

# **DIMITRIS-TSATSOS-INSTITUT FÜR EUROPÄISCHE VERFASSUNGSWISSENSCHAFTEN**

## **DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT UND DAS RECHT DER EUROPÄISCHEN UNION - DER GESPANNTE BOGEN IHRER 70-JÄHRIGEN ERFOLGSGESCHICHTEN**

Prof. Dr. Peter Schiffauer  
Honorarprofessor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der FernUniversität in Hagen

Stellvertretender Direktor des Dimitris-Tsatsos-Instituts  
für Europäische Verfassungswissenschaften der  
FernUniversität in Hagen

DTIEV-Online Nr. 2/2021

DTIEV-Online  
Hagener Online-Beiträge zu den  
Europäischen Verfassungswissenschaften

ISSN: 2192-4228

FernUniversität in Hagen  
Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften  
58084 Hagen  
Tel.: 02331 987-2912  
e-mail: [DTIEV@Fernuni-Hagen.de](mailto:DTIEV@Fernuni-Hagen.de)  
<http://www.fernuni-hagen.de/dtiev>

# Das Bundesverfassungsgericht und das Recht der Europäischen Union – der gespannte Bogen ihrer 70-jährigen Erfolgsgeschichten \*

Peter Schiffauer\*\*

## 1. Vorbemerkung

Für lange Zeit hatte das in diesem Text behandelte Thema hauptsächlich akademische und nur wenig praktische Bedeutung. Dann löste das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 zum Anleihekaufprogramm PSPP<sup>1</sup> der Europäischen Zentralbank in der Fachwelt und der Öffentlichkeit eine umfangreiche Debatte aus. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Recht der Europäischen Union und der einzelstaatlichen Verfassungsgerichtsbarkeit rückte ins Rampenlicht. Sie wurde zum Gegenstand zahlloser Beiträge aus Recht und Politik, die im Folgenden nicht systematisch aufgearbeitet werden können. Die Ausführungen können lediglich eine weitere Stimme zu einem vielstimmigen Konzert beitragen.

Noch weniger beansprucht der Verfasser darzulegen, wie das Verhältnis von Europarecht und Verfassungsrecht der einzelnen Staaten richtigerweise bestimmt werden müsse. Meinen Überlegungen liegt ein gemäßigter juristischer Pragmatismus zugrunde. Die normativen Texte, an die Juristen gebunden sind, haben nicht nur eine richtige Bedeutung. Rechtstexte lassen in der Regel mehrere, aber nicht unbeschränkt viele Deutungen zu. In einem bestimmten sozio-kulturellen Kontext lassen manche Deutungen eines Rechtstexts sich mit Gewissheit ausschließen. Wenn der Kontext sich ändert, kann sich ändern, welche Deutungen möglich und welche ausgeschlossen sind. Das gilt auch für Grundordnungen und Verfassungen.

Wo – wie in der westlichen Rechtskultur – die gesellschaftlichen Verhältnisse durch Rechtstexte geordnet und gestaltet werden, besteht ein Bedürfnis, die Bedeutung solcher Texte für die praktische Anwendung zu klären. Diese Aufgabe ist den Institutionen der unabhängigen Gerichtsbarkeit übertragen. Ihre unanfechtbar gewordenen Entscheidungen zu respektieren ist eine Grundbedingung für den inneren Frieden der Gesellschaft.

Das Thema handelt von zwei Erfolgsgeschichten, die den Lebensweg des Verfassers begleitet haben:

- Erinnerungsfetzen aus der frühen Kindheit: eine Stimme aus dem Radiogerät spricht von Montanunion und Schuman-Plan, Worte, die niemand mir erklären kann oder will.
- Die Schlagzeile der Zeitung vom März 1957: Unterzeichnung des EWG-Vertrags – auf dem Weg zu einem vereinten Europa.

---

\* Der nachfolgende Text ist die vertiefende Ausarbeitung eines Referats des Verfassers vom 23. September 2021 für die „Gespräche am Tor“, einer vom Regionalzentrum Karlsruhe der FernUniversität in Hagen organisierten Veranstaltung.

\*\* Dr. jur., Honorarprofessor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der FernUniversität in Hagen.

<sup>1</sup> Public Sector Purchase Programme.

- Im Juli 1959 setzt das Bundesverfassungsgericht die volle Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Ehe durch.
- Im Frühjahr 1982 sägen die Abgeordneten Seefeld und Rogalla an der Straßburger Europa-  
brücke die Schlagbäume durch.
- Im Sommer 1988 Erinnerung an eine Reise von Luxemburg bis Neapel ohne Ausweis.
- Im Oktober 1993 macht das Bundesverfassungsgericht Weg zur Ratifizierung des Vertrages von Maastricht frei.
- Im Juni 2009 ermöglicht das Bundesverfassungsgericht die Ratifizierung des Vertrages von Lissabon.
- Beide Erfolgsgeschichten waren Rahmenbedingen für 70 Jahre Frieden, sich erweiternde Freiheitsräume und wachsendem Wohlstand.
- Eine andere Frage ist, welche Veränderungen heute und künftig notwendig werden, um diese Güter weiter zu sichern.

### **Gang der Untersuchung**

Das Thema verwendet eine Metapher: Der gespannte Bogen ist Sinnbild von vorwärtstreibender Energie – jedenfalls solange der Bogen nicht bricht. Das ist keine klassische rechtswissenschaftliche Sprache. Von dieser werden klar ausgearbeitete und abgegrenzte Begriffe erwartet, wie zum Beispiel im Zivilrecht. Dort wurden die ursprünglichen, in der Sprache noch erkennbaren Metaphern in mehrtausendjährigen Diskursen zu präzisen Rechtsbegriffen konsolidiert. Aber wenn es um Verfassungsfragen geht – und das Verhältnis zwischen dem Recht der Europäischen Union und dem Verfassungsrecht ihrer Mitgliedstaaten ist eine solche Frage – können Metaphern die Wege zu begrifflicher Erfassung bahnen.

In diesem Sinne möchte der Text den Leser auf den folgenden Schritten eines Gedankengangs begleiten:

- Das Bundesverfassungsgericht wirkt als Garant der Freiheitsrechte und der freiheitlichen staatlichen Ordnung.
- Die Europäische Union verwirklicht eine durch Recht verfasste überstaatliche Wirtschafts- und Friedensordnung.
- In der Anfangsphase der Europäischen Gemeinschaften gab es eine klare Trennung und keine Überlagerung zwischen der staatlichen und der überstaatlichen Ebene.
- Dann wurde bewusst, dass mit den Europäischen Verträgen eine autonome und Vorrang beanspruchende Rechtsordnung entstanden war.
- Es entstand eine europäische Grundrechtsproblematik, die im Kooperationsverhältnis der obersten Gerichte aufgelöst wurde.
- Seitdem spannt sich der Bogen über zwei Konfliktzonen:
  - die Möglichkeit, dass europäische Organe ihre Befugnisse überschreiten;
  - die Möglichkeit, dass einzelstaatliche Organe ihre Befugnisse überschreiten.

- Das wirft die Frage auf, ob im Konfliktfall einer Seite das letzte Wort gebührt.
- Ihre Beantwortung führt zu dem Ergebnis, dass Europarecht und deutsches Recht nicht vollständig integriert sind.
- Das führt zur Suche nach einem Weg, mit den vorhandenen Widersprüchen weiter voranzugehen.

## 2. Das Bundesverfassungsgericht: Garant der Freiheitsrechte und freiheitlichen staatlichen Ordnung

Seine Schaffung im Grundgesetz ist eine in der europäischen Tradition eigenständige Leistung. Sie beruht nicht nur auf amerikanischem Einfluss<sup>2</sup>, sondern institutionalisiert eine Vision, die in der deutschen Geschichte seit Langem gegenwärtig war. Ihr Anspruch war, die Ausübung politischer Macht richterlicher Kontrolle am Maßstab einer Verfassung zu unterwerfen.

- Seit der Schaffung des Reichskammergerichts im Jahre 1495 konnte die Ausübung kaiserlicher Macht in manchen Fällen am Maßstab der Wahlkapitulationen überprüft werden<sup>3</sup>.
- Gemäß den §§ 125 und 126 der Paulskirchenverfassung von 1849<sup>4</sup> sollte das Reichsgericht für Klagen deutscher Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Reichsverfassung gewährten Rechte zuständig werden.
- In Österreich wird mit einem von Hans Kelsen inspirierten Gesetz vom 25. Jänner 1919 der „deutschösterreichische Verfassungsgerichtshof“ errichtet. Die seit Juli 1920 als „Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich“ bezeichnete Institution erhält im Bundesverfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920 umfassende Normenkontrollbefugnisse am Maßstab der Verfassung<sup>5</sup>.
- In der Weimarer Reichsverfassung von 1919<sup>6</sup> sah Artikel 108 lediglich die Schaffung eines Staatsgerichtshofs mit der Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen dem Reich und den Ländern vor. Die Möglichkeit richterlicher Normenkontrolle am Maßstab der Verfassung war vom Reichsgericht erwogen worden, fand aber nach der entschiedenen Ablehnung durch Carl Schmitt<sup>7</sup> kaum noch Unterstützung.

---

<sup>2</sup> In den Vereinigten Staaten überprüft der Supreme Court seit dem Urteil *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) das Handeln von Staatsorganen am Maßstab der Verfassung.

<sup>3</sup> *Wolfgang Burgdorf*, „Constitutional Moments“ im Alten Reich – Das Ende des Alten Reichs als „Constitutional Moment?“ in Ewald Grothe und Arthur Schlegelmilch (Hg.) *Constitutional Moments*, DTIEV-Schriftenreihe Band 20, Berlin 2020, S. 13 ff., *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München 1988, S. 227 f. 234.

<sup>4</sup> Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849, <http://www.verfassungen.de/de06-66/verfassung48-i.htm> (Zugang 11.10.2021).

<sup>5</sup> *Ewald Wiederin*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in Thomas Simon / Johannes Kalwoda (Hg.) *Schutz der Verfassung. Normen, Institutionen, Höchst und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012 (= Beihefte zu Der Staat, Band 22)*, Berlin 2014, S. 283-315; *Kurt Heller*, *Der Verfassungsgerichtshof, Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Wien 2010, S. 178 ff.

<sup>6</sup> Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm> (Zugang 11.10.2021).

<sup>7</sup> Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, Vol. 55 (N.F. 16), No. 2 (1929), pp. 161-237.

- Das Grundgesetz von 1949 überträgt dem Bundesverfassungsgericht in Artikel 93 die Zuständigkeit über die Auslegung des Grundgesetzes zu entscheiden. Insbesondere entscheidet es über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein<sup>8</sup>.

70 Jahre nach der Aufnahme seiner Tätigkeit sind Ansehen und Autorität des Bundesverfassungsgerichts unumstritten. Die von ihm in hermeneutischer Praxis erarbeitete Vertiefung des Verfassungstextes setzte Maßstäbe innerhalb und außerhalb Deutschlands. Eine beispielhafte Begründungskultur wurde zum Fundament seiner Glaubwürdigkeit. Seinen Ruf als freiheitssichernde Institution begründete es durch die Zulassung von Verfassungsbeschwerden gegen freiheitsbeschränkende Rechtsnormen<sup>9</sup>. Versäumnisse des Gesetzgebers bei der Aufarbeitung von Altlasten wie der familienrechtlichen Stellung der Ehefrau<sup>10</sup> oder der Rechte nicht ehelicher Kinder<sup>11</sup>. Die Herausarbeitung der zentralen Bedeutung der Menschenwürde ist eine wichtige Weichenstellung für die weitere Entwicklung der Gesellschaft. Vom Verständnis der Grundrechte als objektiver Werteordnung<sup>12</sup> ausgehend konkretisierte das Gericht einen für den westlichen Kulturkreis exemplarischen Standard menschlicher Würde. Nicht jeder wird der philosophischen Begründung zustimmen, die diesem Verständnis der Menschenwürde zugrunde liegt. Die Geltung des vom Gericht aus Artikel 1 Abs. 1 des Grundgesetzes hergeleiteten Verbots, einen anderen Menschen zu instrumentalisieren, ihn zum Objekt zu machen, wird man nur um den Preis des eigenen Menschseins in Frage stellen können, auch und gerade deshalb, weil dies Verbot nicht nur für hoheitliches Handeln gilt, sondern – vermittelt durch die Generalklauseln des Zivilrechts – auch unter Privaten. Bei der Entfaltung des deutschen Bundesstaats brachte das Gericht institutionelle Konflikte zwischen dem Bund und den Ländern erfolgreich zum Ausgleich<sup>13</sup>. Schließlich das Gericht seine Sensibilität für gesellschaftliche Veränderungen unter Beweis, wenn es im Beschluss zum Bundes-Klimaschutzgesetz<sup>14</sup> den Gesetzgeber zur Sorge für Generationengerechtigkeit beim Klimaschutz verpflichtet.

Ungeachtet all dieser Verdienste birgt die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Gefahren für die Entwicklung einer freiheitlichen und offenen Gesellschaft. Gerichte sollen nicht die Funktion der Regierung oder des Gesetzgebers übernehmen (kein *Government of Judges*). Das „vom Grundgesetz festgelegte gewaltenteilige Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht“ gebietet Zurückhaltung („*judicial self-restraint*“) des Verfassungsgerichts gegenüber dem „Kompetenzbereich des Gesetzgebers“<sup>15</sup>. Die Bestätigung und Übernahme der tragenden Elemente früherer Entscheidungen in immer neue Entscheidungen kann Vertrauen in die Beständigkeit der Rechtsprechung begründen. Doch die

---

<sup>8</sup> Absätze 4a und 4b, die mit dem Neunzehnten Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29. Januar 1969 in Artikel 93 des Grundgesetzes eingefügt wurden. Bis dahin ergab sich die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden aus den gleich lautenden §§ 90 ff. des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, BGBl. Nr. 17 vom 16. April 1951.

<sup>9</sup> Urteil vom 16. Januar 1957 „Elfes“ zur Auslegung der allgemeinen Handlungsfreiheit.

