



Das eJournal der Europäischen Rechtslinguistik (ERL)
Universität zu Köln

Diskussion zum Vortrag „Die europäische Rechtsgemeinschaft vor den Herausforderungen von Vertiefung und Erweiterung“

**Kölner Symposium "50 Jahre Römische Verträge"
am 13. April 2007**

Thomas von Danwitz

01. Juni 2010

urn:nbn:de:hbz:38-75170
www.zerl.uni-koeln.de

Mit Wortbeiträgen von Isolde Burr, Thomas von Danwitz, Bernd Grzeszick, Christian Lohse, Siegfried Magiera, Peter Michael Mombaur und Klaus Stern¹

<1>

Prof. Dr. Isolde Burr²

„Ich darf Ihnen, Herr von Danwitz, ganz herzlich für die so eindrucksvolle Darstellung der Gemeinschaftsrechtsprechung und der gewaltigen Aufgaben des Gerichtshofs unter dem Gedanken der Integration danken. Natürlich sind wir sehr froh darüber, dass Sie sich bereit erklärt haben, im Anschluss an Ihren Vortrag Fragen zuzulassen und ich darf die Anwesenden bitten, die Gelegenheit einer kurzen Diskussion zu nutzen.“

<2>

Prof. Dr. Christian Lohse³

„Herr Stern und Herr Mombaur⁴ haben eine dreistufige Rangordnung angesprochen, die durch den Vertrag im geschriebenen Gemeinschaftsrecht entsteht. Verfassungsrecht, insbesondere die Charta der Grundrechte, würde Vorrang vor normalen Vertragsrecht und dieses Vorrang vor dem Sekundärrecht der EU haben. Damit ist die Frage aufgeworfen, welche konkreten Wirkungen sich aus dem Rangverhältnis ergeben. Nach der mir bekannten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Steuerrecht kann eine nationale Vorschrift zwar mit dem ihm zugrunde liegenden (sekundären) Richtlinienrecht vereinbar sein und dennoch gegen höherrangiges (primäres) Vertragsrecht verstoßen.⁵ Umgekehrt erschiene es mir aber auch nicht abwegig, eine solche Vorschrift mit der Begründung als gemeinschaftskonform zu beurteilen, dass der Verstoß gegen Primärrecht durch das anwendbare Sekundärrecht gerechtfertigt werde. Halten Sie es für möglich und wünschenswert, dass der EuGH die genannte Rechtsprechung auf das Verhältnis Verfassungsrecht und normales Vertragsrecht überträgt?“

¹ Die angeführten Funktionen und Titel entsprechen dem Stand des 13.04.2007 (Zeitpunkt des Symposiums). Vor der Veröffentlichung wurden die einzelnen Redebeiträge den Diskussionsteilnehmern zur Freigabe vorgelegt.

² Prof. Dr. Isolde Burr ist Romanistin und Sprachwissenschaftlerin am Romanischen Seminar der Universität zu Köln und Mitveranstalterin des Symposiums.

³ Prof. Dr. Christian Lohse ist seit 2001 Honorarprofessor für Steuerrecht an der Universität Regensburg sowie ehemaliger Vorsitzender Richter am Finanzgericht München. Seine Interessenschwerpunkte sind das Europarecht, insbesondere das Mehrwertsteuerrecht sowie die Zusammenhänge zwischen Sprache und Recht.

⁴ Prof. Lohse bezieht sich hier auf die vorangegangene Diskussion zum Vortrag "Die Europäische Union auf dem Weg zur Verfassungsrechtsgemeinschaft" von Klaus Stern, die unter <http://www.zerl.uni-koeln.de/klaus-stern/2010/diskussion-eu-verfassungsrechtsgemeinschaft/> zu finden ist.

⁵ Prof. Lohse spielt hier an auf das EuGH-Urteil vom 18. 9. 2003, C-168/01 Bosal Holding, Slg. 2003, I-9411.

