gehalten, „weil die mitgliedstaatlichen Legislativorgane die politische Gestaltungsmacht im Rahmen der Umsetzung, notfalls auch durch Verweigerung der Umsetzung, behalten“.<sup>48</sup> Der Verstoß eines Mitgliedstaats gegen bindendes Unionsrecht ist jedoch nicht nur in rechtsstaatlicher Hinsicht unwürdig, er ist auch mit der machtbe gründenden Dimension des Demokratieprinzips der EU-Verfassung unvereinbar. Allenfalls einem nationalstaatlich verengten Demokratiebegriff kann das nachträgliche Veto eines mitgliedstaatlichen Parlaments gegen europäische Rechtsakte vielleicht als demokratisch erscheinen. Da das Bundesverfassungsgericht jedoch eine Kompensation für die schwachen Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments suchte, vertritt es offenbar selbst keinen nationalstaatlich verengten Demokratiebegriff. Dann ist

<sup>45</sup> 3., 4. und 6. Erwägung der Präambel sowie Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV.

<sup>46</sup> BVerfGE 89, 155 (183 f.) deutet an, dass das (nationalstaatlich interpretierte) Demokratieprinzip des GG ein solches Vetorecht favorisieren könnte. Dagegen Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 928 ff.

<sup>47</sup> Optimistischer in dieser Hinsicht die abweichende Meinung der Richterin Lübbe-Wolff zum Urteil über das Europäische Haftbefehlsgesetz, BVerfGE 113, 273 (337). Schilling leitet aus dem Defizit an demokratischer Legitimation m.E. zu Unrecht einen Verstoß Europäischer Haftbefehle gegen Art. 5 EMRK her („Gesetz“ und Demokratieprinzip, AVR 44 [2006], 57 ff.).

<sup>48</sup> BVerfGE 113, 273 (301). Kritisch die abweichende Meinung der Richterin Lübbe-Wolff, *ibid.*, 336.

seine Begründung aber schlicht un schlüssig. Auch die von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG vorgegebene Verpflichtung der EU auf demokratische Grundsätze kann nicht im Sinne eines nationalstaatlichen Demokratiebegriffs verstanden werden, wenn sie nicht in sich widersprüchlich werden soll.

### b) Rechtsstaatsdefizit

Zu den demokratisch bedenklichen politischen Legitimations- und Kontrolldefiziten in der zweiten und dritten Säule treten rechtsstaatlich schwer erträgliche rechtliche Durchsetzungs- und Kontrolldefizite: In der zweiten Säule hat der EuGH keinerlei Zuständigkeit, so dass die GASP im Hinblick auf ihren hochpolitischen Charakter vollständig justizfrei bleibt.<sup>49</sup> Die dritte Säule ist rechtsstaatlich besser organisiert, reicht aber bei Weitem nicht an die EG heran: Die Vorabentscheidungskompetenz des EuGH hängt hier von einer gesonderten Anerkennung durch den jeweiligen Mitgliedstaat ab.<sup>50</sup> Die Nichtigkeitsklage steht nach dem Vertragswortlaut nur den Mitgliedstaaten und der Kommission, nicht dagegen dem Europäischen Parlament zur Verfügung, und kann nur gegen Rahmenbeschlüsse und Beschlüsse gerichtet werden.<sup>51</sup> Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat können zwar andere Mitgliedstaaten,<sup>52</sup> die Kommission dagegen nur in bestimmten Fällen einleiten,<sup>53</sup> wobei gewisse souveränitätsrelevante nationale Maßnahmen auch noch von der Überprüfung durch den EuGH ausgenommen sind.<sup>54</sup>

### c) Kompensation durch Zugewinn an föderaler Substanz?

Diese demokratisch-rechtsstaatlichen Defizite der Dreisäulenarchitektur werden nicht etwa durch einen Zugewinn an föderaler Substanz wettgemacht. Zwar bewahrt die Versäulung die Entscheidungszuständigkeit der mitgliedstaatlichen Ebene. Europäischer Föderalismus kann aber nicht bedeuten, die nationale Souveränität um jeden Preis zu schonen, will man nicht das europäische Integrationsprojekt insgesamt *ad absurdum* führen. Sein Grundprinzip kann richtig verstanden nur lauten: Soviel Integration, wie zur effektiven Aufgabenerfüllung nötig; soviel Bewahrung nationaler Souveränität, wie möglich. Niemand wird aber ernsthaft

---

<sup>49</sup> Nach Art. 46 EUV erstreckt sich die Zuständigkeit des EuGH nicht auf Titel V des EUV.

<sup>50</sup> Art. 46 Buchst. b, 35 Abs. 1-3 EUV. Bisher liegen Unterwerfungserklärungen von vierzehn Mitgliedstaaten vor (Abl. Nr. L 327/19).

<sup>51</sup> Art. 46 Buchst. b, 35 Abs. 6 EUV. Vgl. EuG, Urt. v. 12.12.2006 (Anm. 14), Rn. 45 ff.: Keine Nichtigkeitsklage Privater gegen gemeinsame Standpunkte, soweit kein missbräuchlicher Übergriff in EG-Zuständigkeiten vorliegt.

<sup>52</sup> Art. 35 Abs. 7 Satz 1 EUV in modifizierender Anlehnung an Art. 227 EGV.

<sup>53</sup> Art. 35 Abs. 7 Satz 2 EUV. Demgegenüber obliegt der Kommission in der ersten Säule die allgemeine Rechtsaufsicht auch über die Mitgliedstaaten (Art. 211, 1. Spiegelstrich, 226 EGV).

<sup>54</sup> Art. 46 Buchst. b, 35 Abs. 5, 7 EUV.

behaupten, dass die exekutivlastigen, vom nationalen Veto bedrohten und wenig transparenten Entscheidungsverfahren der zweiten und dritten Säule im Interesse einer effektiven Aufgabenerfüllung liegen. Vielmehr herrscht hier ein offenes Integrationsdefizit. Auch das Subsidiaritätsprinzip verlangt, wenn man es als Kompetenzzuordnungsregel in einem positiven Sinne verwendet, die Vergemeinschaftung solcher Aufgaben, die wirksam nur mehr kontinental zu bewältigen sind.<sup>55</sup> Folglich führt die Versäulung der EU zu keinem Zugewinn an föderaler Substanz.

Damit steht die Dreisäulenarchitektur der EU-Verfassung in einem Spannungsverhältnis zu ihren sämtlichen grundlegenden Strukturprinzipien.

### III. Auftrag der EU-Verfassung zur Säulenverschmelzung

Die Konsequenz aus diesem Befund ist leicht zu ziehen: Wenn die EU-Verfassung das implizite Gebot zur Optimierung ihrer demokratischen, rechtsstaatlichen und föderalen Strukturprinzipien enthält, dann schließt dieses den Auftrag ein, die zweite und dritte Säule der strukturell relativ vorbildlichen ersten Säule weitestmöglich anzunähern, um die drei Säulen am Ende ganz zu verschmelzen. Dies käme auch der Verständlichkeit der EU-Verfassung und damit ihrer Bürgernähe zugute.

Die Dreisäulenarchitektur der EU stellt eine zwar grundlegende, aber allein politisch motivierte Entscheidung des europäischen Verfassungsgebers dar. Seine Entscheidung für die demokratische, rechtsstaatliche und föderale Struktur der EU ist hingegen nicht nur ebenso grundlegend, sondern ihm selbst rechtlich aufgegeben. Denn die europäische verfassungsgebende Gewalt liegt bei sämtlichen Mitgliedstaaten und ihren Völkern zur gesamten Hand.<sup>56</sup> Diese sind je einzeln in ähnlicher Weise durch ihre nationalen Verfassungen<sup>57</sup> und allesamt in gleicher Weise durch dieselben völkerrechtlichen Verträge (insbesondere die EMRK und ihr Zusatzprotokoll)<sup>58</sup> dazu verpflichtet, Zuständigkeitsübertragungen auf internationale oder supranationale Organisationen demokratisch und rechtsstaatlich einzubinden.

Im Einklang mit der Dynamik, wie sie dem europäischen Integrationsprozess seit jeher eigen ist, bringt der EU-Vertrag selbst zum Ausdruck, dass die drei Säulen letztlich verschmolzen werden sollen, und zwar durch allmähliche Eingliederung der zweiten und dritten in die erste, wo sie den Baugesetzen der europäischen

<sup>55</sup> Vgl. demgegenüber BVerfGE 113, 273 (299), wo die mangelnde Integration der dritten Säule im Lichte des Grundsatzes der Subsidiarität in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG positiv beurteilt wird.

<sup>56</sup> Art. 48 EUV. Näher Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 477 ff.

<sup>57</sup> Ausdrücklich z.B. Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG; Kap. 10, § 5 der schwedischen Verfassung.

<sup>58</sup> In erster Linie durch Art. 1 EMRK (EGMR, Urt. v. 18.02.1999, RJD 1999-I [*Matthews v. UK*] in Bezug auf einen EG-primärrechtlichen Eingriff in das demokratische Wahlrecht nach Art. 3 ZP und Urt. v. 30.06.2005, No. 45036/98 [*Bosphorus Airways v. Ireland*] in Bezug auf einen EG-sekundärrechtlichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht nach Art. 1 ZP) und Art. 3 der Satzung des Europarats, aber auch durch Art. 2 IPBPR.

Integration unterliegen. Denn die Gründung der EU 1992 bildete eine neue Stufe im Prozess der europäischen Integration, der in Richtung auf die Schaffung einer immer engeren Union der Völker (nicht der Staaten) Europas weitergeführt werden sollte, und sie erfolgte im Hinblick auf weitere notwendige Schritte, um die europäische Integration voranzutreiben.<sup>59</sup> Überdies muss der gemeinschaftliche Besitzstand (*acquis communautaire*) auch in der Dreisäulenstruktur nicht nur gewahrt, sondern weiterentwickelt werden.<sup>60</sup> Schließlich ist die volle Wahrung des gemeinschaftlichen Besitzstands und seine Weiterentwicklung ein Unionsziel, für dessen Erreichung erforderlichenfalls sogar die Regelungen über die beiden anderen Säulen revidiert werden sollen.<sup>61</sup>

Ein wesentlicher Teil der innenpolitischen dritten Säule – Visa, Asyl, Einwanderung und justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – ist demgemäß bereits 1997 durch den Vertrag von Amsterdam nach Maßgabe des Art. 48 EUV in den EG-Vertrag eingegliedert worden.<sup>62</sup> Nur die aus Sicht der staatlichen Souveränität besonders heikle “polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen” ist in der dritten Säule verblieben. Gleichzeitig hat man die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts als ein säulenübergreifendes EU-Ziel formuliert,<sup>63</sup> das nur durch Maßnahmen in der ersten und der dritten Säule erreicht werden kann. Dabei hat die Ausübung der Befugnisse der EG Vorrang vor der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in der dritten Säule.<sup>64</sup> Einen weiteren Anhaltspunkt für das vertragliche Anliegen einer Säulenverschmelzung bietet die so genannte Passerelle in Art. 42 EUV:<sup>65</sup> Sie ermöglicht es, durch vereinfachte Vertragsänderung Materien aus der dritten Säule in den EG-Vertrag zu verlagern.<sup>66</sup>

Nach alledem erteilt die EU-Verfassung zwar einen Auftrag zur Verschmelzung ihrer drei Säulen, stellt dessen Erfüllung aber unter den Vorbehalt einer (mindestens vereinfachten) Verfassungsänderung und macht sie damit vom politischen Konsens unter den Mitgliedstaaten abhängig. Was aber soll und kann im Vorfeld dieser Konsensfindung geschehen?

