

*Diritti fondamentali - Fascicolo 2/2016
Anticipazioni - 6 luglio 2016*

**Perspektiven eines transnationalen verfassungsdialoges vor dem
Hintergrund des italienischen Verfassungsrechts**.**

di

Vincenzo Baldini *

INHALTSVERZEICHNIS: 1. Einleitung: „Transnationaler Dialog“: ein (vielleicht zu) anspruchsvolles Stichwort ? . 2. Die verschiedenen Stufen des transnationalen Dialoges. 3. Der Dialog zwischen nationalen Gerichten und den anderen europäischen Verfassungsgerichten im Bereich der Grundrechte . Das deutsche Bundesverfassungsgericht als bevorzugter Gesprächspartner des italienischen Verfassungsgerichts?. 4. Ein transnationaler Dialog zwischen Gesetzgeber ? . 5. Schlussfolgerungen: „Dialog“ statt regelmäßige Vergleichsmethode und mit welchem Mehrwert? ...

1. Einleitung. „Transnationaler Dialog“: ein (vielleicht zu) anspruchsvolles Stichwort?

„Transnationaler Dialog“ ist ein eindrucksvolles und in der Verfassungsrechtslehre sehr suggestives Stichwort, um auf eine intensivere Verflechtung unter europäischen Gerichte und Verfassungsgerichten hinzuweisen. In der Verfassungsrechtslehre wird die Formel nach eigenen (positiven oder negativen) Akzente vor allem in Bezug auf die Verhältnisse unter nationalen und europäischen Gerichten verwendet. Man muss aber danach fragen, ob es dabei um einen echten Dialog geht, m.a.W. ob die

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

nationalen und europäischen Gerichte zum besten Schutz der Grundrechte eine lernende reziproke Auseinandersetzung vorgenommen haben¹.

Nach dem Wörterbuch besitzt das Wort „Dialog“ drei Hauptbedeutungen: es bezeichnet 1)- eine Besprechung/Unterhaltung zwischen verschiedenen Personen, oder 2)- es hebt die Gegenüberstellung (d.h. in dialektischer Bedeutung) verschiedener (politischer) Meinungen hervor, die am Ende zu einer gemeinsamen Position führt. Schließlich bezieht sich „Dialog“ im Allgemeinen 3)- auf eine gegenseitige Kommunikationsfähigkeit, z. B. zwischen Eltern und Kindern, die richtigerweise strukturiert worden ist. In allen die genannten Bedeutungen kommt eine freiwillige Dimension des Dialoges zur Sprache, der ein Grund-Reziprozitätsgedanke zugrunde gelegt ist, den man auch als „konstruktive Rede“ (konstruktiven Diskurs) bezeichnen kann.

Der gerichtliche Dialog steht besonders insofern in funktionellem Zusammenhang mit der Entwicklung eines „transnationalen Rechts“, als das nicht nur als Ergebnis von völkerrechtlichen Konventionen und Staatsverträgen² herauskommt, sondern auch aus einem lernenden Rechtsprechungsverhältnis, das europäische und nationale Gerichte (besonders Verfassungsgerichte) zur Herausbildung und Befestigung eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts einschließt³. Dabei fällt das Wort

**Bericht auf der Tagung zum Thema: „*Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialogs*“ – Berlin, Friedrich Ebert Stiftung, 15.-17. Juli 2015.

Prof. Dr. Vincenzo Baldini, Lehrstuhl Verfassungsrecht – Universität Cassino e del Lazio Meridionale (Italien).

¹ S. A. Ruggeri, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: note introduttive*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (Hrsg.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, S. 1 ff., bes. S. 16.

² Siehe, unter anderen, R. Kreide, A. Niederberger, *Staatliche Souveränität und transnationales Recht – zur Einleitung*, in R. Kreide, A. Niederberger (Hrsg.) *Staatliche Souveränität und transnationales Recht*, München, 2010, S. 7 ff.

³ M. Wendel, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, in *Der Staat*, 52 (2013), Heft 3, S. 339 ff., besonders S. 361 ff.; G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, Berlin, 2012v., S. 11 ff.; M. Mahlmann, *Grundrechtstheorie in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, in *EuR*,

„Dialog“ insofern positiv auf, als es auf eine ständige Kooperationsverbindung zwischen (vor allem) richterlichen Organen europäischer Staaten anspielt. Damit wird eine offene Auseinandersetzung verschiedener (politischer) Meinungen zum Ausdruck gebracht, die durch gegenseitige Kommunikationsfähigkeit zu einer gemeinsamen Position schließlich führen sollte. Das lässt die Züge der dialektischen konstruktiven Rede auffallen. Mit Rücksicht auf die italienische verfassungsgerichtliche Erfahrung treten zuallererst zwei verschiedene Stufen eines transnationalen Dialoges hervor, eine rechtswissenschaftstheoretische und eine gerichtliche, die die nationalen und europäischen Gerichte einschließt. Die öffentliche Rechtslehre zu rechtsvergleichenden Argumentationen nimmt die deutsche Literatur und Verfassungsrechtsprechung besonders in Betracht. Dazu werden die Urteile des Bundesverfassungsgerichts und die dort dargelegten Auslegungen der Grundrechte auch von der Jurisprudenz durchdacht und bei einigen ähnlichen gerichtlichen Fällen verwendet, so dass eine europäische uniforme Lösung dabei gefunden wird. Die Existenz eines so praktizierten „transnationalen Verfassungsdialoges“ scheint gleichzeitig eine Tatsache und ein Wert zu sein, besser „eine Tatsache, die sich in Wert verwandeln muss“⁴. Dieser Dialog kann aber in dem Sinne behauptet werden, dass die italienische Rechtsprechung zur Auslegungsmethode auf die Argumentationsgrundlage anderer europäischer Gerichte angemessen zurückgreift. Es geht sich dabei nicht nur um eine zunehmende Verwendung der rechtsvergleichenden Perspektive, sodass Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts oder des Bundesgerichtshofs sowie Urteile anderer europäischer Gerichte Bezugspunkte oder

2011, S. 469 ff., b. 475 ff. In Bezug auf die italienische Rechtswissenschaft, s. De Vergottini, *Oltre il dialogo fra le Corti*, in *La riforma dello Stato*, 2015; R. Caproni, *Dialogo tra corti nazionali e corti internazionali*, S: 1 ss..

