

TOBIAS KRUIS

Der Anwendungsvorrang
des EU-Rechts in
Theorie und Praxis

Jus Internationale et Europaeum

73

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

73



Tobias Kruis

Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis

Seine Durchsetzung in Deutschland. Eine
theoretische und empirische Untersuchung anhand
der Finanz- und Verwaltungsgerichte und Behörden

Mohr Siebeck

Tobias Kruis, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaften in München und London; derzeit Rechtsanwalt im Bereich Kartell- und Wettbewerbsrecht in Brüssel.

e-ISBN PDF 978-3-16-152158-4

ISBN 978-3-16-152007-5

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen.

Mein ganz besonders herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Rudolf Streinz, an dessen Lehrstuhl diese Arbeit entstanden ist. Er hat mein Promotionsvorhaben stets vorbildlich betreut und stand mir jederzeit als Ansprechpartner bereitwillig zur Verfügung. Herrn Professor Dr. Jens Kersten danke ich besonders für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Mein Dank gilt weiterhin Herrn Professor Dr. Thilo Marauhn und Herrn Professor Dr. Christian Walter für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Dank schulde ich darüber hinaus der Münchener Juristischen Gesellschaft, die diese Arbeit mit dem Promotionspreis ausgezeichnet hat.

Die Fertigstellung dieser Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne die Mitwirkung zahlreicher Verwaltungsbehörden, die bereit waren, den von mir versandten Fragebogen auszufüllen. Mein Dank gilt daher den jeweiligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in den folgenden Behörden: die kreisfreien Städte Augsburg, Amberg, Aschaffenburg, Erlangen, Fürth, Rosenheim, Bayreuth, Hof, Ingolstadt, Kaufbeuren, Kempten, Landshut, Memmingen, München, Nürnberg, Regensburg, Straubing, Würzburg; die Landratsämter Aichach-Friedberg, Altötting, Ansbach, Aschaffenburg, Augsburg, Bamberg, Berchtesgardener Land, Dillingen an der Donau, Donau-Ries, Eichstätt, Erding, Erlangen-Höchstadt, Forchheim, Fürstentfeldbruck, Freising, Garmisch-Partenkirchen, Hof, Kitzingen, Kulmbach, Landsberg am Lech, Lindau, Main-Spessart, Miesbach, Mühldorf am Inn, Neumarkt in der Oberpfalz, Neustadt an der Waldnaab, Pfaffenhofen an der Ilm, Nürnberger Land, Regen, Rhön-Grabfeld, Rosenheim, Rottal-Inn, Schwandorf, Schweinfurt, Traunstein, Weilheim-Schongau; die Bezirksregierungen Detmold und Münster, die Landesverwaltungsämter Halle und Weimar; die Landesdirektion Leipzig; die Regierungspräsidien Darmstadt und Tübingen; die Regierungen von Oberbayern, der Oberpfalz, von Oberfranken; die folgenden Ministerien: Justiz, Arbeit und Soziales (Baden-Württemberg); Staatskanzlei, Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (Bayern); Wirtschaft, Techno-

logie und Forschung (Berlin); Wirtschaft und Europaangelegenheiten (Brandenburg), Inneres und Sport, Wirtschaft, Arbeit und Häfen (Bremen); Finanzen, Wirtschaft und Arbeit, Stadtentwicklung und Umwelt (Hamburg); Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Staatskanzlei, Wissenschaft und Kunst, Justiz, für Integration und Europa (Hessen); Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung, Staatskanzlei, Arbeit, Gleichstellung und Soziales, Inneres und Sport, Justiz, Landwirtschaft, Umwelt und Verbraucherschutz, Bildung, Wissenschaft und Kultur (Mecklenburg-Vorpommern); Kultus, Inneres und Sport, Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung, Justiz (Niedersachsen); Innovation, Wissenschaft, Forschung, Staatskanzlei, Justiz, Schule und Weiterbildung, Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr (Nordrhein-Westfalen); Finanzen, Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie, Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung, Inneres, Sport und Infrastruktur, Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten (Rheinland-Pfalz); Bildung und Kultur, Finanzen, Inneres und Europaangelegenheiten, Staatskanzlei (Saarland); Justiz, Landwirtschaft und Umwelt, Inneres, Wirtschaft und Arbeit, Landwirtschaft und Umwelt (Sachsen-Anhalt); Justiz und für Europa, Umwelt und Landwirtschaft, Soziales und Verbraucherschutz (Sachsen); Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume, Inneres, Bildung und Wissenschaft, Arbeit, Soziales und Gesundheit (Schleswig-Holstein); Landesentwicklung und Verkehr, Inneres (Thüringen).

Meinem Vater, Herrn Klaus Kruis, danke ich für die kritische Durchsicht der Arbeit. Mein Dank gilt meinen ehemaligen Kollegen am Lehrstuhl, Herrn Professor Dr. Christoph Herrmann und Herrn Dr. Philipp Reuß. Die zahlreichen konstruktiven Diskussionen mit diesen guten Freunden haben sowohl mich als auch diese Arbeit bereichert. Abschließend danke ich meinen lieben Eltern Klaus und Ingrid Kruis, deren stetiger Rückhalt mir nicht nur diese Arbeit, sondern auch meine persönliche wie berufliche Entwicklung erst ermöglicht hat.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand vom 1.10.2011. Danach erschienene Literatur und Rechtsprechung wurde vereinzelt berücksichtigt.

Brüssel, im Dezember 2012

Tobias Kruis

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----------|
| Vorwort..... | V |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| | |
| Teil I: Einleitung | 1 |
| | |
| Teil II: Anwendungsvorrang in der Theorie..... | 5 |
| | |
| <i>I. Rechtstheoretische Vorüberlegungen</i> | <i>5</i> |
| 1. Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht | 5 |
| a) Eine einheitliche Rechtsordnung mit Primat des Unionsrechts | 8 |
| b) Eine einheitliche Rechtsordnung mit Primat des nationalen Rechts | 9 |
| c) Kritik an den rechtsordnungsmonistischen Deutungen | 9 |
| d) Pluralismus der Rechtsordnungen | 10 |
| aa) Blickwinkel der nationalen Verfassung..... | 14 |
| bb) Blickwinkel der Europäischen Union..... | 14 |
| cc) Autonomie als „Gretchenfrage“? | 15 |
| e) Folgen eines Rechtsordnungspluralismus für den Rechtsanwender..... | 22 |
| f) Lösungsansätze für Konflikte zwischen mehreren Rechtsordnungen | 25 |
| aa) Konfliktvermeidung durch Abgrenzung..... | 25 |
| bb) Konfliktvermeidung durch Kompetenzausscheidung | 26 |
| cc) Konfliktvermeidung durch Parallelität der Kollisionsnormen | 30 |
| dd) Konfliktvermeidung durch inhaltliche Angleichung der Rechtsordnungen | 31 |
| ee) Konfliktvermeidung durch Koordination (Hierarchie) | 32 |
| 2. Zusammenfassung | 43 |

| | |
|---|----|
| II. Die Entwicklung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts | 44 |
| 1. Rechtsprechung des Gerichtshofs..... | 44 |
| a) Voraussetzung des Vorrangs: der Konfliktfall: Van Gend & Loos..... | 44 |
| b) Lösung des Konflikts: Vorrang des Gemeinschaftsrechts: Costa/ENEL | 46 |
| c) Reichweite des Vorrangs | 49 |
| d) Die Zuständigkeitsfragen: Simmenthal und Costanzo | 52 |
| 2. Akzeptanz durch nationale Gerichte..... | 54 |
| a) Zusammenfassung der Rechtsprechung des BVerfG | 54 |
| b) Überblick über die Anerkennung des Vorrangs in den anderen Mitgliedstaaten | 57 |
| aa) Unbegrenzter Vorrang des Gemeinschaftsrechts (bzw. jetzt des Unionsrechts) | 57 |
| (1) Estland..... | 57 |
| (2) Finnland | 58 |
| (3) Luxemburg | 58 |
| (4) Niederlande | 58 |
| (5) Österreich | 59 |
| (6) Zypern | 60 |
| bb) Begrenzter Vorrang | 61 |
| (1) Belgien | 61 |
| (2) Dänemark | 61 |
| (3) Großbritannien | 61 |
| (4) Irland | 62 |
| (5) Italien | 64 |
| (6) Portugal | 64 |
| (7) Slowenien..... | 64 |
| (8) Schweden | 65 |
| (9) Spanien..... | 66 |
| (10) Tschechische Republik | 67 |
| (11) Ungarn..... | 68 |
| cc) Vorrang der nationalen Verfassung..... | 68 |
| (1) Frankreich | 68 |
| (2) Litauen | 69 |
| (3) Polen..... | 70 |
| (4) Griechenland | 71 |
| dd) Offene Rechtslage | 71 |
| (1) Lettland | 71 |
| (2) Malta | 72 |

| | |
|---|-----------|
| (3) Slowakei..... | 72 |
| (4) Bulgarien, Rumänien | 72 |
| 3. Verankerung in den Verträgen | 72 |
| a) Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit | 73 |
| b) Verfassungsvertrag | 74 |
| c) Vertrag von Lissabon..... | 76 |
| <i>III. Anwendungsvorrang des Unionsrechts?</i> | <i>77</i> |
| 1. Vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon | 78 |
| 2. Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon | 82 |
| a) Anwendungsvorrang im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts | 83 |
| b) Anwendungsvorrang im Bereich der GASP | 89 |
| 3. Zusammenfassung | 93 |
| <i>IV. Systematik des Anwendungsvorrangs</i> | <i>94</i> |
| 1. Vorrang als Kollisionsnorm | 94 |
| a) Begriff und Bedeutung von Kollisionsnormen | 94 |
| b) Vorrang als Prinzip? | 96 |
| 2. Kollisionsfälle | 98 |
| a) Direkte Kollision | 99 |
| b) Indirekte Kollision..... | 100 |
| c) Indirekte Kollisionen und Vorrang gegenüber individuell- konkreten Rechtsakten..... | 103 |
| 3. Kollisionsvoraussetzungen..... | 106 |
| a) Gültigkeit und Anwendbarkeit der nationalen Norm | 106 |
| b) Gültigkeit und Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Norm | 109 |
| aa) Unmittelbare Wirkung | 109 |
| (1) Primärrecht..... | 112 |
| (2) Verordnungen..... | 112 |
| (3) Richtlinien..... | 112 |
| (4) Beschlüsse..... | 114 |
| (5) Völkerrechtliche Verträge..... | 115 |
| bb) Verhältnis von unmittelbarer Wirkung und Vorrang | 115 |
| (1) Die klassische Auffassung | 115 |
| (2) Ersetzungswirkung und Ausschlusswirkung | 115 |
| (3) Kritik | 118 |
| (a) Regelungslücken..... | 118 |
| (b) Schwierigkeiten in der Abgrenzung | 118 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| (c) | Fälle auch lösbar unter Rückgriff auf bisher anerkannte Rechtsinstitute | 119 |
| (d) | Die bisherige Rechtsprechung widerspricht einer Trennung des Zusammenhangs zwischen unmittelbarer Wirkung und Vorrang | 121 |
| (e) | Es besteht kein „Geltungsvorrang“ des Unionsrechts .. | 122 |
| c) | Widersprüchliche Rechtsfolgen | 122 |
| 4. | Rechtsfolgen des Anwendungsvorrangs | 123 |
| 5. | Zusammenfassung | 126 |
| <i>V.</i> | <i>Durchsetzung des Anwendungsvorrangs: Kollisionslösung</i> | <i>126</i> |
| 1. | Die Rolle des EuGH bei der Kollisionslösung | 127 |
| a) | Vertragsverletzungsverfahren | 128 |
| b) | Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV | 129 |
| aa) | Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs | 129 |
| bb) | Vorlagerecht und Vorlagepflicht | 132 |
| cc) | Bindungswirkung der Entscheidung | 135 |
| (1) | Bindungswirkung für Gerichte | 135 |
| (2) | Bindungswirkung für nationale Verwaltungsbehörden | 144 |
| (3) | Bindung des Gesetzgebers | 145 |
| 2. | Rolle der nationalen Gerichte | 145 |
| a) | Kompetenz zur Anwendung und Auslegung des Unionsrechts sowie zur Kollisionslösung | 145 |
| aa) | Unionsrechtliche Sicht | 145 |
| bb) | Verfassungsrechtliche Sanktion | 147 |
| cc) | Einschränkung durch Verfahrensvorschriften | 149 |
| b) | Nichtanwendung durch die nationalen Gerichte | 150 |
| aa) | Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof vor Nichtanwendung einer nationalen Norm? | 151 |
| (1) | Unionsrecht | 152 |
| (2) | Nationales Verfassungsrecht (Art. 100 Abs. 1 GG analog bzw. Art. 19 Abs. 4 GG) | 152 |
| bb) | Bewertung | 154 |
| c) | Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung | 155 |
| aa) | Geltungsgrund der unionsrechtskonformen Auslegung | 155 |
| bb) | Subsidiarität der Nichtanwendung zur unionsrechtskonformen Auslegung | 160 |
| cc) | Verhältnis der unionsrechtskonformen Auslegung zu den übrigen Auslegungsmethoden | 162 |
| dd) | Gegenstand der Konformauslegung | 162 |
| ee) | Inhalt und Reichweite der unionsrechtskonformen Auslegung für die nationalen Gerichte | 163 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 3. | Rolle der nationalen Verwaltungsbehörden | 167 |
| a) | Kompetenz der Verwaltung zur Kollisionsfeststellung und Kollisionsentscheidung | 167 |
| aa) | Einwände nach nationalem Recht: Gesetzesbindung der Verwaltung, Rechtssicherheit, Gewaltenteilung und Verwerfungsmonopol | 168 |
| (1) | Gesetzesbindung | 168 |
| (2) | Beamtenrechtliche Gehorsamspflicht | 170 |
| (3) | Rechtssicherheit | 170 |
| (4) | Gewaltenteilung und Verwerfungsmonopol | 171 |
| bb) | Einwände aufgrund des Unionsrechts: Rechtssicherheit und uneinheitliche Anwendung | 172 |
| cc) | Argumente für eine Kompetenz zur Kollisionsentscheidung | 172 |
| dd) | In der Literatur gezogenes Fazit | 173 |
| ee) | Keine weitergehende Klärung durch den Fall DocMorris II | 174 |
| ff) | Stellungnahme | 178 |
| (1) | Beachtlichkeit der nationalen Einwände | 178 |
| (2) | Die einheitliche Anwendung des Unionsrechts | 181 |
| (3) | Rechtssicherheit | 182 |
| (4) | Keine Beschränkung auf offensichtliche Kollisionen | 182 |
| (5) | Keine Koordinierung der Kollisionsentscheidung bei der Verwaltungsspitze | 186 |
| (6) | Koordinierung der Kollisionsfeststellung bei der Verwaltungsspitze unter Berücksichtigung der funktionalen Rolle der Verwaltungsbehörden | 190 |
| gg) | Zusammenfassung | 194 |
| b) | Pflicht der Verwaltungsbehörden zur unionsrechtskonformen Auslegung | 195 |
| 4. | Rolle des Gesetzgebers | 196 |
| a) | Pflicht zur Bereinigung der Rechtsordnung | 196 |
| b) | Rückwirkende Bereinigung | 198 |
| 5. | Zusammenfassung | 199 |
| | | |
| VI. | <i>Grenzen des Anwendungsvorrangs für die nationalen Rechtsanwender</i> | 200 |
| 1. | Unionsrechtliche Grenzen | 201 |
| a) | Begrenzung durch allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts | 201 |
| b) | Begrenzung durch Art. 4 Abs. 2 EUV | 202 |
| c) | Begrenzung der zeitlichen Wirkung des Anwendungsvorrangs .. | 202 |

| | |
|---|---------|
| aa) Art. 264 Abs. 2 AEUV analog | 203 |
| bb) Rechtsprechung des EuGH zur Begrenzung der Rückwirkung von Auslegungsurteilen | 204 |
| 2. Begrenzung des Anwendungsvorrangs aus Sicht des nationalen Rechts..... | 208 |
| a) Identitätskontrolle, insbesondere Grundrechtsschutz..... | 208 |
| b) Ausbrechender (Ultra-vires) Rechtsakt | 211 |
| 3. Zusammenfassung | 216 |
| <i>VII. Anwendungsvorrang und Regelungslücken.....</i> | 217 |
| 1. Begriff der Regelungslücke..... | 218 |
| 2. Entstehung von Regelungslücken durch den Anwendungsvorrang .. | 221 |
| 3. Rechtsprechung des EuGH zu Regelungslücken..... | 224 |
| a) Rechtssache C-289/91, Kuhn / Landwirtschaftskammer Rheinland-Pfalz..... | 225 |
| b) Rechtssache C-194/94, CIA Security International | 226 |
| c) Verbundene Rechtssache C-399/92 et al., Helmig u. a. | 227 |
| d) Urteile, in denen eine Regelungslücke aus Sicht des Unionsrechts zumindest in Kauf genommen wird | 228 |
| e) Analyse und Bewertung..... | 230 |
| 4. Unverhältnismäßige Beschränkung von Grundfreiheiten und Regelungslücke..... | 233 |
| a) Ermöglichung einer temporären Suspendierung des Anwendungsvorrangs | 236 |
| b) Eigener Ansatz: Schonung der nationalen Rechtsordnung durch Teilunanwendbarkeit und anwendungserhaltende Reduktion | 239 |
| aa) Ausgangspunkt: Unanwendbarkeit einer nationalen Regelung, soweit die Unionsrechtswidrigkeit reicht | 239 |
| bb) Vergleich mit der Teilnichtigkeit von Gesetzen und der geltungserhaltenden Reduktion | 241 |
| (1) Teilnichtigkeit von Gesetzen | 241 |
| (2) Praxis des BVerfG bei der Nichtigerklärung verfassungswidriger Normen | 242 |
| (3) Geltungserhaltende Reduktion im Zivilrecht..... | 244 |
| cc) Konfliktbegrenzung durch „Teilunanwendbarkeit“ und „anwendungserhaltende Reduktion“ aufgrund des Anwendungsvorrangs | 245 |
| (1) Reichweite und Zulässigkeit | 245 |
| (2) Verhältnis zur unionsrechtskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung..... | 250 |
| (3) Zuständigkeit für Teilunanwendbarkeit und anwendungserhaltende Reduktion | 251 |

| | |
|--|-----|
| dd) Beispiele | 251 |
| (1) Beispiel anhand von § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG..... | 251 |
| (2) Beispiel anhand des Apothekenrechts..... | 253 |
| ee) Grenzen von Teilunanwendbarkeit und anwendungserhaltender Reduktion | 256 |
| ff) Unionsrechtskonforme Neuregelung kraft richterlicher Notkompetenz?..... | 257 |
| 5. Zusammenfassung | 260 |
| <i>VIII. Zusammenfassung von Teil II</i> | 260 |

Teil III: Anwendungsvorrang in der Praxis der Finanz- und Verwaltungsgerichte

| | |
|--|-----|
| <i>I. Praxis der Finanzgerichte</i> | 263 |
| 1. Rolle des Unionsrechts für die Finanzgerichte | 263 |
| 2. Rolle der Finanzgerichte für das Unionsrecht..... | 265 |
| a) Bedeutung der Finanzgerichte im Integrationsprozess | 265 |
| b) Vorlage- und Befolungspraxis | 265 |
| 3. Darstellung der Praxis..... | 266 |
| a) Praxis der Finanzgerichte bis Mitte der neunziger Jahre im Überblick..... | 266 |
| aa) Frühe Praxis bis zum Lütticke-Urteil des BVerfG..... | 267 |
| bb) Praxis bis zum Kloppenburg-Urteil des BVerfG | 268 |
| cc) Praxis bis Mitte der neunziger Jahre | 269 |
| b) Analyse der aktuellen Praxis im Bereich der direkten Steuern ... | 271 |
| aa) Anwendungsvorrang nach Vorlage an den EuGH im Verfahrensgang | 271 |
| (1) Entscheidungen des EuGH | 271 |
| (2) Folgeentscheidungen der Finanzgerichte..... | 272 |
| (a) Befolgung der EuGH-Entscheidungen durch die Finanzgerichte | 272 |
| (b) Aufhebung der Finanzgerichtsentscheidungen durch den BFH | 273 |
| (aa) Folgeentscheidungen in der Rechtssache Gerritse..... | 273 |
| (bb) Folgeentscheidungen in der Rechtssache Schwarz und Gootjes-Schwarz | 275 |
| (3) Kritik an der Praxis zur Einholung einer EuGH-Entscheidung..... | 276 |

| | |
|---|-----|
| bb) Anwendungsvorrang ohne Vorlage an den EuGH im Verfahrensgang | 279 |
| (1) Praxis der Finanzgerichte..... | 279 |
| (a) Praxis der Finanzgerichte ohne EuGH-Urteil in einem Parallelverfahren..... | 279 |
| (aa) Ablehnung eines Verstoßes gegen Unionsrecht und Reaktion des BFH im Instanzenzug..... | 280 |
| (i) Einleitung eines Vorabentscheidungs- verfahrens durch BFH | 280 |
| (ii) Aufhebung der Entscheidung der Finanzgerichte aufgrund einer zwischenzeitlich ergangenen EuGH- Entscheidung | 283 |
| (bb) Nichtanwendung nationalen Rechts durch die Finanzgerichte aufgrund des Anwendungsvorrangs | 284 |
| (i) Bestätigung durch den EuGH..... | 284 |
| (ii) Bestätigung durch den BFH..... | 287 |
| (iii) Nichtanwendung ohne spätere Bestätigung durch EuGH oder BFH..... | 292 |
| (cc) Zusammenfassung | 294 |
| (b) Praxis der Finanzgerichte mit EuGH-Urteil in einem Parallelverfahren | 295 |
| (aa) Befolgung der EuGH-Entscheidung..... | 295 |
| (bb) Weitere Anwendung nationalen Rechts..... | 298 |
| (cc) Zusammenfassung | 301 |
| (2) Praxis des Bundesfinanzhofs | 302 |
| (a) Praxis ohne EuGH-Urteil im Parallelverfahren..... | 302 |
| (b) Praxis mit EuGH-Urteil im Parallelverfahren | 305 |
| (c) Zusammenfassung | 306 |
| cc) Chronologische Übersicht..... | 306 |
| dd) Zusammenfassung | 309 |
| | |
| II. <i>Praxis der Verwaltungsgerichte</i> | 311 |
| 1. Rolle des Unionsrechts für die Verwaltungsgerichte | 311 |
| 2. Rolle der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der Durchsetzung des Unionsrechts | 312 |
| 3. Darstellung der Praxis..... | 313 |
| a) Überblick über die Praxis bis Ende der 1990er Jahre | 313 |
| aa) Praxis bis zum Solange I-Beschluss des BVerfG | 313 |
| bb) Praxis nach dem Solange I-Beschluss des BVerfG..... | 314 |
| (1) Grundsätzliche Akzeptanz des Anwendungsvorrangs..... | 314 |

| | |
|--|-----|
| (2) Zögerliche Akzeptanz der Kollisionsfeststellungs- | |
| kompetenz des EuGH..... | 315 |
| (3) Einfluss auf das öffentliche Dienstrecht | 315 |
| (a) Der Grundsatz der Entgeltgleichheit und die dazu | |
| ergangenen Richtlinien..... | 315 |
| (b) Anerkennung im Ausland erworbener akademischer | |
| Grade | 317 |
| (4) Einfluss auf das allgemeine Verwaltungsrecht als Folge | |
| der Alcan-Entscheidung des EuGH | 319 |
| (5) Grundrechtskollisionen | 319 |
| cc) Zusammenfassung | 319 |
| b) Darstellung der aktuellen Praxis der Verwaltungsgerichte seit | |
| dem Jahr 2000 bis Ende 2010 | 320 |
| aa) Anwendungsvorrang nach Vorlage an den EuGH im | |
| Verfahrensgang | 320 |
| (1) Vorwegnahme der EuGH-Entscheidung im | |
| Verfahrensgang | 322 |
| (a) Vereinbarkeit mit Primärrecht..... | 322 |
| (aa) §§ 4 Abs. 5, 14 Abs. 1 Futtermittelgesetzbuch ... | 322 |
| (bb) § 4 Abs. 3 der Mehrarbeitsvergütungs- | |
| verordnung (MArbV)..... | 323 |
| (cc) §§ 2, 3 des Gesetzes über das | |
| Ausländerzentralregister (AZRG)..... | 324 |
| (b) Vereinbarkeit mit Sekundärrecht..... | 324 |
| (aa) Telekommunikationsgesetz..... | 324 |
| (bb) Anerkennung im Ausland erworbener | |
| Fahrerlaubnisse | 327 |
| (2) Folgeentscheidungen der Verwaltungsgerichte | 328 |
| (a) Nichtanwendung nationalen Rechts durch die | |
| Verwaltungsgerichte aufgrund des Anwendungs- | |
| vorrangs nach Vorlage an den EUGH im | |
| Verfahrensgang | 328 |
| (aa) Fälle, in denen die EuGH-Entscheidung den | |
| Verwaltungsgerichten keinen | |
| Entscheidungsspielraum ließ | 328 |
| (i) Telekommunikationsgesetz..... | 329 |
| (ii) Gesetz über die Gewährung einer | |
| jährlichen Sonderzuwendung | 329 |
| (bb) Fälle, in denen die EuGH-Entscheidung den | |
| Verwaltungsgerichten Spielraum ließ..... | 329 |
| (i) Vereinbarkeit der Schiffsoffizier- | |
| Ausbildungsverordnung | 330 |

