

DER JUSTIZIELLE PLURALISMUS
DER EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSGEMEINSCHAFT:
„BABYLONISCHE GERICHTE“ ODER
„GERICHTE FÜR BABYLON“?

Von Maria Daniela Poli, Konstanz

**I. Der Begriff des konstitutionellen Dialogs
von Gerichten in Europa**

Der aktuelle Dialog der Gerichte, den *Anne Marie Slaughter* mit dem Ausdruck „a global community of Courts“¹ bezeichnet, hat gerade auf dem europäischen Kontinent und speziell für Verfassungsfragen immer weiter an Intensität zugenommen. Verantwortlich dafür sind vor allem die immer stärkere Rolle des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sowie der zunehmende Grundrechtspluralismus, der sich aus der Verstärkung des Grundrechtsschutzes auf den supranationalen und internationalen Ebenen entwickelt hat.² Aus diesen Gründen steht der konstitutionelle Dialog seit geraumer Zeit verstärkt im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses. Dennoch bleibt dieses „diskursive Ringen“³ zwischen den Entscheidungen des sogenannten „europäischen Verfassungsgerichtsverbands“⁴ kontrovers.

Das erste Problem liegt in der Bedeutung des justiziellen verfassungsrechtlichen Gesprächs an sich. Obwohl der „judicial dialogue in Europe“⁵ derzeit gerade(zu) *en vogue* ist und entsprechenden Raum im Schrifttum einnimmt,⁶

¹ *Anne-Marie Slaughter*, A Global Community of Courts, 44 Harv. Int'l L.J. (2003), S. 191.

² *Oliver Lepsius*, Grundrechtspluralismus in Europa, in: Johannes Masing u. a. (Hrsg.), Strukturfragen des Grundrechtsschutzes in Europa, Tübingen 2015, S. 45.

³ *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 (8).

⁴ *Voßkuhle*, ebd., S. 1. Vgl. auch: *ders.*, Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, EuConst 6 (2010), S. 175.

⁵ Urheber des Ausdrucks „Dialog zwischen Gerichten“ war Bruno Genevois, 1978: „À l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges.“ Vgl. *Jean-Marc Sauvé*, Préface, in: Robert Badinter u. a., Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris 2009, S. XXXIX (XLII).

⁶ *Ex multis* sollen hier einige Aufsätze ohne Anspruch auf Vollständigkeit genannt werden, die bereits im Titel auf den Dialog Bezug nehmen: *Francis G. Jacobs*, Judicial

gibt es auch viele kritische Stimmen. Sie beziehen sich nicht nur auf die richtige Terminologie, um das Phänomen zu beschreiben (einige Autoren bevorzugen das Wort „Konversationen“ / „conversations“, weil es im Gegensatz zu „Dialog“ betont, dass die Zahl der Akteure mehr als zwei und das Verhältnis oft informell und ohne ein bestimmtes Ziel ist),⁷ teilweise wird auch seine Existenz angezweifelt, da er nur ein Mythos sei.⁸ So hat *Jean Philippe Derozier* beispielsweise kürzlich angemerkt, dass „Analyse du strict point de vue du droit positif et de la science juridique, le dialogue des juges demeure alors soit un monologue et non un dialogue, soit un dialogue de sourds, entre deux

Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice, *Texas International Law Journal* (2003), S. 547; François Lichère/Laurence Potvin-Solis/Arnaud Raynouard (Hrsg.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles 2004; *Giulio Itzcovich*, L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella „guerra delle banane“, *Materiali per una storia della cultura giuridica* (2004), S. 385; *Aldo Sandulli*, La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti, in: Stefano Battini u. a. (Hrsg.), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Mailand 2008, S. 189; *Filippo Fontanelli/Giuseppe Martinico*, Alla ricerca della coerenza: le tecniche del „dialogo nascosto“ fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello, *Riv. trim. dir. pubbl.* (2008), S. 369; *Badinter* u. a. (Fn. 5); *Marta Cartabia*, Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously, *EuConst* 5 (2009), S. 5; *Giuseppe De Vergottini*, Il dialogo transazionale tra le Corti, Neapel 2010; *ders.*, Oltre il dialogo tra le Corti, Bologna 2010; *David S. Law/Wen-Chen Chang*, The Limits of Global Judicial Dialogue, *Washington Law Review* (2011), S. 523; *Tor-Inge Harbo*, Legal Integration Through Judicial Dialogue, in: Ole Kristian Fauchald/André Nollkaemper (Hrsg.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Oxford 2012, S. 167; *Giuseppe Martinico/Oreste Pollicino*, The Interaction Between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws, Cheltenham 2012; *Koen Lenaerts*, Human Rights Protection Through Judicial Dialogue between National Constitutional Courts and the European Court of Justice, in: André ALEN/Veronique Joosten/Riet Leysen/Willem Verrijdt (Hrsg.), *Libera e cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge u. a. 2013, S. 367; *Roberto Cosio/Raffaella Foglia* (Hrsg.), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Mailand 2013; *Séverine Menétrey/Burkhard Hess* (Hrsg.), *Les dialogues des juges en Europe*, Brüssel 2014; *Ioana Pelin Raducu*, Dialogue déferent des juges et protection des droits de l'homme, Brüssel 2014; *Maurizio Arcari/Louis Balmond* (Hrsg.), *Judicial Dialogue in the International Legal Order, Between Pluralism and Legal Certainty*, Neapel 2014; *Maya Hertig Randall*, Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa, *EuGRZ* 2014, S. 5; *Matteo Losana*, La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti, *Rivista AIC* 1 (2014); *Oreste Pollicino*, From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative Step of Italian Constitutional Court, *EuConst* 10 (2014), S. 143; *Antonina Baraggia*, La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: „epifanie“ di una unione dai tratti ancora indefiniti, *Rivista AIC* 2 (2015); *Aida Torres Pérez, Melloni* in Three Acts: From Dialogue to Monologue, *EuConst* 10 (2014), S. 308; *Piet Eeckhout*, Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?, *Fordham International Law Journal* 2015, S. 955; *Andrea Ridolfi*, Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti, *Rivista AIC* 3 (2016).

⁷ *Monica Claes* u. a., Introduction: On Constitutional Conversations, in: *dies.* (Hrsg.), *Constitutional Conversations in Europe*, Cambridge 2012, S. 1 (4).

⁸ In diesem Sinne *De Vergottini*, Oltre il dialogo tra le Corti (Fn. 6). Vgl. auch Lichère/Potvin-Solis/Raynouard (Fn. 6).

juges qui se parlent, mais ne sont pas en mesure de s'entendre. Le dialogue es péré est alors déformé, car il ne correspond plus ni à son objet (un échange reposant sur une entente cordiale entre juges) ni à son objectif (assurer une relation harmonieuse entre les systèmes normatifs).⁹ Obwohl manche Beschlüsse wie die erste Vorlage des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH über das OMT Programm¹⁰ oder kürzlich der Beschluss über die Identitätskontrolle¹¹ diesen Befund zu bestätigen scheinen, ist er nicht zutreffend. Die Zahl der Konflikte und Missverständnisse zwischen Gerichten entwertet nicht den Dialog, weil er sich oft gerade aus diesem erst entwickelt und letztlich auch gewinnbringend sein kann. Exemplarisch ist der „Krieg“ zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union und dem italienischen Verfassungsgericht über den Vorrang des Unionsrechts: Angefangen in den Sechzigerjahren mit dem Fall Costa gegen Enel¹², wurde er erst in den Achtzigerjahren mit dem berühmten Fall Granital¹³, in dem das italienische Verfassungsgericht (trotz der Zustimmung zur Theorie des Dualismus) dem Urteil Simmenthal des EuGH (1978)¹⁴ gefolgt ist, beendet. Ähnlich war es in Deutschland ungefähr im gleichen Zeitraum: Der 1974 mit dem Solange I Urteil¹⁵ aufgestellte „Schutzschild“ ist im Jahr 1986 mit dem Solange II Urteil¹⁶, das die EuGH Rechtsprechung im Grundrechtsschutz als ausreichend anerkannt hat, teilweise gefallen. Auch kann man nicht sagen, dass der ‚justizielle Dialog‘ kein rechtlicher Begriff sei. Erstens ist der dialogische Ansatz eine wesentliche Eigenart der Judikative,¹⁷ wie z. B. der Dialog im Spruchkörper der Kollegialgerichte mit den Großen Senaten (Sezioni riunite) und dem Ge