<3>

Prof. Dr. Thomas von Danwitz⁶

„Es ist sicherlich richtig, dass das primäre Recht als höherrangige Vorschrift die Funktion hat, Maßstabsnorm für die niederrangigen Vorschriften zu sein. Von dem Grundsatz kennen wir aber angesichts der föderalen Tradition in Deutschland natürlich viele Beispiele, aber auch ebenso viele Ausnahmen. D. h. das niederrangige Recht kann natürlich auch eine Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze sein und insofern auch natürlich den Maßstab aufbereiten, der sich in allgemeiner Form im primären Recht zeigt und in diesem enthalten ist. Hier geht Ihre Frage jetzt dahin, ob und inwieweit man das sozusagen so zunächst mal im Steuerrecht und dann vielleicht auch in einer neuen Struktur des Verfassungsvertrages, den wir sicherlich nicht so nennen werden, machen könnte.

<4>

Zunächst einmal glaube ich, dass die Tradition des Gerichtshofes überwiegend dahin geht, die Auslegungen, die er zu primärrechtlichen Maßstabnormen als verbindliche Eckwerte für die Sekundärrechtssetzung zu behandeln und anzusehen. Also, im Bereich einer normalen Sekundärrechtssetzung des Steuerrechts sehe ich eine relativ klare Orientierungslinie, die natürlich sehr stark davon abhängt, ob und inwieweit einzelne Tatbestandsmerkmale aus den Grundfreiheiten hier sekundärrechtlich konkret ausgefüllt werden und inwieweit sie dann auch Bezug nehmen und vereinbar sind mit der ergangenen Rechtsprechung. Also, das scheint mir ein relativ weites Feld für eine ganz klare Festlegung zu sein.

<5>

Beim Verfassungsvertrag bzw. bei der Struktur der Vertragswerke, über die wir jetzt allgemein diskutieren, scheint mir noch gar nicht ausgemacht zu sein, dass also der sogenannte dritte Teil in den Rang eines niederen Rechts rücken muss. Das kann sein, das muss aber nicht sein. Es gibt dazu unterschiedliche Überlegungen, beim Gerichtshof ist dazu jedenfalls noch nichts als der letzte Hit angekommen. Nehmen Sie nur einmal als rechtsvergleichenden Hinweis die Organgesetze, die wir etwa in Frankreich haben, die durchaus Verfassungsqualität besitzen, zum *bloc de constitutionalité* gehören, und insofern Maßstab für Gesetzesrecht sein können. Hier denke ich, sind die Dinge relativ offen, aber es ist natürlich richtig – und das wäre aus Gründen der systematischen Klarheit durchaus zu bevorzugen – wenn in der Tat ein allgemeiner Teil auch vom normativen Rang her hervor gehoben würde. Das will ich damit nicht in Abrede stellen. Dann würde sich in der Tat die Frage, die Sie aufgeworfen haben, in aller Schärfe stellen, nämlich ob das nicht dann stärker unter dem Aspekt der Konkretisierung der allgemeinen primärrechtlichen Bestimmungen zu betrachten ist. Dem könnte ich persönlich durchaus dann einiges abgewinnen. Aber hier muss

⁶ Prof. Dr. Thomas von Danwitz ist Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Luxemburg und Hochschullehrer an der Universität zu Köln.

man sich sozusagen das jeweilige normative Ambiente genau ansehen, bevor man eine Antwort geben kann.“

<6>

Prof. Dr. Siegfried Magiera⁷

„Ich möchte an den Zusammenhang anknüpfen, den Sie angesprochen haben, zwischen der Anerkennung von Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten und der Notwendigkeit, dafür ein gewisses Vertrauen vorauszusetzen oder noch zu entwickeln. Dieses Problem wurde deutlich anlässlich des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht über den Europäischen Haftbefehl, wo zwar kein Mitgliedstaat ausdrücklich hervorgehoben wurde, jedoch die Befürchtung erkennbar war, dass bei der Überstellung eines Deutschen an einen anderen Mitgliedstaat dem Betroffenen Nachteile gegenüber einem inländischen Verfahren drohen könnten. Meine Frage geht dahin, was wir – rechtspolitisch oder vielleicht auch über die europäische Rechtsprechung – unternehmen können, um diesen Befürchtungen zu begegnen. Vor dem Europäischen Gerichtshof ist derzeit ein Verfahren anhängig⁸, in dem der Generalanwalt die besondere Vertrauensgrundlage hervorgehoben hat, die in der Rechtsordnung der Europäischen Union verankert und vom Gerichtshof zu schützen ist.

