

**MATTHIAS FRIEHE**  
PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG

## Das Religionsverfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung

Im Zuge der Globalisierung hat die religiöse Vielfalt in Deutschland deutlich zugenommen. Während sich immer größere Teile der einheimischen Bevölkerung von den christlichen Kirchen in die Konfessionslosigkeit verabschieden, haben Zuwanderer neue religiöse Traditionen ins Land gebracht. Insbesondere die Gruppe der Muslime ist binnen weniger Jahrzehnte zu einer bedeutenden gesellschaftlichen Kraft erstarkt. Diese Entwicklung bedeutet für das Religionsverfassungsrecht eine Bewährungsprobe. Die bestehenden Strukturen funktionierten auf der Grundlage einer weitgehend religiös homogenen Gesellschaft. Sie müssen sich nun in einem geänderten gesellschaftlichen Umfeld beweisen. Denn zu den beiden christlichen Großkirchen ist mit dem Islam eine dritte religiöse Kraft hinzugetreten, deren Selbstverständnis sich in manchen Fragen deutlich vom bisherigen gesellschaftlichen Konsens unterscheidet.

Grundrechtsdogmatisch macht die religiöse Diversifizierung eine besondere Pointe der Religionsfreiheit praktisch sichtbar: Jedes materielle Gesetz greift potentiell in die Religionsfreiheit ein. Ob eine staatliche Regelung am strengen Maßstab von Art. 4 Abs. 1, 2 GG oder nur am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit zu messen ist, bestimmt sich nämlich nach der jeweiligen Glaubensüberzeugung der Regelungsadressaten. Trotz ihrer hohen Bedeutung kann der Religionsfreiheit aber

nicht entnommen werden, dass religiöse Menschen generell von allgemeinen Rechtspflichten entbunden werden müssten, wenn diese ihren jeweiligen Glaubensüberzeugungen widersprechen. Zwischen dem Allgemeinverbindlichkeitsanspruch der Rechtsordnung und der freien Religionsausübung Einzelner abzuwägen, ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers. Gerade in Zeiten sich wandelnder gesellschaftlicher Umstände erfordert diese Abwägung nämlich einen gesellschaftlichen Verständigungsprozess, in dessen Zentrum nach dem Demokratieprinzip das Parlament steht.

Das Organisationsrecht für Religionsgesellschaften wird der neuen religiösen Vielfalt im Lande bisher nicht ausreichend gerecht. Die einschlägigen Weimarer Staatskirchenartikel dienten ursprünglich vorrangig dem Zweck, bestimmte Privilegien der beiden christlichen Großkirchen zu verteidigen. Dem Begriff „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ i. S. v. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV haftet eine im evangelischen Landeskirchentum wurzelnde staatskirchliche Attitüde an, von der sich Rechtsprechung und Literatur emanzipieren sollten. Unter den Bedingungen heutiger religiöser Pluralität kann dieser Rechtsstatus kein besonderes Näheverhältnis mehr zwischen dem Staat und einzelnen Religionsgesellschaft begründen, sondern lediglich als Mittel zur gemeinschaftlichen Wahrnehmung religiöser Freiheit dienen.

**DR. GORAN SEFEROVIC**  
UNIVERSITÄT ZÜRICH

## Direkte Demokratie und Völkerrecht in der Schweiz –

### Nationaler Identifikationsfaktor im Widerstreit mit internationalem Recht

Die Verfassungsordnung der Schweiz sieht eine Vielzahl von direkt demokratischen Verfahren vor. Diesen direktdemokratischen Rechten kommt nicht nur eine zentrale verfassungsrechtliche Stellung zu, sondern sie stellen auch einen überragenden politischen Identifikationsfaktor dar. Volksentscheide werden mitunter mit „Gottesurteilen“ verglichen und die Volksinitiative als „Perle“ der schweizerischen Demokratie bezeichnet. Die grosse Bedeutung der direkten Demokratie zeigt sich besonders in der Volksinitiative auf Änderung der schweizerischen Bundesverfassung. Den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern steht damit das Recht zu, die Verfassung über den Weg einer ausformulierten Volksinitiative zu ändern. In den letzten Jahren ist es national-konservativen Parteien und Interessengruppen mehrmals gelungen, die Mehrheit der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger für Verfassungsinitiativen zu gewinnen, welche Normen in die Verfassung einführten, die in Konflikt mit von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträgen stehen. Verfassungsinitiativen werden vom Parlament lediglich auf Vereinbarkeit mit zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts geprüft. Verstößt eine Initiative gegen das übrige für die Schweiz verbindliche Völkerrecht, so erklärt das Parlament die Initiative nicht für ungültig. Die Verfassung selber löst den Konflikt zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht nicht auf, erklärt diese das Völkerrecht doch aus-

drücklich ebenso für verbindlich. Das Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde der Schweiz ist in einer neueren Praxis dazu übergegangen, zumindest Menschenrechtskonventionen im Konfliktfall Vorrang einzuräumen. Diese Praxis stößt auf heftigen politischen Widerstand, wird von der Lehre aber weit überwiegend begrüßt.