⁹ „Vom Gesichtspunkt des positiven Rechts und der Rechtswissenschaft aus bleibt der Dialog zwischen Richtern eher ein Monolog und wird kein Dialog; es ist ein Dialog der Tauben, zwischen zwei Richtern, die miteinander sprechen, aber nicht in der Lage sind, sich zu verstehen. Der erwartete Dialog ist dann deformiert, weil er weder dem Gegenstand (ein Austausch auf der Basis einer herzlichen Verständigung zwischen Richtern) noch dem Ziel (ein harmonisches Verhältnis zwischen den normativen Systemen zu gewährleisten) entspricht.“ (eigene Übersetzung). Vgl. *Jean-Philippe Derosier*, *Le dialogue des juges: de l'inexistence d'un concept pourtant éprouvé*, in: Menétrey/Hess (Fn. 6), S. 51 (55).

¹⁰ BVerfGE 134, 366.

¹¹ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – 2 BvR 2735/14, JZ 2016, S. 410, mit Anmerkungen von *Christoph Schönberger*, S. 422, und *Martin Nettesheim*, S. 424.

¹² Corte costituzionale, Entscheidung 7.03.1964, Nr. 14/1964, und EuGH, 15.07.1964 – 6/64.

¹³ Corte costituzionale, Entscheidung 8.06.1984, Nr. 170/1984.

¹⁴ EuGH, 09.03.1978 – 106/77.

¹⁵ BVerfGE 37, 271.

¹⁶ BVerfGE 73, 339.

¹⁷ Wie *Séverine Menétrey*, *Dialogues et communications entre juges: pour un pluralisme dialogal*, in: Menétrey/Hess (Fn. 6), S. 115 (116), schreibt: „Le droit – et particulièrement le droit pris dans sa dimension contentieuse – est essentiellement dialogique. L'échange contradictoire, la collégialité, le délibéré ou encore l'usage (historique ou géographique) de la jurisprudence sont consubstantiels à l'activité judiciaire.“

meinsamen Senat (Art. 95 Abs. 3 GG) oder zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeiten (z. B. Kassationsgerichtshof und Staatsrat in Italien und Frankreich) beweist. Er ist für das Verfassungsrecht besonders wichtig, weil die Richter wie *Piero Calamandrei* deutlich erklärt hat „Türöffner“ des verfassungsgerichtlichen Verfahrens („portieri del giudizio costituzionale“)¹⁸ sein können. Zweitens sollte der Umlauf konstitutioneller Ideen in den Mitgliedstaaten nicht vernachlässigt werden: Das deutsche „polyzentrische“ Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit,¹⁹ das eine konstante Konfrontation die besonders aktiv nach dem Honecker Beschluss²⁰ geworden ist zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den Landesverfassungsgerichten aufweist, ist eine wichtige Vergleichsgröße.²¹ Außerhalb Europas kann die US-amerikanische Erfahrung (insbesondere nach der Vorstellung der *New Judicial Federalism* Theorie von *William Brennan*, Richter am *Supreme Court*²²) als Beispiel dafür dienen, dass der justizielle konstitutionelle Austausch zwischen Gerichten nicht ein Produkt Europas ist. Der Dialog im Rahmen des Prozesses der europäischen Integration ist vielmehr außerhalb der nationalen Ordnungen geführt worden und ist auf unserem Kontinent stark verbreitet.²³ Folglich ist der Focus der Wissenschaft darauf gerichtet. Auch die Konflikte, in denen der Begriff des Dialogs angezweifelt wird, gibt es schon lange: Man denke nur an die Auseinandersetzung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof über die Fortdauer der

¹⁸ *Piero Calamandrei*, La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Padua 1950, S. XIV und S. 38.

¹⁹ *Maria Daniela Poli*, Bundesverfassungsgericht e Landesverfassungsgerichte: un modello „policentrico“ di giustizia costituzionale, Mailand 2012.

²⁰ BerlVerfGH, Beschluss vom 12. 1. 1993, VerfGH 55/92, NJW, 1993, S. 515. Hierzu *Christian Starck*, Der Honecker-Beschluß des Berliner VerfGH, JZ 1993, S. 231; *Dieter Wilke*, Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Einheit des Bundesrechts, NJW 1993, S. 887; *Christian Pestalozza*, Der „Honecker-Beschluß“ des Berliner Verfassungsgerichtshofs, NVwZ 1993, S. 340; *Jörg Berkemann*, Ein Landesverfassungsgericht als Revisionsgericht – Der Streitfall Honecker, NVwZ 1993, S. 409; *Richard Bartlspurger*, Einstellung des Strafverfahrens von Verfassung wegen, DVBl 1993, S. 333; *Dieter Meurer*, Der Verfassungsgerichtshof und das Strafverfahren, JR 1993, S. 89; *Philip Kunig*, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, NJW 1994, S. 687.

²¹ *Dian Schefold*, Convergenze e divergenze tra le Corti europee e le Corti tedesche in tema di interpretazione dei diritti fondamentali, in: Giancarlo Rolla (Hrsg.), Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni, Mailand 2010, S. 189; *Dian Schefold*, Constitutional Courts in Federated States and Entities, in: Alberto López Basaguren/Leire Escajedo San Epifanio (Hrsg.), The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain, Heidelberg 2013, S. 73. Siehe auch *Maria Daniela Poli*, I „vettori comunicativi“ del costituzionalismo tedesco: il dialogo sui diritti fondamentali tra Corte costituzionale federale e Corti costituzionali dei Länder, Dir. pubbl. comp. eur. 2013, S. 1069.

²² *William J. Brennan*, State Constitutions and the Protection of Individual Rights, Harvard Law Review 90 (1977), S. 489.

²³ *Menétrey* (Fn. 17), S. 116: „Les dialogues entre juges ne sont pas nouveaux, mais le processus d’intégration européenne a entraîné un décloisonnement systémique de ces dialogues et une diversification de leurs formes.“

Beamtenverhältnisse über das Jahr 1945 in Deutschland hinaus²⁴ oder an das „Gerangel“ um die interpretativen Urteile zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Kassationsgerichtshof in Italien.²⁵ Hinzu kommt, dass das positive Recht einige Formen des Dialogs ausdrücklich vorsieht: Hier seien auf nationaler Ebene die Vorlagen im Rahmen konkreter Normenkontrollverfahren in vielen europäischen Ländern (Italien, Deutschland, Österreich, etc.) und auf europäischer Ebene das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union genannt. Darüber hinaus wie *Dieter Grimm* deutlich hervorgehoben hat sind die Spannungen zwischen Gerichten in aktuellen Mehrebenen Konstitutionalismus „der Preis für die Abkehr von allen Hierarchisierungsversuchen, der sich nur bei Umwandlung der Europäischen Union in einen Bundestaat vermeiden ließe“²⁶.

Aus den oben genannten Gründen würde die Leugnung des justiziellen Dialogs eine Verkennung der Realität darstellen. Im Gegenteil sollte man ihn wie die Professorin und Richterin am italienischen Verfassungsgericht *Marta Cartabia* gefordert hat ernst nehmen.²⁷ Er ist in der Tat nicht nur eine empirische Tatsache, sondern ein wichtiges Instrument der Rechtschöpfung. Deshalb ist die Frage nicht, ob der Dialog existiert, sondern, ob er in der Lage ist, das Fehlen eines einheitlichen europäischen Prozessrechts und die Lückenhaftigkeit eines Instanzenzugs zwischen nationalen und europäischen Gerichtsbarkeiten zu ersetzen sowie diesen Teil der Rechtsprechungskonkurrenz, die sich nicht in einen „Lernverbund“²⁸ oder „in ein System von *judicial checks and balances*“²⁹ einzufügen scheint, zu kompensieren.