<7>

Eine zweite Frage betrifft die institutionelle Struktur der Europäischen Union: Wir hatten vorher, in einem anderen Zusammenhang, Gelegenheit darüber zu sprechen, welches die optimale Größe der Kommission in der erweiterten Union wäre. Im Vertrag ist ausdrücklich verankert, dass jeder Mitgliedstaat einen Richter an den Europäischen Gerichtshof entsendet. Sehen Sie darin Probleme bei der Einheitlichkeit der europäischen Rechtsprechung in der Zukunft? Sind insoweit Überlegungen seitens des Gerichtshofs im Hinblick auf seine Organisation zu verzeichnen?“

<8>

Prof. Dr. Thomas von Danwitz

„Danke schön, Herr Magiera. Ich fange mal mit der letzten Frage an, die für mich natürlich in der Beantwortung etwas heikel ist. Der Gerichtshof hat keine solchen Überlegungen angestellt. Wenn Überlegungen angestellt werden, dann werden Sie von Kollegen persönlich angestellt. Man muss vielleicht ein wenig ausholen. Die Struktur des Gerichtshofes, die sich nach dem Vertrag von Nizza ergeben hat, ist in Deutschland – und da ist Deutschland auch kein Einzelfall – noch nicht allgemein bekannt. Wir haben eben hier durch die Dreierkammer, die Fünferkammer und die Große Kammer Instrumente gefunden, die Arbeitslast zu verteilen

⁷ Prof. Dr. Siegfried Magiera ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, insbesondere Völker- und Europarecht / des Jean-Monnet-Lehrstuhl *ad personam* für Europarecht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

⁸ Prof. Magiera bezieht sich hier auf das Verfahren C-303/05.

und gleichzeitig sozusagen Elemente zu finden, die die Kohärenz der Rechtssprechung gewährleisten. Der maßgebliche Aspekt, um dies zu tun, ist der Umstand, dass der Präsident und die Präsidenten der Fünferkammern mit ihrem Amt gleichzeitig dauerhaft Mitglieder der Großen Kammer sind. Das hat natürlich Auswirkungen auf das Verhältnis dieser Kammerpräsidenten zu den anderen Richtern und führt eben dazu, dass sich die Große Kammer ständig in einer wechselnden Zusammensetzung befindet, lediglich diese vier Kammerpräsidenten und der Präsident des Gerichtshofes sitzen dauerhaft. Dies ist sicherlich eine Möglichkeit, die Kohärenz zu gewährleisten, und wenn es um Rechtssachen der Großen Kammer geht, muss man aus den letzten drei Jahren berichtend auch sagen, dass die Kohärenz gewährleistet wurde. Man kann zwar die eine oder andere Rechtsentwicklung nachzeichnen, aber man kann nicht sagen, dass der Gerichtshof einmal so und einmal so in der Großen Kammer entschieden hätte.

<9>

Es ist zudem zu sagen, dass die Kollegen eigentlich sehr aufmerksam sind; also ein Kammerpräsident einer Fünferkammer es sieht, wenn eine Sache falsch eingeschätzt wurde. Zunächst dachte man, dies sei eine relativ normale Sache, doch dann stellte sich heraus, dass sie mehr Sprengstoff beinhaltet und der Großen Kammer überwiesen werden muss. Also, insofern ist die Bilanz seit Nizza, was die Kohärenz angeht, positiv. Unter diesem Aspekt besteht aus meiner persönlichen Sicht keine vorrangige Notwendigkeit einer Veränderung im Hinblick auf die Zusammensetzung des Gerichtshofes. Zum anderen muss man sehen, dass diese Kohärenzsicherung natürlich auch ihren Preis hat. Und da stellt sich eben die Frage, ob und inwieweit man dauerhaft gerade in den großen Mitgliedsstaaten bereit sein wird, diesen Preis zu zahlen. Das ist eine Diskussion, die gerade erst ganz zögerlich beginnt und die im Wesentlichen nicht juristischer Natur ist. Von daher gestatten Sie, wenn ich das Feld mit dieser Bemerkung verlasse.

