

## **,Nationale Identität' versus europäische ,Unionisierung' im Bereich der inneren Sicherheit**

### **Summary**

*The key question asked in the following study is of twofold nature: (1) how do the opposing, "euro-centripetal" and "euro-centrifugal" elements in the two treaties of Lisbon (TEU and the TFEU) in the "area of freedom, security and justice" find common ground, that is, in particular with regard to guaranteeing the (internal) security of each other, and (2) what are the difficulties encountered by an attempt of Germany's Federal Constitutional Court to determine the dividing line (boundary) between the finality of Article 23 section 1 GG "towards establishing a united Europe", on the one hand, and "the guaranteeing of a level of protection of basic rights essentially comparable to that afforded by this Basic Law" (Grundgesetz), on the other hand? To elucidate the first part of the question, a short rendering of the active European institutions, such as Europol, Frontex or Eurojust will suffice. If recourse to the monopoly of legitimate physical force is a constitutive feature of the (national) state, then the transfer of such sovereignty to the European Union means a piece of "withdrawal of (national) government" in every instance. The second part of the question illustrates this problem using the example of the so-called "European Arrest Warrant Act", whose treatment by the German Federal Constitutional Court not only revealed the diversity of potential "legal" interpretation work, but especially also the limits (boundaries) of the interpretation work, namely whose subtle control by the very different, and sometimes irreconcilable community-legal and community-political preconceptions of the judges came to light.*

### **Résumé**

*L'analyse ci-dessous tourne autour d'un double questionnement : (1) Comment se comportent les éléments antinomiques « eurocentripètes » et « eurocentrifuges » contenus dans les deux traités de Lisbonne (TUE et TFUE) au sein de l'« espace de liberté, de sécurité et de justice », et particulièrement en regard de la garantie de sécurité (intérieure) qu'ils se doivent l'un à l'autre et (2) à quelles difficultés sera confrontée la tentative de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne de déterminer la limite entre la finalité de l'article 23, alinéa 1 de la Loi fondamentale « pour l'édification d'une Europe unie » d'une part et au « respect du noyau intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale » d'autre part? Afin de répondre à la première question, il peut être utile de se faire une brève représentation des institutions européennes actives, telles qu'Europol, Frontex ou Eurojust. Si utiliser le monopole du recours légitime à la force physique est une caractéristique constitutive de l'État (national), le transfert de cette juridiction vers l'Union européenne accomplit chaque fois un pas de plus vers la « dénationalisation ». La deuxième question illustre cette problématique par l'exemple de la « loi relative au mandat d'arrêt européen », comme on l'appelle, dont le traitement*

*par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne ne révèle pas seulement les multiples possibilités inhérentes au travail d'interprétation « juridique », mais surtout les limites de celui-ci, notamment le caractère complexe de sa gestion dû aux conceptions prédéterminées de politique juridique communautaire diamétralement opposées – et parfois incompatibles – des juges.*

### *I. „Europäisches Sicherheitsverwaltungsrecht“ – ein neues Rechtsgebiet*

Die Gewährleistung der inneren Sicherheit, auch unter Inanspruchnahme des legitimen Monopols physischer Gewaltausübung, ist ein konstitutives Begriffsmerkmal des modernen Nationalstaates. Damit bedeutet jeder Schritt der weiteren rechtlichen oder institutionellen Vergemeinschaftung (Unionisierung) auf diesem Feld, jede „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“, wie der Lisaboner Vertrag (Art. 1 II EUV) sagt, ein Mehr an Spannung zwischen nationalstaatlicher Hoheitsgewalt und supranationaler Entscheidungsbefugnis. Früher hätte man hier vielleicht von zerbröckelnder ‚Souveränität‘ gesprochen; heute müsste man konsequent von ‚Entstaatlichung‘ sprechen, wenn dem zentralen nationalstaatlichen Willensbildungsorgan, dem Parlament, durch die Europäisierung von Aufgaben und Befugnissen eine „Entleerung“ droht.<sup>1</sup> Denn wenn das Gewaltmonopol konstitutives Element des „Staates“ ist, dann bedeutet die Verlagerung dieser Staats-Gewalt auf ein anderes Subjekt zugleich das Ende des „Staates“.<sup>2</sup>

Vorschnelle Antworten sind hier fehl am Platze. Wir beginnen vielmehr mit einem Blick auf die europäische ‚Rechtswirklichkeit‘, das heißt, auf die bereits existierenden unionsrechtlichen Einrichtungen, die Ursache und Stoff genug geboten haben, um von einem freilich „erst im Entstehen begriffenen Rechtsgebiet“ *Europäisches Sicherheitsverwaltungsrecht* zu sprechen (1).<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund versuchen wir in einem zweiten Schritt in einer Analyse der primärrechtlichen Aussagen den Stand der Integration im Bereich der inneren Sicherheit nach Maßgabe des Lissabon-Vertrages sichtbar zu machen; hierbei erfordert insbesondere der Begriff der „nationalen Identität“ kritische Aufmerksamkeit. (2) Abschließend sollen am Beispiel des umstrittenen Urteils des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 – mit drei Ab-

1 Vgl. BVerfGE 89, 155, 172 (Maastricht-Vertrag); E 129, 124, 1.Ls. : „Aushöhlung“ (U. v. 7. 9. 2011).

2 Im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die Maßnahmen zur Griechenlandhilfe, BVerfGE 129, 124 ff., tragen die Beschwerdeführer vor, das den demokratischen Parlamentarismus definierende Budgetrecht des Parlaments werde „in einer Weise eingeschränkt, welche die existenzielle Staatlichkeit demokratiewidrig aus der Hand gebe.“ (S. 140). Der Prozessvertreter des Bundestages repliziert: „Eine Preisgabe der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland erfolge nicht.“ (S. 151).

3 Vgl. Bettina Schöndorf-Haubold, *Europäisches Sicherheitsverwaltungsrecht*, Baden-Baden 2010, S. 25; dieselbe, § 35 *Europäisches Sicherheitsverwaltungsrecht*, in J. Ph. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden 2011, S. 1211 ff. Eingehende Darstellung der europäischen Zusammenarbeit bei: R. Mokros in Liskan/Denninger (Hrsg.) *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Aufl. 2012, Kap. O. Polizeihandeln auf Ebene der Europäischen Union, S. 1407- 1483. Ferner: H. Busch, *Neue europäische Polizeikooperation*, in: *Bürgerrechte & Polizei*, Cilip 100, Nr. 3/ 2011, S. 63 ff.

weichenden Voten – zum *Europäischen Haftbefehl* die Schwierigkeiten überzeugender Grenzziehungen zwischen Unionsrecht und nationaler Regelung verdeutlicht werden. (3)<sup>4</sup>

## II. Europäische Zusammenarbeit im Bereich der inneren Sicherheit

### 1. Aktive Institutionen

Der Stand der europäischen Zusammenarbeit im Bereich der inneren Sicherheit wird in erster Linie durch das Europäische Polizeiamt EUROPOL und durch die europäische Grenzschutzagentur FRONTEX gekennzeichnet.

a) EUROPOL wurde durch das aufgrund des Art. K.3 EUV (Maastricht 1992) beschlossene Übereinkommen vom 26. Juli 1995 errichtet; es trat am 1. Oktober 1998 in Kraft.<sup>5</sup> Das aufgrund eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrages geschaffene Amt wurde als Internationale Organisation anerkannt; es verfügte über eine eigene Rechtspersönlichkeit.<sup>6</sup> Vor allem um das Verfahren für Rechtsänderungen einfacher und flexibler zu gestalten, beschloss der Rat seinerseits am 6. April 2009, auf Vorschlag der Kommission und nach Stellungnahme des Europäischen Parlaments die „Errichtung des Europäischen Polizeiamts (Europol).“<sup>7</sup> Dieses „neue“ Amt wird als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Amtes bestimmt; mit der Eingliederung in das Organisationsgefüge der Europäischen Union verliert es zwar seinen Status als Internationale Organisation und seine Völkerrechtsfähigkeit, bleibt aber rechtsfähig. Als „Agentur der Europäischen Union“ wird es aus deren Haushalt finanziert. Seine Aufgaben und die Arbeitsweise werden nunmehr in Artikel 88 des Vertrages „über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) genauer geregelt.<sup>8</sup> Danach hat EUROPOL den Auftrag, „die Tätigkeit der Polizeibehörden und der anderen Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten sowie deren gegenseitige Zusammenarbeit bei der Verhütung und Bekämpfung der zwei oder mehr Mitgliedstaaten betreffenden schweren Kriminalität, des Terrorismus und der Kriminalitätsformen, die ein gemeinsames Interesse verletzen, das Gegenstand einer Politik der Union ist, zu unterstützen und zu verstärken.“<sup>9</sup> Die näheren Regelungen über den „Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben von Europol“ sollen das Europäische Parlament und der Rat durch Verordnungen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren treffen, Art. 88 Abs. 2 AEUV. Der Rats-Beschluss von 2009 und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union sehen im Wesentlichen zwei Arten von „Hauptaufgaben“ für Europol vor: 1. die Funktion als Sammel-, Ana-