II. Tragweite und Modalitäten des aktuellen Dialogs

Wenn der Präsident des Bundesverfassungsgerichts Andreas Voßkuhle über den europäischen Verfassungsgerichtsverbund spricht, meint er da er das Rechtsprechungsdreieck zwischen Karlsruhe, Luxemburg und Straß

²⁴ BVerfGE 3, 58.

²⁵ Ein gutes Beispiel ist die Frage der Definition und des Ausmaßes des immateriellen Schadens. Nach langen „Querelen“ zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Kassationsgerichtshof hat das Verfassungsgericht im Urteil Nr. 233/2003 die Auslegung des Artikels 2059 Zivilgesetzbuch des Obersten Kassationsgerichtshofes übernommen.

²⁶ *Dieter Grimm*, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin 2009, S. 115.

²⁷ Vgl. *Marta Cartabia*, „Taking Dialogue Seriously“. *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 12/07, New York 2007; *dies.*, *Europe and Rights* (Fn. 6).

²⁸ *Franz Merli*, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, *VVDStRL* 66 (2007), S. 392 (418); *Voßkuhle* (Fn. 3), S. 8.

²⁹ *Hans-Georg Dederer*, *Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums*, *ZaöRV* 66 (2006), S. 575 (621); *Merli* (Fn. 28), S. 418.

burg als Teil dieses Verbunds versteht das Verhältnis zwischen den Gerichtshöfen auf europäischer Ebene (EuGH und EGMR) und den nationalen Verfassungsgerichten. Wenn die Letztgenannten die Hüter der Verfassungsidentität und gleichzeitig „Mittler“³⁰ oder „signalmen (manovratori di scambì)“³¹ besonders aufgrund ihrer stetigen Aufforderungen, konforme Auslegungen mit dem europäischen Recht und mit der EMRK zu liefern in dem Mehrebenensystem geworden sind, bezieht der konstitutionelle Dialog in Europa trotzdem nicht nur sie, sondern alle Gerichtsbarkeiten mit ein. Auch wenn der Großteil der EU Mitgliedstaaten (19 von 28) eine zentralisierte Verfassungsgerichtsbarkeit hat, gibt es auch dezentralisierte Systeme innerhalb der Europäischen Union (z. B. Dänemark und Finnland). Sehr interessant ist auch die niederländische Praxis, weil die Verfassung den Gerichten die Überprüfung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen verbietet,³² ihnen aber die Überprüfung der Konformität der Gesetze mit europäischen und völkerrechtlichen Vorschriften erlaubt. Außerdem sollte auch berücksichtigt werden, dass die Gerichte in Ländern mit einem Verfassungsgericht eine wichtige Rolle spielen, weil nur die Verwerfungskompetenz (nicht auch die Prüfungskompetenz) tatsächlich zentralisiert ist und die Wahl über die Anwendung des europäischen oder des nationalen Rechts ihnen zusteht. Hinzu kommt, dass die erst vor kurzem (und in Anbetracht der Vorlage des Bundesverfassungsgerichts über das OMT Programm nicht vollständig³³) überwundene starke Abneigung der Verfassungsgerichte, den Mechanismus des Artikels 267 AEUV anzuwenden,³⁴ eine Marginalisierung der Verfassungsgerichte im Gegensatz zur Einbindung der anderen Gerichte in den direkten Austausch mit dem EuGH zur Folge hat.

Unter dieser Prämisse betrifft die aktuelle Vielfalt nicht nur die Akteure des Dialogs, sondern auch seine Dimensionen und seine Formen. Wenn die Dimensionen in verschiedenen Arten identifiziert wurden, könnte man aus

³⁰ *Andreas Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, in: Staatlichkeit im Wandel – Transformations of the State, TranState Working Papers No. 106, Bremen 2009, S. 1 (3).

³¹ *Tania Groppi*, The Italian Constitutional Court: Towards a ‚Multilevel System‘ of Constitutional Review?, in: Andrew Harding/Peter Leyland (Hrsg.), Constitutional Courts. A Comparative Study, London 2009, S. 125 (147).

³² Art. 120 der Verfassung des Königreiches der Niederlande (Grondwetvoorhet Koninkrijk der Nederlanden): „Der Richter beurteilt nicht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen“.

³³ Diese erste Vorlage des Bundesverfassungsgerichts vor dem EuGH scheint mehr eine „Mahnungsvorlage“ als eine gewöhnliche Vorlage. Vgl. *Maria Daniela Poli*, Il procedimento in via incidentale in Germania: Das konkrete Normenkontrollverfahren, DPCE online, 2/2014, S. 464 (477).

³⁴ Vgl. *Maria Daniela Poli*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union aus der Perspektive der französischen, italienischen und deutschen Verfassungsgerichte: Erfahrungen im Vergleich, NordÖR 2013, Heft 7–8, S. 284.

gehend von *Anne Marie Slaughters*³⁵ und *Allan Rosas*³⁶ Klassifikationen die folgenden Kategorien bilden:

- (1) Vertikal, wenn die Gerichte unterschiedlichen Ebenen zuzuordnen sind: Dies ist der Fall bei nationalen und supranationalen oder internationalen Gerichten (beziehungsweise EuGH und EGMR).
- (2) Horizontal, wenn die Gerichte sich in einer gleichwertigen Position (in oder außerhalb des berücksichtigten Landes oder der Ebene) befinden: Ein wichtiges Beispiel ist der Dialog der Verfassungsgerichte untereinander.³⁷
- (3) Diagonal³⁸, wenn die Gerichte sich mit dem Gerichtshof der Europäischen Union durch das Vorabentscheidungsverfahren einlassen, weil dies eine besondere kooperative Instrumente zulässt und so erlaubt, die Hierarchie zu überwinden und eine direkte Kommunikation mit dem Gerichtshof der Europäischen Union zu installieren.
- (4) Eine halb vertikale Dimension, die für das Verhältnis zwischen Luxemburg und Straßburg zutrifft, da die in der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützten Grundrechte gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV ein Teil des Unionsrechts sind. Der Beitritt der Europäischen Union zur europäischen Menschenrechtskonvention hätte die Transformation dieses Verhältnisses in einem komplett vertikalen Sinne bedeutet, aber das negative

³⁵ *Anne-Marie Slaughter*, A Typology of Transjudicial Communication, 29 U. Rich. L. Rev. 1994, S. 99 (103–112). Nach ihrer Definition gibt es eine horizontale, vertikale und gemischte vertikal-horizontale Dimension. Die horizontale Dimension liegt zwischen Gerichten, die dieselbe Position haben (es ist nicht wichtig, ob diese Position innerhalb oder außerhalb der nationalen Ordnung angesiedelt ist); die vertikale ist zwischen nationalen und supranationalen Gerichten angesiedelt; die gemischte vertikal-horizontale ist die Kombination der anderen beiden Dimensionen.

³⁶ *Allan Rosas*, The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue, EJLS 2007, Vol. 1, Nr. 2, S. 1 (6–14). Er identifiziert fünf Kategorien: (1) Vertikal, wenn es ein hierarchisches Verhältnis zwischen Gerichten gibt, wie innerhalb der nationalen Staaten oder innerhalb der Europäischen Union zwischen dem Gericht Erster Instanz (EuG) und dem Gerichtshof (EuGH); (2) Das spezielle Verhältnis zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union und den Gerichten der Mitgliedstaaten betreffend die Probleme der Auslegung und Gültigkeit des Europäischen Rechts; (3) Halb-vertikal, um das Verhältnis zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union und dem Europäischen Gerichtshof der Menschenrechtskonvention oder das zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union und dem WTO-Berufungsgremium zu beschreiben; (4) Eine überlappende oder konkurrierende Gerichtsbarkeit, wenn zumindest zwei Gerichte über die gleiche Sache (mit der Möglichkeit des „Forum-Shoppings“) entscheiden können; (5) Horizontal, wenn die Gerichte in einer gleichwertigen Position sind.