| | | |
|-------|--|-----|
| (ii) | Vereinbarkeit nationaler Bestimmungen mit dem Grundsatz der Entgeltgleichheit | 330 |
| (iii) | Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrags | 335 |
| (b) | Weitere Anwendung des nationalen Rechts durch die Verwaltungsgerichte nach Vorlage an den EuGH im Verfahrensgang | 335 |
| (aa) | Folgerurteil in der Rechtssache Ambulanz Glöckner..... | 336 |
| (bb) | Folgerurteil in der Rechtssache Radlberger | 336 |
| (c) | Fälle, in denen der Anwendungsvorrang trotz eindeutiger Entscheidung des EuGH im Verfahrensgang für die Verwaltungsgerichte in den Folgerurteilen keine Rolle mehr spielte..... | 338 |
| (aa) | Folgerurteil in der Rechtssache Beuttenmüller | 338 |
| (bb) | Folgerurteil in der Rechtssache DaimlerChrysler..... | 339 |
| (cc) | Folgerurteil in der Rechtssache Huber | 339 |
| (3) | Zusammenfassung..... | 341 |
| bb) | Anwendungsvorrang ohne Vorlage an den EuGH im Verfahrensgang | 341 |
| (1) | Praxis der Verwaltungsgerichte ohne EuGH-Urteil im Parallelverfahren | 341 |
| (a) | Glücksspielbereich..... | 342 |
| (aa) | Einführung in die Problematik | 342 |
| (bb) | Verschiedene Phasen der Rechtsprechung nationaler Gerichte | 345 |
| (i) | Erste Phase: 1991 bis zum 28.3.2006..... | 345 |
| (ii) | Zweite Phase: 29.3.2006 bis zum 31. Dezember 2007..... | 349 |
| (iii) | Dritte Phase: 1.1.2008 bis zum 8.9.2010 | 352 |
| (cc) | Zusammenfassung | 358 |
| (b) | Öffentliches Dienstrecht..... | 359 |
| (aa) | Einfluss der Dienstleistungsfreiheit | 359 |
| (i) | Beihilfefähigkeit der Kosten für Heilkuren im Ausland | 359 |
| (ii) | Beihilfefähigkeit der Transportkosten bei akutem Notfall im Ausland | 360 |
| (iii) | Beihilfefähigkeit der notwendigen Aufwendungen für medizinische Behandlungen im Ausland | 361 |

| | | |
|-------|---|-----|
| (bb) | Einfluss des Grundsatzes der Entgeltgleichheit, der Antidiskriminierungsrichtlinie sowie der Arbeitszeitrichtlinie(n) | 363 |
| (i) | Antidiskriminierungsrichtlinie | 363 |
| (ii) | Arbeitszeitrichtlinie(n) | 367 |
| (iii) | Grundsatz der Entgeltgleichheit | 369 |
| (cc) | Einfluss der Arbeitnehmerfreizügigkeit | 371 |
| (dd) | Zusammenfassung | 373 |
| (c) | Einwanderungs- und Asylrecht | 373 |
| (aa) | Grundsätzliche Anerkennung des Anwendungsvorrangs | 374 |
| (bb) | Einfluss des Primärrechts | 375 |
| (i) | Freizügigkeitsrechte von Unionsbürgern | 375 |
| (ii) | Einfluss der Dienstleistungsfreiheit | 375 |
| (cc) | Einfluss des Sekundärrechts | 378 |
| (i) | Einfluss der RL 64/221/EWG | 378 |
| (ii) | Qualifikationsrichtlinie | 380 |
| (iii) | Assoziationsabkommen | 380 |
| (dd) | Zusammenfassung | 382 |
| (d) | Lebensmittel- und Arzneirecht | 382 |
| (aa) | Lebensmittelrecht | 383 |
| (i) | Einfluss des Primärrechts | 383 |
| (ii) | Einfluss des Sekundärrechts | 384 |
| (bb) | Arzneimittelrecht | 387 |
| (e) | Umweltrecht und Abfallrecht | 387 |
| (aa) | Einfluss des Primärrechts | 388 |
| (i) | Altpapierstreit | 388 |
| (ii) | Dosenpfand | 389 |
| (bb) | Einfluss des Sekundärrechts | 389 |
| (i) | UVP-Richtlinie | 390 |
| (ii) | Öffentlichkeitsrichtlinie | 390 |
| (cc) | Abfallrahmenrichtlinie | 391 |
| (dd) | Zusammenfassung | 391 |
| (f) | Telekommunikationsrecht | 391 |
| (g) | Agrarrecht | 392 |
| (h) | Allgemeines Verwaltungsrecht | 393 |
| (i) | Weitere Bereiche, in denen sich der Anwendungsvorrang durchsetzte | 393 |
| (aa) | Einfluss des Primärrechts | 393 |
| (i) | Allgemeines Diskriminierungsverbot | 393 |
| (ii) | Freizügigkeit der Unionsbürger | 393 |
| (iii) | Warenverkehrsfreiheit | 394 |

| | |
|--|-----|
| (iv) Dienstleistungsfreiheit..... | 394 |
| (bb) Einfluss des Sekundärrechts | 395 |
| (i) Verordnungen..... | 395 |
| (ii) Richtlinien..... | 395 |
| (j) Bereiche, in denen die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht durchgehend bestätigt wurde | 398 |
| (k) Zusammenfassung..... | 399 |
| (2) Praxis der Verwaltungsgerichte mit einem EuGH-Urteil im Parallelverfahren | 400 |
| (a) Allgemeiner Befund | 400 |
| (b) Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten erteilten Fahrerlaubnissen..... | 403 |
| (aa) Hintergrund | 403 |
| (bb) Unionsrechtliche Vorgaben | 404 |
| (cc) Nationales Recht | 406 |
| (dd) Praxis der Verwaltungsgerichte | 407 |
| (i) Wohnsitzerfordernis..... | 407 |
| (ii) Vorangegangener Entzug der Fahrerlaubnis und Verhängung einer Sperrfrist..... | 409 |
| (iii) Besonderes Zuerkennungsverfahren | 411 |
| (iv) Medizinisch-Psychologisches Gutachten.... | 412 |
| (ee) Zusammenfassung | 416 |
| (c) Glücksspielrecht | 416 |
| (aa) EuGH-Urteile vom 8.9.2010 | 416 |
| (bb) Reaktion der Verwaltungsgerichte..... | 419 |
| (i) Teilanwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts | 420 |
| (ii) Gesamtkohärenz der Regelung | 421 |
| (iii) Eigenständigkeit des Internetverbots | 422 |
| (d) Zusammenfassung | 422 |
| (3) Zusammenfassung..... | 422 |
| cc) Praxis des Bundesverwaltungsgerichts..... | 424 |
| dd) Zusammenfassung und chronologischer Überblick | 426 |
| | |
| Teil IV: Anwendungsvorrang in der Praxis der Finanz- und Verwaltungsbehörden | 431 |
| | |
| I. Vorbemerkungen..... | 431 |

| | |
|---|-----|
| <i>II. Praxis der Finanzverwaltung im Bereich der direkten Steuern</i> | 433 |
| <i>III. Praxis der Verwaltungsbehörden</i> | 438 |
| 1. Allgemein | 438 |
| 2. Fragebogen | 442 |
| a) Methode und Fragestellung | 442 |
| b) Auswahl des Adressatenkreises, Versendung der Fragebögen und Rücklauf | 443 |
| c) Zusammenfassung der Ergebnisse | 446 |
| <i>IV. Zusammenfassung</i> | 457 |
| | |
| Teil V: Rückschlüsse von der Praxis auf die Theorie | 459 |
| <i>I. Rückschlüsse in Bezug auf nationale Gerichte</i> | 459 |
| 1. Konstruktionsfehler des Anwendungsvorrangs | 459 |
| a) Verfassungs)Rechtslage im rein nationalen Kontext | 459 |
| b) Rechtslage im unionalen Kontext | 461 |
| aa) Folgen der dezentralen Durchsetzung des Anwendungsvorrangs | 461 |
| bb) Mangelhafte Absicherung der Einbeziehung des EuGH | 463 |
| (1) Vertragsverletzungsverfahren | 463 |
| (2) Vorabentscheidungsverfahren | 463 |
| 2. Lösungsvorschlag: Einführung einer einfachgesetzlichen Vorlagepflicht | 467 |
| a) Vereinbarkeit mit Unionsrecht | 467 |
| b) Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht | 470 |
| c) Vorschlag eines EuGH-Vorlagegesetzes | 471 |
| <i>II. Rückschlüsse in Bezug auf nationale Verwaltungsbehörden</i> | 474 |
| | |
| Teil VI: Zusammenfassung | 477 |
| | |
| Anhang | 487 |
| Literaturverzeichnis | 681 |
| Sachregister | 709 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|--|
| a. A. | anderer Auffassung |
| a. F. | alte Fassung |
| A&R | Arzneimittel und Recht |
| AbfallR | Abfallrecht |
| ABl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| AGGlüStV | Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland |
| AGVwGO | Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung |
| AllMBL. | Allgemeines Ministerialblatt der Bayerischen Staatsregierung |
| Anm. | Anmerkung |
| AO | Abgabenordnung |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| ApoG | Gesetz über das Apothekenwesen – Apothekengesetz |
| ARB | Assoziationsratsbeschluss |
| ArbG | Arbeitsgericht |
| ArbRB | Der Arbeits-Rechts-Berater |
| Art. | Artikel |
| AStG | Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen – Außensteuergesetz |
| AufenthG | Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet – Aufenthaltsgesetz |
| Aufl. | Auflage |
| AusIG | Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet – Ausländergesetz |
| AusInvestmG | Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (Erster Teil des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften) – Auslandsinvestment-Gesetz |
| AVR | Archiv des Völkerrechts |
| AVwV | Allgemeine Verwaltungsvorschrift |
| AWD | Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters |
| Az. | Aktenzeichen |
| AZRG | Gesetz über das Ausländerzentralregister – AZR-Gesetz |

| | |
|-------------|--|
| BaföG | Bundesgesetz über individuelle Förderung der Ausbildung – Bundesausbildungsförderungsgesetz, |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAK | Blutalkohol |
| BayHSchG | Bayerisches Hochschulgesetz |
| BayVBl. | Bayerische Verwaltungsblätter |
| BayVGH | Bayerischer Verwaltungsgerichtshof |
| BasisVO | Basisverordnung |
| BAT | Bundesangestelltentarifvertrag |
| BB | Betriebs-Berater |
| BBesG | Bundesbesoldungsgesetz |
| BeamtStG | Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern – Beamtenstatusgesetz |
| BeamtVG | Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes – Beamtenversorgungsgesetz |
| Begr. | Begründer |
| Beschl. | Beschluss |
| BeckRS | Beck'sche Rechtssache |
| BewG | Bewertungsgesetz |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BFH/NV | Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs |
| BFHE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BhV | Beihilfenverordnung |
| BK | Bonner Kommentar |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BMI | Bundesministerium des Innern |
| BNatSchG | Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege – Bundesnaturschutzgesetz |
| BPatG | Bundespatentgericht |
| BranntwMonG | Gesetz über das Branntweinmonopol – Branntweinmonopolgesetz |
| BRRG | Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts – Beamtenrechtsrahmengesetz |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BStBl. | Bundessteuerblatt |
| BT-Drs. | Drucksachen des Deutschen Bundestages |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfG (K) | Bundesverfassungsgericht (Kammerentscheidung) |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerfGG | Bundesverfassungsgerichtsgesetz |
| BVerfGK | Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| BW | Baden-Württemberg |
| bzw. | beziehungsweise |
| ca. | circa |
| C.M.L.R. | Common Market Law Reports |
| C.M.L.Rev. | Common Market Law Review |

| | |
|----------|---|
| CR | Computer und Recht |
| d. | des |
| d. h. | das heißt |
| DAR | Deutsches Autorecht |
| DB | Der Betrieb |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe(n) |
| DÖD | Der öffentliche Dienst |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung |
| Drs. | Drucksache |
| DStJG | Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft |
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| DStRE | DStR-Entscheidungsdienst |
| DStZ | Deutsche Steuerzeitung |
| dt. | deutsch |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| E.C.L.R. | European Competition Law Reports |
| E.L.J. | European Law Journal |
| E.L.Rev. | European Law Review |
| Ebd. | Ebenda |
| EFG | Entscheidungen der Finanzgerichte |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| EEA | Einheitliche Europäische Akte |
| EigZulG | Eigenheimzulagengesetz |
| EJIL | European Journal of International Law |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |
| ErbStB | Der erbschaft-Steuer-Berater |
| ErbStG | Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| et al. | et alia |
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| EUDUR | Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuGRZ | Europäische Grundrechtezeitschrift |
| EuR | Europarecht |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EuZ | Zeitschrift für Europarecht |
| EuZA | Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EvStL | Evangelischens Staatslexikon |
| EVV | Vertrag über eine Verfassung für Europa – Europäischer Verfassungsvertrag |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWK | Europäischer Wirtschaftsraum |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |

| | |
|------------------|--|
| f. | folgende (Seite etc.) |
| ff. | folgende (Seiten etc.) |
| FAZ.NET | Frankfurter Allgemeine Zeitung (Internetportal) |
| FeV | Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr – Fahrerlaubnis-Verordnung |
| FFH-RL | Flora Fauna Habitat-Richtlinie |
| FG | Finanzgericht |
| FGO | Finanzgerichtsordnung |
| FGReport | FGReport |
| FinMin. | Finanzministerium |
| FMG | Futtermittelgesetz |
| Fn. | Fußnote |
| FR | Finanz-Rundschau |
| FS | Festschrift |
| GA | Generalanwalt |
| GASP | Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik |
| GBI. | Gesetzblatt |
| GdS | GdS Magazin |
| gem. | gemäß |
| GewArch | Gewerbearchiv |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GewStG | Gewerbesteuergesetz |
| GG | Grundgesetz |
| GlüStV | Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland – Glücksspielstaatsvertrag |
| GMBI. | Gemeinsames Ministerialblatt |
| GPR | Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht |
| GR-Charta | Charta der Grundrechte der Europäischen Union |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRURPrax | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht |
| GS | Gedächtnisschrift |
| GSVP | Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik |
| GVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| h. M. | herrschende Meinung |
| Harv. Int'l L.J. | Harvard International Law Journal |
| HGR | Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa |
| HmbGlüStVAG | Hamburgisches Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrages |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HS | Halbsatz |
| HStR | Handbuch des Staatsrechts |
| i. d. F. | in der Fassung von |
| i. E. | im Ergebnis |
| i. S. d. | im Sinne des |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| ICLQ | International and Comparative Law Quarterly |
| ICoN | International Journal of Constitutional Law |
| IHK | Industrie- und Handelskammer |

| | |
|--------------|---|
| InfAuslR | Informationsbrief Ausländerrecht |
| Int'l Org. | International Organisation |
| IÖD | Informationsdienst Öffentliches Dienstrecht |
| IPE | Handbuch Ius Publicum Europaeum |
| IRSt | Internationale Rechtshilfe in Strafsachen |
| IStR | Internationales Steuerrecht |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JöR n. F. | Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Neue Folge) |
| JStG | Jahressteuergesetz |
| JR | Juristische Rundschau |
| Jura | Juristische Ausbildung |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| K&R | Kommunikation und Recht |
| KommJur | Kommunaljurist |
| KrW-/AbfG | Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und der Förderung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen |
| KSE | Kölner Schriften zum Europarecht |
| KStG | Körperschaftssteuergesetz |
| LA | Liber Amicorum |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| lit. | Buchstabe |
| LFGB | Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch – Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch |
| LG | Landgericht |
| LKRZ | Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland |
| LMBG | Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen – Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz |
| LohnfortZG | Lohnfortzahlungsgesetz |
| LottStV | Lotteriestaatsvertrag |
| LRE | Sammlung Lebensmittelrechtlicher Entscheidungen |
| LS | Leitsatz |
| m. Anm. | mit Anmerkung |
| M.L.R. | Modern Law Review |
| m. w. Nachw. | mit weiteren Nachweisen |
| MedR | Medizinrecht |
| MMR | MultiMedia und Recht |
| MOG | Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen |
| MüKo | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport |
| NordÖR | Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland |
| Nr. | Nummer |
| NRW | Nordrhein-Westphalen |
| NUR | Natur und Recht |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NVwZ-RR | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |

| | |
|------------|--|
| NZA-RR | NZA-Rechtsprechungsreport Arbeitsrecht |
| NZS | Neue Zeitschrift für Sozialrecht |
| NZV | Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht |
| NZWehrR | Neue Zeitschrift für Wehrrecht |
| O.J.L.S. | Oxford Journal of Legal Studies |
| OFD | Oberfinanzdirektion |
| OLG | Oberlandesgericht |
| ÖstVGh | Österreichische Verwaltungsgerichtshof |
| OVG | Oberverwaltungsgericht |
| OVGE BE | Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin |
| PIZS | Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| Rdn. | Randnummer |
| RG | Reichsgericht |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| RGZ | Entscheidungen des reichsgerichts in Zivilsachen |
| RIW | Recht der internationalen Wirtschaft |
| RL | Richtlinie |
| Rs. | Rechtssache |
| RTDE | Revue Trimestrielle de Droit Europeen |
| S. | Satz |
| SG | Sozialgericht |
| Slg. | Sammlung |
| Sp. | Spalte |
| SpielV | Spielverordnung |
| SpuRt | Sport und Recht |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StIGH | Ständiger Internationaler Gerichtshof |
| StuW | Steuer und Wirtschaft |
| StV | Der Strafverteidiger |
| StVZO | Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung |
| ThürVBl | Thüringer Verwaltungsblätter |
| TKG | Telekommunikationsgesetz |
| TzBfG | Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge – Teilzeit- und Befristungsgesetz |
| UAbs. | Unterabsatz |
| UStG | Umsatzsteuergesetz |
| UVP | Umweltverträglichkeitsprüfung |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| v. | vom |
| VBIBW | Baden-Württembergische Verwaltungsblätter |
| VD | Verkehrsdienst |
| verb. Rs. | verbundene Rechtssache |
| Verf. | Verfasser |
| VerfO EuGH | Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Union |
| VfGH | Verfassungsgerichtshof |
| VG | Verwaltungsgericht |

| | |
|---------|---|
| VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| VGHE BY | Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs |
| vgl. | vergleiche |
| VN | Vereinte Nationen |
| VO | Verordnung |
| Vorbem. | Vorbemerkungen |
| VR | Verwaltungsroundschau |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen |
| WVRK | Wiener Vertragsrechtskonvention |
| YEL | Yearbook of European Law |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZaöRV | Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht |
| ZAR | Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik |
| ZBR | Zeitschrift für Beamtenrecht |
| ZESAR | Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht |
| ZEuS | Zeitschrift für europarechtliche Studien |
| ZfZ | Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern |
| ZfSch | Zeitschrift für Schadensrecht |
| ZfWG | Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZHG | Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis |
| ZLR | Zeitschrift für Lebensmittelrecht |
| ZMGR | Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht |
| ZÖR | Zeitschrift für öffentliches Recht |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |
| ZUR | Zeitschrift für Umweltrecht |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozess |

Teil I

Einleitung

Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, die unmittelbare Wirkung und der Anwendungsvorrang bilden die Grundpfeiler der Unionsrechtsordnung. Durch sie unterscheidet sich die Europäische Union von herkömmlichen völkerrechtlichen Verträgen. Während das Vorabentscheidungsverfahren dem Europäischen Gerichtshof die Rolle als Garant der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts sichert, wird Letzteres durch die unmittelbare Wirkung zum „law of the land“. Nationale Gerichte werden so zumindest auch zu Unionsgerichten. Mit John Temple Lang gesprochen ist es sicher richtig, dass

„every national court in the European Community is now a Community law Court. (...) In fact national courts probably apply Community law more often than the two Community courts do. (...) [E]very national court, whatever its powers, is a Community court of general jurisdiction, with power to apply all rules of Community law.“¹

Dieser Befund gilt nicht nur für die nationalen Gerichte; John Temple Lang hat ihn bald auch auf nationale Behörden erweitert.² Nationale Gerichte und Behörden haben somit das unmittelbar wirksame Unionsrecht anzuwenden und ihm so zur Durchsetzung zu verhelfen. Bei dieser Aufgabe stützt sie der Anwendungsvorrang mit einem mächtigen Instrument zur Durchsetzung aus. Danach haben sie entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen. Ob es sich dabei auf Seiten des nationalen Rechts um eine Satzung, eine Rechtsverordnung oder die Verfassung handelt, ist ohne Bedeutung. Doch gefallen sich nationale Gerichte und Verwaltungsbehörden in ihrer Rolle als „Unionsgerichte“ und „Unionsbehörden“ auch? Während mittlerweile unstreitig feststeht, dass das Bundesverfassungsgericht diesen Anwendungsvorrang wengleich nicht vollumfänglich so doch im Grundsatz anerkannt hat, ist wenig darüber berichtet, wie Fachgerichte – vor allem die Instanzgerichte – und Verwaltungsbehörden damit umge-

¹ *Temple Lang*, E.L.Rev. 1997, 3, 3. Zur Bezeichnung der nationalen Gerichte als „europäische Gerichte“ bereits *Zuleeg*, JZ 1994, 1, 2. Für die Bezeichnung als Unionsrechtsgerichte (bzw. „Gemeinschaftsrechtsgerichte“) *Burgi*, Verwaltungsprozeß und Europarecht, S. 58.

² *Temple Lang*, E.L.Rev. 1998, 109.

hen, wenn sie mit der Unionsrechtswidrigkeit einer Norm des nationalen Rechts konfrontiert werden.

Fälle, in denen über das Recht der Europäischen Union als „fremdes Recht“ Beweis erhoben wurde,³ dürften eher dem Kuriositätenkabinett zuzuordnen sein und mittlerweile nicht mehr oder allenfalls selten vorkommen. Andererseits wurde bis vor kurzem noch bezweifelt, ob es überhaupt vorkomme, dass Gerichte (vor allem der unteren Instanzen) von sich aus nationales Recht außer Anwendung lassen.⁴ Dieser Eindruck dürfte sich jedenfalls geändert haben, seitdem der Anwendungsvorrang vor allem aufgrund der viel kritisierten Mangold-Entscheidung des EuGH⁵ sowie der Folgerechtsprechung⁶ Einfluss in das Zivilrecht und dort vor allem in das Arbeitsrecht gefunden hat. Hierzu wird dem EuGH vereinzelt vorgeworfen, das BGB werde in das Belieben der Gerichte gestellt.⁷ Auf der anderen Seite beklagen EuGH-Richter, dass die „unbedingte, gegenüber dem nationalen Recht vorrangige Geltung und Anwendung“ des EU-Rechts nicht anerkannt werde.⁸ Eine Betrachtung der tatsächlichen Rechtsprechungspraxis der nationalen Fachgerichte zum Anwendungsvorrang fehlt jedoch bisher.

³ So der 15. Senat des OLG München in einem Beschluss vom 22.6.1988, in welchem dieser gem. § 293 ZPO ein Rechtsgutachten über das „unbekannte“ Europäische Gemeinschaftsrecht einholen ließ, *OLG München* – Beschl. v.22.6.1988 – 15 U 6478/87, EuR 1988, 409, m. Anm. *Nicolaysen*.