<10>

Was den ersten Punkt angeht, den Sie angesprochen haben: Es ist sicherlich richtig, dass wir z. T. aufgrund des Sekundärrechts, z. T. aufgrund des Primärrechts sozusagen in ständiger Rechtssprechung davon ausgehen, dass das Gemeinschaftsrecht ein wechselseitiges Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Justiz voraussetzt. Dies möchte ich auch in keiner Weise in Frage stellen, es geht jedoch darum, dass wir uns mit den Rechtsakten zur Sicherung des Raums, der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ja im Wesentlichen in strafrechtlichen Dimensionen bewegen, die bisher auch für die Altmitgliedsstaaten noch nicht im Fokus des Gemeinschaftshandelns lagen. Und dort haben wir dann, wenn wir mal alle Fälle, die so durch die Gazetten geistern, weglassen, wenn wir also nicht an Rumänien oder Bulgarien denken, sondern wenn wir an die Niederlande oder Österreich und Deutschland denken, wo eigentlich niemand auf die Idee kommen könnte, dass dort Probleme entstehen, dann stellen wir im Kleingedruckten durchaus überraschende Befunde fest, wo mancher Strafrechtskollege aufmerkt und meint, dass die Unterschiede doch erheblich sind. Und hier meine ich, geht es

sozusagen mehr darum, dass man kurz und mittelfristig nicht im Sinne einer materiellen Harmonisierung erfolgreich sein wird. Das sind z. T. Unterschiede, die ihre Berechtigung und ihre traditionelle Erklärung finden, und deswegen muss man sie wohl hinnehmen. Die Frage ist aber, wie effektiv gestaltet man das Verfahren aus, d. h. lässt man verfahrensrechtlich beispielweise die Möglichkeit zu, dass ein Richter in Deutschland bei seinen österreichischen Kollegen nachfragen kann, ob sie auch den Aspekt X geprüft haben, aus der Begründung könne er das nicht ersehen. Und wenn er dann ein Ja zur Antwort bekommt, unterstellt er auch die Richtigkeit der Prüfung. Das wäre aus meiner Sicht etwas, was unter Funktionsfähigkeitsgesichtspunkten noch hinnehmbar ist, und was eben zur Verstärkung des Vertrauens beitragen kann.

<11>

Wir haben andere Fälle. Vor zwei Monaten hatten wir den Fall, da ging es um eine Beweisanordnung, die von einem italienischen Gericht für ein britisches erlassen worden war. Das britische Gericht hatte einfach geschrieben, dass es dies nach britischem Recht nicht zulassen könnte, denn da bestehe ein Zuständigkeitsvorbehalt und deswegen sei es nicht zuständig. Wir haben uns dann den Fall sehr intensiv angeschaut und müssen sagen: Wenn man dem ersuchenden Gericht nicht mehr mitteilt als „Wir sind nicht zuständig!“, dann kann man auch nicht erwarten, dass eine solche Entscheidung auf Verständnis stößt, sondern dann ist es selbstverständlich, dass der Gerichtshof angerufen wird und dass der Gerichtshof natürlich auch die Voraussetzungen näher entwickeln muss, unter denen das eine oder das andere möglich ist. In dem Fall kann es durchaus möglich sein, dass die betreffende Stelle nicht zuständig war, aber dann war es eine andere, und dann ist es eine Frage der loyalen Zusammenarbeit, darauf hinzuweisen, das ersuchende Gericht also zu bitten, sachdienliche Anträge zu stellen. Bei unserem Richterbild ist das selbstverständlich, beim britischen Richterbild ist dies nicht selbstverständlich, aber im Gemeinschaftsrecht ist es wiederum eine Entwicklung, der man doch Rechnung tragen muss. Also insofern denke ich, dass dies doch gar kein so aufgeregtes Thema ist, sondern dass viel in einer zweiten oder dritten Linie erreicht werden kann, die gar nicht so spektakulär sein muss.“