---

<sup>59</sup> Erste, vorletzte und letzte Erwägung der Präambel des EUV.

<sup>60</sup> Art. 3 Abs. 1 EUV.

<sup>61</sup> Art. 2 Abs. 1, 5. Spiegelstrich EUV.

<sup>62</sup> Art. 61 ff. EGV (seit dem Vertrag von Amsterdam 1997). Für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich gelten Sonderregeln (vgl. Art. 69 EGV und die dort erwähnten Protokolle). Auch das Beschlussverfahren (Art. 67 EGV) und die Zuständigkeit des EuGH (Art. 68 EGV) ist teilweise abweichend vom gemeinschaftsrechtlichen Normalfall geregelt.

<sup>63</sup> Art. 2 Abs. 1, 4. Spiegelstrich EUV.

<sup>64</sup> Vgl. die einleitenden Worte des Art. 29 EUV.

<sup>65</sup> Jour-Schröder/Konow, Die Passerelle des Art. 42 EU-Vertrag, EuZW 2006, 550 ff.

<sup>66</sup> Ein Versuch der finnischen Ratspräsidentschaft, Art. 42 EUV anzuwenden, scheiterte (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23.09.2006, 4).

## IV. Europäisches Richterrecht als “Kunst des Möglichen”

### 1. Architektonische Harmonie in der EU: Eine Aufgabe auch der Judikative

Eine Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht würde die funktionalen Grenzen der europäischen Gerichtsbarkeit zwar eindeutig überschreiten. Die Herstellung einer harmonischen EU-Architektur ist jedoch Aufgabe auch des EuGH. Harmonie bedeutet einen gut aufeinander und mit den Strukturentscheidungen der EU-Verfassung abgestimmten Zusammenklang im Interesse “der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas ..., in der die Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden”.<sup>67</sup>

Statt von “Harmonie” spricht der EU-Vertrag nüchterner von “Kohärenz” im Sinne eines zusammenhängenden und stimmigen Politikverhaltens,<sup>68</sup> und zwar einerseits als Aufgabe der Union bei der Gestaltung der Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Völkern,<sup>69</sup> andererseits als Vorgabe für Maßnahmen, die zur Erreichung der Unionsziele ergriffen werden.<sup>70</sup> Um die harmonische (oder meinethalben kohärente) Fortentwicklung der EU zu gewährleisten, richtet der EU-Vertrag einen säulenübergreifenden einheitlichen institutionellen Rahmen ein, der den EuGH einschließt.<sup>71</sup>

### 2. Verfassungsgerichtsbarkeit der EU

#### a) Verfassungsrechtsprechung und Verfassungspolitik

Verfassungsrichterliche Aufgabe ist es, das zur Verwirklichung der Verfassungsstrukturvorgaben Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus verfassungspolitisch Notwendige möglich zu machen, soweit dies ohne Überschreitung der funktionalen Grenzen der Rechtsprechung geschehen kann. Diese Aufgabe wird durch die strukturgerechte Auslegung und Fortbildung der Verfassung erfüllt. Stabilität und Erfolg gerade einer föderalen Verfassung hängen, wie die Erfahrung lehrt, ganz erheblich von einer zugleich mutigen und weisen Erfüllung dieser Aufgabe durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ab: Fehlt dem Verfassungsgericht im entscheidenden Augenblick der Mut, für die effektive Realisierung der Verfas-

---

<sup>67</sup> Art. 1 Abs. 2 EUV.

<sup>68</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 88 ff.

<sup>69</sup> Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV.

<sup>70</sup> Art. 3 Abs. 1 (innere Kohärenz i.S. einer inhaltlichen Abstimmung der politischen Entscheidungen aufeinander in allen drei Säulen), Abs. 2 (äußere Kohärenz i.S. eines einheitlichen Auftretens nach außen) EUV (Begriffe bei Haratsch/Koenig/Pechstein [Anm. 68]).

<sup>71</sup> Art. 3-5 EUV.

sungswerte einzutreten, verspielt es seine eigene Autorität und untergräbt zugleich die Legitimität der Verfassung, weil deren Strukturprinzipien sich als leere Buchstaben erweisen.<sup>72</sup> Übertreibt das Verfassungsgericht seinen Eifer, verspielt es die eigene Autorität und die Legitimität der ihm anvertrauten Verfassung nicht weniger.

## b) Die Verfassungsgerichtsbarkeit des EuGH

Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet Interpretationsherrschaft über eine Verfassung durch die rechtsprechende Gewalt unter dem Vorbehalt einer späteren Revision seitens der verfassungsändernden politischen Gewalt. Auf EU-Ebene hat auch die Verfassungsgerichtsbarkeit *sui generis*-Charakter. Sie wird durch den EuGH in Bezug auf den EU-Vertrag und durch den EGMR in Bezug auf die EMRK ausgeübt. Beide betreuen die Völkerrechtsteile der EU-Verfassung mit, für die es kein eigenständiges Verfassungsgericht gibt. Der EuGH übt Verfassungsgerichtsbarkeit direkt und in Bezug auf die organisationsrechtlichen Bestimmungen sowie die ungeschriebenen Grundrechtsregeln des EU-Vertrags aus, allerdings in den drei Säulen unterschiedlich intensiv. Demgegenüber fungiert der EGMR nur als Grundrechtssenat, und auch dies bloß indirekt,<sup>73</sup> bis die EU selbst die EMRK ratifiziert und damit als solche der Straßburger Gerichtsbarkeit unterliegt.<sup>74</sup> Die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit rundet als eine Art gliedstaatliche Verfassungsgerichtsbarkeit dieses Bild ab.<sup>75</sup>

Verfassungsgerichtsbarkeit nimmt der EuGH wahr, wenn er in Direktklageverfahren<sup>76</sup> oder Vorabentscheidungsverfahren<sup>77</sup> Fragen der vertikalen (interföderalen) oder horizontalen (intraföderalen) Gewaltenteilung, der Verfassungsmäßigkeit von Sekundärrechtsakten oder der verfassungsrechtlichen Pflichten der Mit-

---

<sup>72</sup> Negativbeispiel aus der Rspr.: Verneinung der Parteifähigkeit des Europäischen Parlaments im Nichtigkeitsklageverfahren (Slg. 1988, 5615 [Rs. 302/87]), revidiert durch Slg. 1990, I-2041 [Rs. 70/88 – *Tschernobyl I*]). Negativbeispiele aus der Rspr. des US Supreme Court: *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. 393 [1857]) und *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537 [1896]); positive Gegenbeispiele: *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (343 U.S. 579 [1952]) und *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 [1954]).

<sup>73</sup> Vgl. zunächst die Entscheidungen *Matthews* und *Bosphorus* (Anm. 58); EGMR, Entscheidung v. 10.03.2004, RJD 2004-IV (*Senator Lines v. Austria et al.*); Entscheidung v. 13.01.2005, No. 62023/00 (*Emesa Sugar v. Netherlands*).

<sup>74</sup> Art. I-9 Abs. 2 VVE; Art. 59 Abs. 2 EMRK i.d.F. des noch nicht in Kraft getretenen Protokolls Nr. 14 vom 13.05.2004 (BGBl. 2006 II, 138).

<sup>75</sup> Zur gestuften Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa vgl. O e t e r, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361 ff.

<sup>76</sup> Art. 226, 227, 230, 232 EGV; Art. 35 Abs. 6 und 7, 46 Buchst. e EUV.

<sup>77</sup> Art. 234 EGV; Art. 35 Abs. 1 bis 4 EUV.

gliedstaaten gegeneinander oder gegenüber der EU in ausschließlicher Zuständigkeit<sup>78</sup> letztverbindlich klärt.

### c) Optimierung der demokratisch-rechtsstaatlich-föderalen Struktur der EG durch den EuGH

In seiner Funktion als föderales Verfassungsgericht hat der EuGH den EG-Vertrag durch systemprägende Interpretationen und Fortbildungen erst im heutigen Sinne zur Gemeinschaftsverfassung gemacht. Zu nennen sind hier insbesondere:

(1) Die Ableitung von subjektiven, vor den nationalen Gerichten einklagbaren Individualrechten aus dem EG-Vertrag im rechtsstaatlichen Interesse an einer effektiven Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Verpflichtungen, aber auch im demokratischen Interesse als legitimationsbegründende Mitträgerschaft des europäischen Integrationsprojekts durch die Einzelnen.<sup>79</sup> Diese Rechtsprechung bildet die Keimzelle der heutigen Unionsbürgerschaft.<sup>80</sup>

(2) Die Festschreibung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht jeder Stufe im Interesse seiner Effektivität und gemeinschaftsweit einheitlichen Wirkung.<sup>81</sup>

(3) Die Herausbildung von Gemeinschaftsgrundrechten aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den von diesen ratifizierten Menschenrechtsverträgen, insbesondere der EMRK, im Interesse der rechtlichen Einbindung der Gemeinschaftsgewalt, in zweiter Linie aber auch der mitgliedstaatlichen Gewalt.<sup>82</sup>

(4) Die Begründung der unmittelbaren Anwendbarkeit von inhaltlich unbedingten und hinreichend genauen Richtlinien-Bestimmungen, die von einem Mitgliedstaat in vertragswidriger Weise nicht rechtzeitig und vollständig in nationales Recht transformiert worden sind, auch dies im Interesse der Effektivität des Gemeinschaftsrechts.<sup>83</sup>

(5) Die Ableitung einer Pflicht der nationalen Behörden und Gerichte zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und Anwendung des gesamten nationalen Rechts aus Art. 10 EGV, erneut im Interesse der gemeinschaftsweiten effektiven Durchsetzung des EG-Rechts.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Art. 292 EGV und EuGH, Slg. 2006; I-4635 (Rs. C-459/03 – *MOX*) – näher *W e g e n e r*, Familienstreitigkeiten nicht nach außen tragen?!, ZUR 2006, 582 ff.; Slg. 1987, 4199 (Rs. 314/85 – *Foto-Frost*) – Verwerfungsmonopol über Sekundärrechtsakte.

<sup>79</sup> Sog. „unmittelbare Anwendbarkeit“: EuGH, Slg. 1963, 1 (Rs. 26/62 – *van Gend & Loos*).

<sup>80</sup> Art. 17 ff. EGV.

<sup>81</sup> EuGH, Slg. 1964, 1251 (Rs. 6/64 – *Costa ./. ENEL*); Slg. 1970, 1125 (Rs. 11/70 – *Internationale Handelsgesellschaft*).

<sup>82</sup> EuGH, Slg. 1974, 491 (Rs. 4/73 – *Nold*); Slg. 1991, I-2925 (Rs. C-260/89 – *ERT*). Vgl. BVerfGE 73, 339; 102, 147.