⁴ So ausdrücklich behauptet S. A. Ruggeri, *Dialogo tra Corti e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in *Diritti fondamentali*, n.1/2013, S. 2.

Argumentationsgrundlage der Entscheidungen italienischer Richter –und nicht nur des Verfassungsgerichts- werden. Besonders zur Auslegung der Grundrechte treten die italienischen Höchstgerichte in einer offenen Auseinandersetzung mit anderen Verfassungsgerichten oder europäischen Gerichten in einen Lerndialog ein, mit dem Ziel, gemeinsame Auslegungsmethoden oder -ergebnisse der Grundrechte und/oder Grundsätze auszugestalten und zu verwenden.

Das lässt aber einen konstruktiven Diskurs insoweit deutlich machen, als diese Vorgehensweise nicht nur in einer monodirektionalen Richtung, d.h. in der italienischen Rechtsprechung verläuft*. Aus der Betrachtung dieser reziproken Entwicklung gewinnt man den Eindruck, auf dem Weg eines transnationalen Verfassungsdialoges zu sein.

2. Die verschiedenen Stufen des transnationalen Dialoges.

2.1. Zur Durchführung eines transnationalen „Dialoges“ kommen wesentlich drei verschiedene Stufen in Betracht. Die erste Stufe geht die Rechtswissenschaft an und entwickelt sich vor allem durch die zur Forschung verwendete rechtsvergleichende Methode. Darüber hinaus stellen auch die wissenschaftlichen Symposien wichtige Angelegenheiten dar, um den Dialog voranzubringen, und um dessen Ergebnissen in die Dogmatik einzuführen zu lassen.

2.2. Die zweite Stufe bezieht sich auf die verschiedenen Gerichte in Europa, vor allem, aber nicht nur, auf die Verfassungsgerichte (siehe im Folgenden). Einige gerichtliche Beispiele können hier angeführt werden, vor allem Fälle von (ausdrücklicher oder unausgesprochener) Verweisung des italienischen Verfassungsgerichts auf Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts.

Bei dem „Dialog“ zwischen dem italienischen Verfassungsgerichtshof und dem EUGH muss man von der zunehmenden Entwicklung der EU ausgehen, die eine engere Kooperation zwischen nationalen und europäischen Institutionen gefördert hat. Im Rahmen einer allgemeinen Öffnung der europäischen Verfassungsgerichte hat z. B. das italienische Verfassungsgericht ab dem Jahr 2013 den Weg des Vorabentscheidungsverfahrens vor den Gerichten Luxemburgs beschrrieben (ord.za (Beschluss) 18.7.2013, n. 207), nachdem dieser Weg schon früher (2001) vom spanischen Verfassungsgericht eingeschlagen worden war (s. Art. 267 AEUV).

Einem zwischenstaatlichen Verfassungsdialog liegt zuallererst die Öffnung der nach dem zweiten Weltkrieg gegründeten europäischen demokratischen Verfassungsstaaten zugrunde, die zu ihrer Völkerrechtsfreundlichkeit veranlasst *. In Bezug auf die italienische Verfassung kommen z. B. die Artt. 10, 11 und der nach der Verfassungsänderung von 2001 revidierte Art. 117 Verf. besonders in Betracht, die diese Öffnung sichtbar machen. Die ersten beiden Artikel stellen in Form von Verfassungsgrundsätzen die normative Basis des offenen Staats dar, während der neue Text des Art. 117 Verf., der sich aus der genannten Verfassungsänderung ergibt, eine bestimmte Achtung des europäischen Gemeinschaftsrechts, sowie des Völkerrechts besonders mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der EMRK, seitens des nationalen und regionalen Gesetzgebers, zum ersten Mal zum Ausdruck bringt⁵. Die funktionellen Gründe, die alle die oben genannten Normen zusammenhalten, machen gleichzeitig den Weg frei für einen transnationalen Dialog, der die Beziehung zwischen dem italienischen Verfassungsgericht und den hohen europäischen Gerichten, vor allem dem EGMR und dem EUGH, einbezieht.

⁵ S., u. a., P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, S. 90.

Besonders der im Jahr 2001 neu formulierte Art. 117, die die Achtung der internationalen Vereinbarungen und völkerrechtlichen Bindungen seitens des Gesetzgebers vorschreibt, hat ein engeres und dichteres Verhältnis zwischen dem italienischen Verfassungsgerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ausschlaggebend gefördert. In diesem Sinn stellen die Urteile Nr. 348 und 349/2007 des Verfassungsgerichts (sog. „Zwillingsurteile“) einen wesentlichen rechtlichen Bezugsrahmen dieses Verhältnisses dar. Die dort behauptete Achtung der vom EGMR ausschließlich ausgelegten Menschenrechtskonvention als Maßstab des mit der Reform neu eingeführten Verfassungsgrundsatzes impliziere jedenfalls nicht, dass die EMRK den Rang einer Verfassungsnorm annehme, mit der Folge, dass das nationale Gericht der Achtung der in der Verfassung enthaltenen Grundrechtsvorschriften nicht entgehen soll. Dabei handelt es sich nicht um eine Grundrechtskonkurrenz, nicht einmal bei den in der Verfassung und in der EMRK inhaltsgleich vorgeschriebenen Grund- und Menschenrechten, weil trotz dieser Wortidentität die Verfassungsgrundrechte einen höheren rechtlichen Rang besitzen. Obwohl sich das italienische Verfassungsgericht selbst für inkompetent erklärte, die Konvention auslegen zu können (hierfür wird der EGMR als ausschließlich kompetent anerkannt), hat es aber eine absolute rechtsverbindliche Tragweite der Urteile des EGMR in Bezug auf die verfassungsrechtliche Normenkontrolle der nationalen Gesetze gemäß Art. 117 it. Verf. deshalb verneint, weil die EMRK keinen höheren Rang als die Normen des Verfassungsrechts habe.