4 Vgl. BVerfGE 113, 273 ff.

5 Vgl. ABl. EG 1995/C 316/25, ergänzt durch Beschluss des Rates vom 3. 12. 1998 (ABl EG 1999/C 26/21).

6 Art. 26 Abs. 1 Europol-Übereinkommen 1995, Schönendorf-Haubold (Fn. 3), S. 54; Mokros in Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. O, Rn. 30ff.

7 ABl. L 121 v. 15. 5. 2009, S. 37.

8 Zusammen mit dem Vertrag über die EU in der Fassung des Vertrages von Lissabon bildet der AEUV „die Verträge, auf die sich die Union gründet“, Art. 1 Abs. 2 AEUV. S. ABl. Nr. C 115 S. 47; das deutsche Gesetz zur Umsetzung des Rats-Beschlusses datiert vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2504.

9 Art. 88 Abs. 1 AEUV.

lyse- und Übermittlungsstelle für sicherheitsrelevante *Informationen* und 2. gemeinsam mit den Behörden der Mitgliedstaaten die Koordination, Organisation und Durchführung von *Ermittlungen* und anderen „operativen Maßnahmen“. Für den ersten Aufgabenbereich baut das Amt das „Europol-Informationssystem“ (TECS) auf, ein Rechtesystem, in dem, gespeist von den nationalen Dienststellen, alle einschlägigen Informationen über die in Frage kommenden Straftaten und -täter gespeichert und zum Abruf bereit gehalten werden.<sup>10</sup> Ergänzt wird dieses System durch weitere „Arbeitsdateien zu Analyse Zwecken.“ Sie ermöglichen erstmals eine grenzüberschreitende analytische polizeiliche Arbeit. Für den zweiten Aufgabenbereich, Stichwort: gemeinsame Ermittlungen, sieht der Vertrag die Möglichkeit der Bildung „gemeinsamer Ermittlungsgruppen“ vor, wodurch das Tätigwerden der ermittelnden Beamten auch auf fremdem Hoheitsgebiet ermöglicht wird. Doch wird hier die Grenze der „Supranationalisierung“ deutlich zugunsten der Wahrung der einzelstaatlichen „souveränen“ Hoheitsgewalt gezogen: Europol-Bedienstete können „in unterstützender Funktion“ an allen gemeinsamen Ermittlungsgruppen teilnehmen. „Operative Maßnahmen“ darf Europol jedoch nur in Verbindung und in Absprache mit den Behörden des Mitgliedstaats oder der Mitgliedstaaten ergreifen, deren Hoheitsgebiet betroffen ist. Vor allem aber bleibt die Ausübung polizeilichen Zwangs „ausschließlich den zuständigen einzelstaatlichen Behörden vorbehalten.“<sup>11</sup> Demgemäß verfügen Europol-Beamte auch nicht über das Recht zum Schusswaffengebrauch.

Seit dem Vertrag von Lissabon erfolgt die *Kontrolle* der Tätigkeit von Europol gemäß den Verordnungen, welche vom Europäischen Parlament und vom Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289, 294 AEUV erlassen werden. Die nationalen Parlamente sind an der Kontrolle zu beteiligen.<sup>12</sup>

b) FRONTEX ist „eine notwendige Ergänzung des freien Personenverkehrs innerhalb der Europäischen Union und ein wesentliches Element des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.“<sup>13</sup> Im Lissabon-Vertrag, Art. 77 AEUV, normiert die Union eine Politik, die einerseits das freie, unkontrollierte Überschreiten der „Binnengrenzen“ sicherstellen soll, wie dies seit dem Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990 vorgesehen ist,<sup>14</sup> andererseits soll sie die „wirksame Überwachung des Grenzüberschritts an den Außengrenzen“ gewährleisten und zu diesem Zweck „schrittweise ein integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen“ einführen.<sup>15</sup> Der erste wichtige Schritt in diese Richtung erfolgte bereits mit der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für die ope-

10 Vgl. Mokros in Lischen/Denninger, HbPolR, 5. Aufl. 2012, Kap. O Rn. 170 ff.

11 Art. 88 Abs. 3 Satz 2 AEUV, vgl. auch Art. 3 a Europol-Übereinkommen nach dem Rechtsakt des Rates vom 28. November 2002 (ABl. EG 2002/C 312/01).

12 Art. 88 Abs. 2 Satz 3 AEUV.

13 Vgl. den 1. Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates vom 26. Oktober 2004, ABl. EU 2004, L 349/1.

14 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen – SDÜ – in der Fassung vom 13. Juni 1990 (BGBl II, S. 1013), mit nachf. Änderungen.

15 Art. 77 Abs. 1 lit b) und c) AEUV.

rative Zusammenarbeit an den Außengrenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der so genannten FRONTEX Grenzschutzagentur.<sup>16</sup>

Ihr Zweck wurde mit „Verbesserung des integrierten Schutzes der Außengrenzen“ zunächst recht unbestimmt benannt; etwas konkreter werden dann als wesentliche Aufgaben u. a. angeführt: a) die Koordinierung der operativen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Bereich des Schutzes der Außengrenzen, b) Unterstützung bei der Ausbildung von Grenzschutzbeamten, c) Unterstützung der Mitgliedstaaten in Situationen, die eine verstärkte technische und operative Unterstützung an den Außengrenzen erfordern und d) Unterstützung bei der Organisation gemeinsamer Rückführungsaktionen.<sup>17</sup> In den einleitenden Erwägungsgründen der VO des Rates wird ausdrücklich die Verantwortung der Mitgliedstaaten „für die Kontrolle und die Überwachung der Außengrenzen“ betont. Die Frontex-Agentur soll die Maßnahmen der Gemeinschaft erleichtern, „indem sie die Aktionen der Mitgliedstaaten zur Durchführung dieser Maßnahmen koordiniert.“<sup>18</sup> Dies entspricht der primärrechtlichen Bekräftigung in Art. 72 AEUV, dass „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ durch die umfangreichen Regelungen in Titel V des AEUV über den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ nicht berührt werden. Auf der anderen Seite wird das Interesse der Gemeinschaft an einem „wirksamen, hohen und einheitlichen Niveau der Personenkontrollen und der Überwachung der Außengrenzen der Mitgliedstaaten“ auch normativ deutlich gemacht.<sup>19</sup>

Die funktionslogische Fortentwicklung dieser beginnenden „Europäisierung“ des Grenzschutzes der Gemeinschaft findet ihren Ausdruck in der vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassenen so genannten RaBIT- Verordnung (EG) Nr. 863/2007 vom 11. Juli 2007.<sup>20</sup> Sie ermöglicht, auf Antrag eines Mitgliedsstaates, die rasche Bildung von „Rapid Border Intervention Teams“ (RaBITs), von „Soforteinsatzteams“ zur Grenzsicherung bei einem plötzlichen Massenzustrom illegaler Einwanderer. Jedermann hat die erschütternden Bilder der mit total erschöpften Asylsuchenden überfüllten Schiffe im Hafen von Lampedusa oder vor der spanischen Küste vor Augen. Aufgrund der RaBIT-VO wird ein mehrere Hundert Beamte (Beamtinnen) umfassender Personal-Pool aus mehreren Mitgliedsländern gebildet, die gemäß einem von Frontex zusammen mit dem die Kräfte anfordernden Mitgliedsstaat erarbeiteten Einsatzplan grenzsichernd tätig werden können. Für die deutsche Bundespolizei bietet § 8 Abs. 1 BPolG die erforderliche nationalstaatliche Rechtsgrundlage für das Tätigwerden auf fremdem Hoheitsgebiet; entsprechende Regelungen für den Einsatz von Polizeikräften der Bundesländer fehlen allerdings bis jetzt. Die Teilnehmer an einem Soforteinsatzteam tragen die Uniform ihres Herkunftslandes mit einer „europäischen“ Armbinde; sie tragen ihre Dienstwaffen und sind befugt, Zwangsmittel einzusetzen, allerdings nur in Anwesenheit

16 Vgl. ABl. EU 2004, L 349/ 1. Die inoffizielle Bezeichnung ‚Frontex‘ leitet sich von „Frontières extérieures“ ab; es war mir nicht möglich, die Entstehungsgeschichte des Akronyms aufzuklären.