<sup>83</sup> EuGH, Slg. 1982, 53 (Rs. 8/81 – *Becker*). Vgl. BVerfGE 75, 223 (234 ff.).

<sup>84</sup> EuGH, Slg. 1984, 1891 (Rs. 14/83 – *von Colson*); 2004, I-8835 (Rs. C-397/01 u.a. – *Pfeiffer*).

(6) Die Begründung des eigenen Verwerfungsmonopols über Sekundärrechtsakte zwecks Wahrung der föderalen Rechtseinheit in der EG.<sup>85</sup>

(7) Die Anerkennung eines Prinzips des institutionellen Gleichgewichts, mit dessen Hilfe die horizontale Gewaltenteilung zwischen den politischen Organen der EG gesichert wird.<sup>86</sup>

(8) Schließlich die Erfindung einer Haftung der Mitgliedstaaten für hinreichend qualifizierte Verstöße ihrer Legislative, Exekutive oder Judikative gegen individualschützende Normen des EG-Rechts, um Individuen wenigstens durch einen sekundären Haftungsanspruch schadlos zu halten, wo die primäre Gemeinschaftsrechtsnorm selbst nicht effektiv durchgesetzt werden konnte.<sup>87</sup>

Diese auf die generalklauselartige Zuweisung der Rechtswahrungsaufgabe in Art. 220 EGV gestützte extensive Rechtsprechung ist nach mitunter heftiger Kritik letztlich von den Mitgliedstaaten anerkannt und teilweise sogar in den Vertragstext aufgenommen worden.<sup>88</sup> Auf ihr beruht im Wesentlichen der demokratische, rechtsstaatliche und föderale *Acquis* der EG.

#### d) Funktionale Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit des EuGH

Eine ganz wichtige demokratische und rechtsstaatliche Errungenschaft besteht freilich in der Anerkennung der Grenzen des Richterrechts, insbesondere der richterlichen Rechtsfortbildung.<sup>89</sup> Dementsprechend hat der EuGH betont, dass die Pflicht der nationalen Gerichte zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ihrer Rechtsordnung dort eine Grenze findet, wo nach den gemeineuropäischen Verfassungstraditionen die richterliche Funktion endet.<sup>90</sup>

Für ein föderales Verfassungsgericht ist der *judicial restraint* zugleich ein Gebot föderaler Rücksichtnahme. Deshalb hat der EuGH auch sich selbst an die Zügel genommen: So hat er es unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EGV und Vertrauensschutzerwägungen abgelehnt, aus nicht rechtzeitig oder ordnungsgemäß ins nationale Recht umgesetzten Richtlinienbestimmungen unmittelbar Verpflichtungen von Privatpersonen abzuleiten, obwohl dies der effektiven Errei-

<sup>85</sup> EuGH, Slg. 1987, 4199 (Rs. 314/85 – *Foto-Frost*).

<sup>86</sup> EuGH, Slg. 1990, I-2041 (Rs. 70/88 – *Tschernobyl I*); *Wegener*, in: Callies/Ruffert (Anm. 19), Art. 220 Rn. 36.

<sup>87</sup> EuGH, Slg. 1991, I-5357 (verb. Rs. C-6/90 u.a. – *Franovich*); Slg. 1996, I-1029 (Rs. C-46/93 u.a. – *Brasserie du pêcheur*); Slg. 2003, I-10239 (Rs. C-224/01 – *Köbler*); Urt. v. 13.06.2006, NJW 2006, 3337 (Rs. C-173/03 – *Traghetti*).

<sup>88</sup> “Nachführung” im schweizerischen Sinne, d.h. Anpassung des Verfassungstextes an die vorausgeeilte Verfassungspraxis (*Kayser/Richter*, Die neue schweizerische Bundesverfassung, ZaöRV 59 [1999], 985 ff.). Beispiele: Vor allem Art. 6 Abs. 2 EUV und zukünftig Art. I-6 VVE.

<sup>89</sup> BVerfGE 75, 223 (240 ff.); 89, 155 (209).

<sup>90</sup> EuGH, Urt. v. 04.07.2006 (Rs. C-212/04 – *Adeneler*), NJW 2006, 2465 Rn. 110 f.: keine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* und nur im Rahmen der richterlichen Zuständigkeit. Entsprechende Schranken bestehen für die rahmenbeschlusskonforme Auslegung: EuGH, Slg. 2005, I-5285 (Rs. C-105/03 – *Pupino*) – s.u. V. 2 b); *Fetzer/Groß*, Die Pupino-Entscheidung des EuGH, EuZW 2005, 550 (551 f.).

chung der Richtlinienziele dienlich wäre.<sup>91</sup> Außerdem hat er sich geweigert, die strengen Anforderungen des Art. 230 Abs. 4 EGV an die Zulässigkeit von Individualklagen gegen EG-Legislativakte zu verwässern, obwohl der Rechtsschutz dadurch effektiviert würde.<sup>92</sup> Weiterhin hat der EuGH anerkannt, dass es Entscheidungen mit "verfassungsrechtlicher Dimension" gibt, die der verfassungsändernden Gewalt vorbehalten sind.<sup>93</sup> Schließlich hat er angedeutet, dass gewisse rechtsstaatsrelevante Entscheidungen selbst durch Verfassungsänderungen nicht wirksam getroffen werden können, m.a.W. also der verfassungsgebenden Gewalt vorbehalten sind.<sup>94</sup>

### 3. Europäisches Richterrecht in der zweiten und dritten Säule – *en quelque façon nul?*

In der zweiten Säule kann mangels EuGH-Zuständigkeit kein europäisches Richterrecht entstehen. In der dritten Säule bietet hingegen Art. 35 EUV dem EuGH Gelegenheit, die EU-Verfassung zu entfalten, wenngleich seine Zuständigkeiten dort im Vergleich zum EG-Vertrag weniger breit angelegt ist. Reicht die EuGH-Kompetenz aber auch weniger tief? Ist der EuGH in der dritten Säule m.a.W. in geringerem Maße zur extensiven Auslegung und Fortbildung des Rechts befugt als in der ersten?

Art. 41 Abs. 1 EUV rezipiert Art. 220 Abs. 1 EGV, die maßgebliche Grundlage der richterlichen Rechtsfortbildung in Bezug auf die EG,<sup>95</sup> gerade nicht in die dritte Säule. Daraus lässt sich aber keine bewusste Entscheidung der verfassungsgebenden Gewalt der EU ableiten, dem EuGH in der dritten Säule extensive Interpretation und Rechtsfortbildung generell zu verbieten. Denn Art. 46 Buchst. b leitet, kanalisiert durch Art. 35 EUV, den ganzen EGV-Abschnitt zum EuGH in die dritte Säule über, der deswegen in Art. 41 Abs. 1 EUV insgesamt ausgespart bleibt. Art. 46 EUV erwähnt dabei in seinem *chapeau* ausdrücklich auch die EGV-Bestimmungen über die *Ausübung* der EuGH-Zuständigkeit. Weiterhin hat der EU-Verfassungsgeber dem EuGH bestimmte sich anbietende Rechtsfortbildungs-

<sup>91</sup> EuGH, Slg. 1994, I-3325 (Rs. C-91/92 – *Faccini Dori*): keine horizontale Direktwirkung von Richtlinien zwischen Privaten; Slg. 2005, I-3565 (verb. Rs. C-387/02 u.a. – *Berlusconi*): keine Festlegung oder Verschärfung strafrechtlicher Verantwortlichkeit unmittelbar durch Richtlinie. Kritisch Giegerich, Privatwirkung von Richtlinien – verpasste Gelegenheiten, EWS 12/2004.

<sup>92</sup> EuGH, Slg. 2002, I-6677 (Rs. C-50/00 P – *Unión de Pequeños Agricultores*).

<sup>93</sup> EuGH, Slg. 1996, I-1763 Rn. 35 (Gutachten 2/94 – *EMRK-Beitritt*).

<sup>94</sup> EuGH, Slg. 1991, I-6079, Rn. 69 ff. (Gutachten 1/91 – *EWR I*). Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 499 ff.

<sup>95</sup> Der EuGH hat sich insbesondere bei der Entwicklung der ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts auf Art. 220 EGV gestützt (Huber, in: Streinz [Anm. 11], Art. 220 EGV Rn. 13).

schritte speziell untersagt,<sup>96</sup> so dass man im Übrigen von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Rechtsfortbildung ausgehen kann.

Eine Notwendigkeit, die Interpretations- und Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH in der dritten Säule zu beschränken, folgt auch nicht aus der begrenzten Reichweite seiner Vorabentscheidungszuständigkeit. Zwar erstreckt sich diese bislang nur auf die Gerichte derjenigen vierzehn Mitgliedstaaten, die sie ausdrücklich anerkannt haben.<sup>97</sup> Doch verlangen Rechtssicherheit und gemeinschaftsweite Rechtseinheit, die Entscheidungswirkungen bei Art. 35 EUV nicht anders zu bestimmen als bei Art. 234 EGV: Entscheidungen des EuGH, die einen Sekundärrechtsakt des Unionsrechts für nichtig erklären, entfalten daher rechtliche *erga omnes*-Wirkung, während Interpretationsentscheidungen faktische *erga omnes*-Wirkung haben.<sup>98</sup> Diese mit Vorabentscheidungen notwendigerweise verbundenen Wirkungen haben alle Mitgliedstaaten allein durch ihre Ratifikation des EU-Vertrags für sich anerkannt.<sup>99</sup> Dies erklärt auch, warum Art. 35 Abs. 4 EUV ihnen allen das Recht zur Beteiligung an den Vorabentscheidungsverfahren einräumt.

Allerdings erlaubt Art. 35 Abs. 1 EUV in Abweichung von Art. 234 Abs. 1 EGV keine Vorlagefragen zur Auslegung der EU-Verfassung selbst. Dies hindert den EuGH indessen nicht, die EU-Verfassung auszulegen und ggf. auch fortzubilden, soweit es die Ausübung seiner Vorabentscheidungskompetenz über Unionssekundärrecht erfordert.<sup>100</sup> Der Gerichtshof hat kürzlich ausdrücklich festgestellt, dass seine Zuständigkeit nach Art. 35 Abs. 1 EUV es notwendig einschließe, Bestimmungen des Unionsprimärrechts auszulegen, um über die Gültigkeit und Auslegung von Sekundärrechtsakten entscheiden zu können.<sup>101</sup> Im Übrigen ist zu beachten, dass das Vorabentscheidungsverfahren "die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags sichern [soll]; diesem Ziel liefe es zuwider, Art. 35 Abs. 1 EU eng auszulegen".<sup>102</sup> Gleiches gilt für die Direktklagezuständigkeiten des EuGH nach Art. 35 Abs. 6 und 7 EUV.

---

<sup>96</sup> Art. 34 Abs. 2 S. 2 Buchst. b, c EUV: Keine unmittelbare Wirksamkeit von Rahmenbeschlüssen und Beschlüssen.

<sup>97</sup> Art. 35 Abs. 2, 3 EUV. S.o. Anm. 50.

<sup>98</sup> So Pechstein, in: Streinz (Anm. 11), Art. 35 EUV Rn. 6 m. Nachw. auch zur Gegenansicht. Vgl. auch Herrmann, Anmerkung, EuZW 2005, 436 (438).