Die hohe gesellschaftliche und politische Bedeutung der direkten Demokratie steht in der Schweiz einer immer grösser werdenden Bedeutung des Völkerrechts gegenüber. Politisch und wirtschaftlich außerordentlich bedeutende Abkommen wie die EMRK und die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU stehen heute in Konflikt mit geltenden Verfassungsnormen, welche auf Volksinitiativen zurückgehen. Dieser Druck führt zu einer Reihe von Anpassungen am Verfahren der Volksinitiative, wobei diese mangels politischer Mehrheiten ausserhalb des formellen Verfahrens einer Verfassungsänderung stattfinden. Der Beitrag untersucht damit einen besonders akzentuierten Gegensatz zwischen nationalem Verfassungsrecht sowie einer nationalen Verfassungskultur und überstaatlichen Rechtsordnungen. Dabei wird aufgezeigt, welche Möglichkeiten dem nationalen Gesetzgeber und den Gerichten zur Verfügung stehen, um solchen Konflikten zu begegnen.

**ISABELLA RISINI**  
RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM

## Eine Rückbesinnung auf den nicht-universellen Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

Der Beitrag ist getragen von einer kritischen Grundhaltung zum Wertediskurs innerhalb (und außerhalb) des Rechts der Europäischen Union. Er fordert eine Rückbesinnung auf den nicht-universellen Grundsatz der europäischen Integration: die begrenzte Einzelermächtigung.

Gleichzeitig erscheint es vor dem Hintergrund von nicht zu leugnenden Herausforderungen für die Europäische Union (Brexit, Finanzkrise, Geflüchtete, Landwirtschaft) angebracht, eine kritische Bestandsaufnahme dessen anzustellen, welchen Beitrag Werte, wie sie in Artikel 2 EUV aufgeführt sind, für die europäische Idee leisten können. Der Beitrag plädiert für eine Rückbesinnung auf klarere Maßstäbe und Zielsetzungen bei der vernunftgeleiteten Integration in Europa.

Artikel 2 EUV verleiht der Europäischen Union nicht die Zuständigkeit, über die Einhaltung der dort genannten Werte zu wachen. Stattdessen enthält Artikel 7 EUV ein komplexes Verfahren zur „Durchsetzung“ der in Artikel 2 S 1 EUV enthaltenen Werte, ein Verfahren, das noch nie benutzt wurde. Der Europäische Gerichtshof ist laut Artikel 269 AUEV explizit nicht zuständig, Artikel 2 EUV auszulegen. Undeutlich bleibt zudem die Rechtsqualität der Werte, die zunächst als „Prinzipien“ ins Primärrecht (ex-Artikel 6 EUV) gelangten. Insgesamt leidet die Glaubwürdigkeit der Europäischen Union an der fehlenden Normklarheit und der damit einhergehenden fehlenden Durchsetzbarkeit der Werte.

Der Beitrag argumentiert nicht etwa, dass Werte im Recht der Europäischen Union völlig entbehrlich seien. Manche der in Artikel 2 EUV genannten Werte, etwa die der Menschenrechte, wie sie nun auch in der Grundrechtecharta niedergelegt sind, wurden durch den Vorrang des Rechts der Europäischen Union schlicht notwendig, da nationale Verfassungen und deren grundrechtliche Garantien hinter dem vorrangigen Europarecht zurücktraten. Menschenrechte auf europäischer Ebene haben also eine Ersatzfunktion im Hinblick auf nationale Verfassungen. Sie haben dabei einen aus Sicht des Europarechts beschränkenden Charakter, keinen kompetenzerweiternden Gehalt. Die Ersatzfunktion beschränkt sich zudem auf den Anwendungsbereich des Europarechts und lässt den Bestand von nationalem Verfassungsrecht für Sachverhalte ohne europarechtlichen Anknüpfungspunkt unberührt.

Statt sich an europäischen Werten abzarbeiten, die die Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedsstaaten und der Union zu verwischen drohen, wird konstruktiv vorgeschlagen, prüffähigere Maßstäbe für die Verteilung der Kompetenzen und damit Verantwortlichkeiten zwischen Union und Mitgliedsstaaten zu erarbeiten. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung verdient in diesem Zusammenhang mehr Aufmerksamkeit.

**DR. TERESA WEBER**

PARIS LODRON UNIVERSITÄT SALZBURG

## Ist die Europäische Union „länderblind“?

Dort, wo die Frage gestellt wird, ob und wie die Europäische Union die Bundesstaatlichkeit einiger ihrer Mitgliedstaaten berücksichtigt, wird sie oft mit einem Hinweis auf die „Länderblindheit“ der Union beantwortet. Die These der „Länderblindheit“ der Union manifestiert sich insbesondere darin, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass sich ein Mitgliedstaat nicht auf Umstände seiner internen Rechtsordnung einschließlich solcher Umstände, die sich aus seinem bundesstaatlichen Aufbau ergeben, berufen kann um die Nichtdurchführung oder unionsrechtswidrige Durchführung des Unionsrechts zu rechtfertigen. Diese Gesamtverantwortung des Mitgliedstaates ist auf den völkerrechtlichen Ursprung der Union zurückzuführen – das Völkerrecht nimmt ja grundsätzlich auch keine Rücksicht auf den bundesstaatlichen Aufbau eines Staates.