Siegelte dann als mittelbarer Prüfungsmaßstab zur Auslegung der Verfassung, nur wenn sie jedenfalls mit den verfassungsrechtlichen Grundrechtsnormen und-Prinzipien im Einklang stehe.

Die genannten Urteile zeichnen bei den Verhältnissen zwischen EMRK und staatlicher Rechtsordnung einen neuen Kurs ab, damit sie die Entwicklung

eines transnationalen Dialoges fördern, ohne aber die höherrangige Geltung der Verfassungsnormen zu dementieren. Dieser prinzipiell von dem Verfassungsgebot auferlegte transnationale Verfassungsdialog richtet sich besonders gegen die EGMR-Rechtsprechung, die aber nach demselben nationalen Verfassungsgericht keine Verfassungsincompatibilität aufweisen. Er zielt darauf ab, auch durch eine nicht akritische Anwendung der EMRK in der staatlichen Rechtsordnung zu einer Optimierung des Grundrechtsschutzes zu gelangen. Die nationalen Gerichte -Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgerichte- sollen eine konventionskonforme Auslegung des nationalen Rechts durchführen und sie können nur dann die verfassungsrechtliche Frage hervorheben, wenn in einem Einzelfall die Verfassungslegitimität der vom EGMR ausgelegten Konvention in Zweifel gezogen wird⁶. Die verfassungsrechtliche Überprüfung solle das Völkerrechtsfreundlichkeitsprinzip (Art. 117, Abs. 1., it. Verf.) einerseits und die durch andere Normen geschützten Verfassungswerte und -Güter andererseits in Betracht ziehen und dabei eine vernünftige Abwägung vornehmen⁷.

Das Verfassungsgericht besitzt dabei tatsächlich einen breiten Ermessensspielraum, der unter Beachtung der Substanz der Rechtsprechung von Straßburg die jeweilige Besonderheit einzelner Rechtsordnungen achten solle, auf die sich die Auslegung des EGMR auswirkt⁸. Die Achtung der völkerrechtlichen Verpflichtungen nach Art. 117 Abs. 1 it. Verf. könne jedenfalls nicht dazu führen, einen geringeren Schutz der Grundrechte als den durch die nationale Rechtsordnung zu verwirklichen. Sie solle vielmehr ein wirksames Mittel darstellen, um diesen Schutz zu verstärken und intensiver zu machen⁹. Sie solle dabei eine „virtuose Kombination“ ins Spiel bringen zwischen der

⁶ S. *ex plurimis* it. VerfG, Urt. n. 113/2011.

⁷ S. it. VerfG, Urt. n. Urtt. Nr. 348/07 und Nr. 349/07.

⁸ S. it. VerfG, Urt. n. Urtt. Nr. 303/11 und Nr. 236/11; Urt. Nr. 311/09.

⁹ S. it. VerfG, Urtt. Nr. 230/12 und Nr. 264/12.

dem Gesetzgeber zukommenden Pflicht, die EMRK zu achten und zu verwirklichen, sowie der Pflicht des allgemeinen Richters, die staatlichen Normen im Einklang mit der Konvention auszulegen und der Pflicht des nationalen Verfassungsgerichts, die Verfassungswidrigkeit einer Norm, aus deren Anwendung sich ein Defizit beim Schutz der Grundrechte ergibt, zu erklären und diese für nichtig zu halten. Die genannte virtuose Kombination solle die höchste Ausdehnung der Gewährleistungen¹⁰ auch durch die in den Verfassungsgrundrechten enthaltenen Entwicklungsmöglichkeiten zutage bringen. Die „höchste Ausdehnung der Garantien“, auf die das Verfassungsgericht abzielt, solle jedenfalls im Ausgleich mit den übriggebliebenen verfassungsrechtlichen Interessen und Grundsätzen verwirklicht werden, während insbesondere diejenigen Grundrechte betrachtet werden, die aus der Erweiterung des Wirkungsbereiches einzelner Grundrechtsschutzmaßnahmen beeinträchtigt werden könnten. Die Aufgabe des Ausgleiches müsse zunächst in die Sphäre der dem Gesetzgeber zukommenden politischen Entscheidungen fallen, dann aber auch in die des Verfassungsgerichts¹¹. Dem EGMR stehe nur die Kompetenz zu, Entscheidungen über einzelne Streitfälle zu treffen sowie die nur auf einen bestimmten Fall bezügliche Grundrechtsauslegung durchzuführen, um zu verhindern, dass der Schutz einzelner Grundrechten sich unausgeglichen weil unter Verletzung anderer, von der Verfassung so wie von der EMRK geschützter Grundrechte auswirken könne¹².

In der Tat wenden sich die Staatsbürger zunehmend zum Schutz der eigenen Grundrechte an den EGMR; das verursacht einen entsprechenden Anstieg der Vergleichsaufgaben des nationalen Verfassungsgerichts, um die Kompatibilität der Konvention (in der Auslegung des EGMR) zu den

¹⁰ S. it. VerfG, nochmals Urt. Nr. 264/2012.

¹¹ S. it. VerfG, Urt. Nr. 317/09, aber siehe auch Urtt. Nr. 1/11; 196, 187 und 138/10; 311/09; 39/08.

¹² S. it. VerfG, Urt. Nr. 317/09.