<sup>99</sup> Pechstein, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 870. Vgl. auch EuGH, Slg. 1991, I-6079 Rn. 61 ff. (Gutachten 1/91 – *EWR I*).

<sup>100</sup> Pechstein (Anm. 98), Rn. 5. In seiner Vorabentscheidung im Fall *Pupino* hat der EuGH dementsprechend ohne Weiteres auch den EU-Vertrag ausgelegt, z.B. durch Herausinterpretation einer Loyalitätspflicht (s.u. V. 2. b)).

<sup>101</sup> EuGH, Urt. v. 03.05.2007 (Rs. C-303/05 – *Europäischer Haftbefehl*), Rn. 18. Bereits in seiner Vorabentscheidung im Fall *Pupino* hatte der EuGH ohne Weiteres auch den EU-Vertrag ausgelegt, z.B. durch Herausinterpretation einer Loyalitätspflicht (s.u. V. 2. b)).

<sup>102</sup> EuGH, Urt. v. 27.02.2007 (Rs. C-354/04 P – *Gestoras Pro Amnistía*; 355/04 P – *Segi*), Rn. 53 ff.: Vorabentscheidungszuständigkeit erstreckt sich über den Wortlaut des Art. 35 Abs. 1 EUV hinaus auf alle Maßnahmen des Rates unabhängig von ihrer Rechtsnatur oder Form, sofern sie Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugten.

Nach alledem übt der EuGH nach Maßgabe des Art. 46 Buchst. b, 35 EUV auch im Rahmen der dritten Säule Verfassungsgerichtsbarkeit aus, unterliegt dort ebenso dem Optimierungsgebot in Bezug auf die Strukturprinzipien der EU-Verfassung und ist dementsprechend – innerhalb der Grenzen der richterlichen Funktion – zu den erforderlichen Interpretations- und Rechtsfortbildungsschritten ermächtigt und verpflichtet: Die Judikativkompetenz ist in der dritten Säule also zwar weniger breit, aber nicht weniger tief ausgelegt als in der ersten. Sie unterliegt hier wie dort einem Untermaßverbot ebenso wie einem Übermaßverbot.

## V. Annäherungen des EuGH an die dritte Säule

Der Gerichtshof war bisher in Bezug auf die dritte Säule vor allem mit zwei Fallkonstellationen befasst: erstens mit Versuchen, die Regelung von Sachmaterien zwischen der ersten und der dritten Säule zu verschieben; zweitens mit der effektiven Umsetzung eines Rahmenbeschlusses ins nationale Recht. Ist der EuGH in diesen Fällen seiner verfassungsgerichtlichen Funktion gerecht geworden, oder hat er sie durch Missachtung seiner Optimierungsaufgabe einerseits bzw. durch Kompetenzüberschreitung andererseits verfehlt?

### 1. Verbot der Verschiebung von Sachmaterien zwischen den Säulen

In allen drei Säulen gilt das Prinzip der enumerativen Einzelermächtigung als föderales Grundprinzip.<sup>103</sup> Zur ersten Säule hat der EuGH seit jeher die Auffassung vertreten, dass die Bestimmung der einschlägigen vertraglichen Rechtsgrundlage für einen Sekundärrechtsakt nicht im Ermessen der handelnden Organe steht, sondern objektiv vorgegeben und gerichtlich nachprüfbar ist.<sup>104</sup> Da die Ermächtigungsnorm die Organzuständigkeit und das Verfahren festlegt, hat ihre Auswahl „verfassungsrechtliche Bedeutung“.<sup>105</sup> Dies gilt auch innerhalb der beiden anderen Säulen und erst recht für die Frage, welcher Säule die Rechtsgrundlage zu entnehmen ist.

#### a) Keine „Flucht“ aus der ersten in die dritte Säule: Rs. *Umweltstrafrecht*

Schon 1998 hatte der EuGH aus Art. 47 EUV abgeleitet, dass eine Zuständigkeit der EG in ihrem jeweiligen Umfang Maßnahmen der EU auf Grund der zweiten und dritten Säule ausschließt.<sup>106</sup> Darauf gestützt erhob die Kommission 2003 Nich-

<sup>103</sup> S.o. II. 2. c).

<sup>104</sup> Vgl. nur EuGH, Slg. 1991, I-2867 Rn. 10 (Rs. C-300/89 – *Titanoxid*).

<sup>105</sup> EuGH, Slg. 2001, I-9713 Rn. 5 (Gutachten 2/00 – *Cartagena-Protokoll*).

<sup>106</sup> EuGH, Slg. 1998, I-2763 Rn. 14 ff. (Rs. C-170/96 – *Flughafentransit*).

tigkeitsklage<sup>107</sup> gegen einen Rahmenbeschluss über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht. Hintergrund des Verfahrens war der Grundsatzstreit zwischen Kommission und Parlament einerseits sowie Rat und Mitgliedstaatsmehrheit andererseits, ob eine Europäisierung des Strafrechts ausschließlich nach Maßgabe der dritten Säule oder auch im Rahmen der ersten Säule erfolgen kann, wenn Strafvorschriften zur Sicherung der Wirksamkeit von Gemeinschaftsrecht erforderlich erscheinen.<sup>108</sup> Der Gerichtshof gab Kommission und Parlament Recht, die um die Sicherung ihrer nur in der ersten Säule nennenswerten Mitspracherechte kämpften: Er sah Art. 175 Abs. 1 EGV als einschlägige Kompetenzgrundlage an und erklärte den Rahmenbeschluss deshalb wegen Verstoßes gegen Art. 47 EUV und die einleitende Passage von Art. 29 Abs. 1 EUV für nichtig.<sup>109</sup>

Damit hat der EuGH die Strafrechtsharmonisierung im Rahmen der ersten Säule den aus föderaler, demokratischer und rechtsstaatlicher Sicht vorzugswürdigen Instrumenten dieser Säule vorbehalten. Er konnte diese verfassungsstruktueroptimierende Interpretationsentscheidung treffen, denn die EU-Verfassung schließt im Bereich der EG-Politiken eine Strafrechtsharmonisierung im Wege einer EG-Richtlinie weder explizit noch implizit aus: Die Einzelregelungen in Art. 135 und Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV sind allenfalls insoweit verallgemeinerungs- und erstrechtsschlussfähig, dass sie die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege, nicht aber die Strafgesetzgebung dem Zugriff der EG entziehen.<sup>110</sup> Der Grundsatzstreit ist damit angesichts eines weiteren schwebenden Verfahrens, in dem immerhin zwanzig Mitgliedstaaten als Streithelfer des Rates auftreten, aber noch nicht endgültig beigelegt.<sup>111</sup>

Im praktischen Ergebnis mag die Festschreibung der ausschließlichen EG-Kompetenz zur Harmonisierung von EG-nahem Strafrecht zum Pyrrhus-Sieg werden, wenn die zu ihrer Ausübung notwendige Mehrheit im Rat nicht zustande kommt.<sup>112</sup> Mir geht es hier aber nicht um die Strafrechtsharmonisierung als solche, sondern um den Vorrang der ersten vor der dritten Säule als Prinzip mit folgendem Inhalt: Ist das durch einen Sekundärrechtsakt angesteuerte gemeinsame Ziel mit Hilfe einer Kompetenzgrundlage im EG-Vertrag zu erreichen, so muss diese benutzt werden. Fehlt es dafür an politischer Bereitschaft, dann besteht keine Möglichkeit, dieses Ziel gemeinsam zu verwirklichen. Ein Kompromiss durch "Ausweichen" in eine verfassungsstrukturell schwächer fundierte andere Säule ist den Organen ebenso verwehrt wie eine vollständige "Flucht" der Mitgliedstaaten aus

<sup>107</sup> Grundlage war Art. 35 Abs. 6 EUV.

<sup>108</sup> He ger, Anmerkung, JZ 2006, 310 f.

<sup>109</sup> Slg. 2005, I-7879 (Rs. C-176/03 – *Umweltstrafrecht*).

<sup>110</sup> So zutreffend der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 26.05.2005, *ibid.* (Rn. 78); ihm folgend der EuGH (Rn. 52). Anders He ger (Anm. 108), 312.

<sup>111</sup> Vgl. die noch anhängige Klage der Kommission, unterstützt durch das Europäische Parlament, gegen den Rat betr. den Rahmenbeschluss zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe (Rs. C-440/05).

<sup>112</sup> So He ger (Anm. 108), 311.

der EU in den Völkerrechtsraum<sup>113</sup> oder aus dem EG-Vertrag in den EAG-Vertrag.<sup>114</sup>

## b) Keine schleichende Vergemeinschaftung von PJZS-Materien:

### *Rs. Fluggastdaten*

Ebenso wie der schleichenden Entgemeinschaftung von EG-Materien ist der EuGH aber auch einer schleichenden Vergemeinschaftung der öffentlichen Sicherheit und der Strafverfolgung aus der dritten Säule entgegengetreten: Letztes Jahr hat der Gerichtshof einen Ratsbeschluss zu einem Abkommen zwischen der EG und den USA über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen für nichtig erklärt. Dieser war auf die Binnenmarkt-Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV gestützt worden, obwohl er in erster Linie die öffentliche Sicherheit und die Strafverfolgung betraf.<sup>115</sup> Richtigerweise hätten Art. 38, 24 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 2 Buchst. b EUV als Rechtsgrundlage herangezogen werden müssen.

Zwar wäre der Rückgriff auf eine Ermächtigungsgrundlage aus der föderal, demokratisch und rechtsstaatlich weiter entwickelten ersten Säule verfassungsstrukturell vorzugswürdig gewesen, doch konnte der EuGH diesen nicht zulassen: Er wäre sonst ohne die erforderliche demokratische Legitimation in die Funktion des Verfassungsänderers geschlüpft, hätte seine Rechtsbindung verlassen und das im EUV angelegte föderale Gleichgewicht gestört. Diese Verluste hätten den erreichbaren Zugewinn an föderaler, demokratischer und rechtsstaatlicher Struktur mehr als wettgemacht.

Im Ergebnis gibt der EuGH der ersten Säule also keinen "blinden" Vorrang, sondern tritt manipulativen Verschiebungen zwischen den Säulen entschlossen entgegen, gleichgültig welche davon begünstigt werden soll. Er verschmilzt die drei Säulen nicht, sondern achtet im Gegenteil auf ihre strikte Trennung voneinander, freilich auch darauf, dass der Besitzstand der ersten Säule gewahrt bleibt, wie es die EU-Verfassung selbst ausdrücklich anordnet.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> Nicht ausgeschlossen ist demgegenüber eine völkervertragliche Vereinbarung zwischen allen Mitgliedstaaten über Materien, die von der EU-Verfassung nicht geregelt oder zu deren völkerrechtlicher Regelung die Mitgliedstaaten explizit oder implizit ermächtigt werden (z.B. in Art. 293 EGV; Art. 34 Abs. 2 Buchst. d [zuvor Art. K.3 Abs. 2 Buchst. c EUV] betr. Europol), oder eine völkerrechtliche Vereinbarung zwischen einigen Mitgliedstaaten *praeter constitutionem*, die damit eine Vorreiterrolle bei der Verdichtung der Integration einnehmen (Beispiel: die beiden Schengener Übereinkommen von 1985 und 1990 [dazu *Wiedmann*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar* (2000), Art. 61 EGV Rn. 14 ff.] und der von sieben Mitgliedstaaten geschlossene Vertrag von Prüm über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration vom 27.05.2005 [<http://www.bmj.bund.de/media/archive/974.pdf>] – 16.04.2007] – dazu *Kietz/Maurer*, *Der Vertrag von Prüm, Integration* 29 [2006], 201 ff.). Eingehend *Giegerich* (Anm. 15, *Europäische Verfassung*), 534 ff.