<sup>10</sup> Urteil vom 29. Juli 1959, BVerfGE 10, 59 bis hin zum Beschluss vom 5. März 1991, BVerfGE 84,9.

<sup>11</sup> Beschluss vom 23. Oktober 1958, BVerfGE 8, 210; Beschluss vom 29. Januar 1969, BVerfGE 25, 167.

<sup>12</sup> Urteil vom 15. Januar 1958 – Lüth, BVerfGE 7, 198.

<sup>13</sup> Erinnerung sei hier nur an das Urteil vom 28. Februar 1961 zum „Fernsehstreit“ (BVerfGE 12, 205).

<sup>14</sup> 1 BvR 265 vom 24. März 2021.

<sup>15</sup> Vgl. Verfassungsrichter Böckenförde im Sondervotum zu BVerfGE 93, 121.

Übernahme von Prämissen und Interpretationsketten kann zu „Pfadabhängigkeiten“<sup>16</sup> führen. Wenn begriffliche Formeln dogmatisiert werden, kann das Urteil für eine offene Bewertung gesellschaftlicher Veränderungen erblinden.

### **3. Die Europäischen Union: eine durch Recht verfasste übernationale Wirtschafts- und Friedensordnung**

Die Europäischen Verträge (EGKS, EWG, Euratom, EU) konstituieren eine auf Dauer angelegte, die Mitgliedstaaten verbindende Rechtsordnung. Sie schaffen Organe der Rechtsetzung, der Durchführung und der richterlichen Kontrolle, deren Befugnisse weiter reichen als die Befugnisse von internationalen Organisationen. Dies war zum Zeitpunkt der Ratifizierung der Verträge erkennbar und auch gewollt.

Durch die Organe der Europäischen Union werden bestimmte Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten gemeinsam ausgeübt. Diese haben zwar keine direkte Kontrolle darüber, wie die Europäische Kommission von ihrem Initiativrecht und das Europäische Parlament von ihrem Mitentscheidungsrecht machen. Dennoch sind es die Repräsentanten der Mitgliedstaaten, die im Rat der Union maßgeblich bestimmen, ob und in welchem Umfang Hoheitsrechte gemeinsam ausgeübt werden. Dies ist noch keine endgültige „Übertragung von Hoheitsrechten“, von der im Grundgesetz die Rede ist.

Anders als die Kompetenzordnung des deutschen Grundgesetzes, die nach Sachgebieten gegliedert ist, wird der Umfang der Befugnisse der Union definiert durch die mit ihnen verfolgten Ziele. Im Laufe ihrer Ausübung erfassen zielorientierte Befugnisse immer breitere Bereiche und entwickeln sich dynamisch. Dies war nach Berichten von Zeitzeugen bei Abschluss der Verträge bekannt und beabsichtigt.

Die Europäischen Verträge stellen die völkerrechtliche Souveränität der Mitgliedstaaten und ihr Gewaltmonopol nicht in Frage. Die Union hat Rechtsbefugnisse, jedoch keine Machtbefugnisse. Sie kann ihre Aufgaben nur erfüllen, wenn die Mitgliedstaaten und ihre Organe das gemeinsam erzeugte Recht beachten. Zwar kann die Union durch finanzielle Sanktionen spürbaren Druck ausüben, um die Beachtung ihres Rechts durch die Mitgliedstaaten durchzusetzen. Wenn die Rechtsordnung der Union in Frage gestellt wird, könnten solche Druckmittel aber unwirksam werden.

Auf das Handeln der Union haben Bürger nur indirekten Einfluss. Sie werden repräsentiert durch die in zeitgleichen nationalen Wahlen direkt gewählten Abgeordneten des Europäischen Parlaments und die Vertreter der (von ihnen gewählten) Regierungen der Mitgliedstaaten im Rat. Ein grundlegender Politikwechsel kann nicht durch eine einzige „Richtungswahl“ ausgelöst werden, sondern sich nur aus Veränderungen der Mehrheiten in der Europawahl und in einer größeren Zahl einzelstaatlicher Wahlen ergeben. Manche sehen darin ein demokratisches Defizit. Im Vergleich zu einer einfachen Mehrheitswahl, die dem Willen eines als Einheit gedachten Volkskörpers Ausdruck verleihen soll, hat die doppelte Repräsentation den Vorzug, dass sie die in einer pluralistischen Gesellschaft und umso mehr in einer Staaten-

---

<sup>16</sup> Hierzu *Carsten Stahn*, Öffnung im Umgang mit dem eigenen judikativen Erbe? 150 Bände BVerfGE, das Phänomen der Pfadabhängigkeit und *Vergessen II* als Chance, EuGRZ 47 (2020), 524 ff.

gemeinschaft vorhandene gesellschaftliche Vielfalt und die relevanten Interessen getreuer abbildet. Die Zusammensetzung der Repräsentation auf den verschiedenen Ebenen bringt die Unterschiedlichkeit der Präferenzen der Wählerschaft zum Ausdruck. In demokratischen Entscheidungsprozessen geht es darum, eine optimale Berücksichtigung aller repräsentierten Interessen auszuhandeln. Damit die notwendigen Kompromisse zustande kommen, muss mit Mehrheit entschieden werden können, nicht aber darf die Mehrheit über die Minderheit herrschen.

Bei Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Tragweite des Rechts der Union entscheidet der Europäische Gerichtshof. In der Aufbauphase der Europäischen Gemeinschaften haben seine Urteile oft trotz zögerlicher Vorgehensweisen der Regierungen mutig die effektive Verwirklichung der Ziele der Verträge durchgesetzt. Abweichend von der Praxis des Bundesverfassungsgerichts sind die Begründungen der Urteile eher knapp gefasst. Der Autorität des Europäischen Gerichtshofs hat dies nicht geschadet. Selbst missliebige Urteile wurden schließlich akzeptiert und befolgt. Das geordnete Funktionieren der europäisch integrierten Bereiche war den einzelnen Staaten wichtiger als die Durchsetzung des eigenen Rechtsstandpunkts.

#### **4. Die Anfangsphase der getrennten Ebenen ohne Berührungspunkte**

In einer Anfangsphase waren das Europäische Gemeinschaftsrecht und das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten getrennte Ebenen ohne Berührungspunkte. Über die Beteiligung am Europäischen Integrationsprozess bestand ein verfassungsrechtlicher Konsens. Die Zustimmungsgesetze des Bundestags zum EGKS-Vertrag (1952), zum EWG- und Euratom Vertrag (1958), zum Fusionsvertrag (1965), zu den Haushaltsverträgen (1970 und 1975), zur Direktwahlakte (1976) und zur Einheitlichen Europäischen Akte (1986) wurden keiner verfassungsgerichtlichen Prüfung unterworfen.

Ein Konflikt zwischen dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht war in dieser Anfangsphase unwahrscheinlich. Für den Rat der Gemeinschaften war das Erfordernis der Einstimmigkeit bei der Beschlussfassung seit 1968 nicht mehr zwingend vorgeschrieben, als Folge der 1966 in Luxemburg getroffenen Vereinbarungen aber bis 1986 durchgängige Praxis. Damit war jede Regierung und jedes einzelstaatliche Parlament in der Lage, über die Vereinbarkeit der gemeinschaftlich gefassten Beschlüsse mit dem nationalen Recht zu wachen. Zudem waren die ausdrücklich unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anfänglich auf wenige Bereiche beschränkt. Nur langsam wurde der Anwalt- und Richterschaft das freiheitsschaffende Potential bewusst, das die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nach einer Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof entfalten konnte.

#### **5. Die Spannung des Bogens entsteht durch das Bewusstwerden einer autonomen und Vorrang beanspruchenden Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft**

- Der Europäische Gerichtshof betrachtet das Recht der Gemeinschaften als autonome Rechtsordnung *sui generis*.

- „Zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen hat der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist. „(Urteil vom 15. Juli 1964 Costa/ENEL, Slg. 1964, 1259, 1269)“.
- Nach Auffassung des Gerichtshofs ist „die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts“. Zu ihren „Gunsten [haben] die [Mitglied]Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt“ (Urteil vom 5. Februar 1963 Van Gend & Loos Slg. 1963, 7, 25). Sie haben „so einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist“ (Urteil vom 15. Juli 1964 aaO.) und dessen „Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind“ (Urteil vom 5. Februar 1963 aaO.)
- Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum einzelstaatlichen Recht war (und ist) in den Verträgen nur bruchstückhaft ausdrücklich geregelt.
  - Jede Verordnung der Europäischen Union „ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (jetzt Artikel 288 AEUV).
  - Das Vorabentscheidungsverfahren impliziert, dass einzelstaatliche Gerichte das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben (jetzt Artikel 267 AEUV).
  - Seit 2009 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, durch die „erforderlichen Rechtsbehelfe ... wirksame[n] Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen [zu] gewährleiste[n]“ (Artikel 19 Absatz 2 EUV).
- Für das Recht der Gemeinschaften beansprucht der Europäische Gerichtshof Anwendungsvorrang vor dem Recht der Staaten:
  - Denn zur Verwirklichung der Vertragsziele muss das gemeinschaftliche Recht in allen Mitgliedstaaten die gleiche Geltung haben (Urteil vom 15. Juli 1964 aaO. S. 1270).
  - Die in den Verträgen vorgesehenen Verfahren zur Genehmigung einseitigen Handelns eines Mitgliedstaates wären „gegenstandslos ..., wenn die Staaten die Möglichkeit hätten, ihren Verpflichtungen durch den bloßen Erlass von Gesetzen zu entziehen“ (Urteil vom 15. Juli 1964 aaO.).
  - „Dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht [können] wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, ... wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“ (Urteil vom 15. Juli 1964 aaO.)
- Der Europäische Gerichtshof bestätigt im Wege der Rechtsfortbildung, dass Einzelne aus Rechtsnormen des Gemeinschaftsrechts Rechte herleiten können, die von den staatlichen Gerichten zu beachten sind,
  - z. B. bei Vorliegen einer „reine[n] Unterlassungspflicht der Mitgliedstaaten, die durch keinerlei Bedingungen eingeschränkt ist“ wie in Artikel 53 und 37 Absatz 2 EWG-Vertrag (Urteil vom 15. Juli 1964 aaO., S. 1273 (ff)).

- Später hat er unter einschränkenden Voraussetzungen auch Entscheidungen des Rates oder Richtlinien unmittelbare Wirkungen zugebilligt (Urteile vom 6. und 21. Oktober 1970, Slg. 1970, S. 825, 861, 881, vom 17. Dezember 1970, Slg. 1970, S. 1213 und vom 19. Januar 1982, Slg. 1982, S. 53).
- Gegen diese Rechtsprechung gab es erheblichen Widerstand. Schließlich wurde sie von den Mitgliedstaaten aber doch akzeptiert.
  - In den Verfahren, die zu den erwähnten Urteilen des Gerichtshofes führten, plädierten die Regierungen der Niederlande, Belgiens, Deutschlands und Italiens gegen die Herleitung unmittelbarer Rechte aus den europäischen Verträgen, die den einzelstaatlichen Vorschriften vorgehen.
  - Die nachvollziehbaren Gründe des Gerichtshofs und das vorrangige Interesse am geordneten Funktionieren des „Gemeinsamen Marktes“ veranlassten die Regierungen, diese Beschränkung ihrer Souveränität hinzunehmen.
  - Eine Bestimmung über den Anwendungsvorrang des Unionsrechts war 2004 in den „Vertrag über eine Verfassung für Europa“<sup>17</sup> aufgenommen worden. Nach dem Scheitern seiner Ratifikation wurde die Bestimmung aber nicht in den Vertrag von Lissabon übernommen und ist damit nicht in Kraft getreten. Der Konsens der Mitgliedstaaten über den Anwendungsvorrang wurde schließlich bei der Unterzeichnung des Vertrags von Lissabon in der Erklärung Nr. 17 festgehalten und zusammen mit dem Vertrag veröffentlicht<sup>18</sup>.

## 6. Die Europäische Grundrechtsproblematik und ihre Auflösung im Kooperationsverhältnis der obersten Gerichte

- Seit 1964 entstand die reale Gefahr eines Leerlaufs des staatlichen Grundrechtsschutzes durch den Anspruch des Gemeinschaftsrechts auf Vorrang auch gegenüber den einzelstaatlichen Verfassungen.
  - Zu dieser Zeit enthielt das Gemeinschaftsrecht nur vereinzelte Garantien individueller Rechte (gleicher Lohn für weibliche und männliche Arbeitnehmer, Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit, Freizügigkeit für Arbeitnehmer, Niederlassungsfreiheit für Unternehmen), jedoch keinen systematischen Grundrechtsschutz.
  - Die „europäische Lösung“, nämlich das Gemeinschaftsrecht in gleicher Weise wie das nationale Recht aller die Gemeinschaft bildenden Staaten den Bindungen der Europäischen Menschenrechtskonvention zu unterwerfen, fand damals – wie noch heute<sup>19</sup> – nicht die notwendige Unterstützung.

---

<sup>17</sup> Artikel I-6, Abl. C 310 vom 16.12.2004, S. 12.

<sup>18</sup> Abl. C 326 v. 26.10.2012 S. 346.

<sup>19</sup> Der seit dem Vertrag von Lissabon in Artikel 6 Absatz 2 des EUV vorgesehene Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist seit dem Gutachten 2/13 des Europäischen Gerichtshofs vom 18.12.2014 (EuGRZ 42 [2015] S. 56 ff.) blockiert. Näheres bei *Eckart Klein*, Scheitert der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK? – Zum Verhältnis von EuGH und EGMR –, DTIEV-Online 2015, Nr. 2.