Aus der Verantwortlichkeit des Gesamtstaats für jedwede staatliche Unionsrechtsverletzung auf eine absolute Länderblindheit der Union zu schließen erscheint aber vorschnell. Im Primärrecht und der Rechtsprechung des EuGH finden sich nämlich einige

Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Berücksichtigung des internen Aufbaus eines Bundesstaates im Unionsrecht; die prominenteste Norm in diesem Zusammenhang ist Art. 4 Abs. 2 EUV. Demzufolge sind die Organe der EU verpflichtet, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Nun ist im Einzelnen umstritten, was zur „nationalen Identität“ eines Mitgliedstaates zu rechnen ist und wer letzten Endes dazu berufen ist, darüber zu entscheiden. Nahe liegend scheint, die von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Inhalte – und damit auch Teilaspekte der Bundesstaatlichkeit Deutschlands – als identitätsstiftend i.S.d. Art. 4 Abs. 2 EUV zu qualifizieren. Ob die nationale Identität, insbesondere die bundesstaatliche Identität Deutschlands, sich darin auch schon erschöpft und wie die Achtung der bundesstaatlichen Identität Deutschlands die Organe der EU bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen einschränkt, ist fraglich und wird im gegenständlichen Referat diskutiert.

**DR. GABRIELE BUCHHOLTZ**  
BUCERIUS LAW SCHOOL, HAMBURG

## Datenschutzrelevante „Grundrechtsoptimierung“ im Spannungsfeld zwischen „Europäisierung und Emanzipation“

Im Spannungsfeld zwischen „Europäisierung und Emanzipation“ stellt sich die Frage, wie Bewahrenswertes zu bewahren ist, ohne den Integrationsprozess zu lähmen. Bewahrenswert sind – das ist im Ansatz wohl unstrittig – die Grundrechtstraditionen der Mitgliedstaaten. Als Anschauungsmaterial dient der Datenschutz. Anlass bietet die jüngst verabschiedete Datenschutzgrundverordnung, die mit ihrer eigentümlichen Rechtsnatur zwischen Richtlinie und Verordnung tiefgreifende Änderungen des nationalen Grundrechtsschutzes befürchten lässt. Der Beitrag möchte einen Weg zur „Grundrechtsoptimierung“ aufzeigen.

An sich sind die „grundrechtlichen“ Zuständigkeiten klar verteilt: Das BVerfG wacht über das Grundgesetz, der EuGH über die Grundrechtecharta. Ein Bereich ist jedoch grundrechtlich „über“- bzw. – je nach Sichtweise – „unterbelichtet“. Angesprochen sind sog. „Spielraumkonstellationen“, d.h. sekundärrechtlich lediglich „mitgeprägte“ Sachverhalte. Auch die neue Datenschutzgrundverordnung fordert anstelle einer Vollharmonisierung über sog. Öffnungsklauseln an vielen Stellen eine mitgliedstaatliche Mitwirkung ein. Dabei ist umstritten, welche Grundrechtsordnung in welchem „Modus“ zur Anwendung kommt und wer über ihre Einhaltung wacht:

Das BVerfG vertritt traditionell die „Trennungsthese“, d.h. nur im unionsrechtlich determinierten Bereich gelten die Unionsgrundrechte und im Übrigen die nationalen

Grundrechte. Eine klare Trennung der Grundrechtssphären ist mit zunehmender Breitenwirkung des Unionsrechts jedoch „illusorisch“ geworden. Dagegen geht der EuGH – prominent ist die Rechtssache Åkerberg Fransson – in „Spielraumkonstellationen“ von einer kumulativen Grundrechtsanwendung aus. Allerdings hat dieses Modell für die datenschutzrelevante Grundrechtsjudikatur des BVerfG verheerende Folgen; denn in multipolaren Konfliktlagen lässt sich ein „Mehr“ an Schutz häufig nicht eindeutig feststellen. So werden deutsche Grundrechte umfassend verdrängt. Dies ist „dramatisch“, weil die EU weder materiell noch verfahrensrechtlich einen vergleichbaren Grundrechtsschutz bietet.

Vorgeschlagen wird ein neues Konzept, das dem Nationalstaat mehr Autonomie, aber auch mehr Verantwortung zumutet. Das Motto lautet „Verbindung“ statt „Trennung“, d.h. in „Spielraumkonstellationen“ soll eine Europäisierung des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramms erfolgen statt einer Zurückdrängung der Unionsgrundrechte. Es wird dafür plädiert, die Grundrechtecharta in „Spielraumkonstellationen“ bei der Auslegung datenschutzrelevanter Grundrechte zu „berücksichtigen“. Dass dies machbar ist, zeigt der Umgang des BVerfG mit der EMRK, deren Gewährleistungen ebenfalls „berücksichtigt“ werden. So könnte Karlsruhe – im Dialog mit Luxemburg – den Integrationsprozess selbstkritisch mitgestalten und den Weg bereiten für eine sphärenübergreifende Systematik des europäischen Grundrechtsschutzes.