<12>

Prof. Dr. Bernd Grzeszick⁹

„Ich würde gerne eine Frage stellen, die sich auf das von Ihnen angeschnittene Thema des Grundrechtsschutzes bezieht. Sie haben erörtert, dass es in diesem Bereich ja bereits bekannte Spannungsverhältnisse gibt, v.a. zu den Gerichten der Mitgliedsstaaten. Zur Zeit tut sich aber auch ein neues Spannungsverhältnis auf zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und den Europäischen Gemeinschaftsgerichten, dass aus dem Bereich der Terrorismusbekämpfung kommt und sich in den Fällen Jusuf und Bosphorus zeigt.

⁹ Prof. Dr. Bernd Grzeszick ist Ordentlicher Universitätsprofessor und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Mainz sowie Direktor des Mainzer Medieninstituts.

Gegenstand dieser Fälle sind äußerst grundrechtsintensive Maßnahmen gegen mögliche Terrorverdächtige bzw. Unterstützer. Die Maßnahmen beruhen auf UN-Beschlüssen und wurden von den Europäischen Institutionen weitergereicht bzw. umgesetzt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte tendiert nun dazu, bei derartigen „verlängerten“ UN-Maßnahmen, die die europäischen Organe getroffen haben, gegebenenfalls in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die Terrorabwehrmaßnahme dem Niveau an Individualfreiheitsschutz entspricht, das die EMRK verlangt. Und da würde mich interessieren, wie Sie dies aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts sehen, weil ja die Position des EGMR gegenüber dem Gemeinschaftsgerichten strukturell kritischer ist als die des Bundesverfassungsgerichts, das ja Verfassungsbeschwerden gegen EG-Maßnahmen bereits nicht annimmt, wenn nicht genau dargelegt wird, dass das erforderliche Grundrechtsschutzniveau generell unterschritten wird. Hier scheint mir der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte von den Gemeinschaftsgerichten noch etwas mehr zu erwarten, bis er möglicherweise bereit ist, die Rechtssprechung der Gemeinschaftsgerichte als generell hinreichenden Grundrechtsschutz anzusehen.“

<13>

Prof. Dr. Thomas von Danwitz

„Vielen Dank für die Frage. Ich möchte gerne nur Kollege sein und mit Ihnen über diese Frage diskutieren. Es ist so: Ich glaube, wir sollten diese Linie, die Sie – meine ich – sehr zutreffend erkannt und gezeichnet haben, auf den Gegenstand beziehen, den sie betrifft, nämlich in der Tat die Maßnahmen der verlängerten UN-Sanktionen. Für diesen Bereich haben wir schlicht und ergreifend noch keine Rechtssprechungslinie gefunden, die das Bundesverfassungsgericht 1986 bzw. beim Bananenmarktbeschluss vorfand. Von daher sehe ich da jetzt im Hinblick auf die Rechtssprechung des Straßburger Gerichtshofes keinen Grund, die Stirn in Sorgenfalten zu legen. Dass sozusagen die Rechtsgemeinschaft über diesem Problem brütet und dass man in der Tat keine einfache Antwort weiß, das liegt, glaube ich, auf der Hand. Vielleicht sollte ich das noch einmal erklären.