- Das Bundesverfassungsgericht behielt sich deshalb den Schutz von Grundrechten vor, solange das Gemeinschaftsrecht keinen gleichwertigen Schutz gewährleistet.
  - Im Beschluss „Solange I“ vom 29.05.1974 (BVerfGE 37, 271) macht das Gericht eine Grundannahme, mit der die Integrationsoffenheit des Grundgesetzes nachhaltig eingeschränkt wird: „Art. 24 GG ermächtigt nicht eigentlich zur Übertragung von Hoheitsrechten“ (S. 280). Aus dieser Prämisse werden die in den späteren Urteilen immer wieder zitierten Ausführungen zur Integrationsfreundlichkeit des Grundgesetzes gestützt. Die Prämisse selbst ist nur an der erwähnten Stelle nachzulesen. Zunächst richtet sich die Aufmerksamkeit auf das Ergebnis: Das Grundgesetz „öffnet die nationale Rechtsordnung“ für die „unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle“. Erst in den späteren Urteilen zu den Verträgen von Maastricht und Lissabon werden die Nachwirkungen der Prämisse spürbar.
  - Bei der Ausübung der beanspruchten Kontrollfunktion ist das Gericht bestrebt, die Autonomie des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu respektieren. „Das Bundesverfassungsgericht entscheidet ... niemals über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts. Es kann höchstens zu dem Ergebnis kommen, daß eine solche Vorschrift von den Behörden oder Gerichten der Bundesrepublik Deutschland nicht angewandt werden darf.“ (aaO. S. 281/282).
- Später wird der als Richterrecht vom Europäischen Gerichtshof gewährte Grundrechtsschutz vom Bundesverfassungsgericht als gleichwertig anerkannt.
  - Im Beschluss „Solange II“ vom 22.10.1986 (BVerfGE 73, 339) stellt das Gericht fest: „Mittlerweile [ist] im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaften ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im wesentlichen gleichzuachten ist“. (S. 378).
  - Damit ist die Basis für die oft verwendete Metapher vom „Kooperationsverhältnis“ zwischen dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht geschaffen und die bestehende Spannung für die Grundrechtspraxis aufgelöst.
- Zugleich enthält der Beschluss vom 22.10.1986 Ausführungen, die nicht unbedingt notwendig gewesen wären um zu begründen, weshalb der Grundrechtsschutz gegenüber dem Europäischen Gemeinschaftsrecht nunmehr vom Europäischen Gerichtshof ausgeübt wird. Diese Ausführungen legen aber die theoretische Ausgangsbasis für die künftige kritische Überprüfung des europäischen Gemeinschaftsrechts durch das Verfassungsgericht, so dass generell der „Bogen weiterhin gespannt bleibt“.
  - „[Art. 24 Abs. 1 GG] ermächtigt nicht dazu, im Wege der Einräumung von Hoheitsrechten für zwischenstaatliche Einrichtungen die Identität der geltenden Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in ihr Grundgefüge, in die sie konstituierenden Strukturen, aufzugeben“ (S. 375/376).
  - (S. 375) „Innerstaatliche Geltung und Anwendbarkeit sowie ein möglicher *innerstaatlicher* Geltungs- oder Anwendungsvorrang völkerrechtlicher Verträge [einschließlich der europäischen Integrationsverträge] folgen nicht schon aus dem allgemeinen Völkerrecht. Das ... Völkerrecht enthält keine aus übereinstimmender Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung entspringende allgemeine Regel dahin, daß Staaten verpflichtet wären, ihre Verträge in ihr innerstaatliches Recht zu inkorporie-

ren und ihnen dort Geltungs- oder Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht beizumessen. Ein innerstaatlicher Geltungs- oder Anwendungsvorrang ergibt sich allein aus einem dahingehenden innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl“... „Für die europäischen Gemeinschaftsverträge und das auf ihrer Grundlage von den Gemeinschaftsorganen gesetzte Recht“ entnimmt das Gericht diesen Rechtsanwendungsbefehl den „Zustimmungsgesetze[n] zu den Verträgen“.

- Wer die verschiedenen Zustimmungsgesetze nachschlägt, wird dort vergeblich nach einem Rechtsanwendungsbefehl suchen. Dieser ist ein vom Verfassungsgericht ohne Not entwickeltes Konstrukt. Denn im Völkerrecht hätte es die in Artikel 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 bestätigte Regel „pacta sunt servanda“ bemühen können. Die Konvention bestimmt auch in Artikel 27, dass eine vertragschließende Partei die Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht nicht durch Berufung auf Bestimmungen ihres internen Rechts rechtfertigen kann. Bindung an eine völkerrechtliche Vereinbarung, die ihre unmittelbare Anwendbarkeit vorsieht, bedeutet eben deren unmittelbare Anwendung. Darüber zu entscheiden wäre das Bundesverfassungsgericht nach den Artikel 25 und 100 Abs. 2 GG berufen gewesen. Dem Zustimmungsgesetz im Wege der Interpretation einen Rechtsanwendungsbefehl zu inkorporieren hatte demgegenüber den Vorzug, dass das Gericht die Tragweite dieses Befehls völlig selbstverständlich den Schranken des Artikels 79 Abs. 3 GG unterwerfen konnte.
- „Verfassungsidentität“ im Grundrechtsschutz

Später ging das Bundesverfassungsgericht dazu über, in Einzelfällen den vom Grundgesetz unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wege der „Identitätskontrolle“ ohne Einschränkung zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 140, 317, 341 f. Randnr. 49). Denn die für integrationsfest erklärten Schutzgüter duldeten keine Relativierung im Einzelfall. Dies gelte insbesondere für den höchsten Rechtswert des Grundgesetzes, den Schutz der Menschenwürde (aaO. Randnr. 48).

  - Die verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle sei mit dem Unionsrecht vereinbar. Sie verstoße nicht gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Sie sei vielmehr in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV der Sache nach angelegt (aaO. Randnr. 44). Dies werde dadurch unterstrichen, dass sich, mit Modifikationen im Detail, auch im Verfassungsrecht zahlreicher anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union Vorkehrungen zum Schutz der Verfassungsidentität und der Grenzen der Übertragung von Souveränitätsrechten auf die Europäische Union finden (aaO. Randnr. 47).
  - Praktisch wurde die Identitätskontrolle durch die verfassungsgerichtliche „Wahrung des Kerns der Menschenwürde“ bei der Durchführung des Europäischen Haftbefehls. Dieser sei durch Unionsrecht mit Anwendungsvorrang abschließend geregelt. Das entbinde die Gerichte nicht von der Verpflichtung, bei einer Auslieferung auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls sicherzustellen, dass die Grundsätze des Art. 1 Abs. 1 Grundgesetzes beachtet sind, insbesondere der dort verankerte Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt (aaO. Randnr. 48, 76). Andererseits seien die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Europäischen Haftbefehls verpflichtet, die Unionsgrundrechte zu beachten, denen gegenüber dem Rahmenabschluss der Union Vorrang zukomme.

- Wenn konkrete Anhaltspunkte das zwischen den Mitgliedstaaten der Union bestehende Vertrauen erschütterten, müssten die Gerichte vor einem Auslieferungsbeschluss aufgrund eines Europäischen Haftbefehls auch prüfen, ob dem Verfolgten in dem antragstellenden Staat nicht menschenwürdige Haftbedingungen drohen (Beschluss vom 16.8.2018 2 BvR 237/18 Randnr. 20, 28, 29).
- Nach Auffassung des Gerichts kann die Menschenwürde beispielsweise verletzt sein, wenn nach einer zuvor in Abwesenheit erfolgten Verurteilung der Verfolgte keine Gewissheit haben könne, in einem erneuten Verfahren das ihm zustehende Gehör zu finden. Die Menschenwürde verbiete, dass der Verfolgte zum Objekt eines ihn betreffenden staatlichen Verfahrens wird (aaO. Randnr. 61).
- Ähnliche Anforderungen ergäben sich aus der Charta der Unionsgrundrechte (aaO. Randnr. 94-97) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (aaO. Randnr. 98-104). Im Ergebnis blieben die unionsrechtlichen Anforderungen an die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nicht hinter den Mindestgarantien des Grundgesetzes für den Beschuldigten zurück. Das Gericht hat es deshalb offengelassen, ob und inwieweit für die Auslegung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf die jeweilige nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten abzustellen und dieser daher unter Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Rechtslage auszulegen ist (aaO. Randnr. 107).
- Vergleichbare Vorbehalte in anderen Mitgliedstaaten  
Wegen der besonderen Bedeutung rechtsstaatlicher Garantien haben auch in anderen Mitgliedstaaten Gerichte bei der Durchführung des Europäischen Haftbefehls besondere Vorsicht walten lassen und – zum Teil nach Befassung des Europäischen Gerichtshofs<sup>20</sup> – einzelne Ersuchen nicht durchgeführt, obwohl sie formal den Regeln des Rahmenbeschlusses entsprachen. Bedenken gab es insbesondere im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Gerichte in dem Mitgliedstaat, in den der Verfolgte überstellt werden sollte, die Unabhängigkeit der Justizbehörde, die den Haftbefehl ausstellte.
- Änderung der Verjährungsfrist nach Begehung einer Straftat  
Ein rechtsvergleichender Blick zeigt, dass auch Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten dem Schutz der „Verfassungsidentität“ vergleichbare Konzepte entwickelt haben. Dabei wurden sensiblere Wege als die des Bundesverfassungsgerichts zur Einbettung in einen Dialog mit dem Europäischen Gerichtshof gefunden.  
In Italien hätte eine Auslegung des Unionsrechts durch den Europäischen Gerichtshof bei Straftaten zum Nachteil finanzieller Interessen der Union dazu geführt, dass eine im italienischen Strafrecht vorgesehene verkürzte Verjährungsfrist unanwendbar geworden wäre. Dem begegnete der italienische Verfassungsgerichtshof mit der Berufung auf einen Grundsatz, der sowohl in der italienischen Verfassung wie in der Unionsgrundrechtecharta verankert ist, nämlich dass die Strafbarkeit einer Handlung zum Zeitpunkt ihrer Begehung durch Gesetz bestimmt sein muss. Der Europäische Gerichtshof räumte daraufhin ein, dass seine Auslegung

---

<sup>20</sup> Siehe Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 9. Oktober 2019 in der Rechtssache C-489/19 PPU und die dort erwähnten früheren Entscheidungen.

nur auf Sachverhalte angewandt werden könnten, die zeitlich auf die Verkündung seines Urteils folgten. Der italienische Verfassungsgerichtshof kam daraufhin folgendem Ergebnis: Solange die unionsrechtliche Verpflichtung, die sich aus der Auslegung des Gerichtshofs ergibt, nicht durch den Gesetzgeber erfüllt ist, könne diese in Italien nicht zum Tragen kommen. Denn die Bedingungen der Strafbarkeit, zu der nach italienischem Verständnis die Verjährungsfrist zähle, könnten nicht durch Richterrecht, sondern nur durch den Gesetzgeber zu Lasten eines Beschuldigten verändert werden<sup>21</sup>.

- An Fallgestaltungen wie den in diesem Abschnitt geschilderten wird deutlich, dass nicht alle Entscheidungen, die rein formal gesehen den Anwendungsvorrang des Unionsrechts durchbrechen, damit zugleich dessen Geltung in Frage stellen. Der Europäische Haftbefehl bleibt auch dann ein wirksames Instrument zur Verfolgung von Straftätern, die sich über Grenzen hinwegbewegen, wenn in vereinzelt Fällen unverzichtbare Grundrechte seiner Durchführung im Wege stehen. Das Gleiche gilt, wenn eine Veränderung der Verjährungsfrist auf das Handeln des Gesetzgebers warten muss. Der Schutz des rechtsstaatlichen Minimums individueller Rechte mag es in solchen Fällen hinnehmbar erscheinen lassen, dass die Regeln nicht in allen Teilen der Union in völlig gleicher Weise angewandt werden.
- Hierüber darf aber nicht vergessen werden, dass das Konstrukt der „Verfassungsidentität“ leicht missbraucht werden kann. Das von demokratisch legitimierten Repräsentanten politisch ausgehandelte gegenseitige Geben und Nehmen in einer Staatengemeinschaft wird aus dem Gleichgewicht gebracht, wenn in einem Staat Minderheitsinteressen zu Fragen der Verfassungsidentität stilisiert oder wenn unter Berufung auf die letztere Zuständigkeiten der Union in Frage gestellt werden. Wenn Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten es unternehmen, die Zuständigkeitsregeln der Union, über die nach den Verträgen (Artikel 344 AEUV) der Europäische Gerichtshof die endgültig entscheidet, durch ihre eigene Auslegung zum nationalen Rettungsanker gegenüber Mehrheitsentscheidungen im Rat der Union zu stilisieren, dann untergraben sie die von Artikel 23 des Grundgesetzes gewollte demokratische Ausgestaltung der Union, denn Entscheidungen der Mehrheit und die Regeln der Gewaltenteilung zu akzeptieren ist für demokratische Verfahrensweisen unverzichtbar. Das in Artikel 4 Absatz 2 EUV zum Ausdruck gebrachte Konstrukt der Verfassungsidentität hat das legitime Ziel, Pluralismus und Vielfalt in der Einheit zu bewahren. Dies Ziel kann aber nur dann erreicht werden, die verschiedenen Verfassungsidentitäten in einer gemeinsamen Perspektive entfaltet werden. Nicht das Trennende, sondern eine Kultur der Solidarität zwischen den Bürgern und den Staaten der Union sollte dabei im Vordergrund stehen. Ausgrenzende Abwehrhaltungen, die aus der Staatsrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts abgeleitet werden, interpretieren Verfassungsidentität dagegen in einer Weise, die aus den Katastrophen der europäischen Nationalstaaten im 20. Jahrhundert wenig gelernt hat. Ihnen gegenüber ist gesundes Misstrauen angebracht.

---

<sup>21</sup> Siehe die Urteile des Europäischen Gerichtshofes vom 8. September 2015 und 5. Dezember 2017 (C-105/14 und C-42/17) „Taricco“. Einzelheiten zu der Rechtsprechung des Italienischen Verfassungsgerichtshofes in diesem Zusammenhang bei *Lukas Staffler*, Verfassungsidentität und strafrechtliche Verjährung. Das (vorläufige) Ende des Konflikts zweier Höchstgerichte in der Rechtssache Taricco, EuGRZ 2018, S. 613 ff.