17 Vgl. Art. 1, 2 Abs. 1 VO 2007/2004.

18 Erwägungsgrund Nr. 4 der VO 2007/2004.

19 Art. 1 Abs. 2 VO 2007/2004.

20 ABl. EU Nr. L 199/30. Hierzu vgl. Mokros in Lisken/Denninger, HbPolR, 2012, Kap. O Rn. 98 f., und 387 ff.; Schöndorf-Haubold, (Fn. 3), S. 64 ff., S. 103 ff.

von Grenzschutzbeamten des Einsatzlandes und gemäß dessen Rechtsvorschriften.<sup>21</sup> Die FRONTEX-Agentur hat schließlich auch die undankbare Aufgabe, bei der Eindämmung eines übermäßigen Zustromes von Asylanten nach Europa organisierend und koordinierend mitzuwirken. Die Verordnung von 2004 beschreibt diese Befugnis abstrakt in dürrer Bürokratensprache. „Die Agentur leistet nach Maßgabe der Rückführungspolitik der Gemeinschaft die erforderliche Unterstützung für die Organisation gemeinsamer Rückführungsaktionen der Mitgliedstaaten.“<sup>22</sup>

c) EUROJUST, eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete, weisungsunabhängige Europäische Agentur mit Sitz in Den Haag, ist neben EUROPOL die wichtigste Institution für das gemeinsame Vorgehen im Bereich der „polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen“,<sup>23</sup> also der früher so genannten „dritten Säule“ des Unionsvertrages. Durch den Beschluss des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität<sup>24</sup> wurde die Stelle eingerichtet, in der jeder Staat durch ein Mitglied vertreten ist, das die Qualität eines Staatsanwalts, Richters oder eines Polizeibeamten mit gleichwertigen Befugnissen besitzen muss. Jedoch ist Eurojust nicht etwa selbst eine zentrale europäische Strafverfolgungsbehörde; der Auftrag ist auf die Förderung und Verbesserung der Koordinierung der in den Mitgliedstaaten laufenden Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen, wenn mindestens zwei Mitgliedstaaten betroffen sind, beschränkt. Immerhin kann Eurojust „Vorschläge zur Einleitung von strafrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen“ machen, die dann von den zuständigen nationalen Behörden durchgeführt werden, „insbesondere bei Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union.“<sup>25</sup> Ferner soll Eurojust die Zusammenarbeit der zuständigen nationalen Behörden im Rahmen der internationalen Rechtshilfe und bei der Erledigung von Auslieferungsersuchen fördern und verbessern.<sup>26</sup> Dies muss bei der reformierten „Auslieferungs“-Praxis gemäß dem „Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten“ vom 13. Juli 2002 zum Tragen kommen.<sup>27</sup>

## 2. *Das Widerspiel eurotripetaler und eurozentrifugaler Elemente*

Schon wenige Blicke auf die Primärrechtsquellen der Europäischen Union, jetzt auf den EU-Vertrag in der Fassung des Lissabon-Vertrages und auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) genügen, um zu erkennen, dass das Projekt der Europäischen Gemeinschaft von zwei gegenläufigen Prinzipien beherrscht wird: von einem dynamischen Prinzip stetiger und sich verstärkender Integration und von

21 Schöndorf-Haubold, (Fn. 3), S. 104 f. Das Prinzip der Geltung des nationalen Rechts des Einsatzstaates wird auch in Art. 10 der VO 2007/2004 normiert.

22 Art. 9 VO 2007/2004.

23 So noch in der Überschrift zu Titel VI des Vertrages von Amsterdam 1997 bzw. von Nizza 2000.

24 RbEurojust 2002/187/JI, ABl. EG 2002 L 63/1.

25 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit a) RbEurojust 2002/187/JI, sowie Art. 85 Abs. 1, Satz 2 a) AEUV.

26 Wie vor. N. Art. 3 Abs. 1 lit b).

27 Vgl. Mokros, wie Fn. 20, Rn. 153 ff.

einem entgegen wirkenden retardierenden Prinzip der Bewahrung der nationalen Staatlichkeit.

Oder: Aus Sicht der Europäischen Integration kann man von einem Widerspiel *zentripetaler* und *zentrifugaler Momente* sprechen, welche es so gut wie unmöglich machen, mit juristischen Methoden eine „belastbare“ Aussage über die normativ gewollte „Finalität“ des Vergemeinschaftungsprozesses zu treffen.

#### a) Ungenügender Begriff des „Bundesstaates“

Das wird zum Beispiel an der Streitfrage sichtbar, ob die „Struktursicherungsklausel“ des Art. 23 Abs. 1 GG in Verbindung mit der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG die weitere Entwicklung der Europäischen Union hin zu einem „Bundesstaat“ verbiete oder doch ermögliche.<sup>28</sup> Das Für und Wider hierzu soll hier nicht ausgebreitet werden. Es darf aber auf die „Unschärfe“ des Begriffs ‚Bundesstaat‘ aufmerksam gemacht werden. Man verwickelt sich in Selbstwidersprüche, wenn man zwar für die Bundesrepublik Deutschland als „Bundesstaat“ sowohl für die zentrale Organisation „Bund“ als auch für die Gliedstaaten, die „Länder“, den Staatscharakter bejaht und in Anspruch nimmt,<sup>29</sup> wenn man zugleich aber aus der Sicht deutschen Verfassungsrechts einen Bundesstaat Europa ablehnt, weil Deutschland als Glied desselben damit seine ‚Staatlichkeit‘ verlieren müsste.<sup>30</sup> Auch die ‚innerstaatliche‘ Diskussion darüber, ob die ‚Länder‘ nun wirkliche Staaten seien oder doch nur ‚hochpotenzierte Selbstverwaltungskörper‘ will nicht verstummen.<sup>31</sup> Hierzu seien nur zwei Aspekte erwähnt, welche für die ‚Eigenstaatlichkeit‘ der Bundesländer sprechen und die in entsprechender Weise den Fortbestand der Bundesrepublik als Staat auch in einem stärker föderierten Europa sichern würden, gleichgültig, ob man dieses (noch) als „Staatenverbund“ oder (schon) als „Bundesstaat“ bezeichnen würde. Der eine Aspekt ist kurz gesagt die „Kompetenz-Kompetenz“, wie Art. 30 GG sie den Ländern zuschreibt. Die ‚Fülle der Staatsaufgaben‘ liegt potenziell bei den Ländern – auch wenn die Finanzwirklichkeit ein anderes Bild bietet. Gemeinschaftsrechtlich findet sich dieser Verteilungsgedanke in Art. 4 Abs. 1 EUV (Lissabon), wonach alle Zuständigkeiten, die nicht primärrechtlich der Union übertragen sind, bei den Mitgliedstaaten verbleiben.