**CHRISTIAN STARKE**  
UNIVERSITÄT SIEGEN

## Die Bedeutung der nationalen Grundrechte im europäischen Grundrechtsgefüge – von Solange bis Åkerberg Fransson

– Eine Untersuchung am Beispiel der deutschen Verfassung –

Die Bedeutung der nationalen Grundrechte im europäischen Gemeinschaftsrecht hat sich in letzten rund fünfzig Jahren massiv gewandelt. Während das BVerfG noch 1974 in seiner Solange I-Entscheidung betonte, dass es auf europäischer Ebene an einem ausreichenden Grundrechtsbestand mangle, sah es sich 2013 in der Terrordatei-Entscheidung genötigt, mit Hinblick auf die Åkerberg Fransson-Rechtsprechung des EuGH sogar mit einer Einordnung als Ultravires-Akt zu drohen, um der immer weitergehenden Ausdehnung des Anwendungsbereichs der europäischen Grundrechte Einhalt zu gebieten.

Diese waren seit 1969 durch den EuGH aus der EMRK und dem gemeinsamen Verfassungsbestand der Mitgliedsstaaten entwickelt worden, weil das Verhältnis der damaligen EWG zu den Bürgern der Mitgliedsstaaten durch die immer weitergehenden Rechtssetzungskompetenzen der Gemeinschaft mehr und mehr dem eines Nationalstaates zu seinen Staatsbürgern ähnelte. Seitdem hat der EuGH seine Rechtsprechung deutlich ausgedehnt. Dies gilt zum einen für den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, insb. durch die ERT-Rechtsprechungslinie sowie der Åkerberg Fransson-Entscheidung. Spätestens mit der Verbriefung der Grundrechte in der Europäischen Grundrechtecharta hat der EuGH begonnen, auch den materiellen Gehalt dieser deutlich weiterzuentwickeln. Zusammen mit dem weitreichenden Anwendungsbereich der Charta führt dies zu einer immer stärkeren Dominanz der eu-

ropäischen Grundrechte auch bezüglich vermeintlich rein nationaler Gesetzgebungsmaßnahmen und einem Bedeutungsverlust der nationalen Grundrechte.

Der Tagungsbeitrag soll ausgehend von den nachgezeichneten Grundrechtsverschiebungen der Frage nachgehen, ob nicht in einer Gemeinschaft, die auf einem gemeinsamen Wertebestand fußt, mehr Platz für die Anwendung nationaler Grundrechte bleiben kann, so dass den historisch-gesellschaftlich bedingten Unterschieden zwischen den einzelnen Ländern besser Rechnung getragen wird. Hiermit könnte auch den zuletzt immer häufiger auftretenden anti-europäischen Stimmungen begegnet werden. Unter dem Ansatz eines „same but different“ sollte mehr Raum für die nationalen Identitäten geschaffen und den einzelnen Staaten die Kontrolle über identitätsstiftenden Bereiche wie die Sicherheitspolitik zurückgegeben werden, in denen dann auch wieder allein die nationalen Grundrechte als Ausdruck ihrer historischen Entwicklungsgeschichte und des jeweiligen Menschenbildes zur Anwendung kommen. Dies würde keinesfalls den europäischen Integrationsprozess hindern oder der Idee eines vereinten Europas zuwiderlaufen, sondern die Akzeptanz der EU steigern und damit zu ihrem langfristigen Erfolg beitragen, indem der Eindruck einer von oben verordneten, immer tieferen Integration vermindert und der Tatsache, dass sich viele Europäer immer noch primär als Bürger ihres eigenen souveränen Staates fühlen, Rechnung getragen würde.

**ANDREAS KERKEMEYER**

BUCERIUS LAW SCHOOL / UNIVERSITÄT BIELEFELD

## In- oder Desintegration durch Grundfreiheiten?!

Die Binnenmarktintegration in der EU schreitet weiter voran, sieht sich aber zunehmender Kritik ausgesetzt. Dies wirft auch die Frage auf, ob das bislang herrschende Verständnis der Grundfreiheiten neu akzentuiert werden muss.

Unbestritten ist, dass die im AEU-Vertrag garantierten Grundfreiheiten einen der zentralen Eckfeiler der europäischen Integration darstellen. Sie sind konstitutiv für die Schaffung des Binnenmarktes. Kernelement aller Grundfreiheiten ist die Statuierung eines Beschränkungsverbots für bestimmte grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten. Damit werden Beschränkungen von grundfreiheitlich geschützten Verhaltensweisen zwar nicht kategorisch ausgeschlossen, sie werden aber einem Rechtfertigungszwang unterworfen. Dies führt im Ergebnis zu einem gesetzgeberischen Anpassungsdruck aufseiten der Mitgliedstaaten. Denn unionsrechtswidrige Regelungen dürfen zwar auf innerstaatliche Sachverhalte weiterhin angewandt werden, können dann aber für die heimische Wirtschaft einen Wettbewerbsnachteil darstellen.