<14>

Wir haben da etwa die Fälle, dass aufgrund der sogenannten Smart-Sanctions der Vereinten Nationen Einzelpersonen, die mit ihrem Namen, ihrem Geburtsdatum, ihrer Personalausweisnummer in einer Liste aufgeführt werden, mit Sanktionen belegt werden, beispielsweise werden ihre gesamten Sparguthaben eingefroren. Vor Inkrafttreten der Maßnahmen werden sie nicht informiert. Sie müssen sich das also wirklich kafkaesk vorstellen: Sie gehen an den Geldautomaten und ihre bürgerliche Existenz findet so ihr Ende. Dass man dann natürlich die Frage stellt, ob man nicht mit dem Verdacht konfrontiert werden muss, ob es nicht ein Verfahren geben muss, was mit dem Grundsatz audiatur et altera pars ist – das sind doch Fragen, über die man nicht streiten kann – erscheint mir offensichtlich. Die Lösung, die das Gericht erster Instanz gefunden hat, ist nun eine Lösung – auch das ist ja nun keine Neuigkeit, die ich verkünde –, die die Rechtsgemeinschaft nicht allgemein als

befriedigend empfunden hat. Und in dieser Situation kann ich es dem Straßburger Gerichtshof nicht verdenken, wenn der Zungenschlag etwas kritischer ist als beim Bundesverfassungsgericht in Sachen Bananenmarkt. Aber, wie gesagt, wir sind ja noch nicht am Ende.“

<15>

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Stern¹⁰

„Herr von Danwitz, Sie haben das Wort vom Gerichtshof als ‚Integrationsmotor‘ zitiert – von wem auch immer es stammt. Richtig ist, dass wir feststellen können, dass der Gerichtshof den Vertrag mehr zugunsten der Kompetenzen der Gemeinschaft als zugunsten der Mitgliedstaaten interpretiert hat. Ich glaube, ich habe Sie richtig verstanden, dass jetzt ein Wandel eintreten könnte und die Identität etwas stärker in den Vordergrund gerückt würde, wie es deutlich im Verfassungsvertrag steht. Das würde aber bedeuten, dass natürlich das Prinzip der Einzelermächtigung, das Subsidiaritätsprinzip und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in stärkerem Maße justitiabel gemacht werden müssen, als es bisher der Fall ist. Ist diese Linie ungefähr die neue Marschroute des Gerichts?“

<16>

Prof. Dr. Thomas von Danwitz

„Ja, ganz herzlichen Dank, verehrter Herr Stern, dies ist natürlich eine Gretchenfrage. Als Linie des Gerichtshofes kann ich dies natürlich weder offiziell noch freundschaftlich ausgeben, da der Gerichtshof so natürlich nicht vorgeht. Also, ich will es mal andersherum ausdrücken: Der Gerichtshof denkt ja nicht wie ein Professor. Der Gerichtshof geht ja nicht hin und sagt: Da haben wir das Problem X, wie legen wir die Kompetenzen aus? Und dann kommt ein Fall und mit diesem Fall wird dann das Problem erledigt, so dass man als Kundiger sagen könnte: Da der Gerichtshof das im Fall X so gemacht hat, ist das eine sichere Grundlage für nachfolgende Fälle. Sondern es ist eigentlich immer der Einzelfall, der Dinge hochbringt und der das dann auch prägt. Und Sie wissen auch: Bad cases make bad laws. Wir haben teilweise Fälle, die sich dazu eignen, und Fälle, die sich nicht dazu eignen. Wir haben insofern auch eine relativ schwierige Ausgangssituation.

<17>

Ich gehe mal die Prinzipien durch, die Sie genannt haben. Das Prinzip der Einzelermächtigung war in den 50er und 60er Jahren sehr klar konturiert und dann hat man in den 60er und v. a. den 70er Jahren gemerkt, dass die Handlungsfähigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers sehr eingeschränkt ist: Die einigen sich glücklicherweise mal auf etwas und dann wollte der Gerichtshof nicht das Fallbeil aus juristischem Formalismus über diesen Akt niederbringen. So hat sich ein gewisser Fundus an Großzügigkeit gebildet. Jedoch gab es einzelne Urteile, die sozusagen wieder in die Gegenrichtung gehen, aber hier ist noch keine klare Linie erkennbar.

¹⁰ Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Stern ist Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität zu Köln.