³⁷ Hierzu: *Basil Markesinis/Jörg Fedtke*, Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?, London 2006; *Michal Bobek*, Comparative Reasoning in European Supreme Courts, Oxford 2013; *Tania Groppi/Marie-Claire Ponthoreau* (Hrsg.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Oxford/Portland 2013.

³⁸ Über die diagonale Natur dieses Dialogs: *Joxerramon Bengoetxea*, Judicial and Interdisciplinary Dialogues in European Law, in: Menétrey/Hess (Fn. 6), S. 19 (40).

Gutachten des Gerichtshofs der Europäischen Union³⁹ hat dies für die nächste Zeit verhindert, sodass generell ein starkes Widerstreben in Bezug auf Hierarchisierung besteht.

- (5) Eine überlappende Dimension, wenn die zu verschiedenen Ebenen gehörenden Gerichte die Gerichtsbarkeit über dieselbe Sache innehaben. Dies ist der Fall im Grundrechts Dialog zwischen den nationalen Verfassungsgerichten und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sowie dem Gerichtshof der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta der Union.⁴⁰ Hier ist evident, wie problematisch der Dialog aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen Konkurrenz und Kooperation sowie zwischen der Garantie des nationalen Schutzni veaus und dem Bedürfnis nach Einheitlichkeit sein kann. Der Begriff der Verfassungsidentität⁴¹ und das Endergebnis des Musterfalls Melloni⁴² sind zwei Seiten derselben Medaille.

Was die Formen des konstitutionellen Dialogs angeht, besteht eine erste Unterscheidung in einem indirekten und einem direkten Dialog. Ersterer kann explizit oder implizit sein, je nachdem, ob das Gericht die Rechtsprechung eines anderen Gerichts erwähnt oder lediglich das in dieser Rechtsprechung enthaltene Prinzip anwendet. Wenn die expliziten Bezugnahmen die „Spitze des Eisbergs“ des indirekten Dialogs sind, ist auch die durch den Gebrauch (oder die Aufforderung zum Gebrauch) der konformen Auslegungen realisierte Konversation sehr wichtig. Im Gegensatz dazu entwickelt sich der direkte Dialog durch die institutionalisierten Mittel der justiziellen Kommunikation: Das Hauptinstrument des Austauschs zwischen der supranationa

³⁹ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. Dezember 2014, EMRK-Beitritt. Hierzu: Special Section Opinion 2/13: The E.U. and the European Convention on Human Rights, 16 GLJ 2015.

⁴⁰ Zu diesem Thema kürzlich *Ioana Pelin Raducu*, Les dialogue entre juges en matière de protection des droits de l'homme, in: Menétrey/Hess (Fn. 6), S. 155.

⁴¹ Hierzu: *Daniel Thym*, Rückzug oder Offensive? Die Identitätskontrolle von EU-Recht durch das BVerfG, in: Martin Ibler (Hrsg.), Verwaltung, Verfassung, Kirche, München 2012, S. 67; *Christoph Schönberger*, Identitätserä. Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, JöR 63 (2015), S. 41; *Oliver Lepsius*, Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, JöR 63 (2015), S. 63; *Dominique Rousseau*, Die Verfassungsidentität – Schutzschirm für die nationale Identität oder Teil des europäischen Sterns?, JöR 63 (2015), S. 91; *Michael Goldhammer*, Die Achtung der nationalen Identität durch die Europäische Union. Theorie und Dogmatik des Art. 4 Abs. 2 EUV im Lichte der ersten Entscheidungen, JöR 63 (2015), S. 105; *Christian Walter/Markus Vordermayer*, Verfassungsidentität als Instrument richterlicher Selbstbeschränkung in transnationalen Integrationsprozessen. Vergleichende Überlegungen anhand der Rechtsprechung von EuGH und EGMR, JöR 63 (2015), S. 129.

⁴² Vgl. *Francesco Viganò*, Obblighi di adeguamento al diritto UE e „controlimiti“: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni, www.dirittopenalecontemporaneo.it (2014); *Valentina Faggiani*, La sentenza Melloni: il Tribunal Constitucional si arrende al primato del diritto dell'UE, Quad. cost. 2015, S. 445; *dies.*, La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?, www.forumcostituzionale.it (2015).

len Ebene und der Ebene der gegenwärtig 28 Mitgliedstaaten (27 nach dem „Brexit“ Referendum) ist das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV.

Ein spezifisches Gewicht hat auch der wechselseitige Einfluss unter den Richtern, der sich durch die Konferenzen der europäischen Verfassungsgerichte⁴³, die Venedig Kommission (die mit einer breiten Dokumentation, der regelmäßigen Organisation von Seminaren und der Schaffung des Gemeinsamen Rates der Verfassungsgerichtsbarkeit im Jahr 2002 die Zusammenarbeit zwischen Verfassungsgerichten unterstützt⁴⁴) sowie die persönlichen Kontakte herausgebildet hat. Er ist eine informelle Art des Dialogs, der die sogenannte *cross fertilization* antrieb.

Eine Eigenart des indirekten und informellen Dialogs sowie von Teilen des direkten Dialogs ist seine Freiwilligkeit und die Abhängigkeit von der Ausbildung und den Erfahrungen der Richter.⁴⁵ Beides sind Elemente, die an seinem Wirkungsgrad zweifeln lassen. Auch wenn die nationalen Gerichte das europäische und konventionelle Recht achten müssen und wenn sie auch wegen der Verflechtung zwischen den Rechtsordnungen und aufgrund des Bedürfnisses, die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche abzugrenzen, dem Dialog verpflichtet sind, sind sie trotzdem nicht unbedingt gezwungen, die Urteile oder die darin enthaltenen Prinzipien zu erwähnen. Die Entscheidung, eine Vorlage beim EuGH nach Art. 267 AEUV einzureichen, um den direkten (diagonalen) Dialog zu installieren, liegt in der Tat bei den Gerichten.⁴⁶ Wenn dieser Entscheidungsspielraum durch die Vorlagepflicht der letztinstanzlichen nationalen Gerichte (mit der Ausnahme des sogenannten „acte clair“) begrenzt wird,⁴⁷ gibt es abgesehen von dem Vertragsverletzungsverfahren

⁴³ Wie man auf der Website www.confueconstco.org lesen kann, wurde die Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 1972 in Dubrovnik gegründet. Sie vereinigt Vertreter von 40 europäischen Verfassungsgerichten oder ihnen vergleichbaren Institutionen, die eine Normenkontrolle durchführen. Das Ziel ist die Förderung des Informations- und Meinungsaustauschs sowie die Stärkung der Unabhängigkeit der Verfassungsgerichte als wesentliches Element für die Garantie und Umsetzung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Anlässlich der regelmäßig stattfindenden Kongresse werden umfangreiche Tagungsbände herausgegeben, vgl. zum Beispiel: Verfassungsgerichtshof Österreich (Hrsg.), *La coopération entre les Cours constitutionnelles en Europe: situation actuelle et perspectives*; XVIe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes; *Current Situation and Perspectives*; aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven, Wien 2014.

⁴⁴ Vgl. www.venice.coe.int.

⁴⁵ Es ist evident, dass ein Richter, der beispielsweise im Ausland studiert oder geforscht hat, dem Dialog gegenüber offener ist.