<sup>114</sup> EuGH, Slg. 1991, I-4529 (Rs. C-70/88 – *Tschernobyl II*).

<sup>115</sup> EuGH, Slg. 2006, I-4721 (verb. Rs. C-317/04 u.a. – *Fluggastdaten*); vgl. auch die ausführlicheren Erwägungen in §§ 126 ff. der Schlussanträge des Generalanwalts (*ibid.*, I-4724).

<sup>116</sup> Art. 2 Abs. 1, letzter Spiegelstrich EUV.

## 2. Rahmenbeschlusskonforme Auslegung des nationalen Rechts

Die Rahmenbeschlüsse als Rechtsakte der dritten Säule<sup>117</sup> sind den Richtlinien der ersten Säule<sup>118</sup> nachgebildet.<sup>119</sup> Während Richtlinien Maßnahmen der EG als Rechtssubjekt darstellen, müssen Rahmenbeschlüsse den Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit zugerechnet werden, weil diese der EU bislang die eigenständige Rechtspersönlichkeit vorenthalten haben.<sup>120</sup> Ungeachtet dessen gleichen sich die beiden Instrumente insoweit, als der Legislativentscheidung auf europäischer Ebene ein nationales Umsetzungsverfahren nachgeschaltet werden muss. Beide werfen daher die Frage auf, wie Ausfälle oder Mängel der nationalen Umsetzungsakte zu reparieren sind.

### a) Reparaturmechanismen bei mangelhafter nationaler Umsetzung von Richtlinien

Schon frühzeitig entschied der EuGH, dass inhaltlich unbedingte und hinreichend genaue Richtlinienbestimmungen, die vom nationalen Gesetzgeber nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden sind, von den nationalen Behörden und Gerichten zugunsten von Einzelnen staatlichen Stellen gegenüber unmittelbar angewendet werden müssen.<sup>121</sup> Diese Rechtsfortbildung hat der Gerichtshof mit rechtsstaatlichen Erwägungen begründet, nämlich der Notwendigkeit, die praktische Wirksamkeit der Richtlinien zu sichern, und der Treuwidrigkeit eines Mitgliedstaats, der sich einem Einzelnen gegenüber darauf beruft, seine EG-vertragliche Umsetzungspflicht nicht erfüllt zu haben.<sup>122</sup> Föderale und demokratische Erwägungen könnten unterstützend angeführt werden: die Sicherung der gemeinschaftsweiten Rechtseinheit und der Schutz einer von allen Völkern der EU-Staaten demokratisch legitimierten Richtlinie gegenüber Versuchen einzelner nationaler Gesetzgeber, sie durch Untätigkeit ihrer Wirkung zu berauben.

Einen zweiten Reparaturmechanismus hat der Gerichtshof in der möglichst richtlinienkonformen Interpretation des gesamten nationalen Rechts gefunden. Dazu hält er alle Träger der öffentlichen Gewalt in den Mitgliedstaaten, insbesondere aber deren Gerichte für verpflichtet. Als Grundlage zieht der EuGH zum ei-

<sup>117</sup> Art. 34 Abs. 2 S. 2 Buchst. b EUV.

<sup>118</sup> Art. 249 Abs. 3 EGV.

<sup>119</sup> Vgl. von Bogdandy/Bast/Arndt, Handlungsformen im Unionsrecht, ZaöRV 62 (2002), 77 (109 ff.).

<sup>120</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein (Anm. 68), Rn. 99; Müller-Graff, Der "Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" im neuen Verfassungsvertrag für Europa, in: Europa und seine Verfassung. FS Zuleeg (2005), 605 (612). Anders von Bogdandy/Bast/Arndt (Anm. 119), 83. In Bezug auf die Völkerrechtsfähigkeit zeichnet sich eine neue Entwicklung ab (Thym, Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union, ZaöRV 66 (2006), 863 ff. Vgl. zukünftig Art. I-7 VVE.

<sup>121</sup> St. Rspr. seit EuGH, Slg. 1970, 825 (Rs. 9/70 – *Leberpfennig*). Vgl. auch BVerfGE 75, 223 (234 ff.).

<sup>122</sup> Vgl. z.B. EuGH, Slg. 1979, 1629 Rn. 21 f. (Rs. 148/78 – *Ratti*).

nen die nach Art. 249 Abs. 3 EGV verbindliche Zieldefinition der Richtlinie, zum anderen die in Art. 10 EGV verankerte Gemeinschaftstreue heran.<sup>123</sup> Durch die extensive Auslegung dieser beiden Vertragsbestimmungen versucht er, der föderalen, demokratischen und rechtsstaatlichen Struktur der EU-Verfassung möglichst gut gerecht zu werden.

Einen dritten subsidiären Reparaturmechanismus, der nur eingreift, wenn die beiden vorgenannten versagen, hat der EuGH durch die Herausbildung eines individuellen Staatshaftungsanspruchs entwickelt: Ein Mitgliedstaat, der die rechtzeitige Umsetzung einer Richtlinie versäumt hat, ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die Richtlinie die Verleihung von Rechten an Einzelne zum Ziel hat, die ihrem Inhalt nach bestimmt werden können, und wenn ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichtumsetzung und dem Schadenseintritt bei einem Einzelnen besteht.<sup>124</sup> Diesen Rechtsfortbildungsschritt stützte der EuGH auf das Wesen der mit dem EG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen seien. Die nationalen Gerichte müssten die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sichern und die von ihm verliehenen Individualrechte schützen. Effektivität und Individualrechtsschutz wären gemindert, hätten Einzelne nicht die Möglichkeit, bei Verletzung ihrer Rechte Entschädigung zu erlangen. Das sind rechtsstaatliche Gründe, die der EuGH jedoch ergänzt durch eine auf die Gemeinschaftstreuenorm des Art. 10 EGV gestützte föderale Erwägung: Zu den von den Mitgliedstaaten geschuldeten Verpflichtungen gehöre es auch, die rechtswidrigen Folgen eines Gemeinschaftsrechtsverstößes zu beheben.

Die einzige im EG-Vertrag ausdrücklich vorgesehene Sanktionskategorie bei Nichtumsetzung von Richtlinien – das von der Kommission gegen den säumigen Mitgliedstaat einzuleitende Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV – ist zwar rechtsstaatlich-theoretisch<sup>125</sup> und praktisch sehr bedeutsam,<sup>126</sup> steht jedoch nicht im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses.

## b) Übertragbarkeit auf Rahmenbeschlüsse? – Rs. *Pupino*

Kann auf die vorgenannten vier Reparaturmechanismen zurückgegriffen werden, wenn ein Rahmenbeschluss nicht ordnungsgemäß ins nationale Recht umgesetzt wird? Dies würde im Einklang mit dem Optimierungsgebot die dritte Säule der ersten annähern.

<sup>123</sup> St. Rspr.; vgl. nur EuGH, Slg. 1984, 1891 Rn. 26 (Rs. 14/83 – *von Colson*); Slg. 1990, I-4135 Rn. 8 (Rs. C-106/89 – *Marleasing*); EuGH, Urt. v. 04.07.2006, NJW 2006, 2465 Rn. 108 ff. (Rs. C-212/04 – *Adeneler*).

<sup>124</sup> EuGH, Slg. 1991, I-5357 (verb. Rs. C-6/90 u.a. – *Francovich*).

<sup>125</sup> Als allgemeine Bundesaufsichtspflicht – Giegerich (Anm. 15, Europäische Verfassung), 1003 ff.

<sup>126</sup> Vgl. die Verurteilung Deutschlands wegen Nichtumsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien: EuGH, Urt. v. 28.04.2005 (Rs. C-329/04); Urt. v. 23.02.2006 (Rs. C-43/05).

Ein Vertragsverletzungsverfahren entsprechend Art. 226 EGV ist in Art. 35 EUV für die dritte Säule nicht vorgesehen und kommt daher nicht in Frage.<sup>127</sup> Die unmittelbare Anwendbarkeit von Rahmenbeschlüssen schließt Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV eindeutig aus.<sup>128</sup> Besteht aber wenigstens eine Pflicht der mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts, soweit dies irgend möglich ist? Eine solche hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Pupino* angenommen.<sup>129</sup> Zur Begründung stützt er sich in erster Linie auf den zwingenden Charakter der Zielvorgaben eines Rahmenbeschlusses, den Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV mit den gleichen Worten zum Ausdruck bringt wie Art. 249 Abs. 3 EGV in Bezug auf Richtlinien.<sup>130</sup> Da die rahmenbeschlusskonforme Auslegung des nationalen Rechts der effektiven Verwirklichung rechtsverbindlicher Vorgaben des Unionsrechts dient, rekurriert der Gerichtshof der Sache nach auf die machtbe gründende Dimension des Rechtsstaatsprinzips.

Unterstützend verweist der EuGH auf seine Vorabentscheidungszuständigkeit für die Auslegung von Rahmenbeschlüssen, die weitgehend leer liefen, wenn die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet wären.<sup>131</sup> Zwar könnten Fragen zur Auslegung des Unionsrechts auch dadurch entscheidungserheblich werden und Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte erforderlich machen, dass das nationale (Verfassungs-) Recht eine Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung statuiert.<sup>132</sup> Es entspricht jedoch nicht den föderalen, demokratischen und rechtsstaatlichen Grundprinzipien der EU-Verfassung, ihre eigene Durchsetzungsfähigkeit vom nationalen Recht abhängig zu machen. Dies wäre mit den Funktionsgesetzhlichkeiten der europäischen Einigung unvereinbar. Wenn Art. 35 Abs. 2 EUV schon die Vorabentscheidungszuständigkeit des EuGH ausnahmsweise an eine gesonderte Unterwerfungserklärung der Mitgliedstaaten bindet, darf diese Ausnahme nicht dadurch erweitert werden, dass man die Erforderlichkeit von Vorabentscheidungsersuchen ihrerseits von einer Anordnung des nationalen Rechts abhängig macht. Im Übrigen würde eine bloß nationalrechtlich verankerte Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung nicht unbedingt Vorrang vor den anderen Auslegungsmethoden des nationalen Rechts beanspruchen.<sup>133</sup>

Die föderale Struktur der EU-Verfassung bringt der EuGH in seiner Begründung in doppelter Weise ins Spiel. Zunächst unterstreicht er, dass die verfassungs-

---

<sup>127</sup> Art. 46 Buchst. b EUV.

<sup>128</sup> "Sie sind nicht unmittelbar wirksam ..."/"They shall not entail direct effect ..."/"Elles ne peuvent entraîner d'effet direct ...".