Der andere, wohl noch wichtigere Gesichtspunkt ist die Frage des verfassungslegitimierenden Subjekts. Als verfassungsgebendes Subjekt einer Landesverfassung erscheint jeweils das Landes“volk“, das sich oft auch in den Präambeln der Verfassungen als solches identifiziert: „Das Volk von Baden-Württemberg“, das „Bayerische Volk“, „die Bürger Mecklenburg-Vorpommerns“, „das Volk von Niedersachsen“, „das Volk im Freistaat Sachsen“, „das Volk des Freistaates Thüringen“ usf. Das Deutsche Volk als

28 Die Entwicklungsmöglichkeit bejahend (bis zur Grenze eines europäischen Zentralstaats): Ingolf Pernice, in Dreier (Hrsg.) GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 23, Rn. 36, verneinend: Josef Isensee, HbStR VII, 1992, § 166, Rn. 68; Paul Kirchhof, HbStR VII, 1992, § 183, Rn. 59 ff., derselbe, HbStR II, 3. Aufl. 2004, § 21, Rn. 52 ff.

29 So die h.L. und Rspr. Vgl. Isensee, HbStR VI, 3. Aufl. 2008, § 126, Rn. 65 ff. m. Nachw.

30 Vgl. Kirchhof, HbStR VII, § 183, Rn. 60.

31 S. Isensee, (Fn. 29), dort die Fn. 182 f.

Ganzes ist schon gemäß der Präambel des Grundgesetzes „von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“.

Ähnlich wie das „Bayerische Volk“ oder das „Volk von Niedersachsen“ seine Funktion als Verfassung gebendes Subjekt behält, obgleich beide Völker in einer „höheren“ Einheit, nämlich als Volk des Bundesstaates Deutschland aufgehen, kann dieses „Deutsche Volk“ als Verfassung gebendes Subjekt bestehen bleiben, auch wenn es „Glied“ einer wie immer kategorisierten größeren Einheit „vereintes Europa“ (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG) wird.<sup>32</sup> Aus dem Zeitalter der „souveränen Nationalstaaten“ (19./20. Jahrhundert) überkommene Kategorien wie „Staatenbund“ oder „Bundesstaat“ oder Neologismen wie „Staatenverbund“<sup>33</sup> sind zur wechselseitigen Kompetenzzuweisung bzw. –abscheidung wenig aussagekräftig und daher nicht „hilfreich“.

Besser steht es mit den schon angedeuteten Kriterien der „Kompetenz-Kompetenz“ und der Subjektstellung als „Volk“. Ihre Rolle in dem Widerspiel von zentripetalen und zentrifugalen Momenten bedarf genauerer Betrachtung.

#### b) Eurozentripetale Vertragselemente

Fragen wir zunächst, wo die „zentripetalen“ Elemente in den Vertragstexten besonderen Ausdruck gefunden haben, so werden wir vor allem auf die *Präambeln* der beiden Verträge, EUV und AEUV, verwiesen. Diejenige des EUV bekräftigt den Entschluss, „den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas“ weiterzuführen; in der Präambel des AEUV ist von dem festen Willen die Rede, „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen.“ Zu den wichtigsten derselben, die ebenfalls in der Präambel des EUV Erwähnung finden, gehören die Einführung einer gemeinsamen *Unionsbürgerschaft* für alle Staatsangehörigen der Mitgliedsländer sowie die Verfolgung einer *Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik* einschließlich der schrittweisen Festlegung einer gemeinsamen *Verteidigungspolitik*. Es entspricht dem Zweck und Charakter von Präambeln, dass sie nicht beinharte, „juristisch“ handhabbare Grenzziehungen enthalten, sondern mehr oder minder „feste“ Absichtserklärungen. Aber auch die im Text folgenden ‚eigentlichen‘ Vertragsartikel formulieren die ‚zentripetale‘ Grundtendenz nicht als scharf umrissene Rechtspositionen, sondern als ‚soft law‘, als mehr oder weniger bestimmte *Zielvorstellungen*. So ‚fördert‘ die Union „den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedern.“<sup>34</sup>

#### c) Eurozentrifugale Momente

Richtet man hingegen die Aufmerksamkeit auf die den „immer engeren Zusammenschluss“ eher abbremsenden ‚zentrifugalen‘ Momente, so trifft man auf juristisch härteres Gestein. Das gilt noch nicht so deutlich für die als ‚Ziel‘ der Union statuierte Wahrung des Reichtums der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und für den Schutz

32 Vgl. Pernice (Fn. 28), Rn. 33 ff.

33 Vgl. BVerfGE 89, 155, bes. 181 (Maastricht, 1993). Seither st. Rspr.

34 Art. 3 Abs. 3 UA 3 EUV.

und die Entwicklung des „kulturellen Erbes“ Europas.<sup>35</sup> Aber eine etwas klarere Sprache spricht das in Art. 4 Abs. 1 EUV formulierte Verteilungsprinzip: Alle Zuständigkeiten, die nicht in den Verträgen der Union übertragen worden sind, verbleiben bei den Mitgliedstaaten. Und für die Übertragung gelten gemäß Art. 5 EUV die Grundsätze der *begrenzten Einzelermächtigung*, der *Subsidiarität* und der *Verhältnismäßigkeit*.

Obwohl es sich bei diesen drei Grundsätzen um altbekannte, in der bundesstaatsrechtlichen wie in der grundrechtlichen Verfassungsdiskussion sattsam erörterte und in der Rechtsprechung praktizierte Maximen handelt, soll man sich deshalb nicht der Illusion hingeben, als käme man mit ihrer Hilfe jederzeit zu einfachen, unanfechtbaren Entscheidungen in den Zuständigkeitsfragen. Die Schwierigkeiten erwachsen bereits aus der Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten, die an die föderale Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Grundgesetz erinnert. Der bundesdeutschen Unterscheidung von ausschließlicher und konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit ähnelt die unionsrechtliche der Art. 3 und 4 EUV. Nach deutschem Recht entstehen ein erheblicher Auslegungsspielraum und eine dementsprechende politische Dynamik durch das dem Bund auf wichtigen Feldern der konkurrierenden Zuständigkeit eingeräumte Gesetzgebungsrecht, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ eine bundesrechtliche Regelung erfordern.<sup>36</sup> Und ähnlich das Unionsrecht: Es stellt einen Katalog der Bereiche auf, in welchen die Union „mit europäischer Zielsetzung“ Maßnahmen „zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung“ der Aktivitäten der Mitgliedstaaten treffen kann.<sup>37</sup> Die Liste umfasst teils relativ klar abgrenzbare Aufgabenfelder wie Gesundheitsschutz oder Katastrophenschutz, teils aber weit und unbestimmt gefasste wie „Kultur“ oder „allgemeine und berufliche Bildung“. Die ‚zentrifugale‘, das heißt auf Wahrung der Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten bedachte Tendenz findet ihren Ausdruck in diesen, der (doch wohl) zentralisierenden Intervention der Union beschränkt eröffneten Bereichen in einem Verbot der Rechtsharmonisierung. Die Rechtsakte der Union auf diesen Gebieten „dürfen keine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten beinhalten.“<sup>38</sup> Also: Koordinierung, Unterstützung und Ergänzung: ja, aber Rechtsvereinheitlichung: nein. Es fragt sich, ob und wie diese haarfeine Grenze jeweils erkannt und eingehalten werden kann.

Besondere Schwierigkeiten der Auslegung und Abgrenzung bereiten vor allem diejenigen Klauseln der Verträge, welche sozusagen die ‚Individualität‘, die Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten in ihrer Eigenart vor einer *eurozentrischen Gleichmacheri* bewahren sollen. Schon der Maastricht-Vertrag 1992 hatte dafür die Formel gefunden: „Die Union achtet die nationale *Identität* ihrer Mitgliedstaaten, deren Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen beruhen.“<sup>39</sup> Im Vertrag von Amsterdam 1997 kehrt die Achtungsklausel in Kurzfassung wieder, die man freilich im Zusammenhang mit der im Kontext normierten Achtungsklausel bezüglich der Grundrechte und der gemeinsamen Grundsätze von Union und Mitgliedstaaten lesen muss. Die Grundsätze

35 Art. 3 Abs. 3 UA 4 EUV.

36 Art. 72 Abs. 2 GG.

37 Art. 6 EUV.

38 Art. 2 Abs. 5 AEUV.

39 Art. F Abs. 1 EUV 1992.

der „Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ werden hier genannt.<sup>40</sup>