Eine Strategie, dieser Dynamik entgegenzuwirken, besteht darin, auf der EU-Ebene vergleichbare Regulierungen zu erlassen. Da mit derartigen Regulierungen regelmäßig ein Single Level Playingfield geschaffen wird, führen sie in aller Regel nicht zu Beschränkungen von Grundfreiheiten. Allerdings ist im Unionsrecht strukturell eine Ungleichzeitigkeit der Integration angelegt – während einige Regelungsbereiche schon

früh auf die EU übertragen worden sind, verbleiben andere noch weitgehend in der Hand der Mitgliedstaaten. Deshalb ist es in diesen nicht möglich, dem Anpassungsdruck durch die Vereinbarung supranationaler Standards zu begegnen.

Ist diese Entwicklung hinzunehmen oder ist sie zumindest zu entschärfen? Entscheidend ist insoweit, welche Funktion den Grundfreiheiten zugewiesen wird. Diejenigen, die in den Grundfreiheiten in erster Linie subjektive Freiheitsrechte des Einzelnen sehen, müssen zu dem Schluss kommen, dass die beschriebenen Disparitäten hinzunehmen sind. Anders beurteilt dies hingegen der Ansatz, der in den Grundfreiheiten in erster Linie einen Anspruch auf gleiche Behandlung von in- und ausländischen Marktteilnehmern erblickt. Dieser erkennt aber, dass der Marktzugang eben auch davon abhängig ist, dass gewisse nationale Besonderheiten auf ausländische Marktteilnehmer keine Anwendung finden.

Vorzugswürdig erscheint hingegen eine Abstufung der aus den Grundfreiheiten resultierenden Verpflichtungen danach, in welchen Bereichen die Möglichkeit zur supranationalen Standardsetzung existiert. Für die Bereiche, bei denen es aus strukturellen und/oder rechtlichen Gründen, keine „Hochzonung“ auf die EU-Ebene geben kann, erscheint es dabei notwendig, niedrigere Anforderungen an Beschränkungen von Grundfreiheiten zu stellen.

**CHRISTIAN WIDERA**  
PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG

## Territorialisierung der Besteuerung in Europa und Treaty Override – oder: Grundfreiheiten versus nationale Regelungskompetenzen

Sind die Grundfreiheiten ein Faktor im Prozess der Europäischen Integration und wie verhält sich dies zur Besteuerungsbefugnis der Mitgliedstaaten? Die Erhebung von Steuern zur Finanzierung der nationalen Haushalte ist nämlich seit jeher Ausfluss staatlicher Souveränität. Gleichwohl hat der EuGH seit dem Urteil *avoir fiscal* aus dem Jahr 1986 auch im nicht harmonisierten Bereich der *direkten* Steuern die Grundfreiheiten als Prüfmaßstab für die nationalen Steuerregelungen angelegt und über viele Jahre hinweg nationale Steuervorschriften für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklärt. Er galt daher lange als „Motor für die Konvergenz der Steuersysteme“.

Das *Marks & Spencer*-Urteil aus dem Jahr 2005 leitete jedoch eine Wende in der Rechtsprechung ein. Seitdem stellt der EuGH als Rechtfertigung für einen Eingriff in die Grundfreiheiten auf die Befugnisse der Mitgliedstaaten ab, nach Maßgabe der „ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsgrundlagen“ die Nutzung von steuerlichen Abzügen und Vorzügen territorial zu begrenzen. Dieser Trend setzt sich weiterhin fort bzw. wurde sogar nochmals verschärft, so dass dies auf eine „Territorialisierung“ der Besteuerung in Europa hinzudeuten scheint.

Eng hiermit verknüpft, ist das Problem der Doppelbesteuerung, die der Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes entgegensteht. Der EuGH sieht es nun zwar als grundsätzliches Ziel der

EU-Verträge an, Doppelbesteuerung zu vermeiden, hält sie aber wegen Fehlens einer unionsrechtlichen Kompetenz auf dem Gebiet der direkten Steuern für mit dem Unionsrecht vereinbar. Ihre Vermeidung sei vorrangig Aufgabe der Mitgliedstaaten. Als Mittel hierfür haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit miteinander sog. Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) abzuschließen. Nicht selten kommt es hier nun dazu, dass die Staaten ihnen missfallende Inhalte solcher DBA unilateral durch nationale Gesetze im Wege der Abkommensüberschreibung (sog. *Treaty Override*) korrigieren. Dagegen bestehen verfassungs- und völkerrechtliche Bedenken. Das Bundesverfassungsgericht ist den verfassungsrechtlichen Bedenken in seinem Beschluss vom 15.12.2015 entgegengetreten. Auch der EuGH hat klargestellt, dass er weder dafür zuständig sei, über die Rangfolge zwischen DBA und sonstigem nationalen Recht zu entscheiden, noch das Verhältnis zwischen zwei kollidierenden nationalen Regelungen zu beurteilen. Insofern scheint zu gelten: *Luxemburg locuta, causa finita*.