- Neuerdings gewährt das Bundesverfassungsgericht Grundrechtsschutz nach Maßgabe der seit 2012 rechtsverbindlichen EU-Charta, wenn deutsche Behörden vollständig vereinheitlichtes EU-Recht anwenden. Die Anwendung staatlicher Grundrechtsstandards würde in diesen Fällen die Einheitlichkeit des EU-Rechts untergraben (Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II). Die Ermöglichung einer Verfassungsbeschwerde stellt den Rechtsweg in solchen Fällen demjenigen gleich, der bei Verletzungen von Grundrechten aus dem Grundgesetz eröffnet ist.
  - Das Gericht sieht in der „Öffnung des Grundgesetzes für das Unionsrecht ... nicht einen Rückzug der deutschen Staatsgewalt aus der Verantwortung für die der Union übertragenen Materien ... Durch die Einbeziehung der Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab nimmt das Bundesverfassungsgericht im Verfahren der Verfassungsbeschwerde ... seine Integrationsverantwortung wahr“.
  - Bei der Anwendung nicht vollständig vereinheitlichten EU-Rechts durch deutsche Behörden prüft das Bundesverfassungsgericht vorrangig die Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes. Sollte deren Schutzniveau aber niedriger sein als das der Unionsgrundrechte, will das Gericht subsidiär auf die Letzteren zurückgreifen. (Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I).
  - Wenn bei Anlass zu Zweifeln über die korrekte Auslegung der Unionsgrundrechte der Europäische Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wird, ermöglicht diese neue Orientierung eine Komplementarität der Gerichte beim Grundrechtsschutz und erübrigt die Frage, welches Gericht das letzte Wort hat.

## 7. Konfliktzonen

Konfliktzonen im Spannungsfeld von Europarecht und deutschem Verfassungsrecht ergeben sich im Hinblick darauf, dass Handlungen europäischer Organe deren Befugnisse überschreiten können (*ultra-vires*) und Handlungen deutscher Organe im Widerspruch zu unveränderlichen Prinzipien des deutschen Grundgesetzes stehen können (*Verfassungsidealität*). Beide Fallgruppen können nicht immer scharf getrennt werden, wie das Bundesverfassungsgericht selbst für den Fall einer Verletzung des von ihm anerkannten „Rechts auf Demokratie“ eingeräumt hat.

### 7.1. Überschreitung von Befugnissen durch europäische Organe

- Bundesverfassungsgericht versteht sich europarechtsfreundlich.

Im Urteil vom 8. April 1987 (BVerfGE 75, 223) wendete das Gericht die in den Solange-Urteilen entwickelten theoretischen Prämissen an und entwickelte eine europarechtsfreundliche Generallinie.

In dem Verfahren stand die Verfassungsmäßigkeit eines Urteils des Bundesfinanzhofs zur Diskussion. Dieser hatte es im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof einer Bürgerin versagt, sich auf eine von der Bundesrepublik nicht durchgeführte Gemeinschaftsrichtlinie zu berufen. Der Bundesfinanzhof meinte, die Recht-

sprechung des Europäischen Gerichtshofs zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien würde in diesem Fall zu einer Überschreitung der Befugnisse führen, die durch das Zustimmungsgesetz auf die Gemeinschaft übertragen worden waren.

Das Bundesverfassungsgericht prüfte, ob die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs den Rahmen des Zustimmungsgesetzes zum EWG-Vertrag und die verfassungsrechtlichen Grenzen für eine Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften überschreitet. Beide Fragen verneint es: Die „vertraglich begründeten Handlungsformen der Gemeinschaftsgewalt ... werden nicht erweitert oder durch neuartige Handlungsformen ergänzt; die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten werden weder erhöht noch verschärft“ (Urteil vom 8. April 1987 aaO. S. 243).

- Dynamische Auslegung des EU-Rechts durch EuGH und die Befürchtung von der Befugnisüberschreitung

Der Umfang der Hoheitsbefugnisse, die in den europäischen Organen gemeinsam ausgeübt werden, ist in den Vertragstexten umschrieben. Über deren genaue Tragweite sind unterschiedliche Meinungen möglich. Je nach Interessenlage haben Regierungen und europäische Organe von Fall zu Fall eine gemeinsame Handlungsbefugnis befürwortet oder bestritten. Nach den Verträgen (jetzt Artikel 344 AEUV) hat das letzte Wort über solche Meinungsverschiedenheiten der Europäische Gerichtshof.

Im Laufe der Jahre hat sich bei einzelstaatlichen Stellen, die nicht direkt in die Entscheidungsprozesse auf der Ebene der Europäischen Union eingebunden sind, die Sorge verbreitet, der Europäische Gerichtshof – selbst ein Organ der Europäischen Union – könne versucht sein, die Befugnisse der Letzteren über Gebühr zu Lasten der Mitgliedstaaten auszudehnen. Das wird in der folgenden Aussage reflektiert, über die es keinen Streit gibt: „Der Gemeinschaft ist durch den EWG-Vertrag nicht eine Rechtsprechungsgewalt zur unbegrenzten Kompetenzerweiterung übertragen worden.“ (Urteil vom 8. April 1987 aaO. S. 242, 243).

- Das BVerfG anerkennt die Befugnis der EU-Gerichte zur Rechtsfortbildung

In der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, der Bürger „könne sich in bestimmten begrenzten Fällen gegenüber dem Mitgliedstaat in einem Rechtsstreit auf die Richtlinie ‚berufen‘ und der Mitgliedstaat könne ihm die Nichterfüllung der Richtlinie nicht entgegenhalten ... liegt gewiss ein Stück Rechtsfortbildung.“ (Urteil vom 8. April 1987 aaO. S. 241 f.) Das Gericht hat aber „keine Zweifel daran ..., daß die Mitgliedstaaten die Gemeinschaft mit einem Gericht ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offenstehen sollten, wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind. Der Richter war in Europa niemals lediglich «la bouche qui prononce les paroles de la loi»; das römische Recht, das englische common law, das Gemeine Recht waren weithin richterliche Rechtsschöpfungen“.

Das Bundesverfassungsgericht hält sich aber für berechtigt und verpflichtet, das Handeln der europäischen Organe und Einrichtungen darauf zu überprüfen, ob es „sich in

den Grenzen der ihr übertragenen Hoheitsrechte hält oder aus ihnen ausbricht“ (Urteil vom 8. April 1987 aaO. S. 242)

- insbesondere ob sie die ihnen übertragenen Kompetenzen offensichtlich überschreiten oder
- ob sie Kompetenzen „im nicht übertragbaren Bereich der Verfassungsidentität ausüben“.

Handlungen von Unionsorganen, die in solcher Weise die übertragenen Kompetenzen überschreiten, wären „im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich“ und deutsche Staatsorgane dürften sie für die deutsche Rechtsordnung nicht anwenden, wenn das Bundesverfassungsgericht dies angeordnet habe. (Urteil v. 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 188; Beschluss vom 6.7.2010 BVerfGE 126, 286, 302).

- Nur objektiv willkürliche Entscheidungen können *ultra vires* sein

Die Tragweite der in Anspruch genommenen Prüfungsbefugnis ist vom angewandten Prüfungsmaßstab abhängig. Die im Urteil vom 8. April 1987 erörterte Rechtsprechung des Gerichtshofs blieb nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts „weit davon entfernt, diese Grenzen zu überschreiten“ (aaO. S. 243). Aber wo lagen die Grenzen, von deren Existenz das Bundesverfassungsgericht überzeugt war? Für Einzelne, die vom europäischen Gemeinschaftsrecht nachteilig betroffen waren, schuf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinreichende Anreize, diese Grenzen in weiteren Rechtsstreitigkeiten auszutesten.

Vorläufig stand fest, dass für Rechtsfragen, deren Entscheidung ihm in den Gemeinschaftsverträgen übertragen worden war, der Europäische Gerichtshof „gesetzlicher Richter“ im Sinne des Artikels 101 des Grundgesetzes ist. Damit kam in Betracht, dass das Bundesverfassungsgericht ein nicht mehr anfechtbares Urteil eines deutschen Gerichts aufhebt, wenn dieses die nach Gemeinschaftsrecht gebotene Vorlage an den Europäischen Gerichtshof unterlassen hat. Allerdings stelle „nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht ... einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar“. Das Bundesverfassungsgericht überprüft nur, ob „bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken“ die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregeln noch verständlich erscheinen oder offensichtlich unhaltbar sind. Allein ein solcher Kontrollmaßstab entspreche der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 31.5.1990, BVerfGE 82, 159, 195, bestätigt und präzisiert im Beschluss vom 6.7.2010 BVerfGE 126, 286).

Damit überträgt das Bundesverfassungsgericht den zurückhaltenden Maßstab, den es sich für die Kontrolle von Zuständigkeitsentscheidungen deutscher Gerichte auferlegt hatte, auf seinen Anspruch zu überwachen, ob die Organe der Europäischen Union im Rahmen ihrer Zuständigkeitsregeln handeln. „Der Gerichtshof [hat] Anspruch auf Fehlertoleranz. Daher ist es nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, bei Auslegungsfragen des Unionsrechts [...] seine Auslegung an die Stelle derjenigen des Gerichtshofs zu setzen.“ (aaO. S. 307, bestätigt im Urteil vom 5.5.2020 Randnr. 112) Es beschränkt die selbst auferlegte „Pflicht, [...] substantiierten Rügen eines Ultra-vires-Handelns von

Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union nachzugehen“ (Urteil vom 5.5.2020 Randnr. 111) auf Fälle, in denen „ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe hinreichend qualifiziert ist. Das setzt voraus, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt.“ Außerdem müsse vor der Annahme eines „Ultra-vires-Akts“ dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens Gelegenheit zur Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen gegeben werden. (Beschluss vom 6.7.2010 BVerfGE 126, 286, 307).

Für diese Zurückhaltung gibt es einen einleuchtenden Grund: „Wenn jeder Mitgliedstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet.“ (BVerfGE 126, 286, 303, bestätigt im Urteil vom 5.5.2020 Randnr. 111). Zudem meint das Gericht, dass nur in „seltenen Grenzfällen die verfassungsrechtliche und die unionsrechtliche Perspektive nicht vollständig harmonisieren“ (aaO. S. 303).

- Anleihekäufe der Zentralbank: Geld- oder Wirtschaftspolitik

Trotzdem verstand das Verfassungsgericht den Vorbehalt der *ultra vires* Kontrolle nicht nur als „Notbremse“ bei einer offensichtlichen Entgleisung der europäischen Institutionen. Konkrete Zweifel, ob das Handeln eines Unionsorgans dessen Befugnisse überschreitet, äußerte das Bundesverfassungsgericht erstmals nach der Ankündigung des Präsidenten der Europäischen Zentralbank, die gemeinsame Währung stabilisieren zu wollen, „whatever it takes“. Eine anhängige Verfassungsbeschwerde veranlasste das Gericht, den Europäischen Gerichtshof mit der Frage zu befassen, ob sich das angekündigte Programm zur Durchführung von Offenmarktgeschäften („Outright Monetary Transactions“ – OMT) innerhalb der auf die Zentralbank übertragenen Befugnisse hält. Der Vorlagebeschluss vom 14. Januar 2014 ließ erkennen, dass das Verfassungsgericht zu der Auffassung neigte, wegen seiner wirtschaftspolitischen Wirkungen gehe das Programm über den Rahmen der Währungspolitik hinaus, für die allein der Zentralbank Befugnisse übertragen wurden. Aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 16. Juni 2015, Rechtssache C-62/14 „Gauweiler“ Randnr. 51, 59) lag der Schwerpunkt des Programms im Bereich der Währungspolitik. Die Auswirkungen des Programms auf die Wirtschaftspolitik seien nur mittelbar. Die vom Programm umfassten Maßnahmen müssten in Anbetracht der Ziele der Währungspolitik verhältnismäßig sein. Dabei habe die Zentralbank ein „weites Ermessen“, aber auch die Pflicht, ihr Handeln zu begründen, so dass der Gerichtshof dessen Verhältnismäßigkeit überprüfen kann (aaO. Randnr. 66-68). Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit veranlasste den Gerichtshof, für die Durchführung des Programms (die übrigens niemals zustande kam) eine Reihe einschränkender Bedingungen zu formulieren. Diese Einschränkungen kamen auch den Besorgnissen entgegen, die das Bundesverfassungsgericht im Vorlagebeschluss vom 14. Januar 2014 zum Ausdruck gebracht hatte.

Im Urteil 16. Februar 2016 (BVerfGE 142, 123) wiederholte das Bundesverfassungsgericht zunächst ausführlich die Maßstäbe, an Hand derer es ausnahmsweise Handlungen von Organen der Europäischen Union überprüft. Es stellt klar, dass Maßnahmen nicht-deutscher Hoheitsträger keine Akte der deutschen öffentlichen Gewalt sind. Sie können deshalb nicht unmittelbar Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein. Eine Befugnis zur Prüfung solcher Maßnahmen beansprucht das Gericht nur insoweit, als diese entweder Grundlage von Handlungen deutscher Staatsorgane sind oder Reaktionspflichten auslösen, die aus der Integrationsverantwortung deutscher Verfassungsorgane folgen (aaO. Randnr. 97, 99).

Im Ergebnis brachte das Gericht gegen das OMT-Programm zwar „gewichtige Bedenken, letztlich [aber] keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwände“ zum Ausdruck. „Die Auffassung des Gerichtshofs, der Grundsatzbeschluss über das OMT-Programm sei kompetenzgemäß und verstoße nicht gegen das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung [...] „bewegt sich noch innerhalb des ihm in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV erteilten Mandates.“ (aaO. Randnr. 175, 176).

Ob das Bundesverfassungsgericht von seinem Nichtanwendungsvorbehalt nur im äußersten Notfall Gebrauch machen oder doch im Einzelfall beanspruchen würde, den Europäischen Gerichtshof zu korrigieren, war damit zunächst offengeblieben.