⁴⁶ Die fakultative Eigenart der Vorlage ist in Art. 267 Abs. 2 AEUV vorgeschrieben: „Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.“

⁴⁷ Art. 267 Abs. 3 AEUV lautet: „Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet.“

nach Art. 258 AEUV (das bislang in diesen Fällen in der Praxis nie zur Anwendung kam) keine Sanktion, wenn die letztinstanzlichen Gerichte ihre Pflicht nicht erfüllen.⁴⁸ Deshalb ist in diesem Bereich die Rolle der Verfassungsgerichte entscheidend, weil sie eine wichtige Kontrolle ausüben: Sie halten die Nichtvorlage an den EuGH für verfassungswidrig (in Deutschland wegen der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 GG⁴⁹ und in Spanien wegen der Verletzung des Rechts auf wirksamen Schutz durch Richter und Gerichte gemäß Art. 24 Abs. 1 CE⁵⁰). Außerdem üben ihre Forderungen nach einer europarechts- oder konventionskonformen Auslegung einen großen moralischen Einfluss aus (*moral suasion*). Bezüglich des halb vertikalen Dialogs steht es dem Europäischen Gerichtshof frei, den Beschlüssen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu folgen, da die Europäische Union kein Unterzeichner der EMRK ist. Komplette fakultativ gestaltet sich im Gegenzug der indirekte horizontale Dialog, weil die Gerichte nicht verpflichtet sind, sich an den Urteilen anderer Länder zu orientieren.

III. Wirksamkeit und Grenzen des justiziellen Pluralismus

In Bezug auf die Zersplitterung des traditionellen Begriffs der Souveränität und die Interdependenz der Rechtsordnungen strebt der aktuelle justizielle Pluralismus danach, die hierarchische Logik durch eine auf der Gemeinsamkeit der Werte basierenden dialogischen Logik zu ersetzen. Aber ist das wirklich möglich? Die Herausforderung, vor der wir stehen, liegt in der Entwicklung eines gesamteuropäischen „Grundrechtsverbunds“, hinsichtlich dessen wie *Daniel Thym* hervorhebt die Annäherung von nationalen Verfassungen, EMRK und GRCh freilich nur der erste Schritt wäre.⁵¹

Der gerichtliche Aktivismus hatte bislang viele positive Effekte. Wenn die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit unangefochten bleibt, ist es kein Geheimnis, dass die europäische Integration mehr auf den Beschlüssen des EuGH und der Kooperation der nationalen Gerichte als auf den Verträgen fußt.⁵² Diese Beschlüsse und diese Kooperation (ermöglicht durch die Qualifikation der nationalen Gerichte als europäische Gerichte) haben oft den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Union überschritten: man denke zum Beispiel an die Ausgestaltung eines europäischen Grundrechtsschutzstandards seit dem *Stauder* Urteil (1969)⁵³ oder in jüngerer Zeit an die Entwick

⁴⁸ Der Umstand, dass die Verfassungsgerichte für lange Zeit keine Vorlage beim EuGH eingereicht haben, erklärt sich auch aus diesem Kontext.

⁴⁹ BVerfGE 82, 159; BVerfGE 126, 286.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de España, Entscheidung 19. 04. 2004, Nr. 58/2004.

⁵¹ *Daniel Thym*, Vereinigt die Grundrechte!, JZ 2015, S. 53 (63).

⁵² Vgl. Court of Justice of the European Union (Hrsg.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, 2013.

⁵³ EuGH, 12. 11. 1969 29/69.

lung des im Maastricht Vertrag enthaltenen Begriffs der europäischen Staatsangehörigkeit durch das *Zambrano* Urteil (2011)⁵⁴. Zugleich hat die EGMR Rechtsprechung den Grundrechtsschutz verstärkt und eine neue Orientierung, wie zum Beispiel in Bezug auf die Rechte Homosexueller⁵⁵, gefördert.

Es ist auch wichtig, herauszustellen, dass die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR gerade für Gerichtsentscheidungen zugenommen hat. Auf der einen Seite hat der Gerichtshof der Europäischen Union der EMRK, die gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV Teil des Unionsrechts ist, eine besondere Relevanz zugeschrieben und sie als richterrechtliche Inspirationsquelle und Leitlinie für die Herausbildung und Fortentwicklung der Gemeinschaftsgrundrechte genutzt. Diese Funktion der EMRK für den EuGH ergibt sich heute im Übrigen explizit aus Art. 52 Abs. 3 GRCh, mit der Präzisierung, dass der Standardschutz darüber hinaus erhöht werden kann: „Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen werden. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weitergehenden Schutz gewährt“. Auf der anderen Seite sind die nationalen Gerichte streng an sie (und folglich an die EGMR Rechtsprechung) gebunden oder die nationalen Verfassungsgerichte haben ihr eine besondere Stellung zuerkannt.⁵⁶ Sie hat in den Niederlanden einen Überverfassungsrang und in Österreich Verfassungsrang; sie ist für das italienische Verfassungsgericht ein vermittelnder Maßstab („norma interposta“) zwischen der Verfassung und dem Gesetz⁵⁷ und für das deutsche Bundesverfassungsgericht eine „Nebenverfassung“⁵⁸, weil sie trotz ihrer formellen Rangzuweisung als Bundesgesetz mit dem *Görgülü* Urteil⁵⁹ und unter Rückgriff auf die Völkerrechtsfreundlichkeit so wie Art. 1 Abs. 2 GG als wichtige Auslegungshilfe betrachtet wird.⁶⁰

Auch wenn der justizielle Dialog des europäischen Mehrebenensystems den europäischen Verfassungsverbund⁶¹ gestaltet und zu einer Harmonisierung

⁵⁴ EuGH, 08.03.2011 C-34/09.

⁵⁵ *Ex multis*: EGMR, 24.06.2010 30141/04: *Schalk and Kopf v. Austria*; EGMR, 19.02.2013 19010/07: *X and Others v. Austria*; EGMR, 21.07.2015 18766/11, 36030/11: *Oliari and Others v. Italy*.

⁵⁶ Vgl. *Van De Heyning*, Constitutional Courts as Guardians of Fundamental Rights. The Constitutionalisation of the Convention Through Domestic Constitutional Adjudication, in: Patricia Popelier/Armen Mazmanyan/Werner Vandenbruwaene (Hrsg.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge u.a. 2013, S. 21.

⁵⁷ Corte costituzionale, Entscheidungen 24.10.2007, Nr. 348/2007 und Nr. 349/2007.

⁵⁸ *Christian Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 7 (52).

⁵⁹ BVerfGE 111, 307.

⁶⁰ *Thym* (Fn. 51), S. 54.

⁶¹ Siehe *Ingolf Pernice*, Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, JöR 48 (2000), S. 205; *ders.*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen

der europäischen Gerichtsbarkeit geführt hat, stößt er doch an Grenzen. Basierend auf einer freiwilligen Kooperation, die sich strikter Hierarchie widersetzt, fehlt ihm eine klare Struktur. Aufgrund des erheblichen Potenzials an Rechtsordnungskonflikten und einem gewissen inneren Maß der Rechtsprechungskonkurrenz ist er nicht in der Lage, eine Antwort auf die klassische Frage über die Letztentscheidungskompetenz zu geben. Deshalb scheint es, dass die funktionale Einheit der Rechtsordnung fehlt. Diese Sorge ist nicht nur in der wissenschaftlichen Literatur, die kritisch vom „Bermuda Dreieck“⁶² spricht, besonders evident, sondern auch in der Haltung der Verfassungsgerichte und der Gerichtshöfe auf europäischer Ebene. Als Hüter ihrer jeweiligen Ordnungen versuchen sie, deren Kern aufrechtzuerhalten und das „letzte Wort“ zu behalten. Das wird in der unverdrossenen Zustimmung der Mehrheit der Verfassungsgerichte zur dualistischen Theorie deutlich, obwohl die Verfassungstexte sowie die Verfassungsgeschichte eine grundsätzliche Direktwirkung des internationalen und supranationalen Rechts voraussetzen und damit die Grundlage für die monistische Theorie bieten. Man könnte in der Tat den deutschen Fall erwähnen: Die Öffnung der Staatlichkeit geht auf den Grundgedanken des Art. 4 der Weimarer Verfassung mit seiner Weiterführung in Art. 25, ergänzt durch die Präambel, des Grundgesetzes zurück.⁶³ Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur mit dem Lisabon Urteil⁶⁴ die zukünftige Entwicklung der Europäischen Union hin zu einem Bundesstaat gestoppt (sie muss solange es nicht zu einer Verfassungsablösung über Art. 146 GG kommt ein „Staatenverbund“ bleiben), sondern auch den Begriff der *Ultra vires* Kontrolle gegen die Übertragung von Hoheitsrechten sowie den Begriff der Verfassungsidentität als „Widerstandsfor-

Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, Berlin 2006; Christian Callies (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, Tübingen 2007.