⁴ So etwa der Diskussionsbeitrag von Prof. Dr. *Hirsch* selbst zu seinem Referat, *Hirsch*, Verhältnis des deutschen Verfassungsrechts zum Europarecht, in: Pelka (Hrsg.), *DStJG* 23, S. 175, 188: „Ich habe schon öfter mit deutschen Richtern zu dem Thema diskutiert und bisher noch keinen Fall gehört, in dem in der Tat z. B. ein deutscher Amtsrichter ein deutsches Gesetz nicht angewendet hat unter Hinweis darauf, dass es gegen Gemeinschaftsrecht unmittelbar verstößt“. Dazu weiter Prof. Dr. *Wassermeyer* (Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof 1998–2005), ebd., 189: „Es gibt doch gar nicht diese Rangfolge, daß, wenn nationales Recht gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, das nationale Recht nicht anwendbar sei. Ganz im Gegenteil, es ist anwendbar. Das ist dann ein Vertragsverstoß, und wir würden beim EuGH mit Erfolg verklagt werden. Dies ist ja schon mehrfach geschehen. Der deutsche Amtsrichter kann aber doch nicht sagen, er wende das deutsche Gesetz nicht an, weil es gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Das gehe vielleicht bei Verordnungen, die in unserem Bereich relativ selten sind; bei Richtlinien geht es überhaupt nicht. Und darum gibt es die Fälle auch nicht.“ Darauf Dr. *Voss*, ebd., 189: „Es gibt diesen Fall. Das Finanzgericht Hamburg hat einen solchen Fall entschieden und hat gesagt, wir wenden das Gesetz nicht an. Das Urteil ist sogar rechtskräftig geworden, weil das beklagte Hauptzollamt gesehen hat, das war so richtig entschieden.“

⁵ *EuGH* – 22.11.2005 – Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981. Zur Kritik vor allem *Herzog/Gerken*, *F.A.Z.* 8.9.2008, 8.

⁶ *EuGH* – 19.1.2010 – Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, *EuZW* 2010, 177.

⁷ So *Willemsen/Sagan*, *FAZ.NET* 26.1.2010.

⁸ So der deutsche EuGH-Richter *v. Danwitz*, zitiert von *Jahn*, *FAZ.NET* 27.10.2009.

Noch weniger belichtet ist die Praxis der Verwaltungsbehörden zum Anwendungsvorrang. Hier sind nahezu keine Fälle dokumentiert, in denen eine Verwaltungsbehörde von sich aus nationales Recht wegen eines Verstoßes gegen das Recht der Europäischen Union unangewendet ließ. Für großes Aufsehen sorgte hierzu der Fall *DocMorris II* im Jahr 2006. In diesem Fall gewährte das saarländische Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales der niederländischen Kapitalgesellschaft *DocMorris* die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke, ob wohl dem das im deutschen Apothekengesetz (ApoG) enthaltene sogenannte „Fremd- und Mehrbesitzverbot“ entgegenstand. Unter Berufung auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts – namentlich der Niederlassungsfreiheit – ließ das Ministerium die entgegenstehenden Bestimmungen unangewendet. Damit zog sich das Ministerium nicht nur mehrere Gerichtsverfahren,⁹ sondern auch zahlreiche Schmähbriefe bis hin zu Vorwürfen der Rechtsbeugung zu.¹⁰ Auch daran zeigt sich, dass die Kompetenz der Verwaltungsbehörden zur Nichtanwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts noch nicht allgemein akzeptiert wird.

Die folgende Untersuchung soll daher zunächst noch einmal die theoretische Bedeutung sowie die Voraussetzungen und Grenzen des Anwendungsvorrangs darstellen. Dabei wird ein besonderer Fokus auf die Durchsetzung dieses Anwendungsvorrangs durch Gerichte und Behörden sowie die Rolle des EuGH, die dieser dabei spielt, gelegt werden. Eine nähere Betrachtung verdient auch die Frage, ob durch den Anwendungsvorrang Regelungslücken entstehen können und wie diese durch den Rechtsanwender geschlossen bzw. vermieden werden können. Praktische Relevanz hat dies vor allem aufgrund eines Urteils des OVG Münster vom 28. Juni 2006 sowie einer teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht, der Anwendungsvorrang finde seine Grenzen, wenn er in der nationalen Rechtsordnung zu „inakzeptablen Regelungslücken“ führt.¹¹ Dabei wird der Anwen-

⁹ Dabei klagte zum einen eine Apothekerin im Eilverfahren vor dem LG und OLG Saarbrücken wegen Verstoßes gegen das UWG, vgl. *LG Saarbrücken* – 9.8.2006 – 7 I O 77/06, A&R 2006, 180; *OLG Saarbrücken* – 6.12.2006 – 1 U 484/06, NJW-RR 2007, 548. Zum andern klagten mehrere Apothekerinnen und Apotheker und der Deutsche Apothekenverband im Eil- sowie im Hauptsacheverfahren vor dem VG sowie dem OVG Saarlouis gegen die Erteilung der Erlaubnis, vgl. *VG Saarlouis* – Beschl. v. 12.9.2006 – 3 F 38/06, ZMGR 2006, 231; *VG Saarlouis* – Beschl. v. 12.9.2006 – 3 F 39/06, nicht veröffentlicht; *OVG Saarlouis* – Beschl. v. 22.1.2007 – 3 W 14/06, NVwZ-RR 2008, 95; *OVG Saarlouis* – Beschl. v. 22.1.2007 – 3 W 15/06, nicht veröffentlicht; *VG Saarlouis* – Beschl. v. 20.3.2007 – 3 K 361/06, A&R 2007, 140; *VG Saarlouis* – Beschl. v. 21.3.2007 – 3 K 364/06, nicht veröffentlicht. Dazu ausführlich unten, S. 131 ff.

¹⁰ Siehe dazu *Kastner*, Zeit Online 17.8.2006.

¹¹ *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 5; *OVG Münster* – Beschl. v. 28.06.2006 – 4 B 961/06, EuZW 2006, 603.

dungsvorrang im Rahmen dieser Untersuchung als Vorrang im engeren Sinne verstanden, also als Kollisionsnorm, die zur Auflösung von Konflikten zwischen Normen des Unionsrechts und Normen des nationalen Rechts zur Anwendung kommt.¹²

Auf diese theoretische Betrachtung folgt schließlich eine Betrachtung der Praxis der Gerichte zum Anwendungsvorrang. Dabei konzentriert sich diese Betrachtung auf die Praxis der Finanz- sowie der Verwaltungsgerichte der letzten Jahre. Beide Gerichtsbarkeiten sind bereits seit Gründung der Europäischen Gemeinschaften mit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts befasst. Zugleich kontrollieren sie das Handeln von Behörden, gegenüber denen sich der Einzelne deutlich häufiger auf das unmittelbar wirkende Unionsrecht berufen kann als das z. B. gegenüber Privaten in einem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten der Fall ist.

Daran anschließend folgt eine Betrachtung der Praxis der Finanz- und Verwaltungsbehörden. Während hier für die Finanzverwaltung eine Praxis anhand von Erlassen des BMF bewertet werden konnte, musste diese Untersuchung für die allgemeinen Verwaltungsbehörden auf einen Fragebogen zurückgreifen, um einen Überblick über die Praxis zu erhalten.

In einem letzten Teil soll versucht werden, anhand der aus der Praxisanalyse gezogenen Erkenntnisse Rückschlüsse auf die theoretische Konzeption des Anwendungsvorrangs und einen theoretischen Reformbedarf zu ziehen.

¹² Zur Unterscheidung der Begriffe „Vorrang im engeren Sinne“ und „Vorrang im weiteren Sinne“ vgl. *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, 1, 2 f.

Teil II

Anwendungsvorrang in der Theorie

I. Rechtstheoretische Vorüberlegungen

1. *Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht*

Bevor man mit der Darstellung der Entwicklung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts und der Funktionsweise beginnt, scheint es unumgänglich, auf das rechtstheoretische Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht einzugehen. Schließlich ist es gerade Sinn und Zweck des Anwendungsvorrangs, die in diesem Verhältnis entstehenden Konflikte im Rahmen der Rechtsanwendung aufzulösen.¹ Die Beantwortung der Verhältnisfrage entscheidet über den Geltungsgrund des Unionsrechts und damit zugleich über den Geltungsgrund der Vorrangregel. Dies hat durchaus praktische Bedeutung, da damit auch die Frage verbunden ist, wem in diesem Verhältnis die Jurisdiktionskompetenz über Art und Reichweite der innerstaatlichen Geltung zukommt.² Eine umfassende Darstellung kann und soll an dieser Stelle nicht erfolgen. Das Verhältnis von Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht beschäftigt die Wissenschaft seit Gründung der Europäischen Gemeinschaft,³ die Literatur dazu ist daher Legion.⁴ Im Folgenden soll jedoch ein Überblick über die rechtstheoretischen Konstruktionsmöglichkeiten des Verhältnisses und der damit verbundenen Beantwortung des Geltungsgrundes der Vorrangregel gegeben werden.

Üblicherweise wird zur Beschreibung der Verhältnisfrage der Begriff der Rechtsordnung verwendet, ohne dass dabei immer erläutert würde,

¹ Siehe dazu unten, S. 30 f.

² Vgl. v. *Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, S. 111; *Schilling*, Der Staat 1994, 555, 558 ff.; *Streinz*, „Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht“, in: Köbler/Heinze/Hromadka (Hrsg.), FS Söllner, S. 1139, 1147 f.

³ Siehe bereits etwa *Erler*, VVDStRL 1960, 7, 22 ff.; *Ipsen*, Das Verhältnis des Rechts der europäischen Gemeinschaft zum nationalen Recht, in: Ballerstedt/Steindorff (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 1 ff.; *Sasse*, The Yale Law Journal 1966, 695, 714 ff.; *Schlochauer*, AVR 1963/1964, 1, 22 ff., jeweils m. w. Nachw.

⁴ Vgl. statt aller die Darstellung bei *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 184 ff.

welches Modell einer Rechtsordnung zugrunde gelegt wird.⁵ Rechtsordnung bezeichnet zunächst einmal die Gesamtheit aller Normen, die in einem Gemeinwesen als verbindlich betrachtet werden. Im Zusammenhang mit der gerade in Europa weit verbreiteten rechtspositivistischen Lehre beruht diese Verbindlichkeit nicht auf einer (bei einem rein empirisch-soziologischen Ansatz maßgeblichen) Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen, sondern auf die Rückführbarkeit der Normen auf einen gemeinsamen Geltungsgrund.⁶ Zur Konfliktvermeidung findet in einer Rechtsordnung üblicherweise eine Hierarchisierung der Rechtsnormen statt.⁷ Erklärt man dabei den Aufbau einer Rechtsordnung anhand der Rückführbarkeit auf eine Grundnorm, richtet sich der Rang üblicherweise nach dem Erzeugungs- bzw. Ableitungszusammenhang.⁸ In einem so geschaffenen

⁵ Siehe etwa *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1; *Zuleeg*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, S. 15 ff. m. w. Nachw.; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 62 f., 255 ff.; *Ehlers*, Verhältnis des Unionsrechts zu dem Recht der Mitgliedstaaten, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Handbuch Europarecht, § 11, Rdn. 1; *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 183 ff.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, EU-Kommentar, Art. 249 EGV, Rdn. 37 ff.; *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, § 183 Rdn. 57 ff.; *Streinz*, Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, § 182, Rdn. 6 ff.; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 159 ff.; *Huber*, VVDStRL 2000, 194, 211 ff. m. w. Nachw. Im englischen Rechtsraum spricht man von „legal order“ oder „legal system“, vgl. etwa *Wyatt*, E.L.Rev. 1982, 147; *Hartley*, The Foundations of European Union Law, S. 83 ff.; *Weiler/Halter*, Harv.Int'l L.J. 1996, 411; *MacCormick*, E.L.J. 1995, 259. Gegen die Verwendung des Begriffs der Rechtsordnung *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, S. 47 f.; *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 103 ff.

⁶ Im Rahmen der reinen Rechtslehre *Kelsens* ist dieser Geltungsgrund die sogenannte „Grundnorm“, siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 73. Vgl. auch *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 26 f. Nach dem vor allem im englischen Raum weit verbreiteten analytisch-empirischen Rechtspositivismus ist dies die „rule of recognition“ (Anerkennungs- oder Erkennungsregel), vgl. *Hart*, The Concept of Law, S. 94 ff. Diese ist durchaus mit einer Grundnorm vergleichbar, siehe *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 79; *Eleftheriadis*, E.L.Rev. 1996, 32, 35.

⁷ *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 376. Vgl. auch *Hart*, The Concept of Law, S. 101.

⁸ Dies ist jedoch nicht zwingend. So wird in der Rechtstheorie unterschieden zwischen einem Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit und einem Stufenbau nach der derogatorischen Kraft, vgl. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 159 ff., 401 ff. Letzterer wird durch das positive Recht festgelegt und ist nicht unbedingt identisch mit der Rangordnung nach dem Erzeugungszusammenhang. Insbesondere können Rechtsnormen verschiedener Rechtserzeugungsquellen, die nach Ihrem Erzeugungszusammenhang eigentlich auf gleicher Stufe stehen, durch positivrechtliche Anordnung in ein Über- Unterordnungsverhältnis nach der Verdrängungs-

Stufenbau der Rechtsnormen leitet die Norm der niedrigeren Stufe ihre Geltung aus der nächsthöheren Stufe ab.⁹

Für das Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem Recht unter Rückgriff insbesondere auf ein solches rechtspositivistisches Modell sind grundsätzlich drei verschiedene Konstellationen als Ausgangspunkte denkbar.¹⁰ Erstens kann man von einer einheitlichen Rechtsordnung ausgehen, in der das Unionsrecht an der Spitze dieses Ableitungsverhältnisses steht. Zweitens kann man wieder von einer einheitlichen Rechtsordnung ausgehen, diesmal jedoch mit dem Primat des nationalen (Verfassungs)Rechts. Drittens kann man das Nebeneinanderstehen zweier unabhängiger Rechtsordnungen annehmen, die jeweils auf einem unterschiedlichen, originären Geltungsgrund beruhen. Die ersten beiden Konstellationen legen damit

macht gestellt werden. Diese Funktion hat etwa Art. 31 GG, da Bundesrecht und Landesrecht wohl jeweils „gleich weit“ von der Gesamtverfassung (Grundgesetz) entfernt sind, vgl. *Krings*, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 31 GG, Rdn. 35; vgl. auch *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht, S. 363 ff., 367, der Art. 31 GG die Funktion zuspricht, kompetenzwidrig erlassenes Landesrecht zu derogieren. Soweit eine Rangordnung positivrechtlich nicht ausdrücklich erfolgt ist, kann der Erzeugungszusammenhang bzw. die Wahl der Grundnorm allerdings eine Rolle spielen, vgl. *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), GS Blomeyer, S. 637, 672. Gegen eine Trennung von einem Stufenbau nach der derogatorischen Kraft und einem Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 150 f. Danach folgt der Stufenbau der derogatorischen Kraft dem der rechtlichen Bedingtheit.

⁹ Vgl. *Merkel*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, S. 252, 272 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 84 f.; *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 47, 53 ff.; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 163 ff. Im demokratischen Rechtsstaat folgt der Stufenbau außerdem der unterschiedlichen Stärke demokratischer Fundierung der Normen. An höchster Stelle steht danach die Verfassung als Grundentscheidung des Staatsvolkes, an niedrigerer Stelle die nicht durch ein Parlament beschlossene Rechtsverordnung, vgl. *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 146 ff., seinerseits unter Verweis auf *Quaritsch*, Das parlamentslose Parlamentsgesetz, S. 7 ff.

¹⁰ Ausführlich dazu *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 47, 58 ff.; *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 223 ff. Zur Auseinandersetzung mit der Lehre *Kelsens* im Zusammenhang mit der Verhältnisfrage auch *Bleckmann*, Europarecht, § 11 Rdn. 1137 ff. Ausgehend von *Kelsen* beschreibt *Richmond*, Law and Philosophy 1997, 377, 411 ff. insgesamt neun theoretisch mögliche, monistische Konstruktionen unter Einbeziehung des Völkerrechts. Sie merkt jedoch selbst an, dass nicht alle davon auch realistisch sind, ebd., 415.

einen Monismus zugrunde,¹¹ während die dritte von einem Pluralismus der Rechtsordnungen ausgeht.¹²

a) *Eine einheitliche Rechtsordnung mit Primat des Unionsrechts*

Eine monistische¹³ Grundkonzeption mit dem Primat des Unionsrechts klingt in der Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis von Unions- bzw. Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht an und wird diesem häufig vorgeworfen.¹⁴ Dabei sind die Ausführungen des Gerichtshofs selbst bereits widersprüchlich. So beschreibt er das Unionsrecht als das aus einer autonomen Rechtsquelle fließende Recht, welches die Mitgliedstaaten in ihre Rechtsordnung aufgenommen hätten und welches deshalb Vorrang genieße.¹⁵ Soweit auf den Vorrang des Unionsrechts verwiesen wird, spricht dies für die Annahme einer normgenetischen Höherrangigkeit desselben. Indem der Gerichtshof jedoch ausdrücklich auf die Aufnahme des Unionsrechts in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten abstellt, deutet dies eher auf eine normgenetische Ableitung vom nationalen Recht hin, mit anderen Worten auf ein Primat des nationalen (Verfassungs)rechts. Soweit dann jedoch der Vorrang aus dieser Aufnahme begründet werden soll, zeigt dies die rechtstheoretische Schwäche des Begründungsansatzes des EuGH, denn ein solcher (unbedingter) Vorrang entspricht eigentlich nicht einem Primat des nationalen Rechts.¹⁶ Darüber hinaus betont der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten durch die Übertragung von Hoheitsrechten ihre Souveränität nur auf einem „begrenzten Bereich“ beschränkt haben, an-

¹¹ *Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, S. 1239, 1262 f.

¹² Freilich entspricht dies nicht *Kelsens* Ansatz, der von einem Monismus der Rechtsordnungen ausging und einen Dualismus ablehnte, vgl. etwa *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 134 ff. Zur Möglichkeit eines Pluralismus der Rechtsordnungen nach *Kelsens* Lehre von der Grundnorm aber *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 47. Dabei wird hier keine Einordnung des Völkerrechts in diese Modelle vorgenommen. Für einen Überblick der möglichen Modelle unter Miteinschließung des Völkerrechts vgl. *MacCormick*, O.J.L.S. 1998, 517, 527.

¹³ Zu Monismus und Dualismus allgemein *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 14 f.; *Streinz*, in: Sachs, GG, Art. 25, Rdn. 11 ff.

¹⁴ Vgl. etwa *Bleckmann*, Europarecht, § 11 Rdn. 1137 ff.; *Eleftheriadis*, E.L.Rev. 1996, 32, 36.

¹⁵ *EuGH* – 3.6.1964 – Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, 1270. Siehe dazu unten S. 46.

¹⁶ Dazu *Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht als Elemente europäischen Verfassungsrechts, S. 160.

sonsten also souverän geblieben sind, was ebenfalls gegen ein Ableitungsverhältnis spricht.¹⁷

b) Eine einheitliche Rechtsordnung mit Primat des nationalen Rechts

Als Alternative käme die Annahme einer einheitlichen Rechtsordnung mit dem nationalen (Verfassungs-)recht an der Spitze dieser Rechtsordnung in Betracht. Dies entspricht in etwa der für das Verhältnis von Völkerrecht zu Landesrecht so nicht mehr vertretenen These vom Monismus mit Primat des Landesrechts. Danach ist das Völkerrecht nur das Außenrecht des Staates. Ähnlich würde sich das Unionsrecht normgenetisch von der nationalen Rechtsordnung ableiten.¹⁸ Das Unionsrecht wäre dann auch Teil des Außenrechts der Mitgliedstaaten. Dies hieße für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, dass es nicht eine einheitliche Unionsrechtsordnung gäbe, sondern vielmehr nur die jeweils getrennten nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die als Bestandteil jeweils das Unionsrecht in den Stufenbau der Rechtsordnung inkorporierten. Eine einheitliche Unionsrechtsordnung bestünde dann nur dem Anschein nach.¹⁹

c) Kritik an den rechtsordnungsmonistischen Deutungen

Neben den Widersprüchlichkeiten, die bereits im monistischen Ansatz des Gerichtshofs zum Ausdruck kommen, lässt sich ein Monismus mit Primat des Unionsrechts rechtstheoretisch nicht näher begründen, da zwischen Unionsrecht und nationalem Recht kein Erzeugungszusammenhang dergestalt besteht, dass das nationale Recht seine Geltung vom Unionsrecht ableiten würde.²⁰ Mit anderen Worten, Unionsrecht und nationales Recht lassen sich nicht auf eine gemeinsame Grundnorm zurückführen. Noch weniger als nach der klassischen Lehre vom Monismus mit Völkerrechtsprimat²¹ lässt sich für das Unionsrecht vertreten, dieses sei normgenetisch die Grundlage für die Geltung des nationalen Rechts.²² Dies wird wohl auch von niemandem ernsthaft vertreten.²³ Auf der anderen Seite spricht

¹⁷ *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1, 25; *EuGH* – 3.6.1964 – Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, 1269.

¹⁸ So *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 181 ff.

¹⁹ So konsequent *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 184 f.

²⁰ So schon mit scharfer Kritik an der rechtstheoretisch nicht näher begründeten Rechtsprechung des EuGH *Bleckmann*, Europarecht, § 11 Rdn. 1150: „geradezu grotesk“; *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 181.

²¹ Dazu noch *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 155 ff. Siehe aber auch *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 128 ff.

²² *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 248 f. m. w. Nachw.

²³ So *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 264.

gegen ein rechtsordnungsmonistisches Modell mit Primat des nationalen Rechts, dass sich das Unionsrecht genetisch eben nicht aus einer einzelnen nationalen Rechtsordnung, sondern nur aus dem gemeinsamen Willen der Mitgliedstaaten, der sich in den primärrechtlichen Verträgen niedergeschlagen hat, ableiten lässt.²⁴ Im Übrigen muss bezweifelt werden, ob der Erzeugungszusammenhang überhaupt etwas zur Klärung der Frage des Verhältnisses von Unionsrecht zu nationalem Recht unter Annahme eines monistischen Modells beitragen kann. So gibt der Stufenbau der Rechtsordnung nach dem Rechtserzeugungszusammenhang noch keine verbindliche Auskunft über den Stufenbau der Rechtsordnung nach der Rechtsverdrängungsmacht (derogatorischen Kraft). Letzterer richtet sich allein nach dem positiven Recht und kann nicht durch die rechtstheoretische Konstruktion eines Monismus beantwortet werden. Selbst wenn man also einen Monismus mit Primat des Unionsrechts annehmen würde, ergibt sich daraus noch nicht, dass auch das Unionsrecht das nationale Recht im Konfliktfall zwingend und unbedingt verdrängt.²⁵

d) *Pluralismus der Rechtsordnungen*

Plausibel scheint daher für das Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem Recht die Annahme eines Pluralismus der Rechtsordnungen.²⁶ Danach soll

²⁴ Wie hier *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 47, 58; *Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, S. 646 ff.; ähnlich auch *MacCormick*, O.J.L.S. 1998, 517, 528. A. A. aus rechtstheoretischer Sicht *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), GS Blomeyer, S. 637, 657 ff.; *Jestaedt*, Konkurrenz von Rechtsdeutungen statt Koexistenz von Rechtsordnungen, in: Brunkhorst/Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat, S. 233, 239 ff.

²⁵ So, unter Verweis auf Merkl und Kelsen *Jestaedt*, Konkurrenz von Rechtsdeutungen statt Koexistenz von Rechtsordnungen, in: Brunkhorst/Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat, S. 233, 241 f.