Das Subsidiaritätsprinzip ist vom Gerichtshof bisher mit sehr spitzen Fingern angefasst worden. Das liegt nicht nur an einer Zurückhaltung bei einzelnen Mitgliedern des Gerichtshofes, die es zweifelsfrei auch gibt, sondern dies liegt auch daran, dass das Subsidiaritätsprinzip, wenn man es Tatbestandsmerkmal für Tatbestandsmerkmal überprüft, große Anwendungsschwierigkeiten offenbart. Das muss man, glaube ich, so sehen. Und man kann natürlich nicht vom Gerichtshof erwarten, dass er ein solches Prinzip kräftiger entfalten wird, als es der Gemeinschaftsgesetzgeber vermochte. Also hier bitte ich einfach um Nachsicht, denn ich glaube, dass der Gerichtshof hier nicht der richtige Ansprechpartner ist.

<18>

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist eigentlich am ehesten geeignet, von der normativen Substanz her diese Funktion zu übernehmen. Insoweit, glaube ich, sind die Chancen ganz gut, weil wir in der bisherigen Rechtssprechung durchaus Linien kennen, in welchen das Verhältnismäßigkeitsprinzip sehr präzise und sehr rigide durchgeführt worden ist. In anderen Fällen ist es dann aufgelöst worden zu einer bloßen Ermessensdirektive. Das ist richtig, aber um die Schlussfolgerung aus all dem zu ziehen, kann ich nicht sagen, dass der Gerichtshof auf diese Grundsatzfrage eine bestehende Antwort hätte. Ich kann Ihnen lediglich sagen, dass wir im Mai einen Nachfolgefall zur Keck-Rechtssprechung verhandeln werden, der aus der Fünferkammer in die Große Kammer gegeben worden ist, da man gesagt hat: Dies ist unter den Gesichtspunkten, wie man die Ebenen untereinander verknüpft, ein wichtiges Element. Also, es gibt Sensibilität, aber wie es ausgeht, das kann ich Ihnen naturgemäß nicht sagen. Es ist auch unabhängig von der Anwesenheit am Gerichtshof schwierig, weil wir häufig verkennen, dass doch viele Entscheidungen des Gerichtshofes mit knapper Mehrheit fallen. Und wenn Sie das sehen, müssen Sie einfach feststellen, dass man zwei, drei, vier Entscheidungen, die mit knapper Mehrheit gefallen sind, natürlich im Gerichtshof anders behandelt als vier Entscheidungen, die im Grunde einstimmig gefallen sind. Deswegen kann man diese Diskussion von außen nur sehr begrenzt betrachten und auch von innen sind einige Dinge dann mit Vorsicht zu genießen, auch wenn sie schon in den Büchern stehen. Ich bitte da um Nachsicht, wenn ich nicht präziser sein kann.“

<19>

Prof. Dr. Christian Lohse

„Es ist mir neu, dass Entscheidungen im Gerichtshof häufig mit sehr knapper Mehrheit getroffen werden. Wäre das nicht die Frage wert, im Gerichtshof das dissenting vote einzuführen?“

<20>

Prof. Dr. Thomas von Danwitz

„Ja, diese Frage ist nun wiederum im Gerichtshof wohl bekannt und vertraut. Natürlich sagt immer einer, der überstimmt wurde: Jetzt möchte ich aber mal aufschreiben dürfen, was an der Entscheidung nicht richtig ist oder so. Das liegt auf der Hand. Die deutsche Position