⁶² Christopher Lenz, EGMR, 18. 02. 1999 24833/94: EGMR: Wahlen zum Europäischen Parlament (Denise Matthews/Vereinigtes Königreich), EuZW1999, S. 308 (312).

⁶³ Detlef Lehnert/Dian Schefold, Einleitung zu Preuß, in: Hugo Preuss, Gesammelte Schriften, Dritter Band, Tübingen 2015, S. 1 (56–58 und 57 Fn. 154). Ebenso Dian Schefold, Homogenität im Mehrebenensystem, JöR 60 (2012), S. 49.

⁶⁴ BVerfGE 123, 267. Über diese Entscheidung wurden viele Anmerkungen verfasst. *Ex multis*: Klaus Ferdinand Gärditz/Christian Hillgruber, Volkssouveränität und Demokratie ernstgenommen – Zum Lisabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, S. 872; Claus Dieter Classen, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, JZ 2009, S. 881; Christoph Schönberger, Lisabon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones at Sea, GLJ 2009, S. 1201; Frank Schorkopf, The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon, GLJ 2009, S. 1219; Daniel Halberstam/Christoph Möllers, The German Constitutional Court Says „Ja zu Deutschland!“, GLJ 2009, S. 1241; Christian Tomuschat, The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon, GLJ 2009, S. 1259; Jacques Ziller, Solange III (or the Bundesverfassungsgericht's „Europefriendliness“). On the Decision of the German Federal Constitutional Court Over the Ratification of the Treaty of Lisbon, Riv. it. dir. pubbl. com. 2009, S. 973; Maria Daniela Poli, Stato nazionale versus Stato europeo. La „mitizzazione“ della sovranità nazionale e il „disconoscimento“ implicito della Verfassungsentwicklung tedesca, Dir. pubbl. comp. eur. 2010, S. 31.

mel“⁶⁵ und „absolute Rechtsposition“, die nicht verhandelbar sind,⁶⁶ in den Fokus gerückt.

Ähnlich hat auch der Gerichtshof der Europäischen Union vor kurzem seine Resistenz gegenüber den anderen (nationalen und internationalen) Ordnungen und seinen Willen, die Kompetenz Kompetenz zu übernehmen, gezeigt. Auf der einen Seite hat der EuGH mit dem *Melloni* Urteil⁶⁷ eine Grenze für einen höheren Grundrechtsschutz der nationalen Staaten gesetzt.⁶⁸ Wenn es nach Art. 53 GRCh den nationalen Behörden und Gerichten freisteht, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, muss diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen. Auf der anderen Seite hat er mit dem Gutachten vom 18. Dezember 2014 den EMRK Beitritt der Europäischen Union torpediert und wie *Christian Tomuschat* schreibt „die Autonomie der EU als Heiligen Gral“⁶⁹ dargestellt. Deutlich herauszustellen ist, dass einer der Gründe für die Ablehnung des EMRK Beitritts war, dass das Protokoll Nr. 16 zur EMRK⁷⁰ das die höchsten Gerichte der Mitgliedstaaten ermächtigt, den EGMR um Gutachten über Grundsatzfragen betreffend die Auslegung oder Anwendung der durch die EMRK oder ihre Protokolle gewährleisteten Rechte und Freiheiten zu ersuchen – die Autonomie und die Wirksamkeit des im AEU Vertrag vorgesehenen Vorabentscheidungsverfahrens berühren könnte. Das zeigt die Abgeneigtheit des EuGH gegenüber der Einführung eines Instruments des direkten Dialogs zwischen nationalen Gerichten und dem

⁶⁵ *Schönberger* (Fn. 41).

⁶⁶ Ebd., S. 55.

⁶⁷ EuGH, 26.02.2013 C-399/11. Hierzu: *Marina Castellaneta*, Il mandato d’arresto non può essere vincolato a una revisione del processo in contumacia. La scelta dei giudici del Lussemburgo è per il primato del diritto Ue sulla Costituzione, Guida dir. 2013, Nr. 13, S. 97; *Maja Brkan*, L’arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne, *Revue des affaires européennes* 2013, S. 139; *Antonio Ruggeri*, La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni), *Il diritto dell’Unione Europea* 2013, S. 399; *Edouard Dubout*, Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l’arrêt Melloni, *Cahiers de droit européen* 2013, S. 293; *Maartje De Visser*, Dealing with Divergences in Fundamental Rights Standards, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, S. 576; *Valentina Faggiani*, Verso la definizione di uno „standard comune“ di protezione del diritto a un processo equo (gli effetti della „sentenza Melloni“ nello spazio europeo di giustizia penale), www.federalismi.it (2014).

⁶⁸ Vgl. *Tommaso Nicola Poli*, Aperture e chiusure giudiziali verso la tutela prevalente dei diritti fondamentali nelle dinamiche interordinamentali, in: *Anna Maria Nico (Hrsg.)*, Studi in onore di Francesco Gabriele, Band II, Bari 2016, S. 821 (828–833).

⁶⁹ *Christian Tomuschat*, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral. Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, *EuGRZ* 2015, S. 133.

⁷⁰ Hierzu: *Ralph Zimmermann*, Das „Protokoll des Dialogs“ – Gedanken zum Vorab-Gutachtenverfahren gemäß dem 16. Zusatzprotokoll zur EMRK, *EuGRZ* 2015, S. 153.

EGMR (das Vorab Gutachtenverfahren), das parallel zum Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH eingeführt werden könnte.

Vor diesem Hintergrund scheint es unmöglich, einen „Schlussstrich“ unter das europäische Rechtsschutzsystem zu ziehen. Deshalb bleibt dieses Thema, das im ersten Heft letzten Jahres in der Zeitschrift „Europarecht“ von *Koen Lenaerts* wieder aufgegriffen wurde, weiterhin aktuell: „Wenn Sie einem deutschen Staatsbürger erklären müssen, wo sein Oberster Gerichtshof sitzt, was würden Sie antworten? In Karlsruhe, in Luxemburg oder womöglich in Straßburg?“⁷¹

IV. „Babylonische Gerichte“ oder „Gerichte für Babylon“?

Die Krise der auf Basis der Stufenbaulehre von Hans Kelsen gebildeten klassischen pyramidalen Konstruktion hat uns aus dem Konzept gebracht. Obwohl der Mehrebenen Konstitutionalismus⁷² derzeit die überzeugendere Idee ist, lässt er Ratlosigkeit zurück, solange er keinen Letztentscheidungsort findet.⁷³ Gleichzeitig ist das neue Modell der „Hochachtung“ (*déférence*)⁷⁴, das durch Freiwilligkeit, Autonomie, Interdependenz und Übertragung charakterisiert ist und von dem sich der Beschluss des spanischen Verfassungsgerichtshofs über den *Melloni* Fall⁷⁵ implizit inspirieren ließ, nur eine farblose Kopie der hierarchischen Architektur.

Sollten wir in Anbetracht der Unmöglichkeit, unseren obersten Gerichtshof zu identifizieren und die Einheit der Rechtsprechung zu sichern, von „Babylonischen Gerichten“⁷⁶, die aneinander vorbeireden, sprechen oder eher von „Gerichten für Babylon“, die wie *Sabino Cassese* in seinem Buch „I tribunali di Babele“⁷⁷ vorschlägt, Ordnung schaffen?

⁷¹ *Koen Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 3.

⁷² *Ingolf Pernice*, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“, in: Eibe Riedel (Hrsg.), German Reports. XV. International Congress on Comparative Law, Bristol 1998, S. 40; *Ingolf Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, *Comm. Mkt. L. Rev.* 1999, S. 703; *ders.*, Multilevel Constitutionalism in the European Union, *Eur. Law Rev.* 2002, S. 511.

⁷³ Vgl. *Franz C. Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem, in: Armin von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin u. a. 2003, S. 229.