- Pflicht des EuGH zur Überwachung der Verhältnismäßigkeit des Handelns der Zentralbank

Die verbreitete Befürchtung, der vom Bundesverfassungsgericht eingeschlagene Weg müsse zum Konflikt führen, bewahrheitete sich dann bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung weiterer Beschlüsse der Europäischen Zentralbank, die umfangreiche Aufkäufe öffentlicher Anleihen auf sekundären Finanzmärkten betrafen und ab Oktober 2014 tatsächlich durchgeführt wurden.

In Vorlagefragen an den Europäischen Gerichtshof vom 18. Juli 2017 hatte das Gericht seine Zweifel an der Vereinbarkeit des sog. PSPP-Beschlusses<sup>22</sup> mit dem Recht der Europäischen Union zum Ausdruck gebracht. Die Fragen betrafen verschiedene Aspekte der Währungspolitik, insbesondere aber Zweifel an der Vereinbarkeit der Beschlüsse mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, zum einen wegen der starken wirtschaftspolitischen Auswirkungen der Maßnahmen und zum anderen, weil während des mehr als zwei Jahre andauernden Vollzugs nicht überprüft werden kann, ob die Maßnahmen noch erforderlich und verhältnismäßig sind.

In seiner Antwort (Urteil vom 11. Dezember 2018 in der Rechtssache C-493/17 „Weiss“) bestätigte der Europäische Gerichtshof seine Verantwortung bei der Kontrolle der Verhältnismäßigkeit der in einem solchen Programm enthaltenen Maßnahmen. Bei der Ausarbeitung und Durchführung eines Programms für Offenmarktgeschäfte habe die Zentralbank zwar „ein weites Ermessen“. Der Gerichtshof prüfte aber im Hinblick auf das mit dem Beschluss verfolgte währungspolitische Ziel, ob die Zentralbank „einen

---

<sup>22</sup> Im Einvernehmen der Verfahrensbeteiligten war die Prüfung auf das dem Umfang nach bedeutendste Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Programme (PSPP) beschränkt worden.

offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat“ oder die Maßnahme offensichtlich über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist (Randnr. 24, 73, 79). Diese Prüfung wird in dreißig Absätzen der Entscheidungsgründe substantiiert und führt zu dem Ergebnis, dass der PSPP-Beschluss der Zentralbank nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt. Die Antwort des Gerichtshofs auf die übrigen Fragen enthält ebenfalls keinen Anhaltspunkt für eine Rechtswidrigkeit dieses Beschlusses.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 5. Mai 2020 entschieden, dass Bundesregierung und Deutscher Bundestag verfassungsmäßige Rechte der Beschwerdeführer dadurch verletzt haben, dass sie keine geeigneten Maßnahmen dagegen ergriffen haben, dass die EZB weder geprüft noch dargelegt hat, dass die von ihr beschlossenen Ankaufprogramme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. „Die anderweitige Auffassung des Gerichtshofs im Urteil vom 11. Dezember 2018 [steht dem] nicht entgegen, da das Urteil in diesem Punkt schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar und insoweit ultra vires ergangen ist.“ (Randnr. 116).

Konkret macht das Verfassungsgericht dem Europäischen Gerichtshof den Vorwurf, bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Beschlusses der Zentralbank dessen wirtschaftspolitische Auswirkungen und Rückwirkungen auf die wirtschaftspolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten nicht gewürdigt zu haben, obwohl das Bundesverfassungsgericht in den Vorlagefragen solche von ihm befürchteten Wirkungen angesprochen hatte. Unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofes, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Maßnahme durchaus berücksichtigte, hielt das Bundesverfassungsgericht dies für ein schwerwiegendes Versäumnis. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes habe „Bedeutung und Tragweite des auch bei der Kompetenzverteilung zu beachtenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV) offensichtlich“ verkannt und sei „wegen der Ausklammerung der tatsächlichen Wirkungen des PSPP methodisch nicht mehr vertretbar“ (Randnr. 119).

Das Bundesverfassungsgericht hat damit ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs, mit dem dieser auf die von ersterem vorgelegten Fragen antwortete, als für sich – und andere deutsche Staatsorgane – nicht verbindlich angesehen. Es bekräftigte seine Zweifel an der Verhältnismäßigkeit des PSPP-Beschlusses und verpflichtete die Bundesregierung und den Bundestag, sich in Ausübung ihrer Integrationsverantwortung zu vergewissern, ob die Maßnahme verhältnismäßig war und, falls dies nicht der Fall sei, auf ihre Beendigung hinzuwirken und jede weitere Mitwirkung an ihr zu unterlassen.

Im weiteren Verlauf machte die Deutsche Bundesbank dem Bundesminister der Finanzen und dem Deutschen Bundestag vertrauliche Dokumente der Europäischen Zentralbank zugänglich. In einem Schreiben vom 26. Juni 2020 vertrat ersterer die Auffassung, aus diesen Unterlagen sei ersichtlich, dass der Rat der Europäischen Zentralbank die Verhältnismäßigkeit seiner Maßnahmen mit nachvollziehbaren Abwägungen geprüft habe. Der Deutsche Bundestag erklärte in einem Beschluss vom 30. Juni 2020 die Darlegung der EZB zur Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung als nachvollziehbar und die Vorgaben des Urteils des BVerfG vom 5. Mai 2020 somit als erfüllt.

Die Anträge der am Ausgangsverfahren Beteiligten auf Erlass einer Vollstreckungsanordnung zum Urteil vom 5. Mai 2020 wurden am 29. April 2021 vom Bundesverfassungsgericht als unzulässig verworfen (Beschluss 2BvR 2006/15), weil sie ihrem Inhalt nach über die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Urteils hinausgingen. Vorsorglich wies das Gericht in diesem Zusammenhang aber darauf hin, dass Bundesregierung und Bundestag im Zusammenwirken mit der EZB nach dem 5. Mai 2020 in Wahrnehmung ihrer Integrationsverantwortung tätig geworden sind. Dabei legte es im Einzelnen dar, dass dieses Tätigwerden weder offensichtlich unzulänglich noch einer Untätigkeit gleich zu achten wäre (Randnr. 89-110).

Das rasche Tätigwerden der deutschen Verfassungsorgane hat mithin bewirkt, dass das Urteil vom 5. Mai 2020 sich nicht nachteilig auf die Durchführung der Beschlüsse der Europäischen Zentralbank auswirken konnte.

## 7.2. Überschreitung von Befugnissen durch einzelstaatliche Organe

In zwei Urteilen hat das Bundesverfassungsgericht vor der Ratifikation durch den Bundespräsidenten eine Kontrolle darüber ausgeübt, ob das vom Bundestag beschlossene Zustimmungsgesetz zu einem europäischen Integrationsvertrag die Grenzen verletzt, die dem Gesetzgeber durch das Grundgesetz gezogen sind. Diese ex-ante Kontrolle ist für den Geltungsanspruch des Rechts der EU unproblematisch. Eine Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes erhöht insoweit die Rechtssicherheit. Diese Kontrolle könnte aber problematisch werden, wenn sie Integrationsschritte verhindern würde, die eine qualifizierte Mehrheit von Bundestag und Bundesrat für erforderlich hält.

- Urteil zum Vertrag von Maastricht
  - Grundrecht auf Fortbestand des Staates

Im Urteil vom 12. Oktober 1993 (BVerfGE 89, 155) stellte das Bundesverfassungsgericht klar, dass nicht nur Verfassungsorgane durch einen entsprechenden Antrag die Prüfung eines Zustimmungsgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht auslösen können, sondern dass jeder Bürger im Wege einer Verfassungsbeschwerde geltend machen könne, das Gesetz verletze das Grundrecht auf demokratische Repräsentation in dem durch das Grundgesetz geschaffenen Staat (aaO. S. 171 ff.). Dies aus Artikel 38 des Grundgesetzes abgeleitete Recht wirkt praktisch als ein jedem Staatsbürger zustehendes Grundrecht auf Fortbestand der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Grundsätze, die das Grundgesetz für unveränderlich erklärt.

Damit war nach dem Urteil vom 12.10.1993 bei Änderungen oder Ergänzungen der Integrationsverträge damit zu rechnen, dass das Zustimmungsgesetz vom Verfassungsgericht geprüft wird. Seit dem Vertrag von Lissabon wurde das mit den Urteilen zu ESM I und ESM II und zum Patentabkommen zur ständigen Praxis. Ob sich diese Praxis als zusätzliche Sicherung der Freiheit oder als Gefahr für den Integrationsprozess auswirkt, kann erst die weitere Entwicklung zeigen.

- Wahrung der Befugnisse des Parlaments

Soweit das Gericht die Verfassungsbeschwerde als zulässig ansah, hat es sie als unbegründet abgewiesen. Der vom Grundgesetz in Artikel 38 gewährleistete Inhalt sei nicht verletzt. Der Vertrag begründe „einen europäischen Staatenverbund“ und nicht eine „Zugehörigkeit zu einem europäischen Staat“. Die Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Union würden durch das „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ in hinreichend voraussehbarer Weise normiert. Der Vertrag begründe „keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union“. Weitere Aufgaben und Befugnisse seien von „Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen“ und damit von der zustimmenden Entscheidung der nationalen Parlamente abhängig. Die Entscheidungs- und Kontrollzuständigkeiten des Deutschen Bundestages würden noch nicht in einer Weise entleert, die das Demokratieprinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärt, verletzt (aaO. S. 181). Die Verringerung demokratischer Legitimation durch die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank berühre zwar das Demokratieprinzip, sei aber wegen der in Art. 88 Abs. 2 des Grundgesetzes vorgesehenen „Modifikation dieses Prinzips mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar“ (aaO. S. 208).

Bis auf die Überflüssigkeit des Wörtchens „noch“ wäre diesen Schlussfolgerungen nichts hinzuzufügen, wengleich die Erwägungen, auf die sie gestützt sind, eine kritische Würdigung im Einzelnen verdienen und in der Literatur auch erhalten haben.

- Urteil zum Vertrag von Lissabon

Mit dem Urteil vom 30. Juni 2009 (BVerfGE 123, 267) ermöglicht das Bundesverfassungsgericht die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon. Die durch diesen Vertrag umgestaltete Europäische Union begreift das Gericht als eine auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten. Diese übt auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt aus. Über ihre Grundordnung verfügen allein die Mitgliedstaaten. Subjekte demokratischer Legitimation sind die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten (aaO. Leitsatz 1 und S. 348).

- Gestaltungsautonomie der Mitgliedstaaten

Die Union darf nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt (aaO. Leitsatz 3 und S. 347).

Das Demokratieprinzip und das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag erfordern die Erhaltung der Gestaltungsfähigkeit des Bundestages als Haushaltsgesetzgeber (aaO. S. 163).

Zu wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung zählt das Gericht unter anderem die Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Eingriffstatbestände wie Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege oder bei Unterbringungsmaßnahmen, weiterhin kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Mei-

nungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder den Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis. (aaO. S. 358)

Das Grundgesetz untersage, der Union die Kompetenz-Kompetenz zu übertragen, ihr ständig weitere Zuständigkeiten einzuräumen, noch bestehende Einstimmigkeitserfordernisse zu überwinden oder „prägende Regularien der Staatengleichheit“ aufzugeben (aaO. 349 f.).

Die Prämissen, von denen das Verfassungsgericht ausgeht, sind in Anbetracht der Tatsachen des europäischen Integrationsprozesses unschwer nachvollziehbar. Die konkreten Schlussfolgerungen, die es in seinen Ausführungen – ohne jede Veranlassung durch die zur Entscheidung anstehenden Rechtsfragen – entwickelt, erscheinen dagegen als zeitbedingte Projektion mit der Absicht, den Vertrag von Lissabon als gerade noch zulässig erscheinen zu lassen. Nicht ohne Grund sind die aufgezählten Materien bisher in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben. Doch muss es in einer offenen Gesellschaft möglich sein und bleiben, künftig zu erwägen, ob und für welche Teilaspekte aus diesen Bereichen eine Zusammenlegung der Hoheitsgewalten zu gemeinsamer Auslegung erstrebenswert ist.

Das Gericht hat dargelegt, dass es ihm um die Selbstbestimmung der Staatsbürger geht. Nun wirken sich die Handlungen der Staaten der Gegenwart nicht nur im eigenen Territorium und auf die eigenen Staatsbürger aus, sondern haben vielfältige darüber hinaus gehende tatsächliche Wirkungen. Das gilt auch für die vom Bundesverfassungsgericht als „übertragungsfest“ eingestuftes Materien, zum Beispiel bei der Verteidigung, aber auch in den anderen, im Kern innenpolitischen Bereichen, in denen staatliche Maßnahmen immer wieder – oft ohne Absicht – die Selbstbestimmung der Bürger anderer Staaten im Rahmen ihrer Verfassungsordnung einschränken. Insoweit verdient die Aufstellung des Bundesverfassungsgerichts weiteres Nachdenken darüber, wo das unverzichtbare Maß liegt, das für die Selbstbestimmung der deutschen Staatsbürger über ihre eigenen Angelegenheiten notwendig ist, ohne dabei die Selbstbestimmung der Bürger anderer Staaten zu schmälern. Denn unbeschränkte Selbstbestimmung einer abgegrenzten menschlichen Gemeinschaft führt unweigerlich zu nicht kontrollierbaren Konflikten mit anderen Gemeinschaften.

- Integrationsverantwortung

Bundesregierung und Parlament tragen Verantwortung dafür, dass die weitere Integrationsentwicklung den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Dabei geht es darum, dass der Inhalt der europäischen Verträge in manchen Fällen durch vereinfachte Verfahren ohne Ratifikation verändert werden kann. Wenn die Veränderungen, um die es dabei geht, in den Verträgen inhaltlich nicht hinreichend bestimmt sind, dürfen die Vertreter der Regierung ihnen im Rat der Union nur zustimmen, wenn das Parlament dies zuvor durch Gesetz genehmigt hat (Leitsatz 2).