Fraglich ist, ob die derzeit geltende Fassung der Achtungsklausel im Lissaboner Unionsvertrag von 2007 einen Grad der Konkretisierung erreicht, der die Auslegung entscheidend erleichtert. Nach Art. 4 Abs. 2 EUV achtet die Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten „und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“ Sie achtet ferner „die grundlegenden Funktionen des Staates, insbesondere die Wahrung der territorialen Unversehrtheit, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der nationalen Sicherheit. Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten.“<sup>41</sup>

Aus der im Unionsvertrag (EUV) und im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Zuständigkeits- und Arbeitsteilung zwischen Gemeinschaftsorganen und einzelstaatlichen Hoheitsträgern wird deutlich, dass „Europa“ ein Gemeinschaftsprojekt besonderer Art, „sui generis“, ist, das sich von ,klassischen' Föderationsmustern wie „Bundesstaat“ oder „Staatenbund“ unterscheidet. Während bei einem herkömmlichen Bundesstaatsmodell (Deutschland 1871, auch 1949 ff., Schweiz, Österreich)<sup>42</sup> die Sorge für die „nationale Sicherheit“, also die Sicherheit gegen Angriffe von außen, zu den wichtigsten Aufgaben des Bundes im gesamtstaatlichen Interesse gehört, ist gerade dies bei der Europäischen Union anders. Zwar erstreckt sich die Zuständigkeit der Union in der „Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik“ auf alle Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union, „einschließlich der schrittweisen Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen kann.“<sup>43</sup> Zwar lässt sich die Union in den Bereichen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik von einem „Hohen Vertreter der Union“ nach außen hin vertreten,<sup>44</sup> aber für die beschließenden Gremien, den Europäischen Rat und den Rat, gilt noch das Einstimmigkeitsprinzip.<sup>45</sup> Und jeder einzelne Mitgliedstaat trägt für seine *nationale Sicherheit* die Verantwortung allein.

### 3. ,Nationale Identität' und Kompetenzverteilung im Bereich der inneren Sicherheit

Wie verhält sich aber nun nach dem Unionsvertrag die grundsätzliche „Achtung der nationalen Identität“ zu der Verteilung der Kompetenzen auf dem Feld der *inneren Sicherheit*, also insbesondere der polizeilichen und strafrechtlichen Aufgaben und Maßnahmen?

40 Art. 6 (ex-Artikel F) EUV 1997.

41 Art. 4 Abs. 2 EUV 2007.

42 Wichtige Verfassungsartikel: Deutsches Reich 1871: Art. 11, Art. 53 (Kriegsmarine), Art. 57 ff. (Reichskriegswesen); Österreich Bundesverfassungsgesetz 1920, Art. 10 Nr. 15, Art. 79 ff.; Schweiz Bundesverfassung 1874, Art. 2, 8, 19 f.

43 S. Art. 24 Abs. 1 EUV.

44 S. Art. 27 EUV.

45 Art. 24 Abs. 1 UA 1 EUV.

Weder der Unionsvertrag (Lissabon) noch der AEUV verwenden den Terminus „innere Sicherheit“. Im erstgenannten ist von der Wahrung der „territorialen Unversehrtheit“ und der „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung“ die Rede. (s.o.) Der Vertrag über die Arbeitsweise der EU nennt den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ als einen Bereich der zwischen Union und Mitgliedstaaten *geteilten* Zuständigkeiten,<sup>46</sup> und Titel V dieses Vertrages spezifiziert nicht nur genauer die mögliche „Polizeiliche Zusammenarbeit“,<sup>47</sup> sondern räumt den Unionsorganen auch eine Richtlinienkompetenz für Mindestvorschriften in Bereichen besonders schwerer Kriminalität „mit grenzüberschreitender Dimension“ ein. Hierunter fallen Terrorismus, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogen- und Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität.<sup>48</sup> Und zur Verhütung und Bekämpfung von „Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten“ können das Europäische Parlament und der Rat die erforderlichen Maßnahmen, auch strafrechtlicher Art, beschließen, Art. 325 Abs. 4 AEUV.<sup>49</sup>

Aus dieser Kompetenzteilung erhellt, dass unter „Achtung“ der nationalen Identität jedenfalls nicht die völlige Enthaltensamkeit der Unionsorgane von jeglicher Intervention in diesem Bereich verstanden werden kann. Und weiter wird deutlich, dass der Begriff der „nationalen Identität“ in erster Linie als ein Rechtsbegriff zu verstehen ist, der auf die „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“ einschließlich der Selbstverwaltung (Art. 4 Abs. 2 EUV), sowie auf die unterschiedlichen nationalen „Rechtsordnungen und –traditionen“ (Art. 67 Abs. 1 AEUV) verweist. Nur bei einem solchen „juristischen“ Verständnis von Identität lassen sich intersubjektiv vermittelbare Kriterien für die Beurteilung der Grenzen möglicher Integration und damit auch für eine verfassungsgerichtliche „Identitätskontrolle“ entwickeln.

Einen juristischen, genauer: positiv verfassungsrechtlichen und nicht etwa einen kulturellen, religiösen, metaphysischen oder ethnischen Identitätsbegriff legt das Bundesverfassungsgericht bei seiner Kontrolle der Verträge (von Lissabon) am Maßstab des Grundgesetzes zu Grunde. Es verlangt die „Wahrung des *unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität* des Grundgesetzes“<sup>50</sup> und sieht diesen „Identitätskern der Verfassung“ in den Grundsätzen des Artikels 20 Abs. 1 und 2 GG in Verbindung mit der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG verankert.<sup>51</sup> Die Öffnung dieser Verfassung „zur Verwirklichung eines vereinten Europas“,<sup>52</sup> wie sie die „Staatszielbestimmung“ des Art. 23. Abs. 1 GG ‚zentripetal‘ umschreibt, die aber zugleich ‚zentrifugal‘ als

46 Art. 4 Abs. 2 lit j) AEUV.

47 Titel V, Kapitel 5, Art. 87 ff. AEUV.

48 Art. 83 AEUV.

49 Vgl. Nelles/Tinkl/Lauchstädt in Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.) Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 42 Rdn.9.

50 BVerfGE 123, 267, 353 (Lissabon-Vertrag). (Hervorh. von mir).

51 BVerfGE 129, 124, 179 (Griechenland-Hilfe). Es fällt auf, dass der verfassungsänderungsfeste Identitätskern des Grundgesetzes – Art. 79 Abs. 3 GG – hier unvollständig zitiert wird, da Art. 1 nicht auch genannt wird. Dies hängt wohl damit zusammen, dass es in casu nur um die nationale Budgethoheit und –verantwortung ging.

52 Lies: Art. 23 Abs. 1 GG.

„Struktursicherungsklausel“ zu lesen ist,<sup>53</sup> steht mit dem „unantastbaren“ Identitätskern des Grundgesetzes nicht in Widerspruch. Denn Deutschland kann und darf an der Fortentwicklung der Europäischen Union nur mitwirken, wenn diese „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist“ und einen entsprechenden Grundrechtsschutz gewährleistet. Das Bundesverfassungsgericht hat dies durchaus erkannt, wenn es zunächst feststellt, dass die von der Verfassung geforderte „Wahrung der Souveränität“ im Hinblick auf die Integrationsoffenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit keineswegs bedeutet, „dass eine von vornherein bestimmbare Summe oder bestimmte Arten von Hoheitsrechten in der Hand des Staates bleiben müssten.“<sup>54</sup> Die Art und Weise jedoch, wie das Gericht dann im Folgenden versucht, bestimmte Sachbereiche einer möglichen Supranationalisierung zu entziehen, um sie für die von der Verfassung gebotene ‚substantielle‘ nationale demokratische „Selbstgestaltungsfähigkeit“ zu ‚retten‘, ist nach Ausmaß und Methode anfechtbar und der Kritik bedürftig.<sup>55</sup> Verfehlt ist insbesondere die Entgegensetzung einer nur beschränkt möglichen ‚Ableitung‘ der Pönalisierung aus „europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen“ einerseits gegen die Notwendigkeit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten „in besonderem Maße“ im einzelstaatlichen demokratischen Entscheidungsprozess auf der anderen Seite.<sup>56</sup> Folgerichtig wäre es vielmehr, erstens danach zu fragen, ob und wie auf europäischer Ebene ein deliberativer, zu europaweit anerkannten Strafnormen führender Entscheidungsprozess einzurichten wäre.<sup>57</sup> Und zweitens gilt es zu bedenken, inwieweit die *europäische Freizügigkeit* die „kulturellen, historisch gewachsenen Vorverständnisse“ über die Strafwürdigkeit bestimmter Verhaltensweisen nicht auch innerhalb der nationalstaatlichen Grenzen stetig verändert. Der unionsweiten Pluralität sozialetischer Maßstäbe entspricht eine allmähliche, heterogen gespeiste Pluralisierung der nationalstaatlich umhегten, in den nationalen demokratischen Prozess einzubringenden Wertgesichtspunkte.