²⁶ Vgl. etwa *Maduro*, Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: Walker (Hrsg.), Sovereignty in Transition, S. 501, 520 ff.; *Richmond*, Law and Philosophy 1997, 377; *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 47, 58 ff.; *Besson*, E.L.J. 2004, 257; *Walker*, M.L.R. 2002, 317, 336 ff. („constitutional pluralism“); *MacCormick*, M.L.R. 1993, 1; *ders.*, O.J.L.S. 1998, 517, 527 ff.; *Kumm*, C.M.L.Rev. 1999, 351; auch *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 375 f.; *Folz*, Demokratie und Integration, S. 33 f.; *Baldus*, Der Staat 1997, 381, 392 ff.; *Heintzen*, AöR 1994, 564, 578 f., 582. Für ein Nebeneinander der Rechtsordnungen auch *Doehring*, Die nationale »Identität« der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, S. 263, 269; *Di Fabio*, NJW 1990, 947, 951. Den pluralistischen Ansatz jetzt auch akzeptierend *Schilling*,

es sich bei Unionsrecht und nationalem Recht um jeweils autonome Rechtsordnungen mit eigenem Geltungsgrund handeln.²⁷ Diese Rechtsordnungen stehen jedoch nicht isoliert nebeneinander, sondern sind eng miteinander verzahnt und beeinflussen sich gegenseitig.²⁸ In der Literatur wird versucht, dieses Verhältnis zu veranschaulichen, indem es als „Verfassungsverbund“, oder „polyzentrisches Netzwerk“²⁹ beschrieben wird. Den Begriffen ist gemein, dass damit zum Ausdruck kommen soll, dass die Rechtsordnungen nicht sauber in einem hierarchischen System geordnet sind, sondern sich heterarchisch gegenüberstehen.³⁰

Aufgrund ihrer Eigenständigkeit können diese Rechtsordnungen ihr Verhältnis zueinander grundsätzlich selbständig regeln.³¹ Diese letzte Aussage wird nun jedoch in der Literatur überwiegend nicht ernst genommen. So wird je nach dem Standpunkt des Betrachters mit unterschiedlicher Argumentation versucht, die Regelung des Verhältnisses, wie sie sich vom Standpunkt der einen Rechtsordnung aus darstellt, als die einzig richtige darzustellen. Diejenigen, die das Verhältnis von Unionsrecht zu nationalen Recht entsprechend der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs geregelt sehen wollen („Autonomisten“³²), betonen die Geltung des Unionsrechts kraft eigenständiger Anordnung und negieren die Bedeutung des nationalen Rechtsanwendungsbefehls.³³ Klassisches Beispiel hierfür ist

E.L.Rev. 2002, 445. Allgemein zu rechtspluralistischen Theorien *ders.*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, 568, 571 ff. Ausdrücklich für die Anerkennung eines Pluralismus der Rechtsordnungen nun auch *Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, S. 45 ff. Zuletzt *Wahl*, Der Staat 2009, 587. Für einen Pluralismus ohne hierarchische Ordnung v. *Bogdandy/Schill*, ZaöRV 2010, 701, 703 ff.

²⁷ *Grussmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 47, 58 ff. Zu diesem Ergebnis kommt man auch wenn man von der „rule of recognition“ als Geltungsgrund ausgeht, vgl. *MacCormick*, JZ 1995, 797, 800.

²⁸ Statt aller *Streinz*, Europarecht, Rdn. 193 ff.

²⁹ *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 215 ff. m. w. Nachw. Jüngst *Vofßkuhle*, NVwZ 2010, 1, 3 m. w. Nachw.; Zum Netzwerkbegriff etwa *Ladeur*, E.L.J. 1997, 33.

³⁰ Deshalb scheint auch der teilweise verwendete Begriff des „Mehrebenensystems“ ungeeignet, das Verhältnis richtig zu beschreiben. Trotz der gegensätzlichen Beteuerungen der Vertreter dieses Begriffs (siehe *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, S. 37), schwingt darin immer auch die Idee einer vertikalen Schichtung der einzelnen Ebenen mit.

³¹ Grundlegend *Meng*, Das Recht der internationalen Organisationen, S. 136; vgl. auch *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 115.

³² Vgl. *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, S. 264.

³³ So *Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und

Ipsens einflussreiche Gesamtaktstheorie.³⁴ Danach beruht die eigenständige Geltung des Gemeinschaftsrechts (bzw. jetzt des Unionsrechts) in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auf einem „Gesamtakt der Integrationsgewalt“. Der nationale Rechtsanwendungsbefehl hat lediglich die Funktion, dem Mitgliedstaat als „Integrationshebel“ die Teilnahme an diesem Gesamtakt zu ermöglichen; damit ist jedoch seine Funktion zugleich erschöpft. Das Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem Recht wird somit einheitlich durch das Unionsrecht festgelegt, dem Unionsrecht wird auf der Grundlage des Arguments der Funktionssicherung ein unbedingter Vorrang eingeräumt, der durch das Unionsrecht selbst angeordnet wird. Als Kollisionsnormen werden vor allem die Art. 5 Abs. 2 EWGV (Art. 4 Abs. 3 EUV),³⁵ Art. 189 Abs. 2 EWGV (Art. 288 Abs. 2 AEUV),³⁶ neuerdings auch Art. 234 EGV (Art. 267 AEUV),³⁷ angeführt.

Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Pernice für sein Konzept des „Verfassungsverbunds“. Danach ist der Geltungsgrund des Unionsrechts in dem Willen der Bürger der an der Europäischen Union beteiligten Staaten begründet. Der nationale Rechtsanwendungsbefehl ist nur die Form der Teilnahme und hat keine darüber hinausgehende Bedeutung. Demgemäß könne das Unionsrecht einseitig einen (Anwendungs)Vorrang gegenüber sämtlichem nationalem Recht anordnen.³⁸

Dagegen wird von denjenigen, die das Verhältnis maßgeblich aus der Perspektive der nationalen Rechtsordnung geregelt sehen möchten („Traditionalisten“³⁹), hauptsächlich die Argumentation gegen die Autonomie der Unionsrechtsordnung geführt.⁴⁰ Danach sind die Mitgliedstaaten immer

föderale Verflechtung, S. 622; *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 24, Rdn. 17 ff.; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 58 ff.; *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, S. 41; *ders.*, Das Verhältnis des Europarechts zum nationalen Recht, in: Kruse (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 33, 38 ff.; *Pernice*, in: Dreier, GG, Art. 23, Rdn. 20; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 523, 540 f.; *Skouris*, Vorrang des Europarechts: verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Aspekte, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, S. 31, 35 f.

³⁴ *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 61; *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, S. 41.

³⁵ *Ebd.*, S. 93 f.; *Grabitz*, Das Verhältnis des Europarechts zum nationalen Recht, in: Kruse (Hrsg.), Zölle, Verbrauchsteuern, europäisches Marktordnungsrecht, S. 33, 41 f.

³⁶ *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 285 ff.

³⁷ *Frank*, ZÖR 2000, 1, 13 f.

³⁸ *Pernice*, VVDStRL 2001, 148, 168 ff.; *ders.*, JöR n.F. 2000, 205, 208.

³⁹ Terminologie bei *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, S. 264.

⁴⁰ *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 125 ff.; *Huber*, AöR 1991, 210, 220 ff.; *ders.*, VVDStRL 2000, 194, 213 f.; *Schilling*, Der Staat 1994, 555, 563; *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, § 183 Rdn. 64; *ders.*,

noch die „Herren der Verträge“, zugleich gehört das Unionsrecht weiterhin dem Völkerrecht an. Wie das Völkerrecht kann es dann sein Verhältnis zur nationalen Rechtsordnung nicht selbst regeln, sondern ist insoweit auf den nationalen Rechtsanwendungsbefehl angewiesen.⁴¹ Erst dieser Rechtsanwendungsbefehl öffnet die nationale Rechtsordnung für die Anwendung des Unionsrechts sowie einer unionsrechtlichen Kollisionsnorm; Reichweite und Grenzen dieser Anwendung werden jedoch durch den Rechtsanwendungsbefehl abgesteckt.⁴² Im Ergebnis führt dies zu einem (durch den nationalen Rechtsanwendungsbefehl) nur bedingten Vorrang des Unionsrechts.

Nimmt man dagegen die eben beschriebene Folge des Rechtsordnungspluralismus, nach der autonome Rechtsordnungen ihr Verhältnis zueinander selbstständig regeln können, ernst, so richtet sich die Klärung der Verhältnisfrage jeweils nach dem Standpunkt, den der Betrachter einnimmt und der damit von ihm gesetzten Prämisse. Ein Richtig oder Falsch im Sinne der Rechtslogik gibt es hier nicht mehr.⁴³ Stattdessen nimmt der außerhalb der Rechtsordnungen stehende Betrachter (mindestens) zwei Rechtsordnungen wahr, die – jede für sich gleichermaßen plausibel – ihr Verhältnis zueinander unterschiedlich regeln.⁴⁴ Für die Verhältnisfrage folgt damit aus einem Pluralismus der Rechtsordnungen notgedrungen ein Pluralismus der Konstruktionsmöglichkeiten.⁴⁵

JZ 1998, 965, 965 f.; *Heintzen*, AöR 1994, 564, 572 f.; w. Nachw. bei *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 209 ff.

⁴¹ *Huber*, VVDStRL 2000, 194, 219 ff.; *ders.*, AöR 1991, 210, 223 ff.; *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VII, § 183 Rdn. 63 ff.; *Kirchhof*, JZ 1998, 965, 965 f.; aus britischer Sicht etwa *Hartley*, *The Foundations of European Union Law*, S. 287 ff.

⁴² Instruktiv bei *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 107 ff.

⁴³ So *Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: *Burmeister* (Hrsg.), FS Stern, S. 1239, 1265.

⁴⁴ Instruktiv *Maduro*, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in: *Walker* (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, S. 501, 501 ff.; zu dem Standpunkt eines externen Betrachters auch *Schilling*, *E.L.Rev.* 2002, 445, 447.

⁴⁵ Ähnlich auch *Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 268 ff., die jedoch ihren Pluralismus ausdrücklich nur als Pluralismus der Konstruktionsmöglichkeiten im Hinblick auf den Geltungsgrund (und damit auf die Verhältnisfrage) verstanden haben will (S. 270) und dies von einem Pluralismus der Rechtsordnungen trennen möchte. Zugleich geht jedoch auch sie davon aus, dass richtigerweise Gemeinschaftsrecht und Staatenrecht verschiedene Rechtsordnungen bilden, und insbesondere lehnt sie ein Ableitungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ab (S. 264). Wie hier aber *Kumm*, *C.M.L.Rev.* 1999, 351, 375 m. Fn. 48; *Maduro*, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in: *Walker* (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, S. 501, 520 ff.

aa) Blickwinkel der nationalen Verfassung

Vom Standpunkt der nationalen (Verfassungs)Rechtsordnung aus kann diese das Unionsrecht nur dann als Recht erkennen, sodass das Unionsrecht in der nationalen Rechtsordnung „Geltung“ erlangen kann, wenn es von der nationalen Rechtsordnung inkorporiert wird. Diese Inkorporation richtet sich allein nach den Regeln der aufnehmenden Rechtsordnung und führt für das Unionsrecht zu einem Austausch des Geltungsgrundes. Für die grundgesetzliche Rechtsordnung bedeutet dies etwa, dass der Geltungsgrund des Unionsrechts im nationalen Rechtsanwendungsbefehl zu suchen ist, durch den das Unionsrecht in die deutsche Rechtsordnung aufgenommen worden ist und durch den zugleich eine Platzzuweisung erfolgte.⁴⁶

bb) Blickwinkel der Europäischen Union

Wählt man dagegen den Standpunkt der Unionsrechtsordnung, so erscheint es als rechtstheoretisch ebenso wenig widerlegbar, wenn diese als „autonome“ Rechtsordnung ihre Normadressaten selbst bestimmt und insofern den Geltungsanspruch und -umfang ihrer Normen selbst regelt, ohne dabei Rücksicht auf einen eventuellen Konflikt mit Normen einer nationalen Rechtsordnung gleich welchen Rangs nehmen zu müssen.⁴⁷ So richtet sich das Unionsrecht nicht nur an die Mitgliedstaaten, sondern eben auch an den Einzelnen, nämlich den „Unionsbürger“, zu dem das Unionsrecht unmittelbar eine rechtliche Beziehung herstellt. Darüber hinaus richtet es sich aber insbesondere auch an die rechtsanwendenden Organe, also an die Be-

⁴⁶ Vgl. dazu *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), GS Blomeyer, S. 637, 660 ff. Damit ist nicht gesagt, dass das Unionsrecht in nationales Recht transformiert wird. Vielmehr kann die nationale Rechtsordnung lediglich den Vollzug des Unionsrechts anordnen und diesem selbst die Rangzuweisung überlassen, vgl. die Ausführungen diesbezüglich bei *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 107 ff.

⁴⁷ So auch *Baldus*, Der Staat 1997, 381, 393 f.: „Jede autonome Rechtsordnung ist frei, Geltungsanspruch und -umfang ihrer Normen auch abweichend von anderen Rechtsordnungen festzulegen“. Ebenso bereits *Bleckmann*, Europarecht, § 11 Rdn. 1090: „Der EuGH hat aber richtig erkannt, dass jede Rechtsordnung eigenständig entscheidet, welche Rechtssubjekte sie binden will.“ A. A. *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), GS Blomeyer, S. 637, 666 ff., der rechtstheoretisch einen Rechtsordnungsmonismus für zwingend erachtet, bei dem sich i. E. das Problem damit jedoch nur von einem Rechtsordnungspluralismus zu einem sog. „Rechtsdeutungspluralismus“ verschiebt, ohne dass eine Lösung der Verhältnisfrage gefunden wäre.

hören und Gerichte der Mitgliedstaaten.⁴⁸ Dass auch letztere direkte Adressaten des Unionsrechts sind, zeigt sich bereits aus Art. 288 Abs. 2 AEUV, für Gerichte zusätzlich aus Art. 267 AEUV. Der Gerichtshof bringt dies in der Simmenthal-Entscheidung zum Ausdruck, wenn er darlegt, dass

„Unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts bedeutet, dass seine Bestimmungen ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen. Die unmittelbar geltenden Bestimmungen sind unmittelbare Quelle von Rechten und Pflichten für alle diejenigen, die sie betreffen, einerlei, ob es sich um die Mitgliedstaaten oder um einzelne Personen handelt. Diese Wirkung erstreckt sich auch auf jedes Gericht, das als Organ eines Mitgliedstaates die Aufgabe hat, die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht den Einzelnen verleiht.“⁴⁹

Die damit verbundene Verpflichtung zur Anwendung des Unionsrechts besteht aus Sicht der Unionsrechtsordnung unabhängig von der Rolle des nationalen Verfassungsrechts bei der Aufnahme in die nationale Rechtsordnung.⁵⁰

cc) *Autonomie als „Gretchenfrage“?*

Die Möglichkeit der Unionsrechtsordnung, ihr Verhältnis zu den nationalen Rechtsordnungen selbst regeln zu können, scheint mit der Akzeptanz ihrer Autonomie zu stehen und zu fallen.⁵¹ Es stellt sich daher die Frage, gegenüber wem die Unionsrechtsordnung autonom sein muss, um ihr Verhältnis im beschriebenen Sinne regeln zu können. Der Gerichtshof und die „Autonomisten“ verstehen die Autonomie als Eigenständigkeit sowohl gegenüber dem nationalen als auch dem Völkerrecht.⁵² Setzt man wie hier

⁴⁸ Siehe dazu ausführlich unten, S. 44 ff.

⁴⁹ *EuGH* – 9.3.1978 – Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629, LS 2.

⁵⁰ So erwähnt der Gerichtshof etwa in *EuGH* – 3.6.1964 – Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1269 die Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten, geht dabei jedoch nicht auf die einzelstaatlichen Voraussetzungen für diese Aufnahme ein. Vielmehr erfolgte die Aufnahme aus Sicht der Gemeinschaft bereits mit dem Inkrafttreten des Vertrags. In *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1, gerade deutlich, dass die Verleihung von Rechten für den Einzelnen nicht von einer Anordnung durch das nationale Recht abhängen soll. *EuGH* – 9.3.1978 – Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629, Rdn. 14 ff. bezieht sich dagegen sowohl auf die unmittelbare Erzeugung von Rechten als auch auf die Aufnahme des Gemeinschaftsrechts in die interne Rechtsordnung der Mitgliedstaaten, jedoch wieder ohne die Voraussetzungen der Aufnahme nach nationalem Recht zu problematisieren.

⁵¹ *Huber*, *VVDStRL* 2000, 194, 219 spricht gar von der Autonomie der Unionsrechtsordnung als Dogma, das der päpstlichen Unfehlbarkeit ähnlich sei und an das man glauben müsse, wenn man die Exkommunikation fürchte. Ausführlich zum Begriff der Autonomie und deren Bedeutung im Bezug auf das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht *Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 242 ff.

⁵² „big bang theory“, vgl. *Schilling*, *Der Staat* 1994, 555, 558; *ders.*, *Archiv für*

Autonomie mit Unabgeleitetheit gleich, ist die Unionsrechtsordnung jedenfalls autonom im Verhältnis zu den nationalen Rechtsordnungen, denn ihr Normbestand ist unabhängig von den Entstehungsbedingungen mitgliedstaatlichen Rechts. Bestritten wird jedoch ihre „Autonomie“ gegenüber dem Völkerrecht. Dem liegt die traditionelle dualistische Konzeption des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht zugrunde.

Nach traditioneller dualistischer Konzeption kennt das Völkerrecht als Rechtssubjekte in erster Linie die Staaten. Es richtet sich nicht unmittelbar an deren Organe oder den Einzelnen als Adressaten, diese werden vielmehr durch den Staat „mediatisiert“.⁵³ Völkerrecht und Landesrecht bilden demnach zwei sich nicht überschneidende Rechtskreise. Eine „Durchgriffswirkung“ wie sie für das Unionsrecht charakteristisch ist, ist dem Völkerrecht deshalb gerade unbekannt. Vielmehr bedarf es erst einer landesrechtlichen Anordnung, durch die das Völkerrecht innerstaatliche Geltung erlangt.⁵⁴ Folglich kann das Völkerrecht sein Verhältnis zur nationalen Rechtsordnung auch nicht eigenständig regeln. Es braucht dies auch nicht, da sich nach dieser Auffassung die beiden Rechtskreise nicht überschneiden. Das Völkerrecht richtet sich nur an die Staaten, diese bestimmen dann, wie die so entstandenen Verpflichtungen innerstaatlich umzusetzen sind. Wenn das Völkerrecht daher nur die Beziehungen zwischen den Staaten regelt, Unionsrecht aber zum Völkerrecht gehört, so der Gedanke, kann sich das Unionsrecht folglich auch nicht von sich aus unmittelbar an Individuen, Gerichte und Behörden richten. Eine unmittelbare Verpflichtung des Einzelnen sowie der Rechtsanwender erfolgt dann erst durch den nationalen Inkorporationsakt, durch den die nationale Rechtsordnung die innerstaatliche Geltung eines Völkerrechtssatzes anordnet.⁵⁵

Damit wird aber zugleich deutlich, dass die entscheidende Frage eigentlich nicht die Autonomie des Unionsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht ist. Entscheidend ist vielmehr, ob man es einer anderen, nichtstaatlichen

Rechts- und Sozialphilosophie 1997, 568, 569 f. Dabei kann man der Ansicht sein, diese Autonomie habe von Anfang an bestanden oder aber sie habe sich erst im Laufe der Zeit, und maßgeblich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs, entwickelt, vgl. die Darstellung des Streitstands bei *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 237 ff. Der Gerichtshof selbst hat die Gemeinschaft zunächst als „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“ bezeichnet, dann aber bald nur noch als „neue Rechtsordnung“, vgl. *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, I, 25; *EuGH* – 3.6.1964 – Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251, 1269; *EuGH* – 9.3.1978 – Rs. 106/77, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629, Rdn. 26; *EuGH* – 14.12.1991 – Gutachten 1/91, EWR, Slg. 1991, I-6079, Rdn. 21.

⁵³ Klassisch hierfür etwa *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, S. 11 ff. Vgl. auch *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, S. 37 f., 53 ff.

⁵⁴ Dazu *Schilling*, ZaöRV 1988, 637, 641 ff.

⁵⁵ Vgl. zum Beispiel die völkerrechtliche Argumentation *Schillings* zur Wirkung von EG-Richtlinien, *Schilling*, ZaöRV 1988, 637.

Rechtsordnung gestattet, die Geltung ihrer Normen von sich aus in einer staatlichen Rechtsordnung anzuordnen. Diejenigen, die auf Basis der traditionellen völkerrechtlichen Konzeption die Autonomie bestreiten, lehnen dies ab.

Indes, eine solche traditionelle dualistische Konzeption ist, auch bedingt durch die Wandlung der Völkerrechtsordnung von einer Koordinations- zu einer Kooperationsordnung,⁵⁶ nicht mehr haltbar und überholt.⁵⁷ Völkerrecht und Landesrecht bilden spätestens aufgrund der Entwicklung seit dem zweiten Weltkrieg und dem damit verbundenen Scheitern des traditionellen westfälischen Systems eben keine getrennten Rechtskreise mehr, die sich nicht überschneiden; vielmehr können die Regelungsgegenstände der beiden durchaus identisch sein. Hinzu kommt die seit langem bestehende völkerrechtliche Theorie und Praxis, in der der Einzelne immer wieder unmittelbar zum Adressaten von Normen aus völkerrechtlicher Quelle gemacht wurde. Die in diesem Zusammenhang zu nennenden Beispiele sind nicht neu und werden üblicherweise gerade von den „Traditionalisten“ angeführt, um die Besonderheiten der Unionsrechtsordnung im Verhältnis zum Völkerrecht herunterzuspielen. Insoweit wird etwa auf die Europäische Donaukommission für die Seodonau von 1856,⁵⁸ die Zentralkommission nach der Mannheimer Revidierten Rheinschiffahrtsakte von 1868, den Deutschen Zollverein von 1834⁵⁹ und 1867–1871,⁶⁰ sowie die Befugnisse

⁵⁶ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, S. 41 m. w. Nachw.; vgl. auch *Simma/Paulus*, EJIL 1998, 266, 276 f.

⁵⁷ Vgl. dazu und zum folgenden *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 24, Rdn. 17 ff.; *Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, S. 620 ff.

⁵⁸ Vgl. Art. XV bis XVII des Pariser Friedensvertrags zwischen Österreich, Frankreich, Großbritannien, Preußen, Russland, Sardinien und der Türkei vom 30. 3. 1856, *Martens*, Nouveau Recueil Général de Traités, Bd. XV, Gottingue 1857, S. 770–781, zitiert nach *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 104 m. Fn. 95. Danach besaß die Donaukommission auf dem Gebiet der Strom- und Schifffahrtspolizei ein unmittelbares Verordnungsrecht und eigene Strafgerichtsbarkeit gegenüber Einzelpersonen zur Durchsetzung der Verordnungen.

⁵⁹ Vertrag zwischen Preußen, Kurhessen und Hessen-Darmstadt einerseits, Bayern und Württemberg andererseits v. 22.3.1833, Preußische Gesetzssammlung 1833, S. 145, zitiert nach *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 103 m. Fn. 90. Nach Art. 4 und 5 des Vertrags waren einstimmig gefasste Beschlüsse ohne die Notwendigkeit einer Ratifikation nach Ausfertigung und Verkündung unmittelbar wirksam und machten entgegenstehendes Landesrecht unanwendbar, Art. 6 und 16.

⁶⁰ Vertrag zwischen dem Norddeutschen Bunde, Bayern, Württemberg, Baden und Hessen, die Fortdauer des Zollvereins betreffend, Gesetz-Blatt für das Königreich Bayern 1867, S. 89. Nach Art. 7, Art. 9 §§ 1, 10 ff. wirkten die Gesetze des Zollvereins unmittelbar, also ohne Ratifikation und Transformation in den Mitgliedstaaten. Zitiert nach

des Rats der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO)⁶¹ hingewiesen.⁶² Darüber hinaus kann noch das Urteil des StIGH im Fall Jurisdiction of the Courts of Danzig zur Berechtigung von Individuen aus völkerrechtlichem Vertrag trotz nichterfolgter Inkorporation dieses Vertrags in die nationale Rechtsordnung angeführt werden.⁶³ Ein weiteres Beispiel wäre etwa die Verfolgung von Kriegsverbrechern, die Verantwortlichkeit von Individuen vor dem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag,⁶⁴ sowie die zunehmende Praxis des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, Einzelne zu Adressaten von sogenannten „targeted“ oder „smart sanctions“ zu machen.⁶⁵ Auch was den internationalen Menschenrechtsschutz angeht, kann von einer Mediatisierung des Einzelnen durch den Staat nicht mehr gesprochen werden. Der Einzelne wird etwa durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die unbestritten als völkerrechtlicher Vertrag behandelt wird, unmittelbar berechtigt.⁶⁶

Die völkerrechtliche Praxis zeigt damit, dass auch die eigenständige Rechtsordnung des Völkerrechts den Einzelnen unmittelbar zu ihrem Normadressaten machen kann. Ob dies im Einzelfall auch geschieht, ist keine Fragen des Könnens, sondern lediglich eine Frage des Wollens, die durch Auslegung des völkerrechtlichen Vertrags geklärt werden muss. Wird die authentische Interpretation dabei einem eigens durch den völkerrechtlichen Vertrag geschaffenen Organ überlassen, so ist diese für die Vertragsparteien verbindlich und es bleibt kein Raum mehr für eine, für

Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 103 m. Fn. 93.