besteht eher darin, zu sagen, dass man sehr gute Erfahrungen mit dem dissenting vote beim Bundesverfassungsgericht gemacht hat. Es hat mittelfristig zur Steigerung der Qualität der Rechtsprechung beigetragen, da diese interne Kritik im Grunde genommen die Qualität der nachfolgenden Rechtsprechung stark verbessert hat. Auf der anderen Seite muss man sagen, dass das Fehlen des dissenting vote dazu führt, jedenfalls in die Begründung Elemente einzufügen, die es auch der Minderheit zumindest erleichtern, nach Hause zu fahren und zu sagen: Ja, so ist das Urteil ergangen. Das gelingt nicht immer, das gelingt nicht in allen Rechtssachen, aber insofern hat das Fehlen der dissenting opinion auch einen positiven Effekt, jedenfalls sollte das einen solchen Effekt haben. In dem guten halben Jahr, das ich jetzt schon am Gerichtshof bin, habe ich es zweimal erlebt, dass man gesagt hat: Das ist zwar klar eine Minderheitenposition, aber wir nehmen sie dennoch auf. Das ist dann vielleicht in der Lektüre nicht so deutlich, aber es erklärt vielleicht, warum die Urteile des Gerichtshofs unseren dogmatischen Qualitätsstandards nicht immer genügen, weil dann eben geflickt wird.“

<21>

Dr. Peter Michael Mombaur¹¹

„Diese Tagung bewegt sich ständig an der Nahtstelle zwischen Rechtsanwendung und Politik. Gestatten Sie deswegen bitte zu diesem Thema – die letzte Frage hat mich dazu angereizt – eine Bemerkung.

Dieses dissenting vote, so meine ich, müsste man aus dem Wachsen einer rechtswissenschaftlichen Kultur beurteilen. Machen wir uns nichts vor. Wenn wir über dissenting vote innerhalb des EuGH nachdenken, dann wird nach meiner Erfahrung schnell über ganz neue zusätzliche Themen debattiert. Dann diskutieren etwa die beiden EU-Gesetzgebungsorgane sowie viele nationale Parlamente, die sich derzeit um national champions bemühen, – das hängt alles zusammen -, vielleicht unversehens etwa Kernelemente der Europäischen Zentralbank: dann werden etliche auf Vorschläge zurückkommen, die alle Zentralbanksratsmitglieder und insbesondere die Präsidenten Trichet und zuvor Duisenberg meines Erachtens zu Recht abgelehnt haben, dass nämlich dann auch die Protokolle über die Zentralbankratssitzungen zu veröffentlichen seien. Dort sind nämlich ebenfalls vielfältig dissenting votes der Diskussionen gegeben. Diese zu veröffentlichen berührte jedoch den Kern einer unabhängigen Geldpolitik, also den wesentlichen Punkt. In der EU wie in jeder Politik läßt sich die Diskussion nicht auf einen Punkt beschränken. Wer will, wird so argumentieren: Weil diese Diskussion für ein Organ geführt wird, sollte sie auch mit Bezug auf andere Organe geführt werden. Bei zwei unabhängigen Instituten, dem Europäischen Gerichtshof und der Europäische Zentralbank, ist eine Diskussion schwerlich auf ein Organ zu beschränken.“

¹¹ Dr. iur. Peter Michael Mombaur war nach seinem Studium der Rechtswissenschaft und der Geschichte geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen und des NRW-Städte- und Gemeindebundes, stv. Mitglied des Verfassungsgerichtshofs NRW, Mitglied des Europäischen Parlaments und Vertreter der CDU-Mitglieder des EP im Europäischen Grundrechte-Konvent.

<22>

Prof. Dr. Thomas von Danwitz

„Herr Mombaur, ich kann nur ergänzend auf das Kruzifix-Urteil des Bundesverfassungsgerichts hinweisen. Das wurde auch in einem großen deutschen Bundesland respektiert, aber nicht beachtet. Also, es ist natürlich eine Gratwanderung, inwiefern man der Rechtssprechung mit solchen dissenting opinions noch einen Gefallen tut. Der Straßburger Menschenrechtsgerichtshof hat insofern eine andere Traditionslinie begründet, die nun keine offensichtlichen Disfunktionalitäten aufweist. Man kann das so und so sehen.“

<23>

Prof. Dr. Isolde Burr

„Die Diskussion hat eine Vielfältigkeit von Fragestellungen gezeigt, die durch Ihren Vortrag, Herr von Danwitz, so eindrucksvoll an- und ausgesprochen wurden. Ich darf Ihnen und den Diskutanten sehr herzlich danken.“