Die vom Gericht vertretene Schrankenziehung aufgrund der nationalstaatlich abgegrenzten, kulturell, historisch und sprachlich gewachsenen „Vorverständnisse“ führt in bedenkliche Nähe zu einer „Substantialisierung der ‚Völker‘“. „Nur noch der Rechtspopulismus“ – sagt *Jürgen Habermas* – „entwirft die Karikatur nationaler Großsubjekte, die sich gegeneinander abkapseln und eine grenzüberschreitende demokratische Willensbildung blockieren. Nach fünfzig Jahren Arbeitsimmigration lassen sich die europäischen Staatsvölker angesichts ihrer wachsenden ethnischen, sprachlichen und religiösen Vielfaltigkeit nicht mehr als kulturell homogene Einheiten imaginieren.“<sup>58</sup>

---

53 Dies letztere betont der Richter Broß in seinem Abweichenden Votum in BVerfGE 113, 273, 320 f.

54 BVerfGE 123, 267, 357.

55 Vgl. zur Kritik besonders in methodischer Hinsicht: Denninger, *Identität versus Integration?*, Juristenzeitung 65 (2010), 969 ff. Dort weitere Nachweise.

56 So aber BVerfGE 123, 267, 360.

57 Dies ist eines der tragenden Argumente der Richterin Lübke-Wolff in ihrer Abweichenden Meinung in BVerfGE 113, 273, 337, vgl. u.

58 Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas*. Ein Essay, Berlin 2011, S. 78.

#### 4. *Balancierung der widerstreitenden Tendenzen durch Verfahrensregeln*

Die Sorge des Bundesverfassungsgerichts, eine „Entleerung“ oder „Aushöhlung“ der durch Wahl legitimierten Hoheitsgewalt des Bundestages durch eine übermäßige Übertragung von Kompetenzen auf europäische Gemeinschaftsorgane könne das durch Art. 79 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärte Demokratieprinzip verletzen, ist verständlich.<sup>59</sup> Nur der „föderalen“ Vollständigkeit halber ist daran zu erinnern, dass das in den Landesparlamenten, soweit sie für Polizeigesetzgebung zuständig sind, zu gewährleistende demokratische Prinzip nicht über die „abwehrrechtliche Dimension“ des Art. 38 Abs. 1 GG zu schützen ist, sondern über die bundesstaatliche Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 und 3 GG in Verbindung mit dem Wahlrecht der Landesverfassungen.

Mit dem geschärften Bewusstsein von der Schwierigkeit der richtigen Balancefindung zwischen mitgliedstaatlicher „Entmächtigung“ und gemeinschaftsrechtlicher „Ermächtigung“ wenden wir uns nunmehr wieder den normativen Festlegungen zu. Danach will „die Union“ ein hohes Maß an Sicherheit gewährleisten. Dies soll unter anderem durch Maßnahmen zur Koordinierung und Zusammenarbeit von Polizeibehörden und Organen der Strafrechtspflege, durch die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen und „erforderlichenfalls durch die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften“ geschehen.<sup>60</sup> Insbesondere die Rechts-Harmonisierung, die etwa durch den Erlass von Richtlinien zu Mindestvorschriften über Straftaten und Strafrahmen unmittelbar in die Domäne der nationalstaatlichen Gesetzgeber eingreift, soll aber keineswegs in der Brechstange, sondern vielmehr schonungsvoll und mit Rücksichtnahme auf die partikularen Belange erfolgen. Die in Betracht kommenden Delikte müssen in den Bereich „besonders schwerer Kriminalität“ fallen und eine „grenzüberschreitende Dimension“ aufweisen. Die Angleichung der strafrechtlichen Normen der Mitgliedstaaten müsse sich als „unerblich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ auf einem bestimmten Gebiet erweisen; die durch Richtlinien zu erlassenden Mindestvorschriften müssen das ordentliche oder das besondere Gesetzgebungsverfahren durchlaufen.<sup>61</sup> Berührt der Entwurf einer solchen Richtlinie nach Auffassung eines Mitglieds des Rates „grundlegende Aspekte“ der Strafrechtsordnung seines Landes, so kann es beantragen, dass der Entwurf im Europäischen Rat beraten wird. Kommt dennoch kein Einvernehmen zustande, so ist das Vorhaben in dieser Form gescheitert. Jedoch können mindestens neun Mitglieder der Union auf der Basis des Entwurfs eine „Verstärkte Zusammenarbeit“ im Sinne des Unionsvertrages und des AEUV vereinbaren.<sup>62</sup> Die hier nur grob angedeuteten unionsrechtlichen Instrumente zeigen jedoch zur Genüge, wie das Vertragswerk die erwartbaren zentrifugalen und zentripetalen Tendenzen durch eine Vielzahl unterschiedlicher Verfahrensmöglichkeiten auszubalancieren versucht. Zugleich wird deutlich, dass es jedenfalls für den strafrechtlich und polizeilich zu schützenden „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ kaum fixe Grenzlinien gibt, an denen der Integrationsprozess unverhandelbar zum Stillstand gebracht werden muss-

59 Vgl. die jetzt schon st. Rspr.: BVerfGE 89, 155, 172 (1993); 123, 267, 330 (2009); 129, 124, Ls.1 (2011).

60 Art. 67 Abs. 3 AEUV.

61 Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV.

62 Art. 83 Abs. 3 AEUV.

te. Man kann die skizzierten abgestuften Verfahrensweisen zur Rechts-Harmonisierung als primärrechtliche Konkretisierung der generell geltenden Grundsätze der Subsidiarität und der begrenzten Einzelermächtigung lesen.<sup>63</sup> Euro-Skeptiker wie Euro-Protagonisten könnten sich dann gemeinsam der drängenden Frage zuwenden, wie das Prinzip der demokratischen Repräsentation *auf der supranationalen Ebene* kräftigeren Ausdruck zu finden vermag.

### III. Beispiel: „Europäisches Haftbefehlsgesetz“ und Auslieferungsverbot im Urteil des Bundesverfassungsgerichts

#### 1. Das Urteil: Die Gründe der Senatsmehrheit (BVerfGE 113, 273)

Das hier nur in Umrissen vorzustellende Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum „Europäischen Haftbefehlsgesetz“<sup>64</sup> ist ein exemplarisches Lehrstück für die Schwierigkeiten, die sich insbesondere auf dem Feld der inneren Sicherheit und der justiziellen Zusammenarbeit bei der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben in nationales Recht ergeben.<sup>65</sup> Dabei leitet uns vor allem ein methodenkritisches Interesse; nicht die „Richtigkeit“ der Entscheidung „im Ergebnis“ verdient Aufmerksamkeit, sondern die Verschiedenheit der begrifflichen Maßstäbe und der europapolitischen und europarechtlichen „Vorverständnisse“, welche in den unterschiedlichen Argumentationen der acht Richter und Richterinnen des Senats zutage treten.

Sie hatten über die Verfassungsbeschwerde eines Deutschen zu entscheiden, der zugleich die syrische Staatsangehörigkeit besaß. Das Zentrale Amtsgericht Nr. 5 in Madrid hatte 2004 wegen des Vorwurfs der Teilnahme an einer kriminellen Vereinigung und des Terrorismus einen „Europäischen Haftbefehl“ gegen den Beschwerdeführer erlassen. Als eine Schlüsselfigur im europäischen Teil der Terrororganisation Al-Qaida soll er diese im Bereich der Finanzen und der Kontaktpflege unter den Mitgliedern unterstützt haben. Der seit Mitte Oktober 2004 in Auslieferungshaft genommene Beschuldigte sollte an die spanischen Strafverfolgungsbehörden übergeben werden, nachdem das zuständige Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg am 23. November 2004 die Auslieferung für zulässig erklärt und die Hamburgische Justizbehörde einen Tag später die Auslieferung bewilligt hatte. Sie hatte die Bewilligung mit der Bedingung verbunden, dass dem Beschuldigten nach einer etwaigen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe angeboten werde, sich zur Vollstreckung der Strafe nach Deutschland zurück überstellen zu lassen.