Der europäische „Integrationsmotor“ scheint somit insgesamt im Bereich der direkten Steuern ins Stocken zu geraten. Vor diesem Hintergrund ist deshalb der Frage nachzugehen, ob den Grundfreiheiten im Bereich des direkten Steuerrechts überhaupt noch Integrationswirkung zukommt und wenn ja, auf welche sich diese verwirklichen lässt.



**KRISTINA SCHÖNFELDT**

RHEINISCHE FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN

## Soft law makes tough cases: Transformation von Soft Law in Hard Law durch nationale Behörden und Gerichte

- „1. Die Flüchtlingseigenschaft wird zuerkannt.  
2. Die Asylberechtigung wird anerkannt.“

Diese beiden Sätze aus einem Bescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) verändern das Leben des Adressaten tiefgreifend. Nicht nur, dass dieser nun ein Leben in Sicherheit führen kann; indem ihm der Flüchtlingsstatus zuerkannt wird, gewährt der Staat auch eine Reihe aufenthalts-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorteile.

Wer nun als Flüchtling anzuerkennen ist, gibt das Recht vor. „Das Recht“ besteht aus verschiedenen ineinandergreifenden nationalen, europäischen und internationalen Regelwerken. Hinzu tritt das Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, das das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) herausgegeben hat. In unregelmäßigen Abständen ergänzen Richtlinien das Handbuch, welche nationalen Behörden und Gerichten helfen sollen, die Flüchtlingskonvention richtig anzuwenden.

Obgleich sowohl das Handbuch als auch die Richtlinien des UNHCR streng genommen rechtlich nicht verbindlich sind und damit in die Kategorie des sog. Soft Law

fallen, wird ihnen doch unzweifelhaft eine Wirkung beigemessen, die derer verbindlich gesetzter Normen zum Verwechseln ähnlich ist. Gerade die Wertungen des Handbuchs über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft finden in Gestalt von Dienstanweisungen und Herkunftsländerleitsätzen Eingang in die tägliche Verwaltungspraxis des Bundesamtes und geben bisweilen den Ausschlag, ob der Flüchtlingsstatus zuerkannt wird oder nicht.

Es zeigt sich, dass nicht nur das klassische Völker- und Europarecht in das praktisch gelebte und von nationalen Behörden sowie staatlichen Gerichten angewandte öffentliche Recht der Nationalstaaten Einzug hält.

Während der bisherige Fokus der rechtswissenschaftlichen Behandlung überwiegend auf der rechtstheoretischen Analyse und Einordnung des Soft Law in den anerkannten Rechtsquellenkanon lag, soll nun am Beispiel des Flüchtlingsrechts die rechtspraktische Sicht auf Umgang und Bedeutung solcher informeller Rechtsinstrumente eingenommen werden. Anknüpfend an diesen Perspektivwechsel möchte ich im Rahmen meines Vortrages gewonnene Einsichten vorstellen, kritische Fragen aufwerfen und eigene Thesen formulieren.

**DR. SILVIA PERNICE-WARNKE**  
UNIVERSITÄT ZU KÖLN

## Verwaltungsprozessrecht unter Reformdruck –

Regelungsspielräume des deutschen Gesetzgebers  
angesichts europäischer und internationaler Einflüsse  
auf den Rechtsschutz im Umweltrecht

Durch das 2001 in Kraft getretene UNECE-Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, kurz Aarhus-Konvention (AK), durch die europäischen Umsetzungsakte und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH ist das deutsche Verwaltungsprozessrecht im Umweltbereich Reformdruck ausgesetzt. Dies betrifft insbesondere die Klagebefugnis und die Schutznormlehre sowie damit korrespondierend das Erfordernis einer Rechtsverletzung als Voraussetzung der Begründetheit, Verbandsklagerechte, den drittschützenden Charakter insbesondere von Verfahrensvorschriften, die Relevanz von Verfahrensverstößen für die Sachentscheidung und die diesbezügliche Beweislast sowie Präklusionsvorschriften. Auch wenn weder durch die Konvention selbst noch durch die Rechtsprechung des EuGH eine gänzliche Aufgabe des Modells des subjektiven Rechtsschutzes gefordert wird, gerät die bisherige Konzeption des subjektiven Rechts in Bedrängnis. Dasselbe gilt für die Behandlung der Verfahrensvorschriften und gegebenenfalls auch für die materielle Kontrolldichte. Die besondere Herausforderung für das deutsche Rechtsschutzsystem liegt dabei möglicherweise gerade

in den divergenten Auffassungen von der Rolle der Bürger und Verbände, von der Funktion des Verfahrens sowie von Aufgabe und Umfang gerichtlicher Kontrolle, die hinter den Reformvorgaben stehen.