<sup>129</sup> EuGH, Slg. 2005, I-5285 (Rs. C-105/03 – *Pupino*). Während die zunächst verbreitete deutsche Fassung der Urteilsgründe noch von "gemeinschaftsrechtskonformer" Auslegung des nationalen Rechts sprach (vgl. z.B. EuZW 2005, 433), heißt es nunmehr zutreffend "rahmenbeschlusskonforme" bzw. "konforme" Auslegung (Rn. 34, 43, 47).

<sup>130</sup> *Ibid.*, Rn. 33 f.

<sup>131</sup> *Ibid.*, Rn. 38.

<sup>132</sup> So zu Recht Hillgruber (Anm. 12), 841 (843).

<sup>133</sup> S.u. VI. 2 a.E.

gebende Gewalt der EU durch die Bereitstellung von Rechtsinstrumenten mit analogen Wirkungen wie im EG-Vertrag einen effektiven Beitrag zur Verfolgung der Unionsziele und damit zur immer engeren Union der Völker Europas leisten wollte.<sup>134</sup> Außerdem weist er den Einwand zurück, der EU-Vertrag enthalte kein Äquivalent zu Art. 10 EGV, auf den die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts maßgeblich gestützt wird. Im Gegenteil erkennt der EuGH auch im EU-Vertrag und insbesondere in seiner mit "Zusammenarbeit" überschriebenen dritten Säule einen ungeschriebenen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, ohne den die Union ihre in Art. 1 Abs. 2 und 3 EUV festgelegte Aufgabe nicht erfüllen könnte.<sup>135</sup>

Weder der EuGH noch die Generalanwältin setzen sich näher mit dem Einwand auseinander, Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV schließe mit der "unmittelbaren Wirksamkeit" auch eine EU-verfassungsrechtliche Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts aus.<sup>136</sup> Denn diese führt in der Tat zu einer minderen Form unmittelbarer Wirkungen in Form einer unmittelbaren Inpflichtnahme der nationalen Entscheider für eine bestimmte Auslegungsmethode. Vielmehr geht die Generalanwältin<sup>137</sup> und offenbar auch der Gerichtshof ohne Weiteres davon aus, der im letzten Satzteil des Buchst. b formulierte "Vorbehalt" richte sich nur gegen die "unmittelbare Anwendbarkeit",<sup>138</sup> also dagegen, dass eine nationale Entscheidung direkt und ohne Umweg über eine nationale Rechtsvorschrift auf eine Bestimmung des Rahmenbeschlusses gestützt wird.

Nur diese mit dem möglichen Wortsinn vereinbare restriktive Interpretation des "Vorbehalts" wird dem Optimierungsgebot der EU-Verfassung in Bezug auf ihr rechtsstaatliches und föderales Strukturprinzip gerecht. Mit der Befürwortung einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung hat der EuGH die dritte Säule der ersten strukturell so weit angenähert, wie es angesichts des Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV möglich war. Diese Bestimmung steht mit dem Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit von Rahmenbeschlüssen in einem Spannungsverhältnis mit den eigenen strukturellen Grundentscheidungen des EU-Verfassungsgebers und verdient daher eine möglichst enge Interpretation. Dies gilt umso mehr, als die Kommission in der dritten Säule keine Rechtsaufsichtsfunktion über die ordnungsgemäße Umsetzung von Rahmenbeschlüssen ausübt.

<sup>134</sup> EuGH (Anm. 129), Rn. 36 (der EuGH spricht statt von "verfassungsgebender Gewalt der EU" von den Verfassern des Vertrages über die EU).

<sup>135</sup> *Ibid.*, Rn. 39 ff. Die Generalanwältin spricht zu Recht von einer loyalen und rechtstreuen Zusammenarbeit (Rn. 26 der Schlussanträge, Slg. 2005, I-5295).

<sup>136</sup> So Hillgruber (Anm. 12), 842. Vgl. BVerfGE 113, 273 (300), wo der Senat in einem *obiter dictum* in Kenntnis der *Pupino*-Entscheidung, aber ohne diese zu zitieren, ausführt, ein Rahmenbeschluss bleibe für seine "innerstaatliche Gültigkeit" auf seine Umsetzung in nationales Recht angewiesen. Demgegenüber beruft sich der Richter Gerhardt in seiner abweichenden Meinung mehrfach auf die *Pupino*-Entscheidung (*ibid.*, 339 ff.).

<sup>137</sup> Rn. 28 ihrer Schlussanträge (Slg. 2005, I-5296).

<sup>138</sup> Im Englischen benutzt man zumeist den Begriff "*direct effect*", im Französischen "*effet direct*", also die in den entsprechenden Sprachfassungen des Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV verwendeten Begriffe.

### 3. Grundrechtsschutz gegen Rahmenbeschlüsse

Noch einen weiteren Schritt zur Annäherung der dritten an die erste Säule hat der EuGH in der *Pupino*-Entscheidung vollzogen und damit zugleich die Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung qualifiziert: Die Grundrechte der EU (Art. 6 Abs. 2 EUV) binden in der dritten ebenso wie in der ersten Säule nicht nur die europäischen Organe, sondern auch die Mitgliedstaaten insoweit, als diese europäisches Recht ausführen.<sup>139</sup> Deshalb müssen sie schon den Rahmenbeschluss im Einklang mit diesen vorrangigen Grundrechten interpretieren, bevor sie zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts schreiten. Wichtig sind dabei in erster Linie die Bestimmungen der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR.<sup>140</sup> Die Charta der Grundrechte der EU zieht der EuGH inzwischen selbstverständlich als Beleg für den Inhalt ungeschriebener Grundrechte der EU heran.<sup>141</sup>

Vom EuGH überwachte EU-weit einheitliche grundrechtliche Mindeststandards sorgen daher dafür, dass das Rechtsstaatsprinzip auch in der dritten Säule in seiner machtbegrenzenden Funktion nicht weniger als in seiner machtbegründenden Funktion zur Geltung kommt. Angesichts dessen ist es umso bedauerlicher, dass der gerade gegründeten EU-Agentur für Grundrechte keine Zuständigkeit in der dritten Säule gegeben wurde, obwohl es gerade dort zu intensiven Grundrechtseingriffen kommen kann.<sup>142</sup>

Ungeklärt ist noch, ob das Bundesverfassungsgericht sich zur Erstreckung seiner *Solange II*-Rechtsprechung<sup>143</sup> auf die dritte Säule bereit findet: Wird es anerkennen, dass die EU auch dort einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz generell gewährleistet (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG)? Wird es deshalb darauf verzichten, deutsche Umsetzungsakte auch insoweit in jedem Einzelfall an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen, als sie durch einen Rahmenbeschluss vollständig determiniert sind?<sup>144</sup> Oder wird es umgekehrt der Sache nach Rahmenbeschlüsse der Herrschaft des deutschen Grundrechtskatalogs unterwerfen? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Europäischen Haftbefehl erlaubt keine klare Antwort, denn es hat das deutsche Umsetzungsrecht für

<sup>139</sup> Egger, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte in der III. Säule, EuZW 2005, 652 ff. Vgl. Art. 51 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta.

<sup>140</sup> EuGH (Anm. 129), Rn. 60.

<sup>141</sup> EuGH (Anm. 101), Rn. 46 (betr. Grundrechtskontrolle des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl). Vgl. bereits EuGH, Urt. v. 27.06.2006 (Rs. C-540/03 – *Familienzusammenführung*), Rn. 38.

<sup>142</sup> Art. 3 und Begründungserwägungen 8 und 32 der Verordnung (EG) Nr. 168/2007 vom 15.02.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (ABl. Nr. L 53/1).

<sup>143</sup> BVerfGE 73, 339 (376); 102, 147 (161 ff.); BVerfG (Kammer), NVwZ 2004, 1346 f.

<sup>144</sup> Dafür Masing, Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, 264 ff. Dagegen Baddenhausen/Pietsch, Rahmenbeschlüsse der EU, DVBl. 2005, 1562 (1564 f.).

nichtig erklärt, weil dieses die vom Rahmenbeschluss belassenen Regelungsspielräume nicht genutzt hatte.<sup>145</sup>

Im Ergebnis ist der EuGH auch im *Pupino*-Fall seiner Optimierungsaufgabe gerecht geworden, ohne seine Kompetenzen zu überschreiten.<sup>146</sup>

## VI. Zukünftige richterrechtliche Annäherungen der dritten an die erste Säule

In welcher Weise kann der EuGH seine Auslegungs- und Fortbildungskompetenz zukünftig nutzen, um die dritte Säule durch weitere Annäherungen an die erste Säule zu optimieren?

### 1. Übertragung des *Pupino*-Ansatzes auf Beschlüsse und Abkommen in der dritten Säule

Eine Übertragung des *Pupino*-Ansatzes auf Beschlüsse nach Art. 34 Abs. 2 Buchst. c EUV,<sup>147</sup> die ebenfalls für verbindlich, aber nicht unmittelbar wirksam erklärt werden, drängt sich geradezu auf: Der EuGH kann und wird die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte daher verpflichten, ihr gesamtes nationales Recht nach Möglichkeit im Einklang mit solchen Beschlüssen auszulegen, und darüber hinaus auch im Einklang mit dem Unionsprimärrecht der dritten Säule, insbesondere den Grundrechten.

In Bezug auf die in Art. 34 Abs. 2 Buchst. d EUV vorgesehenen Abkommen lässt der Vertragstext dem EuGH sogar die Möglichkeit, nicht nur eine abkommenskonforme Auslegung des nationalen Rechts zu verlangen, sondern unbedingte und eindeutige Bestimmungen solcher Abkommen im Interesse ihrer effektiven Durchsetzung für unmittelbar anwendbar zu erklären.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> BVerfGE 113, 273 (306 ff.). *Klink/Proelß*, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte bei Umsetzungsakten von Rahmenbeschlüssen der EU, DÖV 2006, 469 ff.

<sup>146</sup> *Hillgruber* (Anm. 12) meint, die *Pupino*-Entscheidung trage zur EU-Verdrossenheit bei. Das mag für Europaskeptiker zutreffen; Europaphile wären verdrossen gewesen, hätte der EuGH durch eine gegenteilige Entscheidung die Effektivität von Rahmenbeschlüssen gefährdet, und Indifferente wären für eine EU-Verfassung nicht zu gewinnen, die toter Buchstabe bliebe.

<sup>147</sup> Z.B. den Beschluss des Rates (2002/187/JI) v. 28.02.2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (ABl. Nr. L 63/1). Vgl. *Esser/Herbold*, Neue Wege für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen – Das Eurojust-Gesetz, NJW 2004, 2421 ff.

<sup>148</sup> Die unmittelbare Anwendbarkeit von innerhalb der ersten Säule nach Art. 293 EGV abgeschlossenen Verträgen ist bisher nicht geklärt.