Damit korrigiert das Gericht in gewisser Weise einen ursprünglichen Konstruktionsfehler bei der Zuweisung der einzelstaatlichen politischen Verantwortlichkeiten. Die parlamentarische Kontrolle der europäischen Integration war in Deutschland schwach. Wie in vielen anderen Staaten galt sie als Teil der Außenpolitik, die tradi-

tionell als Domäne der Exekutive angesehen wurde. Im gleichen Zug dehnt das Gericht seine eigenen Kontrollmöglichkeiten aus, denn die verfassungsgerichtliche Überprüfung der entsprechenden parlamentarischen Beschlüsse und des darauf beruhenden Vorgehens des Vertreters der Bundesregierung im Rat wird möglich. So muss nunmehr bei Rechtsakten der Europäischen Union, die auf die Generalklausel des Artikel 352 AEUV gestützt sind (z. B. Regelungen über die Bankenaufsicht, dazu Urteil vom 30.7.2019, BVerfGE 151, 202), damit gerechnet werden, dass das Bundesverfassungsgericht befasst wird und das Handeln der Union an den dargelegten Maßstäben überprüft.

- Urteile zur Sperrklausel im Europawahlgesetz

Die beiden Urteile des Bundesverfassungsgerichts (vom 9.11.2011 BVerfGE 129, 300 und vom 26.2.2014 BVerfGE 135, 295) zur Sperrklausel im Europawahlgesetz stehen nicht direkt in Spannung zum Recht der Europäischen Union. Im Rahmen der (von allen Mitgliedstaaten ratifizierten) Akte über die Direktwahlen zum Europäischen Parlament liegt die Ausgestaltung des Wahlrechts für die Europawahlen im Ermessen des staatlichen Gesetzgebers. Nur die Ausübung dieses Ermessens war Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung. Die Urteile geben jedoch interessanten Aufschluss darüber, wie das Gericht die Funktionsweise der Europäischen Union und ihre demokratischen Verfahren wahrnimmt.

- Demokratie – one man, one vote

Die Urteile lassen erkennen, dass das Gericht aufgrund rein theoretischer Erwägungen den Verfahren der Europäischen Union volle demokratische Legitimation abspricht. Ohne darauf einzugehen, wie in der institutionellen Wirklichkeit demokratische Repräsentation tatsächlich funktioniert, scheint es letztere auf formale Wahlrechtsgleichheit zu reduzieren. Dem kann das Europäische Parlament allein schon deshalb nicht genügen, weil die Zahl der in den einzelnen Mitgliedstaaten gewählten Abgeordneten zu der Bevölkerung dieser Staaten degressiv proportional ist. Das Verfassungsgericht scheint zu befürchten, dass die Wähler aus dem bevölkerungsreichsten Mitgliedstaat nicht angemessen repräsentiert werden. Die gewählten Repräsentanten teilen eine solche Befürchtung nicht. Denn ein ausgleichendes Gegengewicht bilden nicht nur die Abstimmungsmodalitäten im Rat. Im Europäischen Parlament hat selbstverständlich jeder Abgeordnete bei den Schlussabstimmungen gleiches Stimmrecht. Die politische Willensbildung wird aber durch transnationale Fraktionen vermittelt. Beschlussvorlagen und Empfehlungen für die Plenarabstimmungen werden – überwiegend im Rahmen von Ausschussberatungen – inhaltlich durch die Fraktionen gestaltet. Das Verfassungsgericht ist sich dessen durchaus bewusst (BVerfGE 129, 327 ff.) und hat die Integrationsleistung der Fraktionen entsprechend gewürdigt. Es verschließt sich aber der Einsicht, dass in solchen Gremien Abgeordnete aus bevölkerungsreichen Staaten wegen ihrer relativ größeren Zahl einen Einfluss ausüben können, der die zahlenmäßige Unterrepräsentation ihrer Wähler im Vergleich zur gesamten Unionsbürgerschaft durchaus aufwiegt.

○ Gleiche Systemrelevanz: Kommissionsmehrheit und Kanzlermehrheit

Das Gericht unterschätzt auch die Bedeutung des Zustandekommens von Mehrheiten im Europäischen Parlament. Bei der Wahl zum Deutschen Bundestag hält es die Sperrklausel für gerechtfertigt, weil „die Bildung einer stabilen Mehrheit für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und deren fortlaufende Unterstützung nötig“ sei (BVerfGE 129, 335). Die Wahl des Präsidenten der Europäischen Kommission auf Vorschlag des Europäischen Rates erfordere im Europäischen Parlament zwar die Mehrheit seiner Mitglieder. Die Rechtsetzung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren sei aber nicht auf weitere Zustimmung des Parlaments angewiesen (aaO. S. 336 f.). Dies entspricht nur bedingt den Tatsachen. Auch für Deutschland kann das Gericht das Erfordernis einer „stabilen Mehrheit“ nicht aus dem Grundgesetz ableiten. Das Zustandekommen von Mehrheiten kann durch keine freiheitliche Verfassung angeordnet werden. Bei diesem Erfordernis handelt es sich um eine politische Bewertung, die z. B. in den skandinavischen Staaten durchaus nicht geteilt wird, und die das Gericht als tragfähigen Rechtfertigungsgrund unterstellt. Auf der Ebene der Europäischen Union ist die Verfahrenslage zwar anders als in Deutschland, aber in gleicher Weise auf das Zustandekommen von Mehrheiten angewiesen. Solange das Europäische Parlament den Präsidenten der Europäischen Kommission nicht mit der erforderlichen Mehrheit gewählt hat, sind die Einsetzung einer neuen Kommission und die Rechtsetzungsarbeit der Union blockiert. Denn Rechtsetzungsvorhaben können (vorbehaltlich weniger Ausnahmen) nur von der Kommission in Gang gesetzt werden. In gleicher Weise wie die Bundesregierung nach einer Bundestagswahl bleibt die Europäische Kommission nach einer Europawahl geschäftsführend im Amt, bis eine neue Kommission eingesetzt ist. Diese ist zur Vorlage neuer legislativer Vorhaben aber ebenso wenig legitimiert wie eine nur geschäftsführende Bundesregierung. Anders als der Bundestag kann das Europäische Parlament auch nicht aufgelöst werden, wenn dauerhaft keine Mehrheit zustande kommt. Bis zu einer im Jahre 2017 in Kraft getretenen Änderung der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments hätte die durchaus denkbare politische Situation, dass nur negative Mehrheiten zustande kommen, sogar eine Blockade aller Gesetzgebungsverfahren bewirkt, in denen die erste Lesung noch nicht abgeschlossen ist.

## 8. Gebührt einer Seite das letzte Wort?

- Die zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den einzelstaatlichen Verfassungsgerichten existierenden Divergenzen haben Spannung zum Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung erzeugt.

Die Entwicklung der Rechtsprechung der höchsten Gerichte in der Europäischen Union hat dazu geführt, dass in Bezug auf eine einzelne Rechtsfrage das überall in der Union einheitlich geltende Unionsrecht etwas anderes verlangen kann als das in einem Mitgliedstaat geltende und von dessen Organen angewandte Recht. Dies wird von der Öffentlichkeit in erster Linie in Bezug auf Staaten problematisiert, denen die Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze vorgehalten wird, gilt aber in gleicher Weise auch für Deutschland. Europarecht und deutsches Recht sind noch nicht nahtlos zusammengewachsen.

Dieses Ergebnis steht in Widerspruch zu dem von der traditionellen Rechtsphilosophie postulierten Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung<sup>23</sup>. Das Bundesverfassungsgericht meint dazu: Die nach der rechtlichen „Konstruktion im Grundsatz unvermeidlichen Spannungslagen“ sind „im Einklang mit der europäischen Integrationsidee kooperativ auszugleichen und durch wechselseitige Rücksichtnahme zu entschärfen.“ (BVerfG Urteil vom 5.5.2020 Randnr. 111)

Unter diesen Umständen wird man den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nicht als Feststellung einer Sachlage verstehen können, sondern nur noch in der Weise, dass die Juristen aufgerufen sind, an der Überwindung der in einer Rechtsordnung immer wieder auftretenden Widersprüche zu arbeiten.

- Kritische Argumente gibt es sowohl gegenüber dem Europäischen Gerichtshof als auch gegenüber dem Bundesverfassungsgericht.

Dem Europäischen Gerichtshof wird nicht selten entgegengehalten, bei der Interpretation der auf die Europäische Union übertragenen Befugnisse agiere er als Richter in eigener Sache. Die Stellung des Europäischen Gerichtshofs zur Grundordnung der Europäischen Union ist im Prinzip nicht anders als die eines Verfassungsgerichts zur einzelstaatlichen Verfassungsordnung. Es wird kaum möglich sein, ein parteiliches Interesse des Gerichtshofs an einer Ausweitung der Unionsbefugnisse substantiiert darzulegen. Ebenso wenig wie die Befugnisse eines einzelstaatlichen Verfassungsgerichts bei der Wahrnehmung neuer staatlicher Aufgaben vergrößern sich die Befugnisse des Europäischen Gerichtshofs nicht mit neuen Tätigkeitsfeldern der Union, sondern allenfalls mit einer ausdehnenden Interpretation der eigenen Befugnisse, die eher bei den einzelstaatlichen Verfassungsgerichten zu beobachten ist. Näher liegt es zu bedenken, dass der Europäische Gerichtshof nicht leichtfertig eine ausdehnende Interpretation von Befugnissen, der die Repräsentanten der „Herren“ der Verträge im Rat zugestimmt haben, als mit diesen Verträgen unvereinbar qualifizieren wird. Demgegenüber wird durch die Zahl der vom Rat der Union (mit-)beschlossenen Rechtsakte, die der Gerichtshof für nichtig erklärt hat, dessen Unabhängigkeit gegenüber Eigeninteressen von Unionsorganen unter Beweis gestellt. Es bleibt ein Rest von Problematik, den man vielleicht als „institutionellen Bias“ bezeichnen könnte. Beim Eintritt in eine Institution – sowohl auf der staatlichen wie auf der Unionsebene – findet jedes neu dazu kommende Mitglied Dogmen, Denkgewohnheiten und Sensibilitäten vor, die dort im Laufe der Zeit Gemeingut geworden sind. Diese nicht zu berücksichtigen würde den Neankömmling zum Außenseiter machen. Nur indem er das Gemeingut assimiliert, kann er auf seine schrittweise Veränderung hinarbeiten. Die große Bedeutung, die das deutsche Verfassungsgericht der Wahrung der Zuständigkeiten des deutschen Bundestages beimisst, wird durch diese Überlegung ebenso verständlich wie die Bedeutung, die der Gerichtshof der Union der effektiven Wirkung der europäischen Verträge beimisst oder das – in den Verträgen nicht ausdrücklich verankerte – Ziel der Europäischen Zentralbank, den Fortbestand der gemeinsamen Währung zu sichern. Die Schöpfer verfasster Ordnungen setzen mit der Schaffung von Institutionen permanente Impulse zur Verwirklichung von deren Zwecken. Dies einer Institution entgegenzuhalten, widerspricht dem in der europäischen

---

<sup>23</sup> Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg, 1955.

## Rechtskultur gewachsenen Verfassungsdenken.

Gedankenexperimente mit dem Ziel der Überwindung des „institutionellen Bias“ bei der Bewertung von Zuständigkeitsfragen in einer Staatengemeinschaft wie der Europäischen Union sind nicht überzeugend. Denkbar wäre, wie J. Weiler vorgeschlagen hat, die Bildung eines Spruchkörpers, der sich aus einer gleichen Zahl von Richtern des Europäischen Gerichtshofs und der einzelstaatlichen Verfassungs- oder obersten Gerichte zusammensetzt. Ein solcher ‚Kompetenzgerichtshof‘ stünde jedoch vor dem gleichen Dilemma wie die zu dem gleichen Zweck geschaffene Kontrolle der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips durch die einzelstaatlichen Parlamente der Union<sup>24</sup>. Es findet sich immer wieder das eine oder andere nationale Parlament, das zu der Auffassung gelangt, ein im Verfahren der Unionsgesetzgebung anhängiger Vorschlag widerspreche dem Subsidiaritätsprinzip. Doch wenn sich im Rat der Union eine Mehrheit für den Vorschlag abzeichnet, erreichen ablehnende Stimmen aus den Parlamenten nie die kritische Masse, ab der sie nach den Verträgen konkrete Wirkungen auslösen. Ähnliches wäre bei einem gemischten Spruchkörper zu erwarten. Solange dies mit darstellbaren Auslegungsmethoden vertretbar ist, wird ein von einem einzelstaatlichen Gericht entsandter Richter ebenso wie der Repräsentant des betreffenden Staates im Rat eine Handlungsbefugnis der Union bejahen, wenn aus der einzelstaatlichen Perspektive ein bestimmtes Handeln auf Unionsebene sinnvoll und wünschenswert erscheint.

Kritische Bewertungen der institutionellen Praxis der Europäischen Union bemängeln auch, dass die Begründungspflicht, der Akte des abgeleiteten Unionsrechts nach den Verträgen generell genügen müssen, nicht selten durch zwar umfangreiche, aber formelhafte und wenig substantielle Wendungen („langue de bois“) faktisch unterlaufen wird. Denkbar wäre, dass der Europäische Gerichtshof auf diesem Feld strengere Anforderungen stellt. Stattdessen pflegt er einen an der französischen Urteilspraxis angelehnten lakonischen Begründungsstil. Dafür gibt es natürlich auch gute Gründe. Aus der Not, eine Synthese aus – nunmehr – siebenundzwanzig Rechtstraditionen zu finden, machte der Gerichtshof eine Tugend der Kürze. Doch Kürze ist nur dann eine Tugend, wenn die normativen Vorgaben und die eigenen Wertungen, die eine richterliche Entscheidung tragen, im Einzelnen herausgearbeitet und klar dargestellt sind. Nicht selten vermissen Juristen, deren Argumentation und Denkvermögen am Maßstab der Präzision und des Tiefgangs der Begründungen des Bundesverfassungsgerichts geschult wurden, in den von Unionsinstitutionen stammenden Texten stichhaltige Begründungen. Darüber hinaus gibt es wegen der Verschiedenheit des Begründungsstils und der Sprache auch „Verständigungsschwierigkeiten“ zwischen den Gerichten. Sie werden am Beispiel der Ermessensüberprüfung im PSPP-Urteil sichtbar.