Die verbleibenden Regelungsspielräume des nationalen Gesetzgebers werden von der Reichweite und der Bindungswirkung europäischer und internationaler Vorgaben bestimmt, die – wie die deutschen Umsetzungsakte, die Rechtsprechung europäischer und deutscher Gerichte und die Empfehlungen des Aarhus Convention Compliance Committees bzw. die Beschlüsse der Aarhus-Vertragsstaatenkonferenz zeigen – von den verschiedenen Akteuren auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene unterschiedlich beurteilt wurden und werden. Neben inhaltlichen Aspekten ist es gerade die Funktion dieser Akteure, die im Zentrum des Vortrags stehen wird: So sollen das Verhältnis zwischen EuGH und Mitgliedstaaten sowie zwischen Gerichten und Gesetzgeber auf nationaler Ebene hinterfragt und Kompetenzüberschreitungen sowie das Zusammen- und Gegeneinanderwirken der verschiedenen beteiligten Institutionen im Mehrebenensystem analysiert werden.

**TIM WIHL**  
HUMBOLDT-UNIVERSITÄT BERLIN

## Auf dem Weg zu einer transnationalen Grundrechtstheorie liberaler Demokratien

In meinem Vortrag möchte ich einen transnationalen Grundrechtstheorievergleich anstellen, der rechtspolitisch als ein Beitrag zur europäischen Einigung verstanden werden kann, indem er auf gegenseitiger Verständigung über die Differenzen nationalstaatlich gewachsener Grund-/Menschenrechtskulturen beruht. Transnationalisierung läuft so nicht auf Vereinheitlichung hinaus, sondern auf die Anerkennung von Vielfalt, zu der jedes Land seinen spezifischen Beitrag geleistet hat. Diese Vielfalt kann sich anschließend in der Interpretation und Anwendung gemeinsamer Rechtstexte, namentlich der Europäischen Menschenrechtskonvention oder der EU-Grundrechtecharta, widerspiegeln.

Zu zeigen ist, dass in Europa unterschiedliche Grundrechtstraditionen bestehen, die bei der Interpretation der EMRK oder der Charta Bedeutung erlangen können. Dabei gehe ich von drei grundrechtlichen Idealtypen aus. Es erweist sich, dass Grundrechte nicht notwendig Abwägungsmaterial sind, wie in den meisten Fällen

die Grundrechte nach dem Grundgesetz. Sie sind teils Prinzipien, die lediglich eine Beachtung als Zielvorgabe für den Gesetzgeber erheischen; teils sind sie Garantien im strikten Sinne, die gerade nicht abwägbar sind.

Die transnational erweiterte Grundrechtstheorie kann deutsche Grund- und Menschenrechtsanwender darüber belehren, dass ein Abwägungsmodell nicht alternativlos ist, an manchen Stellen jedoch durchaus seinen Platz hat. Sie kann ihnen zu einem tieferen Einblick in die verschiedenen Rechtskulturen unserer europäischen Partnerländer verhelfen, die sich gerade auch in divergenten Grundrechtstheorien niederschlagen. Und schließlich kann sie die deutschen Rechtswissenschaften bei der Suche nach einer differenzsensiblen, nicht bloß nationale Strukturen reproduzierenden Dogmatik der EMRK und der Charta und deren Einwirkens auf die deutsche Grundrechtsordnung unterstützen.

Am Horizont erscheinen Umriss einer komparativen Grundrechtstheorie liberaler Demokratien.

**MATTHIAS UFFER**  
UNIVERSITÄT BERN

## Die „margin of appreciation“-Doktrin als Schlüssel zur erfahrungsbasierten und folgenethischen Menschenrechtsdogmatik?

Der Griff des EGMR zur „margin of appreciation“-Doktrin honoriert die Vielfalt nationaler Grundrechtsverständnisse. Das ist sinnvoll; die Vielfalt der Ansätze muss der optimalen Verwirklichung der Menschenrechte nicht abträglich sein. Wodurch aber wird die Pluralität lokaler Menschenrechtsverständnisse zum Wert, den es zu wahren gilt?

### 1. Wert der Harmonie

Für die Harmonisierung der Menschenrechtsverständnisse sprechen gute Gründe. (a) Vielfalt führt in einer interdependenten globalen Welt zu höheren Reibungskosten. (b) Einheitlichkeit dient der Rechtssicherheit. (c) Überdies ist wohl von der Symbolkraft vereinheitlichter Menschenrechte auszugehen. Die Rede von „universellen Werten“ klingt stets erhaben. Der Pathos ist nicht lächerlich; er stärkt die Bereitschaft, für Ideale zu kämpfen.

### 2. Begrenzter Wert der Harmonie

Doch darf man den Wert der Harmonie nicht überschätzen. Ein gefährlicher Trugschluss wäre die Annahme, erst durch Universalität würden Werte wertvoll. Dieser Schluss folgt m.E. aus einem verfehlten (einigungsethischen) Verständnis der Gerechtigkeit. Auch wäre es ein Irrtum, zu denken, „Harmonie“ sei per se wertvoll. Ungerechten Regeln verhilft auch harmonische Geltung nicht zur Werthaltigkeit. Im gleichen Zusammenhang sollte man auch den „emerging consensus“ nicht

überschätzen. Denn die Gewährung weiterer Ermessensspielräume kann auch dann sinnvoll sein, wenn fast in allen Staaten gleiche Kriterien zur Anwendung gelangen. Und umgekehrt spricht ein fehlender Konsens nicht zwingend zugunsten der Beibehaltung heterogener lokaler Grundrechtsverständnisse.