⁷⁴ *Pelin Raducu* (Fn. 6).

⁷⁵ Tribunal Constitucional de España, Entscheidung 13.02. 2014, Nr. 26/2014 (*Melloni*); hierzu *Viganò* (Fn. 42).

⁷⁶ Vgl. *Rosalyn Higgins*, A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench, *ICLQ* 2006, S. 791.

⁷⁷ *Sabino Cassese*, I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale, Mailand 2009.

Zuerst sollte man das Problem der Letztentscheidungskompetenz relativieren. Im Verfassungspluralismus gibt es kein letztes Wort, sondern ein „Kooperationsgebot“⁷⁸. Wie *Franz Mayer* anlässlich der 75. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Speyer vom 7. bis 10. Oktober 2015 hervorgehoben hat, markiert der Verfassungspluralismus zwischen „einem nationalen Verfassungsmonismus, der das übernationale Verfassungsphänomen nicht adäquat begreifen könnte“, und „einem europäischen Verfassungsmonismus, der den Befund mit einem europäischen Bundesstaat erklären könnte, den es aber, was niemand ernsthaft bestreite, nicht gibt“, „einen dritten Weg: Heterarchie statt Hierarchie, *primacy* statt *supremacy*“.⁷⁹ Dennoch zeigt gerade das deutsche Beispiel, dass „der Weg der reinen Normenhierarchie schon im Mehrebenensystem klassisch föderaler Prägung auf Schwierigkeiten stößt“.⁸⁰ Die Bestrebungen nach der Einheit der Rechtsordnung sind nur schwer erreichbar auf der einen Seite wegen der Beschränkung der Rechtsmittel (auch aus Rationalisierungsgründen) und auf der anderen Seite wegen des Föderalismus. In der Tat kollidieren sie sowohl mit dem Fehler oder der Reduktion der Rechtsbehelfe in einigen Bereichen, in denen die Landesgerichte die Gerichtsbarkeit festlegen (zum Beispiel im Bereich erstinstanzlicher Zivilgerichte, etwa im Mietrecht) als auch vor allem mit der Existenz der sechzehn Landesverfassungsgerichte.⁸¹ Die Anerkennung der Verfassungshoheit der Länder und deren Spielraum ist ein Merkmal des deutschen Föderalismus.⁸² Trotzdem impliziert die doppelte Verfassungsgerichtsbarkeit die Möglichkeit vielfacher Zuständigkeiten wie heute in Europa. In der Tat treten die Landesverfassungsgerichte aufgrund der Grundrechtskataloge ihrer Landesverfassungen und der Möglichkeit der Landesverfassungsbeschwerden mit dem Bundesverfassungsgericht in Konkurrenz. Oft verfügen diese Kataloge insbesondere in den neuen Ländern über mehr Sozialrechte als im Grundgesetz verankert sind, sodass sich der Vergleich zwischen GRCh und EMRK aufdrängt. Wenn diese Situation wegen des sogenannten langen Dornröschenschlafs der Landesverfassungsgerichte nicht besonders aufgefallen ist, dann ist doch der Bestand der konstitutionellen Abweichungsentscheidungen in Deutschland nach den Neunzigerjahren bei der Überprüfung der Anwendung von (prozessual, aber oft auch materiellem) Bundesrecht durch Landesverfassungsgerichte offensichtlich geworden. Als Beispiel erwähnte *Christian Starck* während der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Ro

⁷⁸ In diesem Sinne Franz Mayer, vgl. *Carsten Bäcker*, Tagungsbericht. Verfassung als Ordnungskonzept, JZ 2016, S. 246.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ *Stefan Oeter*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S. 361 (366).

⁸¹ *Dian Schefold*, Sistema giurisdizionale, federalismo, pluralismo – Aspetti di diritto tedesco, in: *Scritti in onore di Augusto Cerri* (im Erscheinen).

⁸² Vgl. *Jörg Menzel*, Landesverfassungsrecht. Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat, Stuttgart u. a. 2002.

stock vom 4. bis 7. Oktober 2006 zum Thema „Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation“ die Auslegungsverschiedenheit zwischen dem Niedersächsischen Staatsgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht bezüglich der Rundfunkfreiheit: „Der Niedersächsische Staatsgerichtshof hat vor kurzem ein Urteil zur Rundfunkfreiheit erlassen, in dem er entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Rundfunkfreiheit als subjektives Recht aufgefasst hat. Er hat gewissermaßen dem Bundesverfassungsgericht, das demnächst über eine parallelliegende hessische Sache zu entscheiden hat, geholfen, dass es sich seinen aus früheren Jahren stammenden Ansatz noch einmal überlegt und in Zukunft vielleicht anders judiziert. Das Schöne an der niedersächsischen Entscheidung ist, dass sie nicht anfechtbar ist, weil es eine abstrakte Normenkontrolle auf Landesebene war.“⁸³ Im Übrigen ist zu betonen, dass es – wie im Fall der Nichtvorlage vor dem EuGH – keine Sanktion im Fall der Nichtvorlage nach Art. 100 Abs. 3 GG für abweichende Auslegungen der Landesverfassungsgerichte gibt.

Trotz seiner Grenzen und einiger Stillstände (wie in der aktuellen Phase) hat der Dialog zwischen den Gerichten ein gesamteuropäisches Rechtsschutzsystem geschaffen und tut dies immer noch. Die Nichtanwendung des nationalen Rechts wegen seiner Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht ist ein Ergebnis des Dialogs; das ist nicht wenig, insbesondere, wenn man bedenkt, dass es implizit das Verwerfungsmonopol der zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit tangierte. Der direkte Austausch durch das Vorabentscheidungsverfahren war in der Lage, trotz des Bestandes der verschiedenen nationalen Prozessrechte, ein Gefühl der Zugehörigkeit zur europäischen Ordnung auf die nationalen Gerichte zu übertragen.⁸⁴ Auch die Koordinierung der Formen der Normenkontrolle wird durch den Dialog entwickelt: Man denke dabei an das Verhältnis zwischen den *question prioritaire de constitutionnalité* und *controle de conventionnalité* in Frankreich, wie es im *Melki* Fall festgelegt wurde.⁸⁵ Außerdem sind viele Vorschriften ein Resultat des Dialogs zwischen Gerichten. Dies gilt zum Beispiel für die Identitätsklausel des Artikels 4 Abs. 2 EUV und für die Anerkennung der gemeinsamen Ver

⁸³ *Bodo Pieroth u. a.*, 3. Aussprache und Schlussworte. Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), S. 423 (430).

⁸⁴ *Nial Fennelly*, The National Judge as Judge of the European Union, in: *Court of Justice of the European Union* (Fn. 52), S. 61.

⁸⁵ EuGH, 22.06.2010 C-188/10, C-189/10: Aziz Melkiet Sélim Abdeli. Statt vieler: *Florence Chaltiel*, La Cour de justice de l'Union européenne poursuit le dialogue sur les rapports entre conventionalité et constitutionnalité (A propos de CJUE, 22 juin 2010), *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique* 2010, Nr. 153–154, S. 6; *Daniel Sarmiento*, L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française, *Revue trimestrielle de droit européen* 2010, S. 588; *Denys Simon/Anne Rigaux*, La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité: harmonie(s) et dissonances(s) des monologues juridictionnels croisés, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2010, Nr. 29, S. 63; *Diana Urania Galetta*, Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki, *Il diritto dell'Unione Europea* 2011, S. 223.

fassungsüberlieferungen gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV, die die Quintessenz der Debatte mancher Verfassungsgerichte (Corte costituzionale, Bundesverfassungsgericht, Conseil constitutionnel, Tribunal constitucional) über den Kerngehalt der nationalen Verfassungen (die sogenannte „controlimiti“) sind.⁸⁶ Das trifft zu, obwohl wie *Christoph Schönberger* herausstellt der Begriff der Verfassungsidentität für das Bundesverfassungsgericht derzeit „ein Gegenbild“⁸⁷ der Identitätsklausel des Artikels 4 Abs. 2 EUV und „eine absolute Grenze für die Weiterentwicklung der Europäischen Union“⁸⁸ geworden ist. Ähnlich leidet Artikel 52 Abs. 3 GRCh unter dem Echo der *Bosphorus* Entscheidung,⁸⁹ die der Sache nach quasi ein „Solange“ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte darstellt.⁹⁰ Hinzu kommt, dass die Zirkulation der rechtlichen Konzepte gerade dank des Dialogs möglich war: so für die Osmose zwischen den nationalen und europäischen Ebenen in allen Bereichen (vom Wettbewerb bis zum Haftbefehl). Dies gilt auch für die durch den Gerichtshof von Straßburg übermittelten Ideen, die die Grenzen des Staats, an den das Urteil gerichtet war, überschritten haben (man denke zum Beispiel an die Entscheidungen über das Burka Verbot in Frankreich⁹¹ oder das Kruzifix in den italienischen Schulen⁹²).