Ein „institutioneller Bias“ begleitet auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration. Ein solcher Bias resultiert nicht bereits aus der einzelstaatlichen Perspektive des Gerichts. Denn sein verfassungsmäßiger Auftrag hat den deutschen Staat und die Vereinbarkeit seiner Praxis mit dem Grundgesetz im Brennpunkt. Eine systematische Verzerrung der Perspektive des Gerichts bei seinen Beratungen über die europäische Integration ergibt sich aber daraus, dass in den bei ihm anhängigen Verfahren niemals die gesamte Spannweite des in der Integrationspolitik relevanten Spektrums zur

---

<sup>24</sup> Siehe Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Abl. C 326 v. 26. 10. 2012, S. 206.

Debatte steht. Denn diese Spannweite reicht von Forderungen nach einem globalen oder wenigstens europäischen Bundesstaat bis hin zu radikalem Nationalismus oder gar regionalem Separatismus. Das Handeln der deutschen Staatsorgane war bisher davon bestimmt, in diesem Spektrum einen Mittelweg zu finden, nämlich bei der Gestaltung der politischen Ordnung, die Gewähr für Frieden und Sicherheit bieten soll, das „politisch Machbare“, nämlich überschaubare und sachgerechte Integrationsschritte, mit der Erhaltung des Bewahrenswerten, nämlich der Integrationsleistungen der einzelnen Staaten zu verbinden. In den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht wurde diesem Mittelweg regelmäßig ein extremer Anspruch auf unbeschränkte Handlungsfreiheit der staatlichen Gemeinschaft entgegengehalten, während das entgegengesetzte Extrem nie eine Gelegenheit zur Artikulierung seiner Gründe erhalten konnte. Denn ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Überwindung der Staatlichkeit lässt sich nicht schlüssig darstellen. Da richterliche Begründungskultur darum bemüht ist, zur Herstellung von Rechtsfrieden auch den Argumenten der unterlegenen Verfahrensbeteiligten gerecht zu werden und das Bundesverfassungsgericht nur zwischen dem Mittelweg und den Argumenten dezidiert nationaler Positionen abzuwägen hatte, ist nicht überraschend, dass seine Ausführungen eine in diese Richtung neigende Schlagseite aufweisen.

Das Urteil vom 5.5.2020 zum PSPP-Programm hat eine bis dahin nicht gekannte Welle von Stellungnahmen namhafter Verfassungsrechtler<sup>25</sup> und Politiker<sup>26</sup> ausgelöst. Dabei haben kritische Äußerungen deutlich überwogen<sup>27</sup>. Der dem Europäischen Gerichtshof zugefügte

---

<sup>25</sup> Beispielhaft seien erwähnt:

die bereits sechs Tage nach dem Urteil veröffentlichte treffende Kritik von Peter Meier-Beck, <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/05/11/ultra-vires/>.

*Ulrich Haltern*, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, NVwZ 2020, S. 817; *ders.*, Revolutions, real contradictions, and the method of resolving them: The relationship between the Court of Justice of the European Union and the German Federal Constitutional Court, International Journal of Constitutional Law Volume 19, Issue 1, January 2021, S. 208 ff.

*Andreas Haratsch*, Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer – Ein europäisches Drama, Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, 2019, S. 843 ff.

*Franz C. Mayer*, Der Ultra-vires-Akt. Zum PSPP-Urteil des BVerfG v. 5.5.2020, JZ 2020, S. 725 ff.; *ders.*, To Boldly Go Where No Court Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020, German Law Journal (2020), 21, S. 1116 ff.

*Martin Nettesheim*, Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?, NJW 2020, S. 1631;

*Frank Schorkopf*, Wer wandelt die Verfassung? Das PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Ultra vires-Kontrolle als Ausdruck europäischer Verfassungskämpfe, JZ 2020, S. 734;

Aus unionsrechtlicher Perspektive: *Kelemen, R. Daniel, Eeckhout, Piet, Fabbrini, Federico, Pech, Laurent; Uitz, Renáta*: National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order, VerfBlog, 2020/5/26, <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>, DOI: 10.17176/20200527-013240-0.

Aus der Perspektive politischer Ökonomie: *Marco Dani, Edoardo Chiti, Joana Mendes, Agustín José Menéndez, Harm Schepel, and Michael A. Wilkinson*, “It’s the political economy . . .!” A moment of truth for the eurozone and the EU, International Journal of Constitutional Law Volume 19, Issue 1, January 2021, S. 309 ff.

Aus der Perspektive anderer EU-Mitgliedstaaten: *Stanisław Biernat*, How Far Is It from Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe: The Impact of the PSPP Judgment on Poland, German Law Journal (2020), 21, S. 1104 ff.

<sup>26</sup> Im SPIEGEL-Interview mit Heiner Müller vom 20.5.2020 erklärte der CDU-Politiker Elmar Brok unter anderem: „[Helmut Kohl] hat bei der Einführung des Euro ja ungeheuren Mut bewiesen, und das Projekt gegen viele in der deutschen Öffentlichkeit durchgesetzt. Die Kleinkariertheit des Urteils des Bundesverfassungsgerichts beispielsweise hätte er nicht verstanden, da bin ich mir sicher. Diese immer öfter mitschwingende, verstörende Haltung, dass 75 Jahre nach Kriegsende wieder alle nach unserer Pfeife tanzen sollen, das hätte Helmut Kohl nicht zugelassen.“

<sup>27</sup> Zustimmung beispielsweise *Dieter Grimm*, A Long Time Coming, German Law Journal (2020), 21,

Autoritätsverlust könne sich dramatisch auf den Fortbestand der Unionsrechtsordnung und die Verteidigung der Rechtsstaatlichkeit in einigen Mitgliedstaaten auswirken. Die gegenüber dem Europäischen Gerichtshof zum Ausdruck gebrachten Bewertungen seien nicht angemessen für den Umgang unter obersten Organen der Rechtsprechung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei eine Regel der Kompetenzausübung. Die Anwendung dieser Regel auf die bei der *ultra-vires* Kontrolle allein relevante Frage, ob überhaupt eine Zuständigkeit bestehe, sei zu Unrecht erfolgt. Weitere Einzelheiten dieser kritischen Auseinandersetzung können an dieser Stelle nicht diskutiert werden. Jedenfalls sahen der Berichterstatter des Senats und der Präsident des Gerichts sich veranlasst, das Urteil in der Öffentlichkeit zu verteidigen und um Verständnis für sein Anliegen zu werben. Wie bei der Rechtsprechung zum Grundrechtsschutz sei es dem nach wie vor europafreundlich orientierten Gericht im Wesentlichen um eine konstruktive Weiterentwicklung des Rechts der Europäischen Union gegangen.

Im Einzelnen hielt das Bundesverfassungsgericht dem Europäischen Gerichtshof entgegen, bei dessen Auslegung könne der (in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV verankerte) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die (nach seiner Auffassung) „ihm zukommende Korrektivfunktion zum Schutz mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten“ nicht erfüllen. Das völlige Ausblenden der wirtschaftspolitischen Auswirkungen des PSPP, das schon bei der Bestimmung der Zielsetzung des ESZB „methodisch nicht nachvollziehbar“ sei, führe dazu, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung ihre Funktion verliere, weil „Geeignetheit und Erforderlichkeit des Programms – von dem Verlustrisiko abgesehen – zu den wirtschaftspolitischen Auswirkungen zulasten der Kompetenzen der Mitgliedstaaten nicht in Beziehung gesetzt und diese Auswirkungen nicht mit den erhofften Vorteilen abgewogen“ würden (Randnr. 133).

Die Zweifel des Bundesverfassungsgerichts an der Verhältnismäßigkeit der PSPP-Ankäufe hatten eine Reihe deutscher Literaturstimmen zum Ausgangspunkt, die die wirtschaftspolitischen Auswirkungen der EZB-Maßnahmen beleuchten und kritisieren. Es erwartete vom Europäischen Gerichtshof, dass dieser wegen der geäußerten Zweifel die Verhältnismäßigkeit der wirtschaftspolitischen Auswirkungen systematisch prüfe. Aus der Perspektive des Europäischen Gerichtshofs, die Vor- und Nachteile einer Maßnahme in allen Mitgliedstaaten ins Auge fassen muss, war offenbar nicht erkennbar, dass die wirtschaftspolitischen Auswirkungen ein ernsthaftes Problem darstellen. Der Europäische Gerichtshof könnte die vom Bundesverfassungsgericht erwähnten Belege als auf einen Mitgliedstaat beschränkte „interessierte Stimmen im Schrifttum“ bewertet haben, die „offensichtlich“ (vgl. das entsprechende Kriterium in BVerfGE 142, 123 Randnr. 150) keinerlei Veranlassung für den Anfangsverdacht einer unverhältnismäßigen Vorgehensweise gegeben haben. Außerdem hat in dem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof keine der zahlreichen Regierungen der Mitgliedstaaten, die eine Stellungnahme abgegeben haben, Bedenken dahingehend erhoben, das PSPP-Programm könne ihre wirtschaftspolitischen Kompetenzen beschneiden. Würde unter solchen Umständen bei einem innerdeutschen Sachverhalt nicht auch das Bundesverfassungsgericht eine globale Würdigung der Verhältnismäßigkeit für ausreichend ansehen? Der Umstand, dass sich der Repräsentant der deutschen Bundesbank im EZB-Rat in dem für das PSPP-Verfahren maßgeblichen Zeitraum vergeblich für eine restriktivere Geldpolitik eingesetzt hatte, könnte das Urteil des Verfassungsgerichts eher als Versuch erschei-

nen lassen, durch Ausübung nationaler Macht, wenn auch gegen den Willen der demokratisch legitimierten Regierung, die Mehrheitsentscheidung eines Unionsorgans zu korrigieren.

Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass sich im Zeitraum zwischen der deutschen Einigung und dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Rahmen der „europarechtsfreundlichen“ Haltung des Bundesverfassungsgerichts die Gewichte verschoben haben. Denn im Vergleich zum Beschluss vom 31.5.1990 (BVerfGE 82, 159) verschärfte das OMT-Urteil vom 21.6.2016 (BVerfGE 142, 123) den Prüfungsmaßstab der *ultra-vires* Kontrolle in einer auf den ersten Blick kaum erkennbaren, für das PSPP-Urteil aber erheblichen Weise: Unter Berufung auf „allgemeine Grundsätze“ behält das Gericht sich vor, eine Kompetenzüberschreitung als „offensichtlich“ auch dann anzusehen, wenn sie das Ergebnis einer sorgfältigen und detailliert begründeten Auslegung ist. Abweichende Literaturstimmen können dabei als interessengebunden unbeachtet bleiben (aaO. Randnr. 150, bestätigt im Urteil vom 5.5.2020 Randnr. 113). Die erwähnten „allgemeinen Grundsätze“ wendet das Gericht bei der Verwerfung offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Anträge an (§ 24 BVerfGG). Insoweit sei „das Erfordernis der Einstimmigkeit [der an der Entscheidung beteiligten Richter] [...] hinlänglicher Schutz der Interessen eines Antragstellers“ (BVerfGE 82, 316, 320). Zudem geht es in solchen Fällen um Rechtsfragen, für die das Bundesverfassungsgericht das Letztentscheidungsrecht hat. Unter diesen Umständen mag die übereinstimmende Überzeugung dreier Richter hinreichende Gewissheit verschaffen, um die weitere Prüfung eines Falles für aussichtslos zu erklären. Eine Begründung dafür, aus welchen Gründen das Gericht die gleichen Grundsätze bei einer *ultra-vires*-Überprüfung für angemessen hält, bei der es um eine Rechtsfrage geht, deren Letztentscheidung ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist und die wegen ihrer Auswirkungen auf die Staatengemeinschaft hochdelikat ist, sucht man vergeblich.

Im Ergebnis ist trotz aller Kritik festzuhalten, dass höchstrichterliche Entscheidungen auch dann verbindlich und zu beachten sind, wenn sie von deren Adressaten für fehlerhaft gehalten werden. Ein Systemversagen, das zu Widerstand berechtigen würde, ist weder auf der Seite des Europäischen Gerichtshofs noch auf der Seite des Bundesverfassungsgerichts erkennbar. Das vom Europäischen Gerichtshof erkannte Recht ist für die Organe der Mitgliedstaaten der Union verbindlich und hat Anspruch auf Vorrang gegenüber dem einzelstaatlichen Recht<sup>28</sup>. Gemäß § 31 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht binden dessen Entscheidungen die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. In bestimmten Fällen haben sie Gesetzeskraft. Die überraschende und geistreiche Überlegung, gegenüber dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts könne die auf einzelstaatlichem Gesetzesrecht beruhende Bindungswirkung der Urteile des Bundesverfassungsgerichts zurücktreten<sup>29</sup>, ist formaljuristisch wohl schlüssig. Es wäre aber auch keine Überraschung, wenn das Bundesverfassungsgericht die Bindungswirkung seiner Entscheidungen ungeachtet ihrer Ausgestaltung im positiven Recht als Teil der deutschen Verfassungsidentität ansehen würde.

<sup>28</sup> Siehe die Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz, die den am 13. Dezember 2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon angenommen hat, Abl. C 326 vom 26.10.2012, S. 344.

<sup>29</sup> Siehe *Lucas Hartmann*, Fehlerfolgen: Ist die verfassungsgerichtliche *ultra-vires*- und Identitätskontrolle aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtlich wirkungslos? *Der Staat* 60 (2021) S. 387 ff.