### 3. Vermutung zugunsten der Vielfalt

Wann gebührt den Staaten eine breite „margin of appreciation“? Dann, wenn die Wahl und Begründung einer Einheitslösung stark von Spekulationen und Postulaten abhinge; wenn es am Erfahrungsfundament fehlt. Es geht um die Erprobung unterschiedlicher Lösungsansätze zwecks Erkenntnis der besten Lösungsstrategie; um Versuch und Irrtum. Die Duldung und Förderung der Vielfalt (sowie die Auswertung der Ansätze) führt zur erfahrungsbasierten Erkenntnis, welche ihrerseits die Konturierung folgenethisch fundierter Menschenrechtsverständnisse ermöglicht. Der den Vertragsstaaten gewährte Spielraum dient nicht der einfachen Adelung des Herkömmlichen; er ist vorwärtsblickend, erkenntnispragmatisch, dient der Suche nach optimaler Grundrechtsverwirklichung. Die Vielfalt der lokalen Grundrechtsverständnisse ist ein Experimentierfeld, in welchem die besten Einheitslösungen gedeihen sichtbar werden. Im Zweifelsfall, solange sich keine überlegene Einheitslösung aufdrängt, sollte der EGMR auf Rechtspluralität setzen.

**STEFAN MARTINI**

CHRISTIAN-ALBRECHTS-UNIVERSITÄT ZU KIEL

## Eine *margin-of-appreciation*-Doktrin für den EuGH?

Ich werde in meinem Vortrag diskutieren, ob und inwiefern sich der EuGH aus dem dogmatischen Arsenal des EGMR bedienen und die Figur des *margin of appreciation* auf seine Rechtsprechungstätigkeit übertragen sollte.

1. Der EGMR bedient sich der *margin of appreciation*, um gerichtliche Prüfungsintensität zu regulieren. Hauptkriterien, um den nationalen Spielraum zu bejahen, sind die konsensuale Verbreitung einer Regelungsoption sowie die Betroffenheit höchstpersönlicher Rechte. Ist der *margin* aktiviert, mildert sich der Zugriff der überstaatlichen in die nationalstaatliche Verfassungsordnung dem Grundsatz nach ab.
2. Wertungsspielräume teilt freilich auch der EuGH den EU-Mitgliedstaaten zu (s. jüngst Deutsche Parkinson Vereinigung). Der dogmatische Ort dieses gebräuchlichen Begründungselements ist vor allem die Rechtfertigung des Eingriffs in Individualgüter. Der EuGH gesteht den Mitgliedstaaten hierbei einen Kern verfassungsrechtlicher Identität zu (s. Art. 4 Abs. 2 EUV, Sayn-Wittgenstein) und toleriert im Prinzip Schwankungen in der Verwirklichung legitimer Eingriffszwecke (z.B. Omega). Gerade in der Sozialpolitik betont der EuGH einen weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten. Allerdings gelten diese Spielräume lediglich in den „durch den Vertrag gesetzten Grenzen“ (van Duyn) – unter Rückgriff auf diese kann der EuGH im Interesse der Einheit und Wirksamkeit der Unionsrechtsordnung das Bekenntnis zur Spielraumdogma-

tik ohne weiteres überspielen und die Verhältnismäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme strikt prüfen.

3. Eine eigenständige *margin-of-appreciation*-Doktrin brächte den Vorteil, mitgliedstaatliche Spielräume – analog zur der EGMR-Rechtsprechung – mit einer stärkeren *prima-facie*-Rationalität auszustatten. Die Begründungslast verteilte sich dabei auf allen Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Zur Begründung eines Spielraums kann – wiederum wie in der EGMR-Rechtsprechung – eine Umschau in nicht harmonisierten Bereichen dienen, um Regelungshomogenität bzw. -diversität zu festzustellen. Zu beachten ist freilich ein gewichtiger Unterschied zum System des Europarats: Die EU ist eine Vorrang beanspruchende Recht(setzung)s-gemeinschaft, die der Transposition des *margin of appreciation* Grenzen setzt. Die jeweilige Harmonisierung des Unionsrechts ersetzt die Kontingenz des mitgliedstaatlichen Regelungskonsenses.
4. Die offene Heranziehung einer Form der *margin-of-appreciation*-Doktrin vermag Akzeptanz- und Legitimationseffekte zu stiften: So kann zum einen Demokratie, als Selbstbestimmung und Auto-Nomie verstanden, durch sinnvolle Verteilung von Regelungs- und Begründungsmacht gestärkt werden, ohne die Verträge zu ändern. Zum anderen führt die Selbstbindung an transparente(re) Argumentation dazu, dass sich die Rechtsprechung des EuGH an den Ansprüchen des *margin of appreciation* messen lässt.