Beide Entscheidungen, die Zulässigkeitsentscheidung und die Bewilligungsentscheidung, hat der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen. Er rügt

63 Vgl. Art. 5 EUV mit den dazu gehörigen Protokollen.

64 Diese vom Gesetzgeber so getroffene Kurzbezeichnung des „Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren...“ (Eu-HbG) ist sprachlich natürlich missglückt. Denn es handelt sich nicht um ein „europäisches“, sondern um ein deutsches Gesetz über den Europäischen Haftbefehl. Das BVerfG hat diese grammatische Schlamperei leider nicht gerügt.

65 BVerfGE 113, 273 ff., U. v. 18. 7. 2005, mit Abweichenden Meinungen der Richterin Lübbecke und der Richter Broß und Gerhardt.

die Verletzung seiner Grundrechte insbesondere aus Art. 16 Abs. 2 GG – Recht auf Auslieferungsschutz –, aus Art. 19 Abs. 4 GG – Rechtsschutz-, und aus Art. 103 Abs. 2 GG – nulla poena sine lege praevia –.

Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Die beiden Entscheidungen des Oberlandesgerichts und der Hamburgischen Justizbehörde, die zur Auslieferung des Deutsch-Syrrers hätten führen können, beruhten, so das Bundesverfassungsgericht, auf einem verfassungswidrigen Gesetz und waren deshalb aufzuheben.<sup>66</sup> Das Gesetz selbst, das fehlerhaft so genannte „Europäische Haftbefehlsgesetz“ (EuHbG), wurde für nichtig erklärt.<sup>67</sup> Dabei befassten sich die erkennenden Richter fast gar nicht mit den konkreten Einzelheiten des Falles, als vielmehr mit den verfassungsrechtlichen Bedingungen für eine grundgesetzkonforme „Umsetzung“ des vom Rat beschlossenen Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl usw. vom 13. Juni 2002 – RbEuHb – (ABl Nr. L 190 vom 18. Juli 2002, S. 1 ff.).

Ausgehend von dem in Art. 16 GG als Grundrecht gewährleisteten Ausbürgerungs- und Auslieferungsverbot forderten die Richter, dass der Gesetzgeber die nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG ausnahmsweise möglichen Abweichungen vom Auslieferungsverbot in verhältnismäßiger, das heißt „grundrechtsschonender“ Weise zu regeln habe. Das Vertrauen des verfolgten deutschen Staatsangehörigen sei in besonderer Weise dann geschützt, „wenn die dem Auslieferungersuchen zu Grunde liegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug hat.“<sup>68</sup> Ein solcher Bezug sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn die dem Auslieferungersuchen zu Grunde liegende Handlung ganz oder teilweise auf deutschem Staatsgebiet, auf deutschen Schiffen oder Luftfahrzeugen oder an Orten unter deutscher Hoheitsgewalt begangen wurde.<sup>69</sup> In solchen Fällen träfen die Verantwortung des Staates für die Unversehrtheit seiner Rechtsordnung und die grundrechtlichen Ansprüche des Verfolgten dergestalt zusammen, „dass regelmäßig ein Auslieferungshindernis entsteht.“ Wer als Deutscher im eigenen Rechtsraum eine Tat begeht, müsse grundsätzlich nicht mit einer Auslieferung an eine andere Staatsgewalt rechnen. Der unionsrechtliche Rahmenbeschluss von 2002 über den Europäischen Haftbefehl sei zwar in seinen Zielsetzungen, nicht aber in der Wahl der einzelnen Mittel für den nationalen Gesetzgeber verbindlich; er lasse Spielraum für eine dem Schutzgehalt des Art. 16 Abs. 2 GG besser gerecht werdende Regelung. Hierzu verweist das Gericht auf Art. 4 des Rahmenbeschlusses, der einen Katalog der Gründe aufstellt, „aus denen die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls abgelehnt werden kann.“ Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Tat im „Vollstreckungsmitgliedstaat“ (ebenfalls) strafrechtlich verfolgt wird (Art. 4 Nr. 2 RbEuHb), oder wenn die Justizbehörden dieses Staates beschlossen haben, wegen der Tat kein Verfahren einzuleiten oder ein solches Verfahren einzustellen, oder wenn wegen derselben Tat bereits eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist (Art. 4 Nr. 3), oder wenn sich der Europäische Haftbefehl auf Straftaten erstreckt, die ganz oder zum Teil im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsmitgliedstaats

66 § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG; BVerfGE 113, 273, 318.

67 Richtige Bezeichnung: Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, vom 21. Juli 2004, BGBl. I S.1748. Es ist eben kein „europäisches“, sondern ein nationales, deutsches Gesetz über den „Europäischen Haftbefehl“.

68 BVerfGE 113, 273, Ls.4.

69 BVerfGE 113, 273, 302. Auch zum Folgenden.

begangen worden sind (Art. 4 Nr. 7 a)). Diese Spielräume hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses entgegen seiner verfassungsrechtlichen Verpflichtung nach Auffassung des Gerichts nicht ausgeschöpft und damit gegen Art. 16 Abs. 2 GG verstoßen. Einen weiteren Grundrechtsverstoß, nämlich gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, erkennt das Gericht in der fehlenden Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung. Während diese Entscheidung bisher der Kompetenz der Bundesregierung zur Wahrnehmung außen- und allgemeinpolitischer Belange zugerechnet und somit als dem – nichtjustiziablen – Kernbereich der Exekutive zugehörig angesehen wurde,<sup>70</sup> seien nunmehr, entsprechend der europäischen Rechtsentwicklung, in das deutsche „Europäische Haftbefehlsgesetz“ Ermessenstatbestände aufgenommen worden, die dem Schutz des Verfolgten dienen. Diese „Verrechtlichung“ auch des Bewilligungsverfahrens führe dazu, dass die Bewilligungsentscheidung die Kriterien des „klassischen Verwaltungsaktes“ erfülle und dementsprechend gerichtlich überprüfbar sein müsse.<sup>71</sup>

## 2. Die Abweichenden Meinungen

Die Beratungen im Zweiten Senat des Gerichts müssen intensiv, die Auseinandersetzungen heftig gewesen sein. Sie finden ihr Echo noch in der Tonlage der drei (!) Abweichenden Meinungen, die auch untereinander große Unterschiede in den Auffassungen erkennen lassen. In einem der dissenting votes wird die Auslegung des Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EGV (in der Fassung des Vertrages von Amsterdam 1997), mit welcher die Senatsmehrheit argumentiert, mit der Bemerkung kommentiert: „Für die fallabgehobene Aussendung dunkler Signale an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften... sollten Urteile des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Verfügung stehen.“<sup>72</sup> Und ein anderer dissentierender Richter äußert sein Bedauern darüber, dass der Senat sich einer „konstruktiven Mitarbeit an europäischen Lösungen“ verweigere, dass er „einseitig die nationale Perspektive“ betone, „statt einen Ausgleich zwischen den Bindungen des nationalen und des europäischen Rechts herzustellen.“<sup>73</sup> Auch hinsichtlich des „Rechtsfolgenausspruches“, also des „Ergebnisses“, von dem sich der Beschwerdeführer mindestens Rechtssicherheit erhofft haben mag, spreizt sich der Fächer der Meinungen weit auseinander: Einer der „Abweicher“ trägt mit der Senatsmehrheit die *Nichtigerklärung* des „Europäischen Haftbefehlsgesetzes“ vom 21. Juli 2004. Die dissentierende Richterin hält diese Rechtsfolge nicht für gerechtfertigt. Das Gesetz sei zwar wegen Fehlens ausreichender Regelungen für bestimmte Fallgruppen *verfassungswidrig*, im Urteil könne dem jedoch bis zu einer entsprechenden legislativen Nachbesserung durch verfassungskonforme Feststellungen abgeholfen werden. Die pauschale Nichtigerklärung des ganzen Gesetzes zwingt hingegen die Bundesrepublik zu vermeidbaren Verstößen gegen das Unionsrecht. Und noch schärfer fällt die Kritik des dritten dissentierenden Richters aus. Das deutsche Gesetz sei weder verfassungswidrig noch nichtig; die Entscheidung des Senats widerspreche sowohl dem Vertrag