## 2. Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht?

Könnte der Gerichtshof auch einen Vorrang des primären und sekundären EU-Rechts vor dem nationalen Recht feststellen, wie er dies vor Jahrzehnten für das EG-Recht getan hat?<sup>149</sup> Ein solcher Vorrang dient der effektiven Durchsetzung des föderalen Rechts im Mehrebenensystem. Mit seiner Anerkennung würde der EuGH einen wichtigen Beitrag leisten zur Wahrung des föderalen Gleichgewichts zwischen EU und Mitgliedstaaten sowie zur Verwirklichung der macht begründenden Dimensionen des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips, kurz: zur Optimierung der Prinzipientrias, auf der die EU-Verfassung beruht.

Implizit hat der EuGH den Vorrang des Unionssekundärrechts bejaht, als er eine Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts anerkannte, denn eine solche Konformitätspflicht ist nur in Bezug auf höherrangiges Recht vorstellbar.<sup>150</sup> Direkt stellt sich die Vorrangfrage nur bei einem Konflikt zweier Normen im Einzelfall; sie setzt daher die unmittelbare Anwendbarkeit der kollidierenden Norm des EU-Rechts logisch voraus. Mangels Bestimmtheit sind die Vertragsvorschriften der dritten Säule dafür ungeeignet, während die unmittelbare Anwendbarkeit von Rahmenbeschlüssen und Beschlüssen als wichtigste Formen unionsrechtlicher Sekundärrechtsakte durch das Unionsprimärrecht ausdrücklich ausgeschlossen wird.

In indirekter Weise kann sich die Vorrangfrage jedoch auch in Bezug auf das Unionsrecht der dritten Säule stellen. Dies gilt zunächst für das Rangverhältnis der Interpretationsmethoden: Die EU-verfassungsrechtliche Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des gesamten Rechts der Mitgliedstaaten beansprucht Vorrang vor allen Interpretationsmethoden des nationalen Rechts,<sup>151</sup> die im Einzelfall zu abweichenden Auslegungsergebnissen führen.<sup>152</sup> Weiterhin kommt die Vorrangfrage ins Spiel, wenn eine nationale Gesetzesvorschrift zur Umsetzung z.B. eines Rahmenbeschlusses an der nationalen Verfassung gemessen werden soll, obwohl diese Vorschrift durch den Rahmenbeschluss vollständig und ohne jeden Umsetzungsspielraum determiniert wird.<sup>153</sup> Es besteht kein ernsthafter Zweifel, dass der EuGH hier einen Vorrang des Rahmenbeschlusses vor dem nationalen Verfassungsrecht annehmen würde.

---

<sup>149</sup> S.o. Anm. 81.

<sup>150</sup> Dies gilt auch für die völkerrechtskonforme Auslegung, da Völkerrecht im Außenverhältnis des betr. Staates insofern Vorrang vor seinem nationalen Recht genießt, als Verstöße gegen völkerrechtliche Verpflichtungen nicht unter Hinweis auf abweichende nationale Bestimmungen gerechtfertigt werden können (vgl. Art. 27, 46 WKRV; Art. 3, 32 der Artikel über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen vom 12.12.2001 [Anlage zur Resolution 56/83 der UN-Generalversammlung]).

<sup>151</sup> Z.B. vor der verfassungskonformen Auslegung im deutschen Recht.

<sup>152</sup> Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin im Fall *Pupino*, Rn. 37 (Slg. 2005, I-5298).

<sup>153</sup> Masing (Anm. 144).

### 3. Haftungsansprüche gegen EU und Mitgliedstaaten?

Könnte der EuGH die Rechtsstaatlichkeit durch Anerkennung einer Amtshaftung der EU auch außerhalb der ersten Säule stärken? Eine solche scheitert daran, dass die EU keine eigenständige Rechtsperson ist. Im Einklang damit sind Art. 235 und 288 Abs. 2 EGV in der zweiten und dritten Säule nicht anwendbar.<sup>154</sup> Rechnet man die EU-Maßnahmen angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses den Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit zu, wäre aber an ihre gesamtschuldnerische Haftung auf der Grundlage eines ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes der EU-Verfassung zu denken. Darüber hinaus scheint in Analogie zur *Francovich*-Rechtsprechung des EuGH<sup>155</sup> auch eine Haftung eines einzelnen Mitgliedstaats für Schäden vorstellbar, die er unter Verstoß gegen Unionsrecht verursacht hat. Zur Entscheidung über derartige Ansprüche wären die nationalen Gerichte berufen. Diese Überlegungen werden aber deshalb weitgehend theoretisch bleiben, weil in beiden Fällen ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine Rechtsnorm vorausgesetzt wird, die dem Einzelnen Rechte verleihen soll.<sup>156</sup> Normen dieser Art werden in der zweiten und dritten Säule kaum zu finden sein.<sup>157</sup>

### 4. Stärkung der Positionen von Europäischem Parlament und EuGH

#### a) Nichtigkeitsklage des Parlaments zur Durchsetzung seines Anhörungsrechts (Art. 35 Abs. 6 EUV)?

Zur Behebung demokratischer und rechtsstaatlicher Defizite in der zweiten und dritten Säule wäre eine Stärkung des Europäischen Parlaments und des EuGH besonders wichtig. Für die zweite Säule ist der Gerichtshof nicht zuständig, in der dritten Säule kann er aber dem Parlament und sich selbst in gewissem Umfang helfen: Auf keinen Fall darf der Rat das dort ohnehin zu schwache Anhörungsrecht des Europäischen Parlaments folgenlos überspielen können. Art. 35 Abs. 6 EUV behält jedoch die Nichtigkeitsklage gegen Rahmenbeschlüsse und sonstige Beschlüsse den Mitgliedstaaten und der Kommission vor, so dass sich das Parlament dem Wortlaut der EU-Verfassung nach gegen Verletzungen seines Anhörungsrechts nicht zur Wehr setzen kann. Ich zweifle keine Sekunde daran, dass der Gerichtshof dieses Defizit durch eine im Lichte des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips geradezu zwingende Rechtsfortbildung beheben wird: Er wird dem Parlament mit denselben Erwägungen die Parteifähigkeit im Nichtigkeitsklageverfahren

<sup>154</sup> Art. 28 Abs. 1, 41 Abs. 1 EUV. EuGH, Urteile v. 27.02.2007 (Rs. C-354/04 P [*Gestoras Pro Amnistia*]; 355/04 P [*Segi*]), Rn. 44 ff.

<sup>155</sup> S.o. Anm. 124.

<sup>156</sup> St. Rspr. des EuGH seit *Brasserie du pêcheur* (Anm. 87).

<sup>157</sup> Satzger, in: Streinz (Anm. 11), Art. 34 EUV Rn. 9; Wasmeier, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Art. 34 EUV Rn. 13 (6. Aufl. 2003). Offener dagegen von Unger, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, NVwZ 2006, 46 (49).

ren der dritten Säule zuerkennen, mit denen er 1990 das entsprechende Defizit in Art. 173 des EWG-Vertrags beseitigt hat.<sup>158</sup>

Der EuGH wird in Art. 35 Abs. 6 EUV, der die alte Fassung des Art. 173 Abs. 2 EWG-Vertrag aufgreift, keine bewusste Entscheidung des EU-Verfassungsgebers gegen die Übertragung seiner *Tschernobyl I*-Entscheidung von 1990 auf die dritte Säule erkennen. Denn es kann nicht unterstellt werden, dass sich der EU-Verfassungsgeber zu den von ihm selbst der EU ausdrücklich vorgegebenen Prinzipien der Demokratie- und Rechtsstaatlichkeit an einer wichtigen Stelle implizit in einen so eklatanten Widerspruch setzen wollte. Würde Art. 35 Abs. 6 EUV eine Klagemöglichkeit des Europäischen Parlaments gegen eine Verletzung seiner Beteiligungsrechte ausdrücklich ausschließen, wäre über das Problem verfassungswidrigen Verfassungsrechts auf EU-Ebene nachzudenken.<sup>159</sup>

#### **b) Widerruf der mitgliedstaatlichen Anerkennung der Vorabentscheidungszuständigkeit des EuGH (Art. 35 Abs. 2 EUV)?**

In Bezug auf den Status des EuGH selbst stellt sich die Frage, ob ein Mitgliedstaat seine Erklärung nach Art. 35 Abs. 2 EUV, mit der er die Vorabentscheidungszuständigkeit des Gerichtshofs anerkannt hat, später wieder zurücknehmen kann. Im Interesse der Rechtsstaatlichkeit und der föderalen Kooperation zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH müssen diese Unterwerfungserklärungen unwiderruflich sein.<sup>160</sup> Sonst könnten Mitgliedstaaten den Gerichtshof für unliebsame Entscheidungen gewissermaßen abstrafen, was geeignet wäre, seine Unabhängigkeit zu beeinträchtigen. Ob die Unwiderruflichkeit durchsetzbar ist, hängt in erster Linie vom Mut der nationalen Gerichte ab, sich über den Widerruf der eigenen Regierung hinwegzusetzen und dem EuGH weiterhin Vorlagen zu unterbreiten, in zweiter Linie vom Mut des EuGH, diese Vorlagen sachlich zu bescheiden.

### **VII. Ausblick auf den Vertrag über eine Verfassung für Europa von 2004**

Der Vertrag über eine Verfassung für Europa,<sup>161</sup> dessen Inkrafttreten derzeit unklar ist,<sup>162</sup> wird die Dreisäulenarchitektur aufgeben und EG und EU zu einer ein-

<sup>158</sup> EuGH, Slg. 1990, I-2041 (Rs. 70/88 – *Tschernobyl I*). Anders Suhr, in: Callies/Ruffert (Anm. 19), Art. 35 EUV Rn. 14 m.w.N.

<sup>159</sup> Vgl. zur entsprechenden Problematik in Deutschland BVerfGE 3, 225 (232 f.).

<sup>160</sup> R ö b e n, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Art. 35 EUV Rn. 10, (2006); Suhr (Anm. 158), Rn. 10; Wasmeier (Anm. 157), Art. 35 EUV Rn. 9. Anders Hillgruber (Anm. 12), 844; Pechstein (Anm. 99), Rn. 866; ders. (Anm. 98), Rn. 3.

<sup>161</sup> Vom 29.10.2004 (ABl. Nr. C 310).

heitlichen Europäischen Union mit eigener Rechtspersönlichkeit verschmelzen. Ungeachtet dessen werden die Materien der bisherigen GASP auch weiterhin im Wege der intergouvernementalen Zusammenarbeit durch den in der Regel einstimmig beschließenden (Europäischen) Rat unter nur schwacher Beteiligung des Europäischen Parlaments behandelt; der EuGH bleibt weitestgehend ausgeschlossen.<sup>163</sup>

Demgegenüber erweitert der Verfassungsvertrag nicht nur die Materien der bisherigen dritten Säule thematisch erheblich, sondern unterwirft sie durch Eingliederung in das Kapitel "Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" weitgehend den Grundsätzen der supranationalen Integration:<sup>164</sup> Gesetzgebungsakte werden in der Regel im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit des Rates unter Mitentscheidung des Europäischen Parlaments erlassen.<sup>165</sup> In bestimmten besonders "souveränitätsrelevanten" Bereichen bedarf es aber weiterhin eines einstimmigen Ratsbeschlusses nach bloßer Anhörung des Parlaments.<sup>166</sup> Teilweise kann ein Ratsmitglied die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und Überweisung eines Gesetzgebungsakts an den im Konsens entscheidenden Europäischen Rat verlangen.<sup>167</sup> Art. IV-444 VVE sieht ein vereinfachtes Verfassungsänderungsverfahren vor, um auch diese Bereiche in das ordentliche Gesetzgebungsverfahren überzuleiten.