⁶¹ Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt (Chicago Convention) vom 7.12.1944, BGBl. 1956 II, S. 411, 1959 II, S. 69, 1962 II, S. 884, 1964 II, S. 217, 1972 II, S. 257, 1978 II, S. 500, 1983 II, S. 763, 1996 II, S. 210, 1996 II, S. 2498, 2501, 1997 II, S. 1777, 2004 II, S. 759, 765. Gem. Art. 86 und 87 kann der Rat Feststellungen treffen, die sich gegen einzelne Unternehmen für den Internationalen Luftverkehr richten, s. auch *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 104 m. Fn. 96.

⁶² Dazu etwa *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 24, Rdn. 1 m. Fn. 1; *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 234 f.; *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 103 f.; *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 193 f.

⁶³ *PCIJ* – 3.03.1928, Jurisdiction of the Courts of Danzig, Series B S. 17 f. Dazu *Wyatt*, E.L.Rev. 1982, 147, 150 f.

⁶⁴ *Ipsen*, 9. Kapitel: Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Völkerstrafrecht, in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, § 29, Rdn. 26 ff.

⁶⁵ Resolution Nr. 1267 (1999) des Sicherheitsrates vom 15.10.1999. Vgl. *Ohler*, EuZW 2008, 630, 630.

⁶⁶ Zur Rechtsstellung des Einzelnen im Völkerrecht *Hailbronner/Kau*, 3. Abschnitt: Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, S. 147, Rdn. 226 ff. Vgl. auch *Leben*, EJIL 1998, 287, 301 ff.

die anderen Vertragsparteien ohnehin unverbindliche, einseitige Auslegung des Vertrags durch eine der Vertragsparteien.⁶⁷

Weiterhin gilt auch für das allgemeine Völkerrecht, dass die Wirksamkeit einer völkerrechtlichen Verpflichtung nicht von der Inkorporation durch einen nationalen Rechtsakt abhängt.⁶⁸ Dem innerstaatlichen (Verfassungs)Recht kommt, wie sich bereits aus Art. 46 WRVK zeigt, für die Verbindlichkeit eines völkerrechtlichen Vertrags nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zu.⁶⁹ Ebenfalls unbeachtlich ist es aus völkerrechtlicher Sicht, ob eine solche Verpflichtung mit innerstaatlichem (Verfassungs)Recht vereinbar ist oder nicht.⁷⁰ Auf dieses kann sich eine Vertragspartei grundsätzlich nicht berufen.

Beispielsweise hängt etwa die Möglichkeit der Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – vom Standpunkt des Völkerrechts betrachtet – nicht von der wirksamen Inkorporation des völkerrechtlichen Vertrags in die nationale Rechtsordnung ab, sondern allein von der wirksamen Ratifikation der Konvention durch die Vertragsparteien.

Als Besonderheit des Unionsrechts könnte man es nun betrachten, dass dieses nicht nur die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber den Unionsorganen und den Mitgliedsstaaten regelt, sondern auch unmittelbar alle staatlichen Organe, also insbesondere auch unmittelbar Gerichte und Behörden, zur Anwendung des Unionsrechts verpflichtet. Aber auch dies ist, wie Wyatt zu Recht feststellt, keine Besonderheit im Vergleich zum allgemeinen Völkerrecht. Auch eine völkerrechtliche Verpflichtung ist grundsätzlich für alle staatlichen Organe verbindlich.⁷¹ Auch wenn dies übli-

⁶⁷ *Heintschel von Heinegg*, 3. Kapitel: Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptquelle des Völkerrechts, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, § 11, Rdn. 1 ff.; *Weiler/Halter*, *Harv.Int'l L.J.* 1996, 411, 423 ff., gegen *Schilling*, *Harv.Int'l L.J.* 1996, 389, 403 ff.

⁶⁸ Das innerstaatliche Zustimmungsverfahren ist eine rein innerstaatliche Angelegenheit und ist völkerrechtlich nicht verpflichtend für das Inkrafttreten des Vertrags, vgl. *Heintschel von Heinegg*, 3. Kapitel: Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptquelle des Völkerrechts, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, § 10, Rdn. 17.

⁶⁹ Vgl. auch *Weiler/Halter*, *Harv.Int'l L.J.* 1996, 411, 441 m. Fn. 115.

⁷⁰ Vgl. Art. 27 WVRK, sowie *Wyatt*, *E.L.Rev.* 1982, 147, 150 ff., wieder unter Hinweis auf die Entscheidung des StIGH in *Jurisdiction of the Courts of Danzig*. Der StIGH führt zur Bedeutung des nationalen Inkorporationsaktes für die unmittelbare Anwendbarkeit aus: „It follows that (...) the [Agreement] should not be construed in a manner which would make the applicability of the provisions of the [Agreement] depend on their incorporation into a Polish regulation.“

⁷¹ Vgl. nur Art. 4 der Anlage der Resolution der VN-Generalversammlung Nr. 56/83 vom 12.12.2001 über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen. Danach ist das Verhalten der Organe eines Staates dem Staat zuzurechnen. Vgl. auch den Kommentar der International Law Commission, *International Law Commission*, *Yearbook of the International Law Commission* 2001, 31, 40 ff. Zur Staatenverantwort-

cherweise nicht geschieht, so können doch Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen bereits ausdrücklich bestimmte Staatsorgane verpflichten, etwa den Gesetzgeber, aber auch Gerichte oder Behörden.⁷² Der Unterschied zwischen Unionsrecht und Völkerrecht ist nicht, dass Ersteres alle Staatsorgane, letzteres dagegen nur den Staat verpflichtet, sondern dass die Verpflichtung der Staatsorgane aufgrund der Besonderheiten des Unionsrechts, insbesondere des in der Tat einmaligen Verfahrens nach Art. 267 AEUV, sowie durch die authentische Auslegung des Vertrags durch den Gerichtshof, eine andere, eigenständige Bedeutung erhalten hat. Im allgemeinen Völkerrecht und im Rahmen der Internationalen Gerichtsbarkeit spielt die Verpflichtung der Staatsorgane grundsätzlich keine eigene Rolle, da es hier vor allem auf die Staatenverantwortlichkeit ankommt. Die Verantwortlichkeit einzelner Organe ist nur relevant für deren Zurechnung zum Staat.⁷³ Dagegen verleiht das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV der Verpflichtung der nationalen Gerichte zur Anwendung des Unionsrechts eine eigenständige Bedeutung per se, losgelöst von der Frage der Staatenverantwortlichkeit.

Damit soll nicht verneint werden, dass sich die Europäische Union wegen der Fülle an „supranationalen“ Elementen von herkömmlichen Internationalen Organisationen unterscheidet.⁷⁴ Es sollte jedoch gezeigt werden, dass eine Loslösung vom Völkerrecht nicht notwendig angenommen werden muss, um diese Besonderheiten, insbesondere in Bezug auf die Regelung der Verhältnisfrage, zu erklären. Das Völkerrecht kann als dynamische, flexible Rechtsordnung⁷⁵ bereits selbst die Möglichkeiten bereithalten, um sich zur effektiven Vollziehung der autonom erzeugten Rechtsnormen an die Einzelnen sowie die Rechtsanwender selbst zu richten, ohne

lichkeit allgemein *Ipsen*, 9. Kapitel: Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Völkerstrafrecht, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, § 40.

⁷² Zu nennen ist etwa das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980, BGBl. 1989 II, S. 586, zu dessen Anwendung die Gerichte nach Maßgabe des Art. 1 Abs. 1 verpflichtet sind. Eine Verpflichtung der Gerichte entsteht auch durch das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geschlossen in Lugano am 16.9.1988, BGBl. 1994 II, S. 2658, 3772. Weitere Beispiele bei *Wyatt*, E.L.Rev. 1982, 147, 152 f.

⁷³ Vgl. ebd., 154.

⁷⁴ Zu diesem Einwand auch *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 106. Die Unterschiede zusammenfassend *Skouris*, Vorrang des Europarechts: verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Aspekte, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, S. 31, 33 f.

⁷⁵ *Kelsen* etwa beschreibt das Völkerrecht noch als *primitive* Rechtsordnung, die erst am Anfang einer Entwicklung stehe, welche die nationalen Rechtsordnungen bereits zurückgelegt hätten, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 140.

dass es aus völkerrechtlicher Sicht für die Wirksamkeit dieser Verpflichtung auf eine Inkorporation oder nationales (Verfassungs)Recht ankommt.⁷⁶ Dies muss insbesondere dort gelten, wo eine solche Adressierung bereits in dem völkerrechtlichen Vertrag angelegt ist,⁷⁷ und wo durch den völkerrechtlichen Vertrag ein Organ geschaffen wird, das mit der authentischen Interpretation des Vertragstextes befasst wird.⁷⁸ Damit spricht vieles dafür, dass das Unionsrecht, auch wenn es „nur“ eine qualitativ weiterentwickelte Teilrechtsordnung des Völkerrechts darstellen sollte, sich direkt an Individuen sowie die nationalen Rechtsanwender richten kann. Die Mitgliedstaaten haben insoweit also, zumindest nach der authentischen Interpretation der Verträge durch den EuGH, auf ihren „ordre public“ Vorbehalt der innerstaatlichen Umsetzung im Sinne der traditionellen dualistischen Konzeption verzichtet.⁷⁹ Die Autonomie des Unionsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht spielt dann für die Frage, ob auch die Unionsrechtsordnung ihr Verhältnis zur nationalen Rechtsordnung selbst regeln kann, keine entscheidende Rolle mehr.⁸⁰ Entscheidend ist allein, dass das Unionsrecht nach dem in den Primärverträgen zum Ausdruck kommenden Willen der Vertragsparteien, wie er sich durch die authentische Interpretation des Gerichtshofs darstellt, sein Verhältnis zur nationalen Rechtsordnung selbst regeln will, während das „herkömmliche Völkerrecht“ dies üblicherweise den staatlichen Rechtsordnungen überlässt. Dies führt schließlich zu dem Ergebnis, dass auch das Unionsrecht sich, unabhängig von der innerstaatlichen Inkorporation, an die Rechtsanwender richten kann und in diesem Sinne aus Sicht der Unionsrechtsordnung in den nationalen Rechtsordnungen „gilt“.⁸¹ Dabei kann es auch anordnen, dass diese Rechtsanwender im Konfliktfall das nationale Recht unangewendet lassen müssen.

⁷⁶ Ähnlich *Meng*, Das Recht der internationalen Organisationen, S. 30 f., der zutreffend darauf verweist, dass jede Rechtsordnung ihre Adressaten selbst bestimmen kann, dabei jedoch klarstellt, dass es eine andere Frage ist, ob der Einzelne diese Adressierung auch als für ihn verbindlich erfährt.

⁷⁷ Art. 288 Abs. 2 AEUV ordnet die unmittelbare Geltung der Verordnungen in den Mitgliedstaaten an, Art. 267 AEUV berechtigt und verpflichtet ausdrücklich die Gerichte der Mitgliedstaaten. Zu dieser Funktion des Artikels 267 AEUV auch *Frank*, ZÖR 2000, 1, 14; die Verpflichtung der Behörden entnimmt der Gerichtshof Art. 4 Abs. 3 EUV.

⁷⁸ Siehe Art. 19 Abs. 1 EUV.

⁷⁹ So *Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, S. 623 ff.

⁸⁰ Ähnlich auch *Frank*, ZÖR 2000, 1, 5; Ähnlich in Bezug auf die Bedeutung der Autonomie für eine Entscheidung der Frage, welchem Entscheidungsträger die *Kompetenz-Kompetenz* zukommt *Weiler/Haltern*, Harv.Int'l L.J. 1996, 411, 411 ff.

⁸¹ Rechtstheoretisch kann man diese Geltungsanordnung dabei entweder so verstehen, dass die Unionsrechtsordnung aus ihrer Sicht die Geltung in der nationalen Rechtsordnung selbst anordnet, vgl. *Baldus*, Der Staat 1997, 381, 393; oder dass die Unionsrechts-

In einem „ernst genommenen“ Pluralismus der Rechtsordnungen muss man daher davon ausgehen, dass die unterschiedliche Beantwortung der Verhältnisfrage aus dem Blickwinkel der verschiedenen Rechtsordnungen jeweils für sich ihre Berechtigung hat.⁸² Die Frage der Autonomie des Unionsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht ist dafür, wie hier vertreten, ohne Belang.

e) *Folgen eines Rechtsordnungspluralismus für den Rechtsanwender*

Die Annahme eines Rechtsordnungspluralismus, in dem die einzelnen Rechtsordnungen gleichrangig nebeneinander stehen und ihr Verhältnis zueinander selbständig regeln können, und in dem von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht wurde, löst für den Rechtsanwender nicht zwingend einen Konflikt aus. Unproblematisch ist die Annahme mehrerer Rechtsordnungen etwa für Rechtsanwender, soweit diese jeweils nur eine der nebeneinander stehenden Rechtsordnungen anzuwenden haben.⁸³ Dasselbe gilt für die von beiden Rechtsordnungen betroffenen Individuen, soweit sie sich zur Geltendmachung ihrer Rechte jeweils an die verschiedenen Rechtsanwender der jeweiligen Rechtsordnung richten können.⁸⁴ Komplizierter wird die Situation jedoch, sobald dieselben Rechtsanwender von verschiedenen Rechtsordnungen zur Anwendung ihrer Normen bestimmt werden. Dies ist nur solange unproblematisch, wie diese ihr Verhältnis zueinander einheitlich regeln, bzw. solange eine Rechtsordnung die Regelung, die die andere Rechtsordnung für die Verhältnisfrage getroffen hat, vorbehaltlos akzeptiert. Regeln sie ihr Verhältnis jedoch unterschiedlich, so führt dies für den Rechtsanwender zu einem „Verpflichtungskonflikt“.⁸⁵ Als Adressat beider Rechtsordnungen hat er im konkreten Fall

ordnung die nationalen Rechtsordnungen in die eigene Rechtsordnung inkorporiert, vgl. *Schilling*, E.L.Rev. 2002, 445, 449 f.

⁸² *Walker*, M.L.R. 2002, 317, 338: „We must simply accept (...) that the claims are each plausibly sustained and incommensurable (...)“

⁸³ Beispiel ist hierfür etwa die Trennung von „equity courts“ und „common law courts“ in England, vgl. *Schilling*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, 568, 577 m. Fn. 88. Hier sei die Bemerkung erlaubt, dass sich das BVerfG vielleicht auch deshalb weigert, Unionsrecht im Rahmen seiner Prüfung anzuwenden (vgl. etwa *BVerfG* – 28.03.2006, BVerfGE 115, 276), um die damit verbundenen Probleme des Rechtsordnungspluralismus zu vermeiden.

⁸⁴ So entsteht etwa kein Konflikt, wenn der Einzelne sich im Wege der Direktklage unmittelbar an den EuGH wenden kann. Ähnliches gilt auch im Falle der Menschenrechtsbeschwerde vor dem EGMR.

⁸⁵ Grundlegend zum Verpflichtungskonflikt im Rechtsordnungspluralismus *Grusmann*, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, S. 47, 60. Ihm folgend *Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, S. 1239,

beiden Normenwendungsbefehlen zu gehorchen, was ihm jedoch, soweit diese einander widersprechende Anordnungen treffen, faktisch unmöglich ist.⁸⁶ Der Rechtsanwender muss dann im konkreten Fall die Entscheidung treffen, welchem Normenwendungsbefehl welcher Rechtsordnung er gehorchen möchte.

Die Frage, welchem Rechtsanwendungsbefehl der nationale Rechtsanwender zu folgen hat, könnte man nun, insbesondere von einem externen Blickwinkel betrachtet, als eine solche sehen, die nicht mehr mit Mitteln der Rechtslogik beantwortet werden kann. Es kommt dann auf eine Entscheidung des Rechtsanwenders an, die aber nicht mehr rechtlich determiniert, sondern allein eine politische Entscheidung, eine Frage der Macht ist.⁸⁷ Der Rechtsanwender müsste entscheiden, welcher Rechtsordnung sich er sich stärker verpflichtet fühlt.⁸⁸

Diese Argumentation mag von einem externen Blickwinkel aus betrachtet richtig sein. Eine Wahl zwischen den beiden Rechtsordnungen ist hier wirklich nicht mehr von Mitteln der Rechtslogik geleitet, sondern allenfalls von dem Erkenntnisinteresse des (rechtswissenschaftlichen) Betrach-

1264 f.; vgl. auch *Baldus*, *Der Staat* 1997, 381, 396 f. A. A. *Niedobitek*, *Verwaltungsarchiv* 2001, 58, 62 ff.

⁸⁶ Auf der Anwendungsebene können damit unproblematisch auch Normen verschiedener Rechtsordnungen in diesem Sinne miteinander kollidieren, vgl. auch *Grussmann*, *Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration* –, in: v. Danwitz et al. (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, S. 47, 60. A. A. *Jestaedt*, *Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation*, in: *Krause/Veelken/Vieweg* (Hrsg.), *GS Blomeyer*, S. 637, 664. Gerade im öffentlichen Kollisionsrecht zeigt sich, dass Normen verschiedener nationaler Rechtsordnungen im Anwendungsfall kollidieren können, vgl. *Ohler*, *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, S. 17 f., 38 f.

⁸⁷ *Isensee*, *Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens*, in: *Burmeister* (Hrsg.), *FS Stern*, S. 1239, 1265; *Kumm*, *E.L.J.* 2005, 262, 273. f. Dies erinnert stark an die Lehren *Carl Schmitts*, wonach in Fällen, in denen eine rechtliche Regelung unzulänglich ist, alleine die Macht entscheidet. Dies steckt etwa hinter der Aussage „Souverän ist der, der über den Ausnahmezustand entscheidet“, vgl. *Schmitt*, *Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, S. 13. Es verwundert daher nicht, wenn im Zusammenhang mit diesem rechtslogischen Dilemma in Bezug auf das Verhältnis von Unionsrecht zu nationalem Recht und die damit verbundene Frage der *Kompetenz-Kompetenz* auf dessen Lehren verwiesen wird, vgl. etwa *Frowein*, *EuR* 1995, 315, 319; *Schönberger*, *AöR* 2004, 81, 108. Vgl. auch *Schilling*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1997, 568, 578.

⁸⁸ So auch *Baldus*, *Der Staat* 1997, 381, 394 f. Im Ergebnis auch *Jestaedt*, *Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation*, in: *Krause/Veelken/Vieweg* (Hrsg.), *GS Blomeyer*, S. 637, 669 f., auch wenn er das Problem von der Ebene eines Rechtspluralismuskonflikts auf das eines Rechtsdeutungskonflikts verschiebt.

ters. Geht es aber um den Rechtsanwender, so wird insoweit verkannt, dass dieser nicht die Möglichkeit hat, einen solchen externen Standpunkt einzunehmen.⁸⁹ Er ist in der Rechtsordnung verhaftet, auf der seine Existenz beruht, die über seine Einrichtung befindet, ja von der er sein Gehalt bezieht. Dies ist die nationale Rechtsordnung.⁹⁰ Nationale Gerichte und Behörden sind daher rechtlich verpflichtet, das Recht einer anderen Rechtsordnung nur anzuwenden, soweit ihre Rechtsordnung dies zulässt. Für Behörden und Gerichte ist die Wahl der Rechtsordnung damit keine freie, politische Entscheidung, sondern eine rechtlich determinierte. Sie müssen die Verhältnisfrage aus Sicht der nationalen Rechtsordnung beantworten, dürfen also Unionsrecht nur soweit anwenden, wie dies nach der Anordnung ihrer Rechtsordnung „law of the land“ darstellt.⁹¹ Soweit das Unionsrecht auf die nationalen Rechtsanwender zur Durchsetzung angewiesen ist, ist dann nur eine einzige Regelung der Verhältnisfrage effektiv, nämlich die aus Sicht der nationalen Rechtsordnung.⁹²

Dies ändert aber nichts am grundsätzlichen Geltungsanspruch des Unionsrechts aus Sicht der Unionsrechtsordnung, der dann zumindest zu einem theoretisch unauflösbaren Konflikt führt. Weiterhin ist es zumindest theoretisch denkbar, wenn auch praxisfern, dass sich die nationalen Rechtsanwender in erster Linie als „Unionsgerichte“ bzw. „Unionsbehörden“ verstehen könnten um in diesem Sinne „die Hand zu beißen, die sie füttert“.⁹³ Dann aber würde der Rechtsanwender einen „Austausch der Grundnormen“ herbeiführen und nicht mehr die nationale Verfassung, sondern das Primärrecht der Europäischen Union als für ihn letztverbindlich erklären.⁹⁴ Letzteres wäre allerdings keine rechtlich determinierte Entscheidung des Gerichts mehr, sondern, wie Schilling ebenfalls zu Recht bemerkt, ein revolutionärer Akt.⁹⁵

⁸⁹ Schilling, E.L.J. 2006, 173, 179, gegen Kumm, E.L.J. 2005, 262, 274.

⁹⁰ Schilling, E.L.Rev. 2002, 445, 448.

⁹¹ Für Deutsche Richter bestimmt Art. 97 Abs. 1 GG, dass diese nur dem Gesetze unterworfen sind. Damit ist Recht und Gesetz im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG gemeint. Inwieweit dazu auch Unionsrecht gehört, richtet sich nach Art. 23 Abs. 1 GG, der die deutsche Rechtsordnung für das Unionsrecht öffnet.

⁹² Schilling, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1997, 568, 580 f.

⁹³ Der Frage, warum nationale Gerichte überhaupt der Vorranganordnung des Gerichtshofs Folge geleistet haben, wird insbesondere in der angloamerikanischen Literatur große Bedeutung beigemessen. Zu den diesbezüglich vertretenen Ansätzen vgl. etwa *Burley/Mattli*, Int'l Org. 1993, 41, 57 ff.; *Alter*, Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration, in: *Slaughter/Sweet/Weiler* (Hrsg.), *The European Court and national Courts*, S. 227, 229 ff. m. w. Nachw.

⁹⁴ Kumm, E.L.J. 2005, 262, 273.

⁹⁵ Schilling, E.L.J. 2006, 173, 177 ff.

In einem Pluralismus der Rechtsordnungen mit sich überschneidenden Geltungsanordnungen kann es damit zu Konflikten kommen, die im Extremfall einer juristischen Auflösung nicht mehr zugänglich sind. Dennoch bedarf es rechtlicher Modelle zur Lösung von Konflikten zwischen diesen Rechtsordnungen, die im Folgenden kurz beschrieben werden sollen.

f) Lösungsansätze für Konflikte zwischen mehreren Rechtsordnungen

Für die Lösung eines solchen (Verpflichtungs)Konflikts sind nun, in Anlehnung an das Internationale Kollisionsrecht,⁹⁶ verschiedene Ansätze denkbar. Zum Einen könnten die Rechtsordnungen ihren Anwendungsbe-
reich so voneinander abstecken, dass es nicht zu einer Berührung kommen kann (aa). Eng mit diesem ersten Lösungsansatz verwandt ist auch die Möglichkeit einer inhaltlichen Kompetenzausscheidung der Rechtsordnungen, die ebenfalls einen Konflikt ausschließen könnte (bb). Zum andern könnten sie ihr Verhältnis zueinander in der gleichen Weise festlegen, so dass eine Kollision im Konfliktfall durch parallele Kollisionsnormen im Ergebnis in gleicher Weise zu lösen wäre (cc). Weiterhin könnte eine materielle Angleichung der Rechtsordnungen erfolgen (dd). Dadurch würde zwar ein Konflikt nicht im formellen Sinne beseitigt, da nach beiden Rechtsordnungen jedoch Normen desselben Inhalts zur Anwendung kämen, würde die Kollision praktisch entfallen. Weiterhin bliebe noch die Möglichkeit, einer übergeordneten Rechtsordnung die Koordination der beiden Rechtsordnungen zu überlassen (ee). Die beiden Rechtsordnungen würden in diesem Fall zu Teilrechtsordnungen einer einheitlichen Gesamt-rechtsordnung degradiert.

aa) Konfliktvermeidung durch Abgrenzung

Überträgt man diese Lösungsansätze auf das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht, so ist zunächst einmal festzuhalten, dass der erste Ansatz bereits aufgrund der engen Verzahnung von Unionsrecht und nationalem Recht ausscheidet. Anders als die Rechtsordnungen einzelner Staaten – oder auch der Mitgliedstaaten untereinander – sind diese Rechtsordnungen aufeinander angewiesen und beeinflussen sich notwendigerweise gegenseitig. Deutlich wird dies insbesondere bei der Ausführung von Unionsrecht, bei der die Union überwiegend auf den funktionierenden Verwaltungsunterbau der Mitgliedstaaten angewiesen ist.⁹⁷

⁹⁶ Vgl. etwa *Heiz*, Das Fremde Öffentliche Recht im Internationalen Kollisionsrecht, S. 15 ff. Die Vergleichbarkeit mit dem Internationalen Kollisionsrecht, hier dem Internationalen Privatrecht, sieht auch *Schilling*, E.L.Rev. 2002, 445, 454.