70 BVerfGE 113, 273, 309 ff.

71 Ebenda, 314.

72 Ebenda, 329.

73 Ebenda, 342.

über die Europäische Union als auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften.<sup>74</sup>

Wie wenig versöhnlich oder kompromissbereit die Auffassungen der Richter einander begegneten, macht auch ein rein quantitative Betrachtung deutlich: die drei, ganz unterschiedlichen, Abweichenden Meinungen beanspruchen zusammen sogar etwas mehr Raum als der eigentliche Begründungsteil der die Entscheidung tragenden Senatsmehrheit.<sup>75</sup> Wichtiger ist freilich die qualitative Analyse: Welche sind die im Hinblick auf eine europäische „Harmonisierung“ oder „Unionisierung“ wirksam werdenden ‚zentripetalen‘ oder ‚zentrifugalen‘ Leitvorstellungen insbesondere der dissentierenden Richter?

### 3. Eurozentripetale und eurozentrifugale ‚Vorverständnisse‘ der Richter

Eine deutlich ‚eurozentrifugale‘ Tendenz kommt in der Abweichenden Meinung des Richters Broß zum Ausdruck. Juristisch-dogmatisch kleidet er sie in den Vorwurf an den Gesetzgeber des EuHbG, das in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG als Integrationsschranke normierte Subsidiaritätsprinzip nicht ausreichend oder gar nicht beachtet zu haben. Schon dies führe zur Nichtigkeit des deutschen Gesetzes über den Europäischen Haftbefehl.<sup>76</sup> Das Verständnis des Subsidiaritätsprinzips als „grundsätzliche Präferenz für die untere Ebene“ bei der Kompetenz- und Aufgabenallokation bedeute für den Gesetzgeber die Verpflichtung, jedenfalls bei einem Vorhaben im Bereich der „dritten Säule“ der Europäischen Union dessen ‚Integrationsmehrwert‘ „nachvollziehbar zu begründen“.<sup>77</sup> Dies könne jedoch nur gelingen, wenn der Gesetzgeber „die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger zum Zweck der Strafverfolgung strikt auf jene Fallkonstellationen beschränkt, in denen eine Strafverfolgung im Inland... aus im Einzelfall nachgewiesenen Gründen tatsächlich scheitert.“ Wie unbestimmt und vieldeutig „der Grundsatz der Subsidiarität“ seit jeher ist, bedarf hier keiner Ausführungen. Ein Blick auf die Kritik, welche die Richterin *Lübbe-Wolff* in ihrer Abweichenden Meinung an der Interpretation dieses „Prinzips“ durch die Senatsmehrheit übt, mag genügen.<sup>78</sup> Die hinsichtlich der Übertragung von Hoheitsrechten auf die „höhere“ gemeinschaftsrechtliche Ebene minimalistische Ausdeutung durch den Richter *Broß* kann jedenfalls nicht das ‚letzte Wort‘ bleiben.<sup>79</sup> Dies sehen auch die beiden anderen ‚dissenters‘ so. Das mit zwölf Druckseiten umfangreichste der drei Abweichenden Voten aus der Feder der Richterin *Lübbe-Wolff* versucht, mit feiner Ironie gewürzt, gegenüber den Argumenten der Senatsmehrheit einen rein „positivrechtlichen“ grundgesetzbezogenen Standpunkt durchzuhalten. Der Sinn (und damit der Umfang) des nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG

74 Vgl. ebenda, 319, 329, 339.

75 Die Mehrheit benötigt knapp 28 Seiten (in E 113 die Seiten 292 bis 319) für die eigentliche Begründung in den Abschnitten B und C; die Abweichter füllen mit ihren Voten knapp 29 Seiten, nämlich 319 bis 348.

76 BVerfGE 113, 273, 319 ff., 320.

77 S. vor. N., 325 u. f.

78 Vgl. BVerfGE 113, 273, 327 ff. 330.

79 Vgl. nur die differenzierte Erörterung von Ingolf Pernice in Dreier-GG Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rdn. 68 ff.

einschränkbares Auslieferungsverbot zugunsten deutscher Staatsangehöriger könne weder durch quasi naturrechtliche noch durch (anfechtbare) historische oder völkerrechtliche Erwägungen erschlossen werden. Vielmehr komme es nach dem maßgeblichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf eine Abwägung zwischen den Belangen effektiver Strafverfolgung und den Belangen etwaiger Zeugen und Opfer einerseits und den grundrechtlichen Belangen der von der Auslieferung Betroffenen andererseits an.<sup>80</sup> Freilich kommt auch die Richterin nicht umhin, ihr – dann doch historisch fundiertes – europarechtliches ,Vorverständnis' einzusetzen, wenn sie nämlich die schwache Rolle der Parlamente in dem gestuften Rechtsetzungsprozess (Rahmenbeschluss, sodann mitgliedstaatliches Umsetzungsgesetz) nicht als verfassungswidriges „Demokratiedefizit“ einschätzt, welches zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nach Art. 79 Abs. 3 GG führen könnte. Der Sinn dieser äußersten Integrationschranke sei es, „einen Rückfall unseres Landes in Diktatur und Barbarei auszuschließen“, und nichts diene diesem Ziel mit höherer Wahrscheinlichkeit als Deutschlands Integration in die Europäische Union.<sup>81</sup>

Der dritte der drei „Abweichler“ macht aus seiner „eurozentripetalen“ Grundhaltung keinen Hehl. Er kritisiert die Mehrheit seiner Richterkollegen wegen deren einseitiger Betonung der „nationalen Perspektive“; die Nichtigerklärung des EuHbG sei nicht nur überflüssig, sondern verstoße auch gegen das „unionsrechtliche Gebot, die vom Rahmenbeschluss verfolgten Ziele nah Möglichkeit zu erreichen.“<sup>82</sup> Dogmatisch stützt sich das Votum auf einen „verfassungs- und unionsrechtlich begründeten Grundsatz der Normerhaltung“, welchen der Spruch der Senatsmehrheit verletze. Die Verfassungsbeschwerde hätte vielmehr als unbegründet zurückgewiesen werden müssen.

Das Beispiel des Urteils zum „Europäischen Haftbefehlsgesetz“ vom 21. Juli 2004<sup>83</sup> zeigt den Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts in eklatanter Zerstrittenheit. Die Analyse der hier notwendigerweise verkürzt skizzierten, einander widerstreitenden Argumentationslinien zeigt auch die typischen Schwierigkeiten, mit denen die verfassungsjuristische Normenkontrollarbeit zu kämpfen hat: Der *lege artis* durchgeführte Einsatz der allgemein anerkannten Interpretationswerkzeuge unterliegt einer gewissermaßen aus dem Hintergrund wirkenden Steuerung durch das jeweilige gemeinschaftsrechtspolitische ,Vorverständnis' eines Richters, hier: der eurozentrifugalen oder eurozentripetalen Grundeinstellung. Solange diese individuell bewusst gemacht und bei der Urteilsfindung im Kollegium zur Diskussion gestellt wird, ist dagegen nichts einzuwenden. Die mit der Pluralität der Auffassungen unvermeidlich einhergehende „Rechtsunsicherheit“ ist Ausdruck der Unabgeschlossenheit eines Unionisierungsprozesses, der nicht Uniformität hervorbringen, sondern vielmehr die „jeweilige nationale Identität“ der Mitglieder „achten“ soll, Art. 4 Abs. 2 EUV.

---

80 BVerfGE 113, 273, 331.

81 Ebenda, 336.

82 Ebenda, 339 ff., 345, auch zum Folgenden.

83 Das für nichtig erklärte Gesetz wurde inzwischen durch ein neues Gesetz über den Europäischen Haftbefehl usw. vom 20. Juli 2006, BGBl. I 2006, S. 1721, ersetzt.