Der justizielle Pluralismus ist deswegen Teil der Grundlage der Verfassungsgemeinschaft: Er leitet nicht nur den immer intensiveren, unentwirrbaren und komplexen Verkehr zwischen Rechtsquellen,⁹³ sondern stellt auch „Verbindungen“ zwischen Ordnungen her,⁹⁴ um die Homogenität des Systems zu erreichen (oder um „in Vielfalt geeint“⁹⁵ zu sein). Diese Verbindungen können auf unterschiedliche Weise hergestellt werden. Zwei Stärken des Dialogs sind die Anerkennung eines Bereichs für die Selbstbestimmung der nationalen Ordnungen (die Verfassungsidentität gegenüber dem EuGH, die schon erwähnt wurde, und der Entscheidungsspielraum oder der sogenannten *margin of appreciation* gegenüber dem EGMR)⁹⁶ sowie der Gebrauch der Rechtsvergleichung, die im Hinblick auf die aktuelle Interdependenz der Rechtsordnungen zum „Verwahrer“ der Rechtsgrundsätze (*rationes iuris*)

⁸⁶ Vgl. *Giuseppe Martinico*, *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Neapel 2009, S. 172.

⁸⁷ *Schönberger* (Fn. 41), S. 54.

⁸⁸ Ebd., S. 55.

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 30.06.2005, Beschwerde Nr. 45036/98 (*Bosphorus Hava Yollari Turizmve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*), NJW 2006, S. 197.

⁹⁰ Ebenso *Andreas Haratsch*, *Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH*, ZaöRV 66 (2006), S. 927.

⁹¹ EGMR, 01.07.2014 43835/11: *S.A.S. v. France*.

⁹² EGMR, 18.03.2011 30814/06: *Lautsi and Others v. Italy*.

⁹³ *Maria Rosaria Ferrarese*, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, S. 201–202.

⁹⁴ *Cassese* (Fn. 77), S. 93.

⁹⁵ Wie das Europamotto klingt.

⁹⁶ Siehe hierzu *Walter/Vordermayer* (Fn. 41).

des rechtlichen Universalismus wird.⁹⁷ In der Tat sind die Gerichte „Laboratorien der Rechtsvergleichung“⁹⁸ geworden und folglich fungiert der Richter wie ein Komparatist.⁹⁹ Im Übrigen stellen der EuGH und der EGMR auch wegen ihrer Zusammensetzung (ein Richter aus jedem EU Mitgliedsstaat und aus jedem Unterzeichnerstaat der Konvention) die Rechtsvergleichung in Aktion dar. Wie *Constantinos Kakouris* bezüglich des EuGH hervorgehoben hat, „un droit comparatif vivant se trouve autour de la table des délibérés“¹⁰⁰.

Der Streitpunkt ist, inwieweit die durch Gerichte geschaffene Homogenität eine auf Hierarchie gegründete Homogenität ersetzen kann.

V. Der Dialog als Grundvoraussetzung für eine stärkere Harmonisierung

Wenn der Dialog in seinen verschiedenen Dimensionen und Formen heute den größten Schub für die Integration der Rechtsordnungen darstellt, kennt die Harmonisierung durch Gerichte im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit mehrere Abstufungen: (1) Indirekte und informelle Konversationen zwischen Gerichten, (2) Möglichkeit der Anfragen, (3) Vorlagepflichten, (4) Klage gegen die Nichtbeachtung der Vorlagepflicht, (5) Einheitliches Prozessrecht, (6) Rechtszug vor ein oberstes Gericht. Durch die Einführung der Anschlussrechtsmittel oder die Festlegung besonderer Verfahren kann man das Verhältnis zwischen den Gerichten kanalisieren und die Einheit des Systems fördern. Da die prozessualen Regelungen die spezieller oder allgemeiner Natur sein können die Kooperation zwischen Gerichten verstärken, bekommen sie eine wichtige Bedeutung. Sie können die oben erwähnten Grenzen des Dialogs überschreiten bzw. die Probleme der Rechtsprechungskonkurrenz und der Letztentscheidungskompetenz, die wie gesagt vielen Zweifel an seinem Begriff aufheben, abschwächen und auflösen.

Aktuell könnte man sagen, dass wir uns auch in Anbetracht der Befugnis und der Pflicht im Falle der letztinstanzlichen nationalen Gerichte, ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH einzureichen in einer intermediären Entwicklungsstufe (zwischen den Abstufungen 1-3) befinden.

⁹⁷ Die Rolle der Rechtsvergleichung in der Gerichtsbarkeit ist sehr wichtig geworden. Wie *Susanne Baer*, Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus, JöR 63 (2015), S. 389 (391), vor kurzem hervorgehoben hat, ist Verfassungsvergleichung „als Kern eines globalen Konstitutionalismus von erheblicher Bedeutung“. Letztlich hat *Jürgen Basedow*, Hundert Jahre Rechtsvergleichung, JZ 2016, S. 269, von „einer obligatorischen Rechtsanwendungsmethode“ gesprochen.

⁹⁸ Vgl. *Mads Andenas/Duncan Fairgrieve*, Courts and Comparative Law. In Search of a Common Language for Open Legal Systems, in: dies. (Hrsg.), Courts and Comparative Law, Oxford 2015, S. 3 (4).

⁹⁹ *Basil Markesinis/Jörg Fedtke*, The Judge as Comparatist, Tulane Law Review 2005, S. 11.

¹⁰⁰ *Constantinos N. Kakouris*, L'Utilisation de la methode comparative par la cour de justice des communautes europeennes, in: Ulrich Drobnig/Sjef Van Erp (Hrsg.), The Use of Comparative Law by Courts, Den Haag u. a. 1999, S. 97 (106).

Gleichzeitig taugt der aktuelle Dialog nicht als Alternative für das Fehlen eines einheitlichen europäischen Prozessrechts und die Lückenhaftigkeit des Instanzenzugs zwischen nationalen und europäischen Gerichtsbarkeiten, sondern als Grundvoraussetzung für ihre zukünftige Gestaltung.

Der letzte Schritt (nicht zwingend und wahrscheinlich nur über einen sehr langen Zeitraum hinweg realisierbar) wäre eine vollständige Kodifizierung. In diesem Zusammenhang bietet die schweizerische Entwicklung zwar viele wichtige Denkanstöße: Nach mehr als einem Jahrhundert der kantonalen Gesetzgebungsgewalt im Straf- und Zivilprozessrecht (auch in verschiedenen Sprachen: Deutsch, Französisch und Italienisch, sodass der Vergleich mit Europa sehr treffend ist) und der Entwicklung eines ungeschriebenen Prozessrechtes durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat im Jahr 2011 die Vereinheitlichung des Prozessrechts auf der föderalen Ebene mit dem Inkrafttreten der Straf- und Zivilprozessordnungen¹⁰¹ stattgefunden, um so die Fragmentierung zu überwinden.

¹⁰¹ Vgl. die Dokumentation online verfügbar auf der Website <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht.html> für die StPO und an der Website www.zivilprozess.ch für die ZPO.