⁹⁷ Vgl. auch zur engen Verzahnung und Interdependenz v. *Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, S. 102 ff.

bb) Konfliktvermeidung durch Kompetenzausscheidung

Der Zweite Lösungsansatz, eine umfassende und abschließende Kompetenzausscheidung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, entspricht vor allem der Konfliktvermeidungsstrategie in Bundesstaaten. Hier werden Kollisionen zwischen Normen der verschiedenen Ordnungen präventiv dadurch verhindert, dass die Gesetzgebungszuständigkeit immer nur entweder dem Gesamt- oder den Gliedstaaten zustehen kann.⁹⁸ Kompetenzverteilungsvorschriften sind daher auch Kollisionsvermeidungsnormen.⁹⁹ Aber auch eine umfassende Kompetenzausscheidung vermag es nicht, Konflikte zwischen den Normen der verschiedenen Rechtsordnungen von vorneherein vollständig auszuschließen. So erscheint es beispielsweise immer noch möglich, dass Bund und Länder aufgrund unterschiedlicher Kompetenztitel ermächtigt sind, den gleichen Lebenssachverhalt unterschiedlich zu regeln.¹⁰⁰ Soweit hier Konflikte entstehen und keine Regel

⁹⁸ Die vertikale Kompetenzabgrenzung im Grundgesetz sieht im VII. Abschnitt eine Aufteilung in ausschließliche und konkurrierende Zuständigkeiten vor. Soweit Bund und Länder danach nebeneinander zur Gesetzgebung befugt sind, legen die Art. 71, 72 GG eine personale, sachliche, räumliche und/oder zeitliche Abgrenzung fest, so das Doppelzuständigkeiten grundsätzlich vermieden werden vgl. März, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 31, Rdn. 21. Insbesondere entfaltet die Ausübung der Legislativebefugnisse durch den Bund im Bereich der konkurrierenden Zuständigkeiten gem. Art. 72 Abs. 1 GG Sperrwirkung. Einen Sonderfall bildet wohl der durch die Föderalismusreform eingeführte Art. 72 Abs. 3 GG. In den dort genannten Bereichen liegt eine echte kumulativ-konkurrierende Zuständigkeit vor, so dass Bund und Länder hier tatsächlich nebeneinander zur Gesetzgebung befugt sind. Normenkollisionen werden durch die Kollisionsregel des Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG, der die *lex posterior* Regel für anwendbar erklärt, aufgelöst. Dazu Mammen, DÖV 2007, 376, 377; Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 72, Rdn. 40 ff.; Korioth, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 31, Rdn. 26. Dagegen kennt die Verfassung der Republik Österreich (B-VG) eine Unterscheidung zwischen ausschließlichen und konkurrierenden Kompetenzen nicht. Der in den Art. 10 ff. B-VG vorgenommenen Kompetenzverteilung liegt vielmehr der Grundsatz der Kompetenztrennung zugrunde. Eine Gesetzgebungszuständigkeit steht danach immer exklusiv entweder dem Bundes- oder Landesgesetzgeber zu. Zu den Einzelheiten siehe Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Rdn. 19.068 ff.; Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 247 ff.; Dreier, in: ders., GG, Art. 31, Rdn. 15 m. w. Nachw.

⁹⁹ März, Bundesrecht bricht Landesrecht, S. 109; ders., in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 31, Rdn. 21; Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 319; Korioth, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 31, Rdn. 16; Dreier, in: ders., GG, Art. 31, Rdn. 23.

¹⁰⁰ So für die Kompetenzaufteilung nach dem Grundgesetz Dreier, in: ders., GG, Art. 31, Rdn. 60 m. w. Nachw. und einer Auflistung der Konfliktfelder. Beispiele aus der Rechtsprechung liefern etwa BVerfG – 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91, 2 BvR 1083/92, 2 BvR 2188/92, 2 BvR 2200/92, 2 BvR 2624/94, Landesrechtliches Abfallabgabengesetz, BVerfGE 98, 83, 97 f.; BVerfG – 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, Kommunale Verpackungssteuer, BVerfGE 98, 106, 117 ff.: Widerspruch zwischen bundesrechtlicher Sach- und landesrechtlicher Abgabengesetzgebung. A. A. dagegen März, in: v.

zur Lösung des Konflikts vorgesehen ist,¹⁰¹ muss die Kollision auf anderem Wege, etwa durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, aufgelöst werden.¹⁰²

Für das Verhältnis von Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten wurde insbesondere von Ophüls eine umfassende Kompetenzausscheidung vertreten.¹⁰³ Nach dieser „bundesstaatlichen Theorie“ besteht zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaften (jetzt der Union) eine umfassende Kompetenzaufteilung ähnlich derjenigen im Bundesstaat zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten. Dabei kommt den sogenannten übergeordneten Geltungsnormen in den Unionsverträgen die Funktion zu, die neuen Ho-

Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 31, Rdn. 60 ff., der eine Doppelzuständigkeit im Bereich des VII. Abschnitts des GG grundsätzlich ablehnt. Ebenso *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht, 310 ff. In Österreich besteht diese Möglichkeit der Doppelzuständigkeit aufgrund der sog. Gesichtspunktetheorie, vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Rdn. 19.074 ff.; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rdn. 280 ff. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist hier *Verfassungsgerichtshof Österreich* – 03.12.1984, Slg. 10292/1984: Regelung über die Zugänglichkeit der Wälder sowohl nach dem Forstgesetz des Bundes als auch nach dem niederösterreichischen Jagdgesetz.

¹⁰¹ Nach dem Grundgesetz kommt dem in Art. 31 GG verankerten Rechtssatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ als Kollisionsnorm die Funktion der Konfliktlösung zwischen Gesamt- und Gliedstaaten zu. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht den Widerspruch zwischen bundesrechtlicher Sach- und landesrechtlicher Abgabengesetzgebung nicht unter Rückgriff auf Art. 31 gelöst, sondern stattdessen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und damit das Rechtsstaatsprinzip bemüht, *BVerfG* – 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91, 2 BvR 1083/92, 2 BvR 2188/92, 2 BvR 2200/92, 2 BvR 2624/94, Landesrechtliches Abfallabgabengesetz, BVerfGE 98, 83, 98; *BVerfG* – 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, Kommunale Verpackungssteuer, BVerfGE 98, 106, 117 ff. Für eine Anwendung von Art. 31 GG in diesen Fällen auch *Dreier*, in: ders., GG, Art. 31, Rdn. 60 m. w. Nachw. auch zur Gegenansicht; *Huber*, in: Sachs, GG, Art. 31, Rdn. 30. Für Konflikte im Rahmen der neugeschaffenen Abweichungsmöglichkeit nach Art. 72 Abs. 3 GG kann eine Lösung nicht über Art. 31 GG erfolgen, da die Abweichungsbefugnis sonst keinerlei Wirkung hätte, *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 31, Rdn. 26. Hier erfolgt eine Kollisionslösung durch die in Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG für anwendbar erklärte *lex posterior* Regel. Die österreichische Bundesverfassung kennt den Rechtssatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ nicht, *Dreier*, in: ders., GG, Art. 31, Rdn. 15. Ob die *lex posterior* Regel zwischen Bundesrecht und Landesrecht Anwendung findet ist umstritten. Hierzu *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht, S. 71 ff.

¹⁰² *Verfassungsgerichtshof Österreich* – 03.12.1984, Slg. 10292/1984. Der VfGH lehnt sowohl eine Anwendung des Regel „Bundesrecht bricht Landesrecht“, die in der österreichischen Verfassung nicht vorgesehen ist, sowie der Regel *lex posterior derogat legi priori* ab und stellt fest, dass er selbst die Balance zwischen den Gesetzgebungskompetenzen herzustellen hat. Dazu stützt er sich auf eine allgemeine Rücksichtnahmepflicht.

¹⁰³ *Ophüls*, Staatshoheit und Gemeinschaftshoheit, in: Ule et al. (Hrsg.), FS Carl Heymanns Verlag KG, S. 519, 519; *ders.*, NJW 1963, 1697; *ders.*, Die Geltungsnormen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Aubin et al. (Hrsg.), FS Riese, S. 1, 1. Zu neueren Ansätzen zur Kompetenzabgrenzung nach der Lehre der sog. „pre-emption“ vgl. etwa *Soares*, E.L.Rev. 1998, 132; *Schütze*, C.M.L.Rev. 2006, 1023, und unten, S. 80.

heitsrechte der Europäischen Union, die diese im Wege der Übertragung von den Mitgliedstaaten erhalten, von den diesen Mitgliedstaaten verbleibenden Hoheitsrechten abzugrenzen.¹⁰⁴

Dies ist jedoch mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur abzulehnen.¹⁰⁵ Zwar kennt auch das Unionsrecht seit dem Vertrag von Lissabon ausdrücklich eine vertikale Kompetenzabgrenzung mit einer Unterscheidung zwischen ausschließlichen, geteilten und unterstützenden Zuständigkeiten nach bundesstaatlichem Vorbild.¹⁰⁶ Ein Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten hat jedoch damit gerade nicht stattgefunden.¹⁰⁷ Die Union be-

¹⁰⁴ *Ophüls*, Die Geltungsnormen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Aubin et al. (Hrsg.), FS Riese, S. 1, 21.

¹⁰⁵ *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, S. 64 ff.; *Zuleeg*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, S. 85 ff.; *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 187 ff.; *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 120 f.

¹⁰⁶ Die vertikale Kompetenzverteilung ist in EUV und AEUV nur unvollkommen geregelt. Die Grundlage bilden das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) sowie das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV. Eine Auflistung der Zuständigkeiten enthalten nun die Art. 2 bis 6 AEUV. Danach wird – entsprechend der Auswirkungen auf die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten – zwischen den folgenden Zuständigkeiten unterschieden: ausschließliche (Art. 3 AEUV), geteilte (Art. 4 AEUV) und unterstützende (Art. 6 AEUV) Zuständigkeiten. Die Einzelheiten in Bezug auf Art und Umfang der Ausübung erfordern gem. Art. 2 Abs. 6 AEUV einen Blick in die Einzelvorschriften der Verträge. Im Einzelnen sind noch viele Fragen offen, vgl. *Nettesheim*, Kompetenzen, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 389, 423 ff.; *Jarass*, AöR 1996, 173, 185 ff. Zur Kompetenzverteilung nach dem Vertrag von Lissabon siehe *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 106 ff.

¹⁰⁷ Dagegen spricht aus Sicht des Unionsrechts bereits, dass die Mitgliedstaaten auch im Bereich einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Union unter bestimmten Voraussetzungen als Sachwalter der Union tätig werden können, wenn die Union noch keinen Gebrauch von ihrer ausschließlichen Zuständigkeit gemacht hat, vgl. *EuGH* – 5.5.1981 – Rs. 804/79, Kommission/Großbritannien, Slg. 1981, 1045, Rdn. 30; dies wird nun ausdrücklich durch Art. 2 Abs. 1 AEUV festgeschrieben. Weiterhin kann mit *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, S. 64 ff., darauf verwiesen werden, dass der Erlass von Richtlinien gemäß Artikel 288 Abs. 2 AEUV für viele Sachgebiete möglich ist, Richtlinien aber gerade einen nationalen Umsetzungsakt erfordern und man damit von einem weiteren Bestehen der nationalen Rechtsetzungskompetenz ausgehen muss. Hinzu treten die in den Verträgen vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten, durch die die Mitgliedstaaten einseitig Schutzmaßnahmen ergreifen können, vgl. *Zuleeg*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, S. 91 m. w. Nachw. Darüber hinaus ist hier auch die Querschnittskompetenz nach Art. 114 AEUV anzuführen. Da diese nicht sachbereichs-, sondern zielbezogen ist, greift eine auf diese Kompetenz gestützte Maßnahme notgedrungen in viele Kompetenzbereiche der Mitgliedstaaten ein. Letztere bleiben aber dennoch zur Gesetzgebung befugt, vgl. auch *Bieber*, E.L.Rev. 1988, 147, 154. Hierher gehört auch die Ausnahmenvorschrift des Art. 347 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten unter bestimmten, engen Voraussetzungen Schutzmaßnahmen

gründet ihre Kompetenzen vielmehr aus eigenem, originärem Recht, gleichzeitig haben die Mitgliedstaaten aufgrund ihrer originären Staatsgewalt ihre Legislativbefugnisse in allen Bereichen vollständig behalten.¹⁰⁸ Aus Sicht des Unionsrechts sind die Mitgliedstaaten lediglich aus Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, Gesetzgebungsakte zu unterlassen, soweit damit bestehendes Unionsrecht beeinträchtigt würde.

Gegen eine Kompetenzausscheidung spricht weiterhin, dass eine solche umfassend überhaupt nur möglich sein kann, wenn die Kompetenzverteilung durch die übergeordnete Rechtsordnung festgelegt wird.¹⁰⁹ An einer solchen übergeordneten Gesamtverfassung fehlt es jedoch beim derzeitigen Stand der Integration. Der Unionsvertrag und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union sind Komplementär-, nicht aber Gesamtverfassung.¹¹⁰

An dieser Stelle können zur Konfliktvermeidung weiterhin das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) und das Subsidiaritätsprinzip, wie es in Art. 5 Abs. 3 EUV festgeschrieben ist, beitragen.¹¹¹ Die Eignung zur Konfliktbegrenzung hängt dabei jedoch vor allem von der prozeduralen Umsetzung dieser Prinzipien ab.¹¹² Insbesondere bezogen auf das Subsidiaritätsprinzip bestehen hier in der Praxis noch erhebliche Defizite.¹¹³ Darüber hinaus kann auch unter Einhaltung dieser Prinzipien ein

ergreifen können. Ist der Tatbestand des Art. 347 AEUV gegeben, so bestehen die Kompetenzen der Union und der Mitgliedstaaten konkurrierend nebeneinander, vgl. *Kokott*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, Art. 347 AEUV, Rdn. 7. Die Annahme eines Kompetenzverlustes durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Union lässt sich damit nur schwer in Einklang bringen.

¹⁰⁸ *Schlösser*, Die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts, S. 44; *Schröer*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltschutzes, S. 33; gegen eine „dingliche“ Übertragung auch *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 273 ff.; *Randelzhofer*, in: *Maunz/Dürig, GG*, Art. 24 Abs. 1, Rdn. 55 ff.; *Streinz*, in: *Sachs, GG*, Art. 23, Rdn. 59 f.; *Nettesheim*, Kompetenzen, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 389, 410 f.; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 107.

¹⁰⁹ So auch der Ansatz von *Ophüls*, Die Geltungsnormen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *Aubin et al. (Hrsg.)*, FS Riese, S. 1, 24. Vgl. auch *Alder*, Koordination und Integration als Rechtsprinzipien, S. 19 ff. Für den Bundesstaat *März*, Bundesrecht bricht Landesrecht, S. 117: Die Grenzziehung müsse Bund und Länder gleichermaßen binden und daher in der gesamtstaatlichen Verfassung vorgenommen werden.

¹¹⁰ *Pernice*, in: *Dreier, GG*, Art. 23, Rdn. 21 m. w. Nachw. Zum Konzept des Verfassungsverbunds siehe u, S. 38 f.

¹¹¹ Dazu *Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: *Burmeister (Hrsg.)*, FS Stern, S. 1239, 1266 ff.; *Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht als Elemente europäischen Verfassungsrechts, S. 226 ff.

¹¹² Der Vertrag von Lissabon führt hierzu nun in Art. 12 lit. b) EUV die Subsidiaritätsrüge durch die nationalen Parlamente ein.

¹¹³ Zur Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon *Calliess*, in: *ders./Ruffert*,

Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht nicht gänzlich vermieden werden.

cc) Konfliktvermeidung durch Parallelität der Kollisionsnormen

Konflikte zwischen Rechtsordnungen werden im zwischenstaatlichen Bereich durch Kollisionsnormen entschieden. Bei Kollisionsnormen handelt es sich um Rechtsnormen der jeweiligen Rechtsordnungen,¹¹⁴ die darüber entscheiden, in wieweit „fremdes“ Recht in der nationalen Rechtsordnung auf einen bestimmten Sachverhalt Anwendung findet. Dabei kann man zwischen sog. einseitigen und zweiseitigen Kollisionsnormen unterscheiden. Während zweiseitige Kollisionsnormen regeln, welches Recht auf einen Sachbereich anwendbar ist und damit insbesondere die anwendbare Rechtsordnung bestimmen, verweist die einseitige Kollisionsnorm nur auf die eigene Rechtsordnung und steckt deren Geltungsbereich ab.¹¹⁵ Dieses Modell der Konfliktlösung lässt sich auch auf das Verhältnis von Mitgliedstaaten und Union übertragen.¹¹⁶ Der vom EuGH entwickelte Anwendungsvorrang ist die Kollisionsnorm des Unionsrechts.¹¹⁷ Die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten haben entweder diese Kollisionsnorm anerkannt, so dass die nationalen Gerichte diese anwenden. Oder aber die nationalen Rechtsordnungen enthalten selbst eigene Kollisionsnormen in der Verfassung, die ebenfalls einen Vorrang des Unionsrechts

EUV/EGV, Art. 5 EGV, Rdn. 64. Inwieweit die Subsidiaritätsrüge ein wirksames Instrument zur Überwachung des Subsidiaritätsprinzips sein kann, wird sich erst noch zeigen müssen.

¹¹⁴ Kollisionsrecht ist damit grundsätzlich nationales Recht, vgl. *Makarov*, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, in: Strupp/Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, S. 129, 129; *Hoffmann*, Vierzehnter Abschnitt: Internationales Verwaltungsrecht, in: Münch/Badura (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, S. 855. Insoweit ist der Ausdruck Internationales Privatrecht irreführend. Zwar können nationale Kollisionsnormen über internationale Vereinbarungen parallel geschaltet werden, genuine Meta-Kollisionsregeln bestehen jedoch gerade nicht, vgl. *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 333. Allerdings kann das Völkerrecht dem internationalen Kollisionsrecht bestimmte Grenzen setzen, vgl. für das Internationale Privatrecht *Makarov*, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, S. 129, 129 f.

¹¹⁵ Zur Unterscheidung *Ohler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 34. Zur einseitigen Kollisionsnorm im internationalen Verwaltungsrecht vgl. *Steindorff*, Verwaltungsrecht, Internationales, in: Strupp/Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, S. 581, 581 ff.

¹¹⁶ Vgl. *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 216 ff.; *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 333 ff.

¹¹⁷ So auch *Ohler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 23; *Zuleeg*, VVDStRL 1994, 154, 159 ff.

anordnen.¹¹⁸ Der Anspruch an eine Parallelität der Kollisionsnormen ist aber nicht vollumfänglich erfüllt. Die nationalen Gerichte haben den Vorrang des Unionsrechts praktisch zwar überwiegend akzeptiert, die meisten davon jedoch nicht vorbehaltlos.¹¹⁹ Für die nationale Rechtsordnung schaltet das vom BVerfG propagierte „Kooperationsverhältnis“ die Möglichkeit eines Konflikts in der Praxis zwar überwiegend aus,¹²⁰ beseitigt ihn aber dennoch nicht komplett. Auch die nationalen Verfassungen regeln die Inkorporation des Unionsrechts und die damit verbundene Vorrangfrage unterschiedlich.¹²¹ Das Konfliktpotential besteht damit grundsätzlich weiterhin, und kann auch jederzeit Aktualität erlangen.¹²²

dd) Konfliktvermeidung durch inhaltliche Angleichung der Rechtsordnungen

Auch der vierte Lösungsansatz, die inhaltliche Angleichung der Rechtsordnungen, ist zwar in der Praxis erfolgt. So gehorchen Unionsrechtsordnung und die nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich den gleichen allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Bestes Beispiel hierfür ist die Entwicklung des Grundrechtsschutzes auf Unionsebene, um einen Konflikt mit nationalem Verfassungsrecht aus dem Wege zu gehen.¹²³ Dies kommt für die Uni-

¹¹⁸ Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 219, versteht dabei die Verfassungsbestimmung des Art. 23 Abs. 1 GG als einseitige Kollisionsnorm, die den Geltungsbereich des innerstaatlichen Rechts festlegt.

¹¹⁹ Für Deutschland vor allem BVerfG – 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, Maastricht, BVerfGE 89, 155, sowie BVerfG – 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Lissabon, BVerfGE 123, 267. Siehe dazu unten, S. 54 ff.

¹²⁰ Vgl. BVerfG – 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, Maastricht, BVerfGE 89, 155, 175, BVerfG – Beschl. v.7.6.2000 – 2 BvL 1/97, Bananenmarkt, 102, 147, sowie vor allem BVerfG – 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, Honeywell, BVerfGE 126, 286. Das Kooperationsverhältnis ist keine Einbahnstraße. Auch der EuGH berücksichtigt die verfassungsrechtliche Identität der Mitgliedstaaten und gewährt den Mitgliedstaaten insoweit Spielräume, um Konflikte zu vermeiden. Beispiel hierfür ist *EuGH* – 14.10.2004 – C-36/02, Omega, Slg. 2004, I-9609. Vgl. dazu *Skouris*, Vorrang des Europarechts: verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Aspekte, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, S. 31, 39 f.; *Skouris*, Nationale Grundrechte und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Merten/Papier (Hrsg.) HGR VI/2, § 171, Rdn. 30 ff., 51. Das Kooperationsverhältnis im europäischen Verfassungsgerichtsverbund analysierend *Vofßkuhle*, NVwZ 2010, 1, 5 ff.

¹²¹ Vgl. die Übersicht bei *Hobe*, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 23, Rdn. 92 ff.

¹²² Zuletzt wurde ein solcher Konflikt im Fall „Honeywell“ erwartet. Vgl. dazu auch *Herzog/Gerken*, F.A.Z. 8.9.2008, 8; *Gerken et al.*, "Mangold" als ausbrechender Rechtsakt, S. 1 ff. Das BVerfG hat aber erneut die Spannungslage zwischen EuGH und BVerfG ausgeglichen und so das Kooperationsverhältnis gestärkt, vgl. BVerfG – 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, Honeywell, BVerfGE 126, 286, 303 ff.

¹²³ Vgl. *Kühling*, Grundrechte, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 583, 586 f.

onsrechtsordnung in Art. 6 Abs. 1 EUV zum Ausdruck.¹²⁴ Auf der anderen Seite wurde auch regelmäßig nationales (Verfassungs)Recht, zum Beispiel im Zusammenhang von Beitritts- und Änderungsverträgen, an die Anforderungen der Europäischen Union angepasst.¹²⁵ Zur Konfliktbegrenzung kann weiterhin eine Achtung der nationalen (Verfassungs)Identität der Mitgliedstaaten auf Ebene der Unionsrechtsordnung beitragen, wie sie in Art. 4 Abs. 2 EUV festgeschrieben ist.¹²⁶ Allerdings ist auch dieser Lösungsansatz nur geeignet das Konfliktpotential zu vermindern, letztlich vermag er es aber nicht, dieses endgültig zu beseitigen. Soweit nämlich die unterschiedlichen Entscheidungsträger in den einzelnen Rechtsordnungen diese ihrer Natur nach sehr abstrakten und unbestimmten Rechtsgrundsätze unterschiedlich auslegen, bleibt ein Konflikt weiter möglich.

ee) Konfliktvermeidung durch Koordination (Hierarchie)

Übrig bleibt die Koordinierung durch eine übergeordnete Rechtsordnung. Als solche käme einmal das Völkerrecht in Betracht, insbesondere, wenn man wie hier, davon ausgeht, dass die Unionsrechtsordnung, obwohl eigene Rechtsordnung im Verhältnis zu den Rechtsordnungen der Mitgliedstaat-

¹²⁴ Zur Konfliktvermeidung durch gegenseitige Annäherung von Unions- und Verfassungsrecht *Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, S. 1239, 1266.