„parallelen“ Verfassungsgrundrechten zu prüfen. So tauchen aber wirkliche Auseinandersetzungen zwischen den verschiedenen „in Dialog stehenden“ Gerichten auf: Ein Beispiel wird etwa von dem Deutungsgegensatz zwischen dem Grundrecht auf ein faires Verfahren vor einem Richter (ex Art. 6 EMRK), einerseits, und der ebenso verfassungsrechtlich geschützten parlamentarischen Immunität und Indemnität (Artt. 68-69 it. Verf.) andererseits dargestellt. Der EGMR hat dabei eine strikte Auslegung der EMRK vorgestellt, die nachsichtige Auslegung des italienischen Verfassungsgerichts zugleich kritisierend *. Das hindert nicht die Entwicklung einer fruchtbaren Kooperation zwischen europäischen Gerichten und dem nationalen Verfassungsgericht. Die Rechtsprechung des EGMR zieht doch fallbezogen Auslegungsmethoden heran, die eine „reine“ Wahrnehmung einzelner Grundrechte betreffen, ohne Rücksicht auf Abwägung der verschiedenen (Grund)Werte. Anders als das nationale Verfassungsgericht soll der europäische Gerichtshof fallbezogen urteilen, so dass sich eine eindeutige Entwicklung der gesamten Wertordnung nicht auf ihre eigene Aufgabe zurückführt und deshalb in Betracht gezogen werden soll. Das heißt nicht, dass, um zu einer gemeinsamen Auslegung der Grundrechte zu gelangen, das nationale Gericht auf eine Optimierung des Verfassungsschutzes überhaupt verzichten muss. Wenn die Hauptfrage aber lautet: was für eine „Optimierung“ des Grundrechtsschutzes gehalten werden kann, kann die einzige Folge nur sein, dass die Optimierungswertung den Einschätzungen des Verfassungsgerichts überlassen bleibt und der transnationale Dialog zu einer wichtige Auslegungs- und Möglichkeitsmethode wird, um neue Bedeutungen und Auslegungslösungen in Gang zu setzen, bewirkt er doch nicht immer einen maximalen Schutz des betreffenden Grundrechts. Die Vermehrung eines Grundrechtsschutzes löst nicht selten die Einengung eines gegenüberstehenden Grundrechts aus, mit der Folge, dass es sich bei der Auseinandersetzung zwischen den Gerichten (dem nationalen und

dem europäischen) nur um verschiedene Auslegungen derselben Grundrechte tatsächlich handelt.

Auf der anderen Seite geht so der Dialog dahin, dass die Rechtsprechung des europäischen Gerichts anscheinend auch von der Judikatur des nationalen Verfassungsgerichts geprägt wird. Z.B. geschieht es so in Bezug auf die lebenslange Freiheitsstrafe, wobei die diesbezügliche Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes¹³ stark durch die des italienischen Verfassungsgerichts¹⁴ geprägt ist. Dabei hatte der EGMR diese Strafe für konventionswidrig deshalb gehalten, weil sie keine Möglichkeit einer vorverlegten Freilassung vorsieht¹⁵. Die Untersuchung dieser Verflechtung von Rechtsprechungslinien scheint schlechthin insofern vielversprechend, als sie sich als das erhellende Symptom einer „lernenden“ Auseinandersetzung auf der Ebene der Grundrechts-Auslegung und Verwendung darstellt. Fraglich bleibt noch, ob dabei ein echter konstruktiver Dialog vorliegt oder nicht vielmehr eine nur formale Kooperation, der sich das nationale Gericht bedient, um in schwierigen und noch nie entschiedenen Fällen eine Lösung zu finden, wobei für einen echten Dialog eine gerichtliche Kooperation hier in Betracht gezogen wird, die zu einer uniformen europäischen Grundrechtsauslegung drängt.

Dieser Dialog geht über die gerichtliche Aufgabe eines Gerichts hinaus und die Ausgestaltung eines europäisch uniformen Grundrechtssystems unterstützt.

3. Der Dialog zwischen nationalen Gerichten und den anderen europäischen Verfassungsgerichten im Bereich der Grundrechte . Das deutsche

¹³ S. MRGH, Urt.09.07.2013 n. 66069.

¹⁴ S. it. VerfG, Urt. Nr. 264/74, wobei das Gericht aussagt, die lebenslange Strafe sei nicht mehr als ewige Strafe zu betrachten.

¹⁵ S. BVerfGE, Urt. 08.11.2006.

Bundesverfassungsgericht als bevorzugter Gesprächspartner des italienischen Verfassungsgerichts?

Ein rechtsprechender Dialog besteht nicht nur mit den europäischen Höchstgerichten sondern bezieht im Bereich der Auslegung und Verwendung der Grundrechte auch andere europäische Verfassungsgerichte ein. Dabei übernimmt außerhalb des EGMR das deutsche Bundesverfassungsgericht die Position des bevorzugten Gesprächspartners des italienischen Verfassungsgerichts, was. z.B. auch das jüngste Urteil zum Eheverbot bei homosexuellen Paaren gezeigt hat¹⁶. Besonders zum Schutz des biologischen Identität¹⁷ macht sich dieser Dialog insofern bemerkbar, als das Argumentieren des italienischen Verfassungsgerichts aus einer bei einem ähnlichen Fall verkündeten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich hergeleitet worden ist.

Ebenso bedeutend scheint das Urteil des italienischen Verfassungsgerichts, das die Verfassungswidrigkeit der vom Wahlrecht vorgesehenen Mehrheitsprämie erklärte (Zuteilung zusätzlicher Sitze an die Partei oder Parteienkoalition, die die Mehrheit der Stimmen bekommen hatte, ohne aber eine notwendige Mindestschwelle zu bestimmen, um Anspruch auf die Prämie zu haben).

Dabei haben die Gründe des italienischen Gerichts besonders auf den Gewährleistungsinhalt des Grundrechts der Wahl –d.h. das Demokratieprinzip– abgestellt und sich in dieser Hinsicht ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezogen¹⁸, um zu betonen, die gesetzgeberische Option für ein Proporzwahlssystem lasse bei den Wählern „die legitime

¹⁶ S. it. VerfG, Urt. Nr. 170/14. Es ging hierbei um ein Ehepaar, dessen einer Partner eine sexuelle Umwandlung – mit der Zustimmung des anderen Ehepartners – durchgeführt hatte.