Die Zuständigkeit des EuGH erstreckt sich ohne Einschränkung auf alle Materien des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, doch bleibt ihm weiterhin die Überprüfung der Gültigkeit oder Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats sowie der Wahrnehmung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder den Schutz der inneren Sicherheit vorenthalten.<sup>168</sup> Schließlich ordnet Art. I-6 VVE den Vorrang des gesamten Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten an.<sup>169</sup>

Der Verfassungsvertrag würde demnach einen erheblichen Zugewinn an föderaler, demokratischer und rechtsstaatlicher Substanz bringen. Vor diesem Hintergrund kann die begrenzte Annäherung der dritten an die erste Säule durch Richter-

<sup>162</sup> Nach Ziff. III der Berliner Erklärung (Anm. 41) wollen die Staats- und Regierungschefs die EU bis zu den Wahlen zum Europäischen Parlament 2009 auf eine erneuerte gemeinsame Grundlage stellen. Der VVE wird nicht erwähnt.

<sup>163</sup> Art. I-40, I-41, III-292 ff., III-376 VVE.

<sup>164</sup> Art. I-42, III-257 ff. VVE.

<sup>165</sup> Vgl. Art. III-396 VVE als Nachfolgevorschrift zu Art. 251 EGV.

<sup>166</sup> Art. III-269 Abs. 3 (Familienrecht), III-275 Abs. 3 (operative Zusammenarbeit der Polizeibehörden), III-277 (Tätigwerden nationaler Justiz- und Polizeibehörden im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats) VVE. Nach Art. III-274 VVE (Einsetzung einer Europäischen Staatsanwaltschaft) bedarf der einstimmig beschließende Rat der Zustimmung des Europäischen Parlaments.

<sup>167</sup> Art. III-270 Abs. 3 und 4, III-271 Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. I-21 Abs. 4 VVE.

<sup>168</sup> Art. III-377 VVE.

<sup>169</sup> Gemeint ist damit der Anwendungsvorrang im Sinne der bisherigen EuGH-Rechtsprechung (vgl. die entsprechende Erklärung der Regierungskonferenz).

recht zum Bestandteil eines "Planes B" werden:<sup>170</sup> Sollte sich die Inkraftsetzung des gesamten Verfassungsvertrags endgültig als unmöglich erweisen, müssen die dort geregelten Fortschritte bei den Strukturprinzipien Föderalismus, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit auf anderen Wegen bestmöglich in die geltende EU-Verfassung überführt werden. Einer dieser Wege besteht in der verfassungsstrukturkonformen Auslegung und Fortbildung der derzeitigen EU-Verfassung durch den EuGH.

## VIII. Ergebnisse in Thesen

1. Die Dreisäulenarchitektur der EU aus EG, Gemeinsamer Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und Polizeilicher und Justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) (Art. 1 Abs. 3 EUV) stellt einen politischen Kompromiss dar zwischen dem Zwang, die Problemlösungskapazitäten der europäischen Klein- und Mittelmächte zu bündeln, und ihren traditionellen Vorstellungen vom souveränen Nationalstaat.

2. Die drei Säulen haben unterschiedliche Baugesetze: Die EG ist als supranationale Integrationsgemeinschaft organisiert, d.h. als bundesstaatsähnlicher Hoheitsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigenen Organen, die vergemeinschaftete Kompetenzen nach der so genannten Gemeinschaftsmethode ausüben. Demgegenüber werden die Organe der EG in der außenpolitischen zweiten und der innenpolitischen dritten Säule für eine intergouvernementale Kooperation in völkerrechtsähnlichen Formen in Anspruch genommen.

3. Das in der zweiten und dritten Säule geltende primäre und sekundäre Unionsrecht bildet ein durch seine Gemeinschaftsnähe modifiziertes Völkerrecht im Übergang zum Gemeinschaftsrecht.

4. Die EU besitzt bereits heute eine aus unterschiedlichen Elementen zusammengesetzte föderale Verfassung in Vertragsform mit *sui generis*-Charakter. Von ihren Elementen ist der EG-Vertrag einer bundesstaatlichen Verfassung strukturell am ähnlichsten geworden, erreicht jedoch weder eine bundesverfassungstypische thematische Breite noch Integrationsdichte.

5. Als föderale Fundamentalnorm legt Art. 6 Abs. 1 bis 3 EUV die Strukturprinzipien der EU-Verfassung mit Wirkung für alle drei Säulen in Form einer Trias von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus fest.

6. "Demokratie" hat zwei gegensätzliche Dimensionen: (a) eine machtbegrenzende (Herrschaft des Volkes); (b) eine machtbe gründende (Herrschaft des Volkes), nach der das Volk direkt oder über seine Vertreter Macht ausüben, d.h. politische Entscheidungen treffen soll. Solange es auf EU-Ebene noch kein sich seiner selbst politisch bewusstes europäisches Volk gibt, muss Demokratie dort als Herrschaft der Völker der in der EU zusammengeschlossenen Staaten verstanden

---

<sup>170</sup> Skeptisch Hobe, Zu den Wirkungen von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, Jura 2006, 859 (862); Adam, Die Wirkung von EU-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, EuZW 2005, 558 (560).

werden. Diese vor allem durch Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen zu effektivieren, ist ein demokratisches Anliegen.

7. Auch die Rechtsstaatlichkeit (Rechtsherrschaft – *rule of law*) hat eine macht-begründende (Rechtsherrschaft – *rule of law*) und eine machtbegrenzende Dimension (Rechtsherrschaft – *rule of law*). Auf mitgliedstaatlicher Ebene ist die Rechtsherrschaft längst selbstverständlich etabliert, während um die effektive Durchsetzung des EU-Rechts gerungen werden muss, solange die politische Macht bei den Mitgliedstaaten konzentriert bleibt. Demgegenüber ist die machtbegrenzende Dimension der Rechtsherrschaft für beide Ebenen gleichermaßen relevant.

8. Der EU-Föderalismus wird gekennzeichnet durch die Prinzipien der enumerativen Einzelermächtigung und Subsidiarität sowie die Pflicht von Union und Mitgliedstaaten zur loyalen Zusammenarbeit bei der Erreichung der Unionsziele. Daneben tritt die funktionale Gewaltenteilung zwischen der EU/EG und den Mitgliedstaaten. Sie führt zu einem “demokratischen Miteinander von Mitgliedstaaten und europäischen Institutionen” in einem polyzentrischen System.

9. Die herausragende Bedeutung der Strukturprinzipientrias führt in Verbindung mit der Dynamik des europäischen Integrationsprozesses zur Annahme eines Optimierungsgebots, das der EU-Verfassung immanent ist und Mitgliedstaaten wie EU-Organe verpflichtet: Die Verwirklichung der drei Verfassungsstrukturprinzipien muss, Schritt haltend mit den Integrationsfortschritten, stetig verbessert werden.

10. Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus bilden gleichermaßen das verfassungsstrukturelle Fundament aller drei Säulen, sind jedoch nur in der ersten Säule relativ gut verwirklicht. Zu demokratisch bedenklichen Legitimations- und Kontrolldefiziten in der zweiten und dritten Säule mangels Mitentscheidung des Europäischen Parlaments treten rechtsstaatlich schwer erträgliche Durchsetzungs- und Kontrolldefizite durch teilweise Ausschaltung des EuGH. Auch das Grundprinzip des europäischen Föderalismus – so viel Integration wie zur effektiven Aufgabenerfüllung nötig, so viel Bewahrung nationaler Souveränität wie möglich – wird durch die gegenwärtige Dreisäulenarchitektur missachtet.

11. Das Optimierungsgebot der EU-Verfassung im Hinblick auf Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus schließt daher den Auftrag ein, die zweite und dritte Säule der strukturell relativ vorbildlichen ersten Säule weitestmöglich anzunähern, um die drei Säulen am Ende ganz zu verschmelzen. Diese Verschmelzung setzt jedoch eine Verfassungsänderung und damit einen politischen Konsens unter den Mitgliedstaaten voraus (Art. 48, 42 EUV).

12. Eine Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht würde die funktionalen Grenzen der europäischen Gerichtsbarkeit eindeutig überschreiten. Dem EuGH als Verfassungsgericht der EU obliegt jedoch die Herstellung einer harmonischen EU-Architektur im Einklang mit der Strukturprinzipientrias.

13. Aufgabe des EuGH ist es demzufolge, das zur Verwirklichung der Verfassungsstrukturvorgaben Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Föderalismus verfas-

sungspolitisch Notwendige durch Auslegung und Fortbildung der Verfassung möglich zu machen, soweit dies ohne Überschreitung der funktionalen Grenzen der Rechtsprechung geschehen kann. Dazu gehört die möglichst weitgehende Annäherung der verfassungsstrukturell defizitären dritten Säule an die erste.

14. Der EuGH war bisher in Bezug auf die dritte Säule mit zwei Fallkonstellationen befasst: erstens mit Versuchen, die Regelung von Sachmaterien zwischen der ersten und der dritten Säule zu verschieben; zweitens damit, die effektive Umsetzung eines Rahmenbeschlusses ins nationale Recht zu sichern. In beiden Fällen ist er seiner Optimierungsaufgabe gerecht geworden, ohne seine Kompetenzen zu überschreiten.

15. Der Gerichtshof ist Verschiebungen von Sachmaterien zwischen den Säulen entschlossen entgegen getreten, gleichgültig welche davon begünstigt werden soll. Er verschmilzt die drei Säulen nicht, sondern achtet im Gegenteil auf ihre strikte Trennung voneinander, freilich auch darauf, dass der Besitzstand der ersten Säule gewahrt bleibt, wie es die EU-Verfassung selbst ausdrücklich anordnet (Art. 2, letzter Spiegelstrich, Art. 47 EUV).

16. Mit der Befürwortung einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts bei gleichzeitiger Beachtung der EU-Grundrechte hat der EuGH die dritte Säule der ersten strukturell so weit angenähert, wie es angesichts des Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV möglich war.

17. Zukünftige Annäherungen der dritten an die erste Säule durch den EuGH dürften bestehen in der Feststellung (a) des Vorrangs auch von EU-Recht vor nationalem Recht, (b) der Parteifähigkeit des Europäischen Parlaments im Nichtigkeitsklageverfahren (Art. 35 Abs. 6 EUV) und (c) der Unwiderruflichkeit von Erklärungen, mit denen Mitgliedstaaten die Vorabentscheidungszuständigkeit des EuGH anerkannt haben (Art. 35 Abs. 2 EUV).

18. Der Vertrag über eine Verfassung für Europa von 2004 würde einen erheblichen Zugewinn an föderaler, demokratischer und rechtsstaatlicher Substanz bringen. Sollte sein Inkrafttreten endgültig scheitern, könnte die begrenzte Annäherung der dritten an die erste Säule durch Richterrecht zum Bestandteil eines "Planes B" werden.