¹²⁵ Vgl. etwa die umfangreichen Änderungen des GG im Zusammenhang mit dem Vertrag von Maastricht. So wurden durch das 38. Gesetz zur Änderung des GG v. 21.12.1992, BGBl. 1992 I, S. 2086 insgesamt acht Verfassungsbestimmungen geändert: Art. 23, 24 Abs. 1a, 45, 50, 52 Abs. 3a, 88, 115e Abs. 2 GG. Geändert wurde auch Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG im Hinblick auf den Europäischen Haftbefehl durch Art. 1 des 47. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.11.2000, BGBl. 2000 I, S. 1633. Eine weitere Änderung von Art. 23 GG (Einfügung von Abs. 1 a) erfolgte im Zuge der Ratifikation des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag von Lissabon, vgl. 53. Gesetz zur Änderung des GG v. 8.10.2008, BGBl. 2008 I, S. 1926, dazu *Streinz*, in: Sachs, GG, Art. 23, Rdn. 135. Genannt werden kann weiterhin die Änderung von Art. 12 a Abs. 4 S. 2 GG als Reaktion auf das Urteil *EuGH* – 11.1.2000 – Rs. C-285/98, Kreil, Slg. 2000, I-69. Dazu *Kokott*, in: Sachs, GG, Art. 12a, Rdn. 6. Verfassungsänderungen in Bezug auf die Europäische Union haben auch vorgenommen: Frankreich, Irland, Malta, Österreich, Portugal, Schweden, Slowakei, Spanien, Belgien, Finnland, Polen, Slowenien, Tschechien, Großbritannien (ungeschriebene Verfassung), Ungarn, vgl. die Übersicht bei *Hobe*, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 23, Rdn. 90 ff.

¹²⁶ Für eine Kooperation der Rechtsordnungen durch Achtung und Rezeption der nationalen Verfassungsbestimmungen als allgemeine Rechtsgrundsätze auf Gemeinschaftsrechtsebene *Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht als Elemente europäischen Verfassungsrechts, S. 172 ff., 190 ff. Zur Bedeutung von Art. 4 Abs. 2 EUV nach dem Vertrag von Lissabon v. *Bogdandy/Schill*, ZaöRV, 701; *dies.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Kommentar, Art. 4 EUV, Rdn. 3 ff.

ten, noch dem Völkerrecht angehört.¹²⁷ Mit seinem Grundsatz *pacta sunt servanda* und dem Hinweis auf das Souveränitätsprinzip erscheint diese Rechtsordnung jedoch als zu schwach, um eine Koordinierung der hoch entwickelten Kooperationsbeziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union vorzunehmen. Allein aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda* kann man nicht eine Pflicht zur Anerkennung des unbedingten Vorrang-Anspruchs des Unionsrechts entnehmen. Wie bereits erwähnt, überlässt das Völkerrecht grundsätzlich den Staaten die innerstaatliche Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen.¹²⁸ Auf der anderen Seite scheint aber auch der Hinweis auf das im Völkerrecht enthaltene Souveränitätsprinzip¹²⁹ zu schwach um den Mitgliedstaaten einseitig die Regelung der Verhältnisfrage zu überlassen. Ohne hier näher auf die Bedeutung des Souveränitätsbegriffs¹³⁰ eingehen zu wollen, zeigt sich jedenfalls, dass

¹²⁷ Zu verschiedenen Möglichkeiten der Einordnung des Völkerrechts in den Pluralismus der Rechtsordnungen vgl. *Richmond*, *Law and Philosophy* 1997, 377, 411 ff., insbesondere Modell Nr. 7.

¹²⁸ A. A. *MacCormick*, *O.J.L.S.* 1998, 517, 531: „But pluralism under international law suggests that we need not run out of law (and into politics) quite as fast as suggested by radical pluralism. The potential conflicts and collisions of systems that can in principle occur as between Community and Member States do not occur in a legal vacuum, but in a space to which international law is not only relevant but indeed decisively so given the origin of the Community in Treaties and the continuing normative significance of *pacta sunt servanda*, to say nothing of the fact that in respect of their Community membership and otherwise the states owe each other obligations under international law. A part of the legal considerations that ought to bear upon the deliberations of both state courts and the ECJ is regard for these mutual obligations. [...] Simply to remit to state courts an unreviewable power to determine the range of domestic constitutional absolutes that set limits upon the domestic applicability of Community law may be to invite a slow fragmentation of community law; yet it is a clear international obligation of states not to fragment the Community by unilateral decisions either judicial or legislative (or, for that matter, executive).“ Vgl. auch *ders.*, *Questioning sovereignty*, S. 117 ff.

¹²⁹ Vgl. Art. 2 Nr. 4 Charta der VN, BGBl. 1973 II, S. 431, 1980 II, S. 1252.

¹³⁰ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier nur beispielhaft aufgeführt für die verschiedenen Ansätze: „puissance absolue et perpétuelle d'une République“ (*Bodin*, *Les six livres de la République*, 1576, zitiert nach *Randelzhofer*, *Staatsgewalt und Souveränität*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*³ II, § 17, Rdn. 16); „höchste Gewalt von Rechts wegen“ (*Dagtolglou*, *Souveränität*, in: *Herzog et al.* (Hrsg.), *EvStL* II, S. 3155. Sp. 3160); „Kompetenz-Kompetenz“ (*Weiler/Halter*, *Harv.Int'l L.J.* 1996, 411); „unabhängige Rechtsordnung, Grundnorm“ (vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 129); „Entscheidung über den Ausnahmezustand“ (*Schmitt*, *Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, S. 13 f.); vgl. auch den Überblick über die juristischen Begriffsinhalte bei *Baldus*, *Der Staat* 1997, 381, 381 ff. Zur Entwicklung des Souveränitätsbegriffs *Randelzhofer*, *Staatsgewalt und Souveränität*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*³ II, § 17, Rdn. 13 ff. Siehe auch die weiteren Nachweise bei *Mayer*, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, S. 44 ff. und die umfassende Darstellung bei *Müller-Wewel*, *Souveränitätskonzepte im geltenden Völkerrecht*.

sich dieser mit dem Sprung der Völkerrechtsordnung von einer Koordinations- zu einer Kooperationsordnung gewandelt hat, so dass auch die freiwillige Beschränkbarkeit oder gar der (teilweise) Verlust der Souveränität als möglich erscheinen.¹³¹ Soweit das Souveränitätsprinzip dann nur noch bedeutet, dass den Mitgliedstaaten ein Austrittsrecht verbleibt,¹³² steht dies der Annahme eines unbedingten Vorrangs im Rahmen der Europäischen Integration nicht zwingend entgegen, solange die Mitgliedstaaten an dieser mitwirken wollen. Überdies ist die Bedeutung dieses Begriffs ohnehin viel zu umstritten, als das ihm irgendetwas Verbindliches für die hier im Mittelpunkt stehende Verhältnisfrage entnommen werden könnte.¹³³

Als koordinierende Gesamtrechtsordnung käme dann noch das primäre Vertragsrecht der Europäischen Union, seit den Änderungen durch den Vertrag von Maastricht und jüngst durch den Vertrag von Lissabon nun EUV und AEUV sowie die GR-Charta,¹³⁴ in Betracht. Dieses könnte als

¹³¹ Vgl. die Beiträge in *Walker* (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*; für einen Verlust von Souveränität *MacCormick*, M.L.R. 1993, 1; *ders.*, E.L.Rev. 2004, 852, 862 f.; *ders.*, *Questioning sovereignty*, S. 123, 126, 132 f.: „Is sovereignty like property, which can be given up only when another person gains it? Or should we think of it more like virginity, something which can be lost by one without another gaining it – and whose loss in apt circumstances can even be a matter for celebration?“ Letzteres sei der Fall für die souveräne Staatlichkeit im Rahmen der Europäischen Integration, da hier weder die einzelnen Mitgliedstaaten noch die Europäische Gemeinschaft für sich betrachtet als souverän gelten könnten. Der EuGH selbst spricht von „eingeschränkter“ Souveränität der Mitgliedstaaten, vgl. *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1, 25. Dagegen steht die Ansicht, dass die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ diese Beschränkungen nur freiwillig eingegangen und damit weiterhin souverän seien, vgl. *Randelzhofer*, *Staatsgewalt und Souveränität*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*³ II, § 17, Rdn. 34; *Huber*, *VVDStRL* 2000, 194, 222; *Kirchhof*, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* VII, § 183 Rdn. 56; *ders.*, *Der europäische Staatenverbund*, in: v. *Bogdandy/Bast*, *Europäisches Verfassungsrecht*, S. 1009, 1028, der die Souveränität in der Letztverantwortung des Staates für die auf seinem Gebiet ausgeübte Hoheitsgewalt sieht. Insoweit wird auch häufig auf die Möglichkeit des Austritts verwiesen, *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, S. 124: Souverän ist, wer über den Austritt entscheidet. Souveränität ist dann im Rahmen der Europäischen Integration das Innehaben einer Art letztinstanzlichen Reservekompetenz. Von der Offenheit der Souveränitätsfrage spricht *Ipsen*, *Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* VII, § 181 Rdn. 19; vgl. auch *Frowein*, *EuR* 1995, 315, 319, der insoweit auf *C. Schmitt* verweist; *Schmitt Glaeser*, *Grundgesetz und Europarecht als Elemente europäischen Verfassungsrechts*, S. 32 ff. Zur Rolle der Souveränität aus Sicht eines EuGH-Richters *Schiemann*, *ICLQ* 2007, 475.

¹³² *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, S. 124.

¹³³ Vgl. nur Fn. 130 u. 131.

¹³⁴ EUV, AEUV und GR-Charta sind gleichrangig, Art. 1 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1 EUV, Art. 1 Abs. 2 AEUV. Dazu *Nowak*, *Europarecht nach Lissabon*, S. 83 f. Dadurch dürfte sich die Diskussion, ob der EUV a. F. im Verhältnis zum EGV höherrangig war, erledigt

Gesamtrechtsordnung das Verhältnis der Teilrechtsordnung des Unionsrechts und der nationalen Teilrechtsordnungen zueinander festlegen und damit sowohl die Vorrangfrage als auch die Frage der Letztentscheidungskompetenz verbindlich regeln. Dies entspricht der „Drei-Kreise-Theorie“ Kelsens für den Bundesstaat.¹³⁵ Danach stehen sich im Bundesstaat die Teilordnungen von Bund und Gliedstaaten als gleichrangig gegenüber, wobei beiden der Gesamtstaat und die Gesamtverfassung übergeordnet sind.¹³⁶ Ohne hier näher auf die – umstrittene – Verwendung der Begriffe „Bundesstaat“¹³⁷ oder „Verfassung“¹³⁸ im Zusammenhang mit der Europäischen Integration eingehen zu wollen, wären die Unionsverträge dann doch „Gesamtverfassung“ in diesem Sinne. Sie wären dann wohl auch gleichzeitig Geltungsgrund der neuen einheitlichen Gesamtrechtsordnung. Dass eine solche, neue Gesamtrechtsordnung auch durch völkerrechtlichen Vertrag entstehen kann, beweist beispielhaft die Gründung des Deutschen Reiches 1871, die ebenfalls in der Form eines völkerrechtlichen Vertrags erfolgen konnte. Bereits Ipsen weist darauf hin, dass die Entstehungsgrundlage für Inhalt und Wesen einer Ordnung nicht entscheidend ist.¹³⁹

Der Annahme einer solchen Gesamtrechtsordnung kann entgegengehalten werden, dass die Unionsrechtsordnung kein Bundesstaat ist. Dieser Einwand greift jedoch nur, wenn man von der *petitio principii* ausgeht, dass eine Einordnung nur in den Kategorien Bundesstaat oder Staatenbund erfolgen muss, *tertium non datur*.¹⁴⁰ Die Feststellung, ob die Europäische Union ein Bundesstaat ist, hängt weiter davon ab, welche Merkmale man in diesen Begriff hineinlegt. Richtet man sich etwa nach der Definition, die Carl Schmitt in seiner Verfassungslehre gibt, so muss man zu dem Ergeb-

haben. Zur vormaligen Problematik nach dem Vertrag von Maastricht *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, Rdn. 103 ff.

¹³⁵ Dazu *Kristoferitsch*, Vom Staatenbund zum Bundesstaat?, S. 29.

¹³⁶ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 199.

¹³⁷ Siehe die Nachweise bei *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, S. 38 m. Fn. 97.

¹³⁸ Dazu etwa *Häberle*, EuGRZ 1991, 261; *ders.*, Europäische Verfassungslehre, S. 187 ff., 210 ff.; *Grimm*, JZ 1995, 581; *Pernice*, VVDStRL 2001, 148; *Lübbe-Wolff*, Volk, Demokratie, Verfassung – Die »Verfassung für Europa« als Herausforderung an die Verfassungstheorie, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, S. 47; *Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 227; *Zuleeg*, Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 1045.

¹³⁹ *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 59.

¹⁴⁰ So *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 114 m. w. Nachw. Dagegen *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 195. Kritisch auch *Tomuschat*, DÖV 1990, 672, 672 f.

nis kommen, dass die Europäische Union einem Bundesstaat weit mehr entspricht als die Bundesrepublik Deutschland, die Schmitt, ebenso wie das Deutsche Reich der Weimarer Verfassung, als „Bund ohne bündische Grundlage“ und damit eigentlich als Staat bezeichnen würde. Der wesentliche Unterschied zwischen Bund und Staat liegt für Schmitt nämlich gerade darin, dass der Bund nur homogene Mitglieder, aber kein einheitliches Volk habe.¹⁴¹ Gerade dieses Fehlen eines demos wird der Europäischen Union aber von den Gegnern einer Europäischen Verfassung – und eines Europäischen Bundesstaates – vorgeworfen.¹⁴² Ebenso kann man dieser Gesamtrechtsordnung nur vorhalten, es könne auf nichtstaatlicher Ebene keine Verfassung geben, wenn man mit dem Verfassungsbegriff Merkmale assoziiert, die nur auf staatlicher Ebene erfüllt werden können.¹⁴³

¹⁴¹ *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 366 ff. Danach ist der Bund (*Schmitt* unterscheidet nicht zwischen Bundesstaat und Staatenbund, sondern nur zwischen Bund und Bündnis) eine „auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung, durch welche der politische Gesamtstatus jedes einzelnen Bundesmitgliedes im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck verändert wird.“ Ein solcher Bund ist gekennzeichnet durch drei Antinomien: die politische Selbständigkeit der Mitglieder und der im Bund erfolgte Verzicht auf Selbsthilfe, die politische Selbstbestimmung und die Bundesexekution, sowie das Nebeneinander souveräner politischer Einheiten von Bund und Gliedstaaten. Die so immer möglichen Konflikte werden durch die Homogenität der Mitglieder vermieden. Der Bund hat eine eigene politische Existenz, er ist Träger eigener staatsrechtlicher Befugnisse und Bundesrecht genießt Vorrang vor Landesrecht. Eine besondere Bedeutung besteht für *Schmitt* darin, dass im Bundesstaat Bund und Gliedstaaten zwar homogen sind, nicht aber eine Einheit bilden, da sie nicht aus einem einzigen Volk bestehen. Gebilde, in denen Demokratie und bundesstaatliche Organisation miteinander vereinigt sind, sind daher kein Bund mehr und werden nur noch aufgrund einer Verfassungsanordnung so bezeichnet (S. 389). Der Europäischen Union wird dagegen gerade vorgeworfen, dass sie kein Volk hat. Sie entspricht daher eher der Idee des Bundes bei *Schmitt*. Diese Konzeption des Bundes auf die Europäische Union übertragend *Schönberger*, AöR 2004, 81, 98 ff.

¹⁴² Vgl. statt aller *Grimm*, JZ 1995, 581, 586. Auf das fehlende Volk stellt ganz maßgeblich auch *BVerfG* – 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, Maastricht, BVerfGE 89, 155, 186 ab. Kritisch dazu *Weiler*, The State »über alles« – Demos, Telos and the German Maastricht Decision, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, S. 1651, 1655 ff. Nun die Möglichkeit eines Volkswillens der Unionsbürger zwar nicht per se ausschließend, aber auf das strukturelle Demokratiedefizit der Europäischen Union abstellend *BVerfG* – 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Lissabon, BVerfGE 123, 267, 370 ff.

¹⁴³ Dazu etwa *Pernice*, VVDStRL 2001, 148, 155 ff.; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 6. *Zuleeg*, Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 1045, 1046 f.; *Lübbe-Wolff*, Volk, Demokratie, Verfassung – Die »Verfassung für Europa« als Herausforderung an die Verfassungstheorie, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, S. 47, 52 ff.; *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, S. 198 ff. Zum funktionalen Verfassungsbegriff auch *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem,

Gegen die Annahme einer solchen Gesamtrechtsordnung lässt sich weiter nicht anführen, dass die Mitgliedstaaten immer noch Herren der Verträge seien, jeder Mitgliedstaat ein Recht zum Austritt habe und Vertragsänderungen der Zustimmung durch die nationalen Parlamente bedürften. Dies kann nur als Argument gelten, wenn die Annahme einer Gesamtrechtsordnung und einer Gesamtverfassung mit einer Staatsgründung gleichgesetzt werden, der einen verfassungsgebenden Akt durch ein Volk als *pouvoir constituant* voraussetzt.¹⁴⁴ Es erscheint aber zumindest als denkbar, dass die Mitgliedstaaten eine Gesamtrechtsordnung schaffen, in deren Rahmen sie zwar ihre Souveränität freiwillig selbst beschränken, ihre nationalen Identitäten aber dennoch behalten. Im Rahmen einer solchen Gesamtrechtsordnung ohne einheitliches Volk erscheint es gerade als zwingend geboten, dass die demokratische Legitimation weiter wesentlich durch die einzelnen Staaten vermittelt wird, die dann noch Herren der Verträge bleiben.¹⁴⁵

Die Beschreibung des Verhältnisses von Unionsrecht zu nationalem Recht als Gesamtrechtsordnung hat mehrere Vorteile gegenüber der Annahme mehrerer, grundsätzlich unabhängig nebeneinander stehender, wenn auch eng miteinander verzahnter Rechtsordnungen. Zum einen ermöglicht sie aus rechtstheoretischer Sicht die einheitliche Festlegung der Verhältnisfrage durch die übergeordnete Gesamtverfassung.¹⁴⁶ Zum andern lässt sich

S. 332 ff. A. A. *Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR³ II, § 21, Rdn. 59.

¹⁴⁴ Zur verfassungsgebenden Gewalt des Volkes *Grawert*, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR³ II, § 16, Rdn. 29; *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 82 f., 251. Eine verfassungsgebende Gewalt für die Europäische Union ablehnend *Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 227, 251.

¹⁴⁵ Zum Demokratiedefizit in der Europäischen Union *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 2001, 246, 248 ff. *BVerfG* – 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Lissabon, BVerfGE 123, 267, Rdn. 276 ff. Zur Vermittlung der demokratischen Legitimation in der Europäischen Union über die Rückbindung an die nationalen Parlamente vgl. *BVerfG* – 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Lissabon, BVerfGE 123, 267, 364; *BVerfG* – 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, Maastricht, BVerfGE 89, 155, 184. Zur doppelgleisigen demokratischen Legitimation *Streinz*, in: Sachs, GG, Art. 23, Rdn. 24 ff.

¹⁴⁶ Diese Verhältnisfrage muss dabei auf dieser koordinierenden Ebene nicht zwingend zugunsten eines unbedingten Vorrangs des Unionsrechts geregelt werden, sondern ermöglig auf der Ebene der Gesamtrechtsordnung zum Beispiel auch eine Berücksichtigung der Identität der Mitgliedstaaten. Dies ist etwa in Art. 6 Abs. 3 EUV a. F. vorgesehen, dazu *Hilf*, Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), GS Grabitz, S. 157, 165 ff. Noch deutlicher wird dies in Art. I-5 EVV, bzw. nun in Art. 4 Abs. 2 EUV, wonach die Union auch die konstitutionelle Identität der Mitgliedstaaten. Ein solcher Ansatz schwebt wohl *Kumm*, E.L.J. 2005, 262, 302 ff. vor, auch wenn er nicht von einer Gesamtrechtsordnung spricht. *Schilling*, E.L.J. 2006, 173, 192 f. betont daher zu Recht, dass eine solche Koordinierung

auf der Grundlage eines einheitlichen rechtstheoretischen Modells auch ein einziger Letztentscheidungsträger bestimmen, der verbindlich im Sinne einer judikativen Kompetenz-Kompetenz über die Reichweite der nach der Gesamtverfassung den einzelnen Teilrechtsordnungen zukommenden Kompetenzen entscheidet.

Eine solche Gesamtrechtsordnung liegt etwa dem von Pernice entwickelten Modell vom „Verfassungsverbund“¹⁴⁷ zugrunde. Ein solcher Verfassungsverbund besteht aus „Komplementärverfassungen in einem Mehrebenensystem gestuft organisierter öffentlicher Gewalt“¹⁴⁸ und soll gekennzeichnet sein durch die materielle Einheit von Unions- und innerstaatlichem (Verfassungs)Recht.¹⁴⁹ In diesem Verfassungsverbund wird das Verhältnis der Rechtsnormen dieser verschiedenen Teilrechtsordnungen, die zwar zueinander in einem Verhältnis der Kooperation und Kommunikation stehen, einseitig durch die Unionsrechtsordnung festgelegt.¹⁵⁰ Damit soll zwar kein Über- Unterordnungsverhältnis im Sinne einer Hierarchie verbunden sein.¹⁵¹ Dennoch wird in einem solchen Verfassungsverbund die Verhältnisfrage durch die übergreifende Unionsverfassung festgelegt. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts bildet damit einen „Grundpfeiler der Verfassungsarchitektur der EU“¹⁵². Dem EuGH soll dabei die verbindliche Letztentscheidung über die Auslegung des Unionsrechts und die damit verbundene Frage der Reichweite der unionsrechtlichen Kompetenzen und der Gültigkeit von Sekundärrechtsakten zukommen.¹⁵³ Betont wird

durch Art. I-5 EVV bzw. jetzt Art. 4 Abs. 2 EUV nur erfolgen kann, wenn man ein einheitliches Rechtssystem mit Höherrangigkeit des primären Unionsrechtssystems annimmt. Auf dieser höheren Ebene würde der EuGH dann verbindlich entscheiden, was unter die nationale Identität der Mitgliedstaaten gehört, sodass zumindest die Frage der Letztentscheidungskompetenz dann verbindlich beantwortet wird.

¹⁴⁷ Vgl. Pernice, VVDStRL 2001, 148, 148 ff.; ders., EuR 1996, 27, 29 ff.; ders., C.M.L.Rev. 1999, 703; ders., E.L.Rev. 2002, 511. Kritisch zum Konzept des Verfassungsverbunds aus rechtstheoretischer Sicht *Jestaedt*, Konkurrenz von Rechtsdeutungen statt Koexistenz von Rechtsordnungen, in: Brunkhorst/Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat, S. 233. Siehe aber nun Pernice, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, S. 49 ff., wonach der Verfassungsverbund nicht mehr durch einen einseitigen Vorrang, sondern durch einen Pluralismus der Rechtsordnungen und damit verschiedener Auffassungen zur Verhältnisfrage gekennzeichnet sein soll.

¹⁴⁸ Pernice, JöR n.F. 2000, 205, 215.

¹⁴⁹ Pernice, EuR 1996, 27, 33; vgl. auch ders., JöR n.F. 2000, 205, 214 f.; ders., VVDStRL 2001, 148, 153.

¹⁵⁰ Ebd., 182 ff.

¹⁵¹ Ebd., 185; Pernice, E.L.Rev. 2002, 511, 520.

¹⁵² Ders., VVDStRL 2001, 148, 182.