¹⁷ S. it. VerfG, Urt. Nr. 278/13.

¹⁸ S. it. VerfG, Urt. Nr. 3/11 von 25.7.2012; Urt. Nr. 197 von 22.5.1979 und Urt. Nr. 1 von 5.4.1952.

Erwartung (Überzeugung)“ entstehen, dass sich kein Missverhältnis bei den Auswirkungen der Wahl einstellen könne¹⁹. Dieser „lernende“ Dialog hat in den letzten Jahren, vor allem bei Fragen der Bioethik oder der Familie, fortschreitend an Intensität zugenommen. Dem liegt zwar eine besondere Einschätzung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, was die Auslegung der Verfassungsgrundsätze und Grundrechte anbetrifft, zugrunde, mit dem Ergebnis, zu einer Angleichung der Rechtsprechung bei gleich gelagerten Fällen zu gelangen. Es geht dabei aber vom italienischen Gericht um eine einseitige/unilaterale Neigung, weil der Hochschätzung und dem Durchdenken der deutschen richterlichen Grundrechtsdogmatik seitens des italienischen Gerichts nicht eine entsprechende Rezeptivität seitens des Bundesverfassungsgerichts gegenübersteht. Diese Erfahrung lässt vielmehr die Züge eines asymmetrischen Dialoges (Dialog mit einer einzigen Stimme) erkennen.

Eine besondere Erwähnung verdient der transnationale Dialog mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des italienischen Gerichtshofes (Corte di Cassazione), weil diese von einer nicht nur methodologischen sondern auch substantiellen Einflusskraft gekennzeichnet ist, die sich in den einzelnen Urteilen offenkundig widerspiegelt. Ein Beispiel stellt die verfassungsrechtliche Frage nach dem Fortbestand der Ehebindung bei einer Geschlechtsumwandlung eines der beiden Ehepartner (s. oben) dar. Die Eigenständigkeit des Begriffs von „Familienleben“ (Art 8 EMRK) gegenüber dem der Familie im traditionellen Sinn, die sich auf die Geschlechtsverschiedenheit der einzelnen Partner gründet, wurde vom EGMR so verstanden, dass homosexuelle Paare eine beständige und dauerhafte Beziehungen wie die Ehe schaffen können, indem sie einen „quasi ehelichen“ Zustand vorstellen. Dieses Verständnis hat sich der nationale Gerichtshof zu

¹⁹ S. it. VerfG, Urt. Nr. 1/14.

eigen gemacht, weshalb er die vom Gesetz vorgeschriebene Aufhebung der zuvor legitim geschlossenen Ehe infolge der Geschlechtsumwandlung eines Ehepartners insofern für unverhältnismäßig erklärt hat, als diese Aufhebung die legitime Ausübung des Rechts auf Selbstbestimmung in Bezug auf die sexuelle Orientierung eines Partners der ehelichen Beziehung beeinträchtigt.

Zur Stütze seines Beschlusses zog der genannte Gerichtshof die Rechtsprechung der EGMR sowie ein Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts (2009) heran, das die vom Gesetz festgelegte Auflösung der Ehe als Zulässigkeitsbedingung bei der Ausübung des Grundrechtes auf Geschlechtsumwandlung (Selbstbestimmung im sexuellen Handeln) als verfassungswidrig betrachtete²⁰. Der Beschluss zog ein Urteil des österreichischen Verfassungsgerichts heran, das die angefochtene Norm aus diesem Grund für verfassungswidrig (Verstoß gegen Art. 8 EMRK) erklärte, dass sie die Eintragung der sexuellen Änderung ohne vorherige Auflösung der Ehe untersagte²¹. In dieselbe Richtung ging dann die Entscheidung des EGMR²², die ein finnisches Gesetz insofern rügte, als es die Eintragung der Geschlechtsumwandlung, wenn der Betroffene ein Ehepartner war, von der Zustimmung des anderen Ehepartners abhängig machte, sodass die Ehe in eine eingetragene Zivilunion verwandelt werden könnte.

Über die ständige Erfahrung des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) und des EGMR hinaus ist die Orientierung des Gerichtshofes, so wie der anderen italienischen Gerichte (z.B. der Zivilgerichte) stark geprägt von der Rechtsprechung der deutschen Gerichte auch in Bezug auf andere wichtige Grundrechtsfragen, wie z. B. die des Verbotes der

²⁰ BVerfGE, sent. del I Senato, del 27.5.2008 (BvL 10/05).

²¹ Österreichisches Verfassungsgericht Urt. Nr. 17849 vom 08.6.2006.

²² ...in Bezug auf den Fall *H gegen Finnland*, vom 03.11.2012.

Präimplantationsdiagnostik²³. Den europäischen Richtlinien, die durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Bestätigung gewonnen haben, haben die italienischen Richter ohne weiteres Beachtung geschenkt und damit der Ausübung der Präimplantationsdiagnostik die anfängliche Strafbarkeit entzogen.

4. Ein transnationaler Dialog zwischen Gesetzgebern ?

Eine weitere Frage betrifft die Möglichkeit eines Dialoges zwischen der nationalen und den ausländischen (besonders den deutschen) Gesetzgebern. Es handelt sich dabei um den praktischen Einfluss, dass einige gesetzliche Regelungen als Leitbildmodelle bei den Gesetzesvorschlägen tatsächlich operieren, wie im Fall des italienischen Versuchs, einem Gesetz über homosexuelle Partnerschaften zuzustimmen. Dabei steht das deutsche Lebenspartnerschaftsgesetz als rechtliches Leitbild dem italienischen Parlament zur Verfügung, um eine gesetzliche Regelung der homosexuellen Lebensgemeinschaften zu treffen und jede willkürliche Diskriminierung dieser Paare im Vergleich zu ehelichen Paaren bei bestimmten Situationen (z.B. beim Grundrecht, Eltern zu werden, bei Adoption usw.) aufzuheben.