## 9. Die unvollständige Integration von Europarecht und deutschem Recht

Nach dem Dargelegten kann die Einheit der Rechtsordnung auf dem Wege herkömmlicher „Hierarchisierung“ offenbar nicht mehr hergestellt werden. Das Bundesverfassungsgericht scheint hierzu jedoch eine andere Auffassung zu vertreten: Im Urteil zum Vertrag von Lissabon (BVerfGE 123, 267, 350) wird ausgeführt: „Der unübertragbaren und insoweit integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 79 Abs. 3 GG) entspricht die europarechtliche Pflicht, die verfassungsgebende Gewalt der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu achten.“ Die Verknüpfung der Achtung vor der verfassungsgebenden Gewalt der Mitgliedstaaten mit der Metapher der „Herren der Verträge“ führt zu einem unionsrechtlichen Wunschdenken, das weit über die Berufung des Bundesverfassungsgerichts zur Interpretation der deutschen Verfassungsordnung hinausgeht.

Der Europäische Gerichtshof hat das Vorrecht der Auslegung der Europäischen Verträge. Er entscheidet abschließend über eventuelle Meinungsverschiedenheiten über ihren Inhalt (Artikel 344 AEUV). Er begründet den Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten als systemnotwendig.

Nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts steht die unmittelbare Anwendung des Unionsrechts unter dem Vorbehalt eines Rechtsanwendungsbefehls, den es den Zustimmungsgesetzen zu den Europäischen Verträgen entnimmt. Dabei ist die vom Bundesverfassungsgericht zur Rechtfertigung verwendete Metapher, die Mitgliedstaaten seien und blieben „Herren der Verträge“, zwielichtig. In einer für „Gender“-Fragen sensiblen Zeit ist die Metapher von vorneherein anstößig. Wenn es um die Geltung des Rechts der Europäischen Union geht, ist die Metapher vom *Dominus* aber auch in der Sache unangebracht. Das Recht der Europäischen Union hat Geltung, weil die es begründenden Texte gemäß den Regeln des Völkerrechts in Kraft gesetzt wurden. Denn die bevollmächtigten Repräsentanten der Mitgliedstaaten haben ohne jeden Vorbehalt übereinstimmende Ratifikationsurkunden hinterlegt. Als *Domini* der Verträge im Sinne der Metapher handeln die Mitgliedstaaten nur, wenn und solange alle gemeinsam handeln. Durch gemeinsames Handeln können die Mitgliedstaaten das Recht und die Befugnisse der Union nach ihrem Willen verändern und sogar gänzlich aufheben, solange sie dabei nicht gegen unveräußerliche Menschenrechte und allgemeine Grundsätze des Rechts verstoßen. Wenn aber ein Mitgliedstaat durch eine nationale Geltungsanordnung darüber entscheidet, ob und inwieweit das Unionsrecht in seinem Hoheitsbereich Geltung und Vorrang beanspruchen kann, handelt dieser nicht – wie das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 22.6.2016 Randnr. 140) behauptet – als ein *Co-Dominus* der Verträge, sondern er übt seine Souveränität aus.

Hätte ein Mitgliedstaat bei der Ratifikation der Europäischen Verträge den – nachträglich von mehreren Verfassungsgerichten erhobenen – Vorbehalt zum Ausdruck gebracht, die Handlungen eines Organs der Europäischen Union in seinem Hoheitsbereich in Ausnahmefällen für unbeachtlich anzusehen, die Europäische Integration und die ihr zu verdankenden Errungenschaften wären nie zustande gekommen. Der Beitritt eines neuen Mitgliedstaats unter einem solchen Vorbehalt wäre von den anderen Staaten nicht akzeptiert worden.

Das bedeutet mit anderen Worten: Die Organe eines unilateral handelnden Mitgliedstaats können das Recht der Europäischen Union nicht verändern. Der Union gegenüber zeigt sich die

Souveränität eines Mitgliedstaats in dessen Recht, die Mitgliedschaft in der Union zu beenden und darin, dass er in Ausübung seiner Herrschaftsmacht tatsächlich dazu in der Lage ist, das Recht der Union nicht zu beachten. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur ultra-vires-Kontrolle und zur Verfassungsidentität zwingt im Ergebnis zu der Feststellung, dass die Rechtsordnung der Europäischen Union nicht vollständig in die deutsche Rechtsordnung integriert ist.

## 10. Welcher Weg kann bei solchen Widersprüchen weiterführen<sup>30</sup>?

Die Verfassungsrechtlichen Vorbehalte gegenüber dem Unionsrecht sind nicht allein ein deutsches Problem. Eine rechtsvergleichende Übersicht wurde vom Bundesverfassungsgericht im OMT-Urteil (Randnr. 140) zusammengestellt. In manchen Staaten werden die verfassungsrechtlichen Vorbehalte nicht durch eine europarechtsfreundliche Grundhaltung des Verfassungsgerichts relativiert und sind deshalb für die europäische Rechtsgemeinschaft noch bedrohlicher.

Rechts- und Politikwissenschaftler und Journalisten mögen verführt sein, die Spannungslage zwischen Europarecht und deutschem Verfassungsrecht zu dramatisieren. Das wissenschaftliche Profil eines Autors kann durch eine zugespitzte These gewinnen. Eine beunruhigende Nachricht verkauft sich gut. Aber „*summum ius*“ soll nicht zu „*summa iniuria*“ verkommen. Verantwortlicher Umgang mit dem Kapital beider Erfolgsgeschichten verlangt vielmehr, jede Bereitschaft zur Kooperation zu nutzen, um Gräben zu überbrücken statt sie zu vertiefen. Die Politik hat dabei die wichtige Funktion, ausgleichend zu wirken, damit nicht „*fiat iustitia, pereat mundus*“. Die unaufgeregte und effiziente Reaktion der deutschen Staatsorgane auf das Urteil vom 5. Mai 2020 hat durchaus Vorbildqualität.

Noch mehr Umsicht und diplomatisches Geschick sind gefordert, wenn – wie im Falle des Urteils des polnischen Trybunał Konstytucyjny vom 7. Oktober 2021 – das Verfassungsgericht eines Mitgliedstaats der Union Entscheidungen trifft, die es den anderen Staatsorganen unmöglich macht, Unionsrecht zu beachten und anzuwenden. Denn weder kann die Europäische Union eine solche Entwicklung hinnehmen ohne ihren Charakter als Rechtsgemeinschaft zu verlieren, noch sind die ihr zur Verfügung stehenden Mittel (Vertragsverletzungsverfahren, Zwangsgeld, Konditionalität von Finanztransfers, Verfahren wegen Verletzung der Werte der Union) ausreichend, um eine derartige Entwicklung zu verhindern oder rückgängig zu machen. Denn all diese Druckmittel sind wirkungslos gegenüber der Entschlossenheit der politischen Führung eines Mitgliedstaats zur Durchsetzung ihrer Position unter dauerhafter Missachtung des Unionsrechts. Denn die Regierung eines Mitgliedstaats hätte die tatsächliche Macht, von der Union verhängte finanzielle Sanktionen unter Verletzung des Unionsrechts durch Retorsionsmaßnahmen beantworten. Diese könnten nicht nur in einer Unterbrechung der an die Union zu leistenden Zahlungen, sondern auch in einer effektiven Suspendierung vertraglich garantierter Rechte bestehen. Man denke nur an die bedeutenden grenzüberschreitenden Direktinvestitionen in der Europäischen Union und an die mit ihnen verbundenen Finanztransfers in beide

---

<sup>30</sup> Soweit ersichtlich gebührt Ulrich Haltern (Fußnote 25) das Verdienst, als erster in der juristischen Literatur klar ausgesprochen zu haben, dass das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Europäischen Union und dem einzelstaatlichen Recht nicht durch Über-/Unterordnung in einem hierarchischen Verhältnis gelöst werden und nur ein konstruktiver Umgang mit den festgestellten Widersprüchen weiter führen kann.

Richtungen. Die möglichen Verluste für Bürger und Unternehmen aus der gesamten Union werden unabsehbar, wenn solche Investitionen in einem Mitgliedstaat durch das Recht der Europäischen Union nicht länger effektiv geschützt sind. Das Interesse der Union richtet sich deshalb in gleicher Weise auf die Gewährleistung der Unabhängigkeit der rechtsprechenden von der politischen Gewalt wie auf die tatsächliche Beachtung ihrer Rechtsordnung. Die Drohung mit Sanktionen<sup>31</sup> mag ein geeignetes Druckmittel zur Verfolgung dieses Interesses sein. Eine Eskalation von Sanktionen und Retorsionsmaßnahmen könnte aber beide Seiten nur zum Verlierer machen. Deshalb ist es Sache von Diplomatie und Politik, in dieser Lage, in der das Recht überfordert ist, einen Ausweg zu finden, der für jede Seite das Gesicht wahrt und dem Unionsrecht zur Beachtung verhilft<sup>32</sup>.

○ Das Vertragsverletzungsverfahren zu konstruktivem Dialog nutzen

Eine umsichtige Vorgehensweise gegenüber Verhaltensweisen, die die Geltung des Rechts der Union in Frage stellen, würde es auch erfordern, dass die Bundesrepublik Deutschland das Vertragsverletzungsverfahren, das die Europäische Kommission gegen sie wegen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 eingeleitet hat, zu einem konstruktiven Dialog nutzt. Dies umso mehr, weil die Kommission gleichzeitig einen ähnlichen Schritt gegenüber der Republik Polen unternommen hat, weil die polnische Regierung die Befugnis des Europäischen Gerichtshofs, die polnische Justizorganisation am Prüfungsmaßstab des Unionsvertrags zu messen, grundsätzlich in Frage stellt. In beiden Fällen reagiert die Kommission auf eine Missachtung des Vorrangs des Unionsrechts und einen den Europäischen Gerichtshof treffenden Vorwurf, die ihm übertragenen Befugnisse überschritten zu haben. In Deutschland bekundeten neunundzwanzig namhafte Staatsrechtslehrer in einem in der Tagespresse veröffentlichten<sup>33</sup> Aufruf, kein Verständnis für das Vorgehen der Kommission zu haben. Der Vorrang des Unionsrechts werde vom Bundesverfassungsgericht nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Es sei nur in einem bestimmten Punkt von einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshof abgewichen. Der konkrete Rechtsstreit sei befriedet worden, denn die Zentralbank habe die Verhältnismäßigkeit ihrer Vorgehensweise inzwischen näher begründet.

Diese Argumente haben Gewicht, sprechen aber nicht gegen die Durchführung des Verfahrens. Es ist sinnvoll und keine unnötige Eskalation, wenn dem Europäischen Gerichtshof die Gelegenheit gegeben wird, sich zu den deutschen – und den polnischen – Standpunkten zu äußern, die seine Autorität in Frage gestellt haben. Er handelt dabei nicht – wie die erwähnten Staats-

---

<sup>31</sup> Einschließlich des mit Beschluss des Vizepräsidenten des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Oktober 2021 in der Rechtssache C-204/21 R verhängten Zwangsgelds.

<sup>32</sup> Einen strukturell ähnlichen Lösungsweg befürwortet J.H.H.Weiler für den Konflikt zwischen Italien und Deutschland wegen zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche für im Weltkrieg II erlittene Schäden, nachdem die italienische Corte Costituzionale im Widerspruch zu anerkanntem Völkerrecht hierauf gerichtete Klagen unter Berufung auf fundamentale Verfassungsprinzipien zugelassen hat (I·CONnect, 3.11.2021, <http://www.iconnectblog.com/2021/11/germany-v-italy-jurisdictional-immunities> (Zugang 4.11.2021), auch: International Journal of Constitutional Law 2021 (19) issue 3. Weilers Vorschlag, eventuell ergänzt durch finanzielle Kompensationen in anderen Bereichen, könnte durchaus eine Grundlage bilden, um den Konflikt im Kompromisswege beizulegen. In solch delikaten Verhandlungssituationen hat eine tragfähige Kompromissidee jedoch bessere Aussichten, von beiden Seiten akzeptiert zu werden, wenn sie nicht schon in der Öffentlichkeit ausgebreitet wurde, sondern im Verhandlungsgeschehen mit einem Überraschungs- und Erleichterungsmoment die Spannung reduziert. Deshalb soll hier nicht darüber spekuliert werden, wie politische Lösungen der Konfliktlagen zwischen dem Vorrang des Unionsrechts und staatlichen Souveränitätsansprüchen ausgestaltet werden könnten.

<sup>33</sup> FAZ, 4.7.2021, Die Selbstbehauptung Europas, <https://www.faz.net/einspruch/europaeische-integrationstaatsrechtler-kritisieren-eu-kommission-17421926.html> (Zugang 6.7.2021).

rechtslehrer argwöhnen – als Richter in eigener Sache, sondern in Ausübung der ihm ausdrücklich übertragenen Verantwortung für die Wahrung des Rechts bei der Auslegung der Verträge. Bekanntlich haben Exekutive und Legislative eines Mitgliedstaats kein Mittel, ein Urteil des Verfassungsgerichts zu korrigieren, wenn dieses mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist. Auch das Verfassungsgericht selbst könnte dies nur, wenn es in einem anderen Fall in zulässiger Weise noch einmal mit derselben Rechtsfrage befasst wird. Nach den unionsrechtlichen Grundsätzen entlastet die innerstaatliche Verteilung der Verantwortung einen Mitgliedstaat aber nicht von der Verantwortlichkeit für eine eingetretene Vertragsverletzung. Der Gerichtshof würde sich in derartigen Fällen allerdings folgende Frage stellen können: Stellen Rechtsausführungen im Urteil eines obersten Gerichts, die mit dem Unionsrecht nicht vereinbar sind, bereits per se einen Verstoß gegen die unionsrechtlichen Verpflichtungen des betreffenden Mitgliedstaats dar? Oder tritt eine solche Verletzung erst ein, wenn das betreffende Urteil tatsächlich bewirkt, dass Unionsrecht nicht korrekt zur Anwendung