¹⁵³ Ders., EuR 1996, 27, 34 f.

jedoch, dass weder der Union noch den Mitgliedstaaten eine Kompetenz-Kompetenz zukommt.¹⁵⁴

Das Konzept des „Verfassungsverbundes“ hat den Vorteil, dass es die Interdependenz von Unionsrecht und nationalem Recht erklären und dabei widersprüchliche Ergebnisse vermeiden kann. Es ist allerdings in sich selbst widersprüchlich, soweit einerseits ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass in diesem Verfassungsverbund keine Über- Unterordnung der verschiedenen Verfassungsebenen bestehen soll, andererseits aber dem Unionsrecht einseitig der Vorrang zukommen soll. Im Ergebnis führt demnach der Verfassungsverbund zu einer Hierarchisierung der komplementären Verfassungsebenen, vermieden wird lediglich eine entsprechende Wortwahl.¹⁵⁵

Eine solche neue Gesamtrechtsordnung, die erfolgreich an die Stelle einer alten Ordnung treten soll, bedarf jedoch, sogar nach der positivistischen „reinen“ Rechtslehre, einer gewissen sozialen Akzeptanz, einer Wirksamkeit.¹⁵⁶ Danach hört eine alte Ordnung dann auf zu wirken und beginnt eine neue Ordnung wirksam zu sein, wenn sich das tatsächliche Verhalten der Menschen – und auch das Verhalten der Rechtsanwender – an dieser neuen Ordnung ausrichtet. Dieses unreine Element der reinen Rechtslehre stellt nur dar, dass die Entwicklung eines rechtstheoretischen Modells kein Selbstzweck ist, sondern immer der Erklärung der Wirklichkeit dient und dienen muss. Soweit das „Denkmodell“ einer Rechtsordnung mit der Realität nicht übereinstimmt, kann dem ihr zugrunde liegenden Modell auch kein heuristischer Wert mehr zukommen.

An einer solchen Wirksamkeit der übergeordneten Gesamtrechtsordnung scheint es jedoch bisher zumindest zu fehlen. Dies kann im Folgenden nur skizziert werden. Der Gerichtshof hat zwar bereits früh propagiert, dass sich das Unionsrecht (bzw. jetzt das Unionsrecht) von der Völkerrechtsordnung abgespalten habe und eine eigenständige, autonome Rechts-

¹⁵⁴ Ders., E.L.Rev. 2002, 511, 519 f.

¹⁵⁵ Zu Recht kritisch daher *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Krause/Veelken/Vieweg (Hrsg.), GS Blomeyer, S. 637, 655; kritisch auch *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, S. 208. In ähnlicher Weise verschleiert auch *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, S. 36 f., 62 ff., die angenommene Hierarchie, wenn er zunächst ausdrücklich davon ausgeht, dass der Mehrebenenbegriff gerade nicht durch eine Über- Unterordnung gekennzeichnet sein muss, dann aber doch von einem normhierarchischen Vorrang ausgeht. Vgl. auch *Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 559, 597.

¹⁵⁶ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 78 f. *Baldus*, Der Staat 1997, 381, 396; *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 241; *Koller*, Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert: Hans Kelsens reine Rechtslehre und H. L. A. Harts „Concept of Law“, in: Weinberger (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, S. 129, 158 ff.

ordnung bilde. Dabei wurden die Gemeinschaftsverträge auch schon bald als „Verfassung“ dieser neuen Rechtsordnung bezeichnet.¹⁵⁷ Dies wurde auch von den nationalen Gerichten, vor allem dem BVerfG, bald akzeptiert.¹⁵⁸ Ebenso wurde anerkannt dass der EuGH das Unionsrecht verbindlich auslegen und sein Verhältnis zur nationalen Rechtsordnung selbst bestimmen kann.¹⁵⁹ Die Unionsrechtsordnung wurde damit unproblematisch als eigene Rechtsordnung anerkannt, deren Primärrecht Verfassungscharakter haben kann.

Soweit der EuGH das Primärrecht oder den Unionsvertrag jedoch als Gesamtrechtsordnung zu interpretieren versucht, ist dies auf den Widerstand der nationalen (Verfassungs)Gerichte gestoßen. Das BVerfG etwa akzeptiert den Vorrang des Unionsrechts nur im Rahmen des Rechtsanwendungsbefehls.¹⁶⁰ Der Unionsvertrag wird ausdrücklich nur als völkerrechtliche Vereinbarung bezeichnet.¹⁶¹ Auch die Auslegung der unionsrechtlichen Kompetenzen durch den Gerichtshof wird nicht vorbehaltlos akzeptiert.¹⁶² Weiterhin führt es zum Unionsrecht aus, dieses sei

„weiterhin eine Teilrechtsordnung, die bewusst dem Völkerrecht zugeordnet ist.“¹⁶³

Ähnlich ablehnend stehen auch die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten – wohl mit Ausnahme der Gerichte der Niederlande – einer unbedingten Vorranganordnung durch das Unionsrecht selbst gegenüber.¹⁶⁴

Auch die bisherigen Vertragsänderungen haben nicht zur wirksamen Akzeptanz einer Gesamtrechtsordnung geführt. Typische Elemente einer koordinierenden Gesamtrechtsordnung sollte der Verfassungsvertrag ausdrücklich im Primärrecht festschreiben. In Art. I-6 EVV war die Festlegung eines Vorrangs des Unionsrechts vorgesehen, die Artikel I-11 bis I-

¹⁵⁷ *EuGH* – 23.4.1986 – Rs. 294/83, *Les Verts*, Slg. 1986, 1339, Rdn. 23; *EuGH* – 14.12.1991 – Gutachten 1/91, EWR, Slg. 1991, I-6079, Rdn. 21.

¹⁵⁸ Für Deutschland etwa *BVerfG* – 18.10.1967, BVerfGE 22, 293, 296: „Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar.“ Vgl. auch *Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, S. 28.

¹⁵⁹ Siehe dazu unten, S. 54 ff.

¹⁶⁰ St. Rspr. seit *BVerfG* – 29.5.1974 – 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfGE 37, 271, siehe unten, S. 54 ff.

¹⁶¹ *BVerfG* – 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155, 200.

¹⁶² *BVerfG* – 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, *Solange II*, BVerfGE 73, 339, 375; deutlich *BVerfG* – 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, *Maastricht*, BVerfGE 89, 155, 190. Auf dieser Linie nun auch *BVerfG* – 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., *Lissabon*, BVerfGE 123, 267, 352 ff.

¹⁶³ *BVerfG* – 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04, *Europäischer Haftbefehl*, BVerfGE 113, 273, 301.

¹⁶⁴ Siehe dazu unten, S. 57 ff.

18 EVV sollten erstmals einen Kompetenzkatalog enthalten, der zwar keine vollständige Kompetenzaufteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten vornahm,¹⁶⁵ doch aber als Zeichen in diese Richtung gedeutet werden konnte. Unabhängig von der Frage, ob durch diese Vorschriften überhaupt eine Subordination der Mitgliedstaaten unter die Gesamtverfassung zumindest auch bezweckt war, oder ob nur festgeschrieben werden sollte, was nach Rechtsprechung des Gerichtshofs ohnehin schon immer galt, zeigten die ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden, auch wenn die Ablehnung wohl überwiegend innenpolitisch motiviert war, dass bei den Unionsbürgern die Furcht vor einem europäischen „Superstaat“ bestand.¹⁶⁶ Darüber hinaus haben auch die nationalen Gerichte, die mit dem Verfassungsvertrag befasst worden waren, eine Überordnung des Primärrechts über die nationale Rechtsordnung abgelehnt.¹⁶⁷ Als Konsequenz wurden aus dem Lissabonner Vertrag alle Hinweise auf die Überordnung einer solchen Gesamtverfassung wieder entfernt.¹⁶⁸

Diese grundsätzlichen Bedenken gegen eine Gesamtverfassung auf Seiten der nationalen Gerichte sowie der Unionsbürger zeigen, dass eine soziale Wirksamkeit der Gesamtrechtsordnung, wie sie vielleicht dem EuGH oder auch den Anhängern eines Verfassungsverbunds im Sinne des von Pernice entwickelten Modells vorschwebt, derzeit nicht gegeben ist. Akzeptiert wird lediglich, dass die Unionsrechtsordnung und die nationalen Rechtsordnungen nebeneinander stehen und eng miteinander verzahnt sind. Sie haben jeweils eine Verfassung, und da die jeweiligen Rechtsordnungen Hoheitsgewalt auf sich überschneidendem Territorium ausüben, ergänzen sie sich im Sinne der Komplementarität. Es fehlt allerdings an einer umfassenden Kompetenzausscheidung ebenso wie an einer einheitlichen Regelung der Verhältnisfrage auf einer übergeordneten Ebene.

Dieses Problem lässt sich auch nicht dadurch umgehen, dass man, wie Werner Schroeder auf der Grundlage eines nachpositivistischen Institutionalismus von einem einheitlichen Unionsrechtssystem ausgeht, an dessen Spitze die Unionsverfassung steht und in der eine Überordnung des Unionsrechts der politischen Legitimation und der sozialen Wirksamkeit entnommen wird.¹⁶⁹ Versucht man auf diese Weise ein einheitliches System zu konstruieren, so muss man die Bedeutung der zwar praktisch derzeit nicht relevanten, aber dennoch immer noch ausdrücklich erhaltenen Rest-

¹⁶⁵ *Streinz/Ohler/Herrmann*, Die neue Verfassung für Europa, S. 70.

¹⁶⁶ Zu den Ablehnungsgründen *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, S. 675 ff.

¹⁶⁷ So ausdrücklich der französische Conseil Constitutionnel und das spanische Tribunal Constitucional, siehe unten, S. 66 f., 68 f. Vgl. auch *Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, S. 38 ff.

¹⁶⁸ Lediglich der unvollkommene Zuständigkeitskatalog blieb erhalten. Dazu unten, S. 58.

¹⁶⁹ *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, S. 251.

vorbehalte der nationalen Gerichte gegen den unbedingten Vorrang des Unionsrechts und die Letztentscheidungskompetenz des EuGH für unbeachtlich erklären. Damit wird aber verkannt, dass ein solcher Konflikt weiterhin möglich erscheint, auch wenn ein praktischer Anwendungsfall durch das vom BVerfG propagierte Kooperationsverhältnis in weite Ferne rückt.¹⁷⁰

Die Unionsrechtsordnung mag sich zwar auf dem Weg zu einer Gesamtrechtsordnung befinden, unabhängig davon ob man diese dann als Bundesstaat oder Verbund *sui generis* bezeichnen möchte.¹⁷¹ Mangels fehlender Akzeptanz einer einheitlichen Koordination scheint jedoch derzeit das rechtstheoretische Modell verschiedener unabhängiger, aber miteinander verbundener Rechtsordnungen, die ihr Verhältnis zueinander autonom regeln können, immer noch dasjenige zu sein, das der Realität am ehesten entspricht. Dass dies zu rechtslogisch unauflösbaren (Verpflichtungs)Konflikten führen kann, ist hinzunehmen, solange nicht ein einheitliches Gesamtsystem widerspruchlos angenommen werden kann. Bis dahin hat man es wohl mit den Worten Schmitts zu halten, wonach im Bund

„die Frage nach der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offenbleibt, solange der Bund als solcher neben den Gliedstaaten als solchen existiert.“¹⁷²

Der Vorteil dieses rechtstheoretischen Modells liegt darin, dass es die tatsächliche Konfliktmöglichkeit benennen kann, anstatt sie unter den Tisch zu kehren. Zugleich können Lösungsansätze entwickelt werden, um das Auftreten dieses existentiellen Konflikts möglichst zu vermeiden. Damit kommt dem Modell des Rechtsordnungspluralismus durchaus ein heuristischer Wert zu.¹⁷³

Ein weiterer Vorteil der Annahme mehrerer Rechtsordnungen, die grundsätzlich in Konflikt miteinander geraten können, besteht in der damit verbundenen dynamischen Entwicklung, die die Möglichkeit eines solchen Konflikts mit sich bringt. Wollen die Rechtsordnungen einen Konflikt vermeiden, so haben sie sich inhaltlich zu verändern und weiter zu entwickeln. Dies hat etwa, wie bereits dargestellt, maßgeblich zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes auf Unionsebene beigetragen. Eine einheitliche Lösung der Verhältnisfrage ist daher nicht möglich. Es kann nur untersucht

¹⁷⁰ Vgl. auch *Baldus*, *Der Staat* 1997, 381, 396. Zuletzt bestand hier die Möglichkeit, dass das BVerfG das Urteil *EuGH* – 22.11.2005 – Rs. C-144/04, *Mangold*, *Slg.* 2005, I-9981, zum ausbrechenden Rechtsakt erklärt. Kritisch dazu *Herzog/Gerken*, *F.A.Z.* 8.9.2008, 8. Im Urteil *BVerfG* – 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, *BVerfGE* 126, 286, schränkte es jedoch die Restvorbehalte stark ein. Dazu unten, S. 159.

¹⁷¹ Zur Bezeichnung als Staatenbund an der Schwelle zum Bundesstaat vgl. etwa *Kristoferitsch*, *Vom Staatenbund zum Bundesstaat?*, S. 260.

¹⁷² *Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 373. So auch *Frowein*, *EuR* 1995, 315, 319; *Schönberger*, *AöR* 2004, 81, 108.

¹⁷³ A. A. *Schroeder*, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, S. 252 ff.

werden, wie das Verhältnis aus Sicht der Union und wie es aus Sicht der Mitgliedstaaten geregelt wird. Soweit man auf die Durchsetzung des Vorrangs durch die nationalen Rechtsanwender abstellt, ist jedoch die Sicht der nationalen Rechtsordnung maßgeblich.

2. Zusammenfassung

Unionsrecht und nationale Rechtsordnung(en) bilden eigenständige Rechtsordnungen, die ihr Verhältnis zueinander selbst regeln können, auch wenn man annimmt, dass das Unionsrecht noch dem Völkerrecht angehört und in diesem Sinne nicht autonom ist. Soweit diese Rechtsordnungen die Verhältnisfrage unterschiedlich geregelt haben, müssen, von einem externen Standpunkt aus betrachtet diese unterschiedlichen Regelungen akzeptiert werden. Nationale Gerichte und Behörden können einen solchen externen Standpunkt jedoch nicht einnehmen, sondern sind rechtlich verpflichtet, das Verhältnis aus der Sicht der nationalen Rechtsordnung zu lösen.

Es bestehen verschiedene Ansätze zur Vermeidung von Konflikten zwischen unterschiedlichen Rechtsordnungen. Eine Lösung kann jedoch nur vollumfängliche durch die Koordinierung einer übergeordneten Rechtsordnung im Sinne einer einheitlichen Gesamtrechtsordnung erfolgen. Eine solche Gesamtrechtsordnung besteht jedoch derzeit nicht, da es ihr an der Akzeptanz fehlt. Da es bisher an einer umfassenden Kompetenzabgrenzung zwischen den Rechtsordnungen fehlt, welche überdies ohnehin nur in einem Bundesstaat geleistet werden könnte, und auch andere Mechanismen der Kollisionsvermeidung einen Konflikt nicht vollkommen ausschließen können, kommt es vor allem für den Rechtsanwender als entscheidendes Instrument auf die jeweils verfügbaren Kollisionsnormen an. Unionsrecht und nationales Recht bieten hier zwei Kollisionsnormen an, die sich jedoch nicht vollständig decken. Da der nationale Rechtsanwender seinen Standpunkt zwischen den beiden Rechtsordnungen nicht frei wählen kann, vielmehr grundsätzlich in der Rechtsordnung, die seine Entstehungsvoraussetzungen regelt, verhaftet ist (für den nationalen Richter gilt damit Unionsrecht in der nationalen Rechtsordnung nur über Art. 20 Abs. 3 GG und 97 Abs. 1 GG) und er diese Bindung allenfalls durch einen revolutionären Akt lösen kann, hat er sich dabei an der Kollisionsnorm auszurichten, die ihm seine Rechtsordnung anbietet. Mit anderen Worten darf er die Kollisionsnorm der fremden Rechtsordnung nur soweit anwenden, wie ihm dies seine eigene Rechtsordnung gestattet. Im Folgenden soll daher zunächst der Anwendungsvorrang aus Sicht des Unionsrechts dargestellt werden, um dann darauf einzugehen, inwieweit dieser in der nationalen Rechtsordnung anerkannt wird. Darauf aufbauend ist die Funktionsweise des Anwendungsvorrangs in der nationalen Rechtsordnung darzustellen.

II. Die Entwicklung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts

Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts ist die maßgebliche Kollisionsnorm zur Lösung von Konflikten zwischen der Rechtsordnung der Europäischen Union im Verhältnis zu den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Gleichwohl war diese Regelung nicht in den Gemeinschaftsverträgen¹⁷⁴ enthalten, sondern musste vom EuGH entwickelt werden. Diese Entwicklung soll im Folgenden dargestellt werden. Zugleich kann der Anwendungsvorrang im Verhältnis verschiedener Rechtsordnungen zueinander nur wirken, wenn er durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt wird. Hier regelt das nationale Europaverfassungsrecht die Öffnung der nationalen Rechtsordnungen für den Einfluss des Rechts der Europäischen Union und damit auch für den Anwendungsvorrang. In Deutschland war dies zunächst Art. 24 GG und später Art. 23 GG. Zugleich ist deshalb darzustellen, inwieweit der Anwendungsvorrang aufgrund dieser Vorschriften akzeptiert wird. Hier spielen die Verfassungsgerichte bzw. die Höchstgerichte der Mitgliedstaaten und deren Rechtsprechung eine entscheidende Rolle. Diese soll im Folgenden ebenfalls zusammengefasst wiedergegeben werden. Schließlich ist noch auf die erwogene und letztlich nicht erfolgte Kodifikation des Anwendungsvorrangs in den Verträgen und die damit verbundenen Folgen einzugehen.

1. Rechtsprechung des Gerichtshofs

a) Voraussetzung des Vorrangs: der Konfliktfall: *Van Gend & Loos*

Üblicherweise beginnt eine Darstellung der Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts mit der Entscheidung *Costa/ENEL*.¹⁷⁵ Dies ist sicherlich legitim, denn ausdrücklich zur Vorrangfrage Stellung genommen hat der EuGH erstmals in dieser Entscheidung. Es darf jedoch nicht übersehen werden, welche Bedeutung bereits dessen ein Jahr zuvor ergangene Entscheidung in der Rechtssache *Van Gend & Loos* für diese Frage hatte, und zwar in zweierlei Hinsicht. Zunächst erlangt die

¹⁷⁴ Mit dem Vertrag von Lissabon ist die Europäische Union an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft getreten, vgl. Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV. Der Begriff „Gemeinschaftsrecht“ als solches kann danach eigentlich nicht mehr verwendet werden, an dessen Stelle tritt der Begriff des Unionsrechts. Da sich die Entwicklung und die Rechtsprechung noch auf das Gemeinschaftsrecht bezieht, soll in der Folge dieser Begriff noch verwendet werden. Zugleich wird dazu der Unterschied zum Vorrang des Unionsrechts verdeutlicht, der unter IV. dargestellt wird.

¹⁷⁵ *Bleckmann*, Europarecht, § 11, Rdn. 1086 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn. 216 ff.; *Huber*, Recht der europäischen Integration, S. 149 ff. Siehe aber auch *Craig/de Búrca*, EU Law, S. 276 ff.; *Haltern*, Europarecht, S. 437 ff.

Vorrangfrage grundsätzlich nur im Konfliktfall praktische Relevanz.¹⁷⁶ Das Konfliktpotential wird wesentlich erhöht, wenn dem Gemeinschaftsrecht, wie in der Rechtssache Van Gend & Loos geschehen, grundsätzlich die Fähigkeit zur unmittelbaren Wirkung in den Mitgliedstaaten zukommt. Zum andern hat der Gerichtshof unmittelbar aus dem EWG-Vertrag dem Einzelnen Rechte zugesprochen, auf die er sich vor den nationalen Gerichten auch berufen können soll. Dies ist effektiv aber nur möglich, wenn sich das Unionsrecht im Konfliktfall auch gegenüber nationalem Recht durchsetzt. Unmittelbare Wirkung und Vorrang des Gemeinschaftsrechts sind miteinander verbunden und bedingen sich gegenseitig. Der Vorrang setzt die unmittelbare Wirkung voraus,¹⁷⁷ die unmittelbare Wirkung bedarf zu ihrer effektiven Durchsetzung des Vorrangs, beide Institute dienen dem Prinzip der einheitlichen Anwendung und einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts.¹⁷⁸ Insoweit ist Haltern Recht zu geben, wenn er annimmt, die Vorrangfrage sei in dem Urteil Van Gend & Loos bereits implizit entschieden.¹⁷⁹

In der Rechtssache Van Gend & Loos¹⁸⁰ hatte der EuGH die Frage zu entscheiden, ob einer Vorschrift des primären Gemeinschaftsrechts (hier Art. 12 EWGV; jetzt Art. 30 AEUV) unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten zukommt, so dass sich der Einzelne vor den nationalen Gerichten auf diese Vorschrift berufen kann. GA Roemer hatte in seinen Schlussanträgen eine solche unmittelbare Wirkung noch abgelehnt, unter anderem deshalb, weil er in der Bejahung dieser Frage eine erhebliche Gefahr für die einheitliche Rechtsentwicklung des Gemeinschaftsrechts sah, da die Verfassungen der Mitgliedstaaten das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht nicht einheitlich beurteilten. Somit ergäbe sich

„[b]ei Anerkennung einer unmittelbaren internen Wirkung (...) die Situation, daß nur in einem Teil der Mitgliedstaaten Verstöße gegen [Art. 30 AEUV] zur Unwirksamkeit und Unanwendbarkeit der nationalen Zollgesetze führen würden.“¹⁸¹

Der Gerichtshof ist dem nicht gefolgt. Unter Berufung auf Geist, Systematik und Wortlaut des Vertrages erkennt er dem EWGV die Fähigkeit zur unmittelbaren Wirkung grundsätzlich zu. So ergebe sich sowohl aus der Präambel als auch aus den Zielen des Vertrages, dass sich dieser nicht nur

¹⁷⁶ Siehe bereits *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 259.

¹⁷⁷ Dazu *Beljin*, EuR 2002, 351, 351.

¹⁷⁸ Dazu *Nettesheim*, Der Grundsatz der Einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), GS Grabitz, S. 447, 454 f.

¹⁷⁹ *Haltern*, Europarecht, S. 330.

¹⁸⁰ *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1.

¹⁸¹ GA *Roemer*, Schlussanträge, *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1, 47.

an die Mitgliedstaaten, sondern auch an den Einzelnen richte, der über das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Funktionieren der Gemeinschaft beitragen könne. Weiterhin zeige auch die Existenz des Art. 177 EWGV (Art. 267 AEUV), dass die Bürger sich vor den nationalen Gerichten auf Gemeinschaftsrecht berufen können müssten. Daraus schließt der EuGH, dass

„die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind, Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt.“¹⁸²

Voraussetzung dieser unmittelbaren Wirkung ist, dass die Vorschrift eine hinreichend bestimmte und inhaltlich unbedingte Verpflichtung zu einem Unterlassen für die Mitgliedstaaten enthält.¹⁸³ Ausdrücklich zur Vorrangfrage wird nicht Stellung genommen. Dies war jedoch auch nicht Gegenstand der Vorlagefrage.¹⁸⁴

b) Lösung des Konflikts: Vorrang des Gemeinschaftsrechts: Costa/ENEL

In der Rechtssache Costa/ENEL¹⁸⁵ musste sich der Gerichtshof schließlich erstmals mit der Frage befassen, ob das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht im Konfliktfall vorgeht. GA Lagrange brachte in seinen Schlussanträgen das Problem auf den Punkt:

„Zu lösen ist die Frage des Nebeneinanderbestehens zweier (wie zu unterstellen ist) einander widersprechender Rechtsnormen, die beide in der innerstaatlichen Rechtsordnung Geltung beanspruchen und von denen die eine im Vertrag enthalten oder von Gemeinschaftsorganen erlassen, die andere von staatlichen Instanzen gesetzt ist. Welcher von beiden kommt der Vorrang zu, wenn sich ihre Widersprüchlichkeit nicht auflösen läßt? Das ist zu klären.“¹⁸⁶

Dementsprechend stellt der Gerichtshof fest,

„daß dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen

¹⁸² *EuGH* – 5.2.1963 – Rs. 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1, 25.

¹⁸³ Dazu unten, S. 82 ff.

¹⁸⁴ Für die vorliegende Tarifcommisie war nur die Frage von Bedeutung, ob Art. 12 EWGV unmittelbare Wirkung zukommt. Ist dies der Fall, so folgt der Vorrang bereits aus Art. 66 (jetzt Art. 94) der niederländischen Verfassung.

¹⁸⁵ *EuGH* – 3.6.1964 – Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251.

¹⁸⁶ Ebd., 1285.