In diesem Fall kommt vielmehr eine rechtlich-vergleichende Methode in Frage, die jedes Parlament bei der politischen Diskussion normalerweise in Anspruch nimmt, um zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen. Von einem ständigen Dialog zwischen Gesetzgebern kann hier jedoch nicht die Rede sein. Das gehört zur normalen Arbeitsweise der repräsentativen Versammlung. Daraufhin ließe sich dabei von einem Dialog nur sprechen, wenn seine Bedeutung in dem Gesetzgebungsverfahren betont wird.

²³ Darüber, siehe u.a. M. Kloepfer, *Humangenetik als Verfassungsfrage*, in *Juristen Zeitung*, 2002, S. 417 ff.; K. Faßbender, *Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz*, in *NJW*, 2001, S. 2744 ff..

5. Schlussfolgerungen: „Dialog“ statt regelmäßiger Vergleichsmethode und mit welchem Mehrwert?

Welche Schlussfolgerungen kann man zum Thema „transnationaler Verfassungsdialog“ ziehen. Die Hauptfrage, wenn ein transnationaler Verfassungsdialog die Verhältnisse unter nationalen und europäischen Gerichten ausprägt und wenn ja wozu, löst in der Verfassungslehre verschiedene Antworten aus. Die kritische Position von *Christian Hillgruber*, eine „explizite oder auch nur implizite Inbezugnahme fremdstaatlichen Rechts“ finde sich nicht in der Verfassung²⁴, deshalb könne ausländisches Verfassungsrecht ohne „verfassungsimmanente Rezeption oder Verweisung auf das Verfassungsrecht anderer Staaten“ bei der Auslegung des nationalen Verfassungsrechts keine Berücksichtigung finden²⁵, verdient Interesse, aber keine volle Zustimmung. Hillgruber spricht von der „unsinnigen Redeweise vom „Dialog der Gerichte“, die in die Irre führt²⁶: nationale Gerichte verschiedener Staaten „stehen ebenso wie die nationalen Rechtsordnungen aufgrund der souveränen Gleichheit der Staaten und ihrer territorial begrenzten Jurisdiktionen gleichgeordnet nebeneinander und nicht in einem irgendwie gearteten hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis“²⁷. Andere Autoren bestehen darauf, den zwischengerichtlichen Dialog positiv zu bewerten, denn er vermöge eine „gemeineuropäische kulturelle Anerkennungsgewohnheit (sog. *consuetudini culturali di riconoscimento*)“ zu

²⁴ C. Hillgruber, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, 2015, 367 ff., bes. S. 372.

²⁵ C. Hillgruber, Anm. n. 24, S. 374.

²⁶ C. Hillgruber, Anm. n. 24, S. 386.

²⁷ C. Hillgruber, Anm. n. 24, S. 387.

schaffen und zu stabilisieren“²⁸. Eben dieser Dialog mag die Bildung eines lebendigen Zwischenrechtsordnungsrechts (diritto interordinamentale)²⁹ fortschreitend durchsetzen, das auf die Gestaltung eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts hinauslaufen würde.

Ein transnationaler Verfassungsdialog stellt nur ein Element einer gerichtlich nationalen wie überstaatlichen (supranationalen wie völkerrechtlichen) Erfahrung dar, die ein homogenes (Vor)-Verständnis sowie auf eine universale Grundrechtsauslegung und –Verständnis e abzielt. In Bezug darauf greifen allzu viel kritische Positionen, die sich mit der nationalen Verfassungsautonomie begründen, tatsächlich ins Leere. Abgesehen davon, dass das verfassungsrechtliche Grundprinzip der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ als höherrangige Norm die gerichtliche Anwendung der rechtsvergleichenden Methode zur Verfassungsauslegung jedenfalls erlaubt (wenngleich nicht fordert...), geht es dabei genau gesehen, nicht um eine tragende „Rezeption oder Verweisung“³⁰ auf die fremdstaatliche Grundrechtsinterpretation, sondern um eine Zusatz-oder Ergänzungsmethode, die ein bestimmtes vom Gerichts erzieltet Auslegungsergebnis bestätigt, das sich auch andere Verfassungsgerichte bei derselben Grundrechtsanwendung (besonders bei der Bestimmung des jeweiligen Schutzbereichs und des Gewährleistungsinhalts) zukünftig zu eigen machen können³¹.

Bei dem gemeineuropäischen Recht gelten dagegen die für die staatlichen Gerichte völkerrechtlich zwingenden Auslegungsergebnisse, so wie auch bei der EMRK.

²⁸ Siehe A. Ruggeri, *Il primato dell' Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l' esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in [www.consultaonline](http://www.consultaonline.it) , n.1/2016, p. 3; Ders., Anm. n. 1, bes.. S. 8 ff..

²⁹ A. Ruggeri, *Il primato dell' Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l' esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, zit., p. 5.

³⁰ C. Hillgruber, Anm. n. 24, S. 374.

³¹ C. Hillgruber, Anm. n. 24, S. 378 ff. spricht darüber von eine Rechtsvergleichung „colorandi causa“.

Der transnationale Dialog geht weit über die normativen Vorschriften hinaus, die eine Rezeption des fremden (gemeineuropäischen oder völkerrechtlichen) Rechts als rechtliche Pflicht bestimmen. Es handelt sich dabei um einen kulturellen Prozess, der von der Existenz von Grundprinzipien ausgeht, die der rechtlichen gemeineuropäischen (Verfassungs-)Kultur jenseits formeller Eingliederung der staatlichen Rechtsordnung in die EU zugrunde liegen. Die Wahrnehmung von gleichen oder gleichwertigen Grundrechtsfragen durch die einzelnen Verfassungsgerichten drängt zu einer (möglichst) gemeinsamen Verfassungsantwort.

Ausgehend von den Worten von *Mattias Wendel*³², kann man dabei durchaus von einer „*Migration verfassungsrechtlicher Ideen*“ sprechen, weil dieser Satz sehr gut die freiwillige Entwicklung dieses gerichtlichen „*modus operandi*“ ausdrückt. Auf der anderen Seite lässt aber diese Behauptung, auf die Wirklichkeit der rechtsprechenden Erfahrung besonders bezogen, die Frage nach der Existenz eines konstruktiven Dialoges zwischen nationalen und internationalen Gerichten noch offen. Die betreffende Antwort scheint insofern nicht eindeutig, als vielmehr ein Unterschied unter den verschiedenen Stufen des Dialoges festzustellen ist. Die Kooperation mit dem EGMR greift in Italien auf die Verfassungsvorschrift (den veränderten Art. 117 Verf.) zurück und wirkt wesentlich in der Form einer konventionskonformen Auslegung des inneren Rechts. Übrigens hat das italienische Verfassungsgericht die nationalen Fachgerichte nicht selten dazu angehalten, das Gesetz in einer konventionskonformen Auslegung zu interpretieren und anzuwenden, soweit sie gegen Verfassungsvorschriften nicht verstößt. Deshalb geht der Dialog dabei, wie die oben erwähnten *Zwillings-Urteilen* des italienischen

³² Anm. n. 3.

Verfassungsgerichts betont haben, nicht in der Richtung des Solange-II Urteils³³ und läßt nicht nur eine Überprüfung seitens des nationalen Verfassungsgerichts über die richtige (konforme) Auslegung der innerstaatlichen Gerichte offen, sondern bezieht auch die Verfassungslegitimität der Konvention selbst nach der Auslegung des europäischen Gerichts ein. Das Ziel ist im Grunde genommen die Verwirklichung der Optimierung eines Grundrechtsschutzes, was das die Unmöglichkeit der Verwendung der Konvention manchmal impliziert.

Noch eine Dialogform scheint sich durch das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) mit dem EUGH zu entwickeln. Die sich daraus ergebende Vielfalt des Grundrechtsschutzes im nationalen und im europäischen Bereich wirft wichtige Probleme auf³⁴, besonders bei den nationalen Akten, durch die das gemeineuropäische Recht angewandt wird. Darum erklingt stark der dogmatische Aufruf nach einer Angleichung der Grundrechte³⁵.

Anders wirkt der „Dialog“ des italienischen Verfassungsgerichts mit anderen europäischen Verfassungsgerichten. Indem man von der Existenz gemeinsamer Verfassungstraditionen und –Grundsätze der europäischen staatlichen Rechtsordnungen ausgeht, agiert eine wechselseitige Beeinflussung oder gar eine Angleichung der nationalen Verfassungsrechtsprechungen in der „Natur der Sache“ als das Hauptziel des Dialoges. Es geht dabei um den Ausdruck einer fruchtbaren Kooperation, keine Diskreditierung der Rechtsvergleichungsmethode. Diese Erfahrung gibt zu einem immer dichteren transnationalen Verfassungsdialog dadurch Anstoß, dass sie ein verfassungsrechtliches Verständnis, einen Grundrechtsauslegungsmodus in der europäischen Rechtsprechung fördert.

³³ *Solange-I-Beschluss*: BVerfGE 37, 271 ff.; *Solange-II*: Beschluss vom 22. Oktober 1986, Az: 2 BvR 197/83.

³⁴ In Bezug darauf s. J. Masing, *Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes*, in *Juristen Zeitung* 2015, S. 477 ff..

³⁵ In dieser Richtung s. D..Thym, *Vereinigt die Grundrechte !*, in *Juristen Zeitung* 2015, S.53 ff..

Die hier dargestellte zunehmende Intensivierung der Rücksichtnahme auf die rechtsvergleichenden gerichtlichen Positionen in der Rechtsprechung der italienischen Gerichte betrifft vor allem die Lage der Grundrechte, sodass die Züge eines europäischen Grundrechtsverständnisses in der Rechtsprechung entstehen, die das nationale Verständnis in Zukunft verdrängen kann.

Es bleibt jedenfalls noch die Frage übrig, ob „richterliche Rechtsvergleichung ... die Funktion eines Hilfsmittels zur Auslegung nationalen Rechts“ übersteigt³⁶, um die „Triebfeder zur Herausbildung eines künftigen gemeineuropäischen Verfassungsrechts“ zu werden³⁷. Nach dieser These, liegt „in der offenen Auseinandersetzung mit der Judikatur anderer Mitgliedstaaten zugleich eine Auseinandersetzung mit Gewährleistungsinhalten gemeineuropäischen Verfassungsrechts“³⁸, so dass die richterliche Rechtsvergleichung sich als „Form bzw. Medium eines transnational geführten Dialoges über Inhalt und Umfang des genannten gemeineuropäischen Verfassungsrechts darstellen lässt.“³⁹

Diese These scheint soweit überzeugend, als sie den transnationalen Dialog als eine Faktizität beschreibt, die schließlich auf die Herausbildung eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts hinausläuft. Sie beantwortet die Frage, wozu man einen transnationalen Verfassungsdialoq braucht und warum er immer mehr in der Verfassungslehre in Anspruch genommen wird. Sie geht davon aus, dass die gemeinsamen Verfassungstraditionen eine Annäherung der Tragweite und Bedeutung der jeweiligen europäischen staatlichen Grundprinzipien, und vor allem der Grundrechte, durch die Rechtsprechung verwirklichen können. Das lässt sich zuerst durch die Anwendung einer uniformen Auslegungsmethode der einzelnen Grundrechte gewinnen.

³⁶ M. Wendel, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform*, zit., S. 343.

³⁷ *Ibidem*, S. 344.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Ders.

In diesem Sinne stellt der transnationale Verfassungsdialog eine parallele Integrationsform dar in Bezug auf die, die von den EU-Mitgliedern durch die unionseuropäische Ordnung anvisiert worden ist. Dieser Dialog wandelt die normative Tragweite und den Schutzbereich einzelner staatlichen Grundrechtsvorschriften ab, indem er eine europäische Auslegung der Grundrechte in Gang setzt.

Ist man diesem Ziel nahe? Dazu muss man doch viele Hindernisse überwinden wie z. B. die in den demokratischen Verfassungen festgelegte Unverletzlichkeit und Unverzichtbarkeit der staatlichen Souveränität. Es ist schwierig zu meinen, dass „die besondere Eigenart der argumentativen Einbindung verfassungsvergleichender Erwägungen ... in ihrer Wirkrichtung vielmehr über den Bezugsrahmen der einzelnen Verfassungsordnung“ schon hinausgehen könne⁴⁰. Überzeugender ist die Einschätzung, dass die richterliche Rechtsvergleichung eine Europäisierung des Verfassungsrechts dadurch unbewusst mit sich bringt, als die Gerichte diese Methode vielmehr für ein Hilfsmittel zur Auslegung und Achtung des verfassungsrechtlichen nationalen Rechts halten. Die Betrachtung der Urteile des EGMR, z. B., gehört etwa nach dem Art. 117 it.Verf. zu einer verfassungsrechtlichen prozeduralen Pflicht jedes nationalen Richters (des Verfassungsgerichts inbegriffen). Die Urteilsargumentationen der anderen europäischen Gerichte wirken manchmal als wichtige Bezüge zur Lösung schwieriger nationaler Fälle oder in Grenzfällen, vor allem wenn eine schon gefestigte nationale Rechtsprechung noch nicht vorliegt.

Der Eintritt der europäischen Verfassungsgerichte in eine Form dialogischen „Verbundes“ nicht nur mit dem EGMR und dem EuGH sondern auch miteinander, wie *Andreas Voßkuhle* bemerkt⁴¹, macht tatsächlich die Türen

⁴⁰ Ders.

⁴¹ A. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ* 2010, S. 1, besonders S. 4.

zu einem diskursiven Disput über die richtige Lösung auf, indem sie einen „Lernverbund“ oder „Lernmodus“ (circuito o modalità di apprendimento) jedenfalls aktiviert⁴². Der transnationale Verfassungsdialog könnte schließlich mehr als das substantielle (rechtsprechende) Ergebnis des in Gang gesetzten gerichtlichen Entwicklungs- und Lernprozesses eine Vergleichungsmethode sein, um die Homogenisierung der einzelnen Verfassungen zu bewirken.

Vorbedingung dazu sollte aber der Verzicht derselben nationalen Verfassungsgerichte auf die Wahrnehmung der Verfassung als Wertordnung sein, die den Urteilen nationaler Verfassungsgerichte unterliegt⁴³. Diese Logik und die gerichtliche Betrachtung eines gemeineuropäischen Verfassungsrechts stoßen aufeinander, so dass der Rückgriff auf die eine die Verwendung der anderen unausweichlich ausschließt. Ein fruchtbares Vorankommen des transnationalen Dialoges in Bezug auf die Konsolidierung des genannten gemeineuropäischen Verfassungsrechts verlangt unausweichlich ein allmähliches Beiseitelassen der nationalen Wertelogik. Das sieht insofern nicht einfach aus, als die Existenz des Nationalstaates als politische Einheit noch

⁴² Voßkuhle, aaO., „Ähnlich wie Sprachen wirken auch Gerichte wie verschieden geschliffene Prismen, die unterschiedliche Rechts- und Weltansichten reflektieren, zugleich aber auch ermöglichen. Bei der gebotenen Vorsicht haben die vorangegangenen Ausführungen gleichwohl die Erkenntnis gebracht, dass das Bundesverfassungsgericht, der Europäische Gerichtshof und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht in voneinander abgeschirmter, sondern in wechselseitig abgestimmter Weise judizieren. Inhaltlich divergierende Entscheidungen hat man dabei nur selten getroffen, wobei gelegentliche Dissonanzen stets produktive Kraft für neue Entwicklungen entfaltet haben. [...] Doch der gelebte europäische Verfassungsgerichtsverbund greift über die drei von mir beleuchteten Akteure weit hinaus. Insbesondere dürfen die Verfassungsgerichte der anderen europäischen Staaten und der mit ihnen gepflegte Gedanken- und Erfahrungsaustausch nicht unerwähnt bleiben. Die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte kooperieren nicht nur im Verfassungsgerichtsverbund mit dem Europäischen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, sondern auch untereinander etwa durch die persönliche Interaktion ihrer Richter sowie insbesondere durch die wechselseitige Rezeption ihrer Judikatur. Die Rechtsprechung der „verbundenen“ Verfassungsgerichte erweist sich damit als ein diskursives Ringen um die „beste Lösung“, so dass der Verfassungsgerichtsverbund schließlich zum ‚Lernverbund‘ wird.“

⁴³ In Bezug auf die Verfassung als Wertordnung verstanden, in der italienischen Lehre, s. vor allem A. A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2015, S. 182 ff.

aktuell bleibt. Ein wichtiges Beispiel für diese Schwierigkeit kommt jüngst aus der Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichts, das die nationalen Verfassungswerte als *ultra-vires*-Maßstäbe wahrnimmt, anhand derer die Legitimität der Anwendung der EMRK jedenfalls überprüft werden soll⁴⁴. Infolgedessen kann der transnationale Verfassungsdialog immer nur unter Kontrolle des Verfassungsgerichts vor sich gehen.

Der „Widerstand“ des italienischen Verfassungsgerichtes dagegen, auf die „Wertemethode“, sowie auf den eigenen Schutz der nationalen Verfassungsgrundrechte nicht zu verzichten, macht das Ziel des transnationalen gerichtlichen Dialoges noch ziemlich fraglich: Es stellt sich als eine große Herausforderung auch für die Rechtswissenschaft dar, andere Orientierungsmethoden als den Imperativ-Normativismus entwickeln zu lassen, die sich an einen realistischen Ansatz anschließen sowie der Entwicklung der staatlichen Gesellschaft Rechnung tragen⁴⁵.

⁴⁴ Corte costituzionale, Urt. N. 49/2015.

⁴⁵ S. nochmals A. A. Cervati (Fn.10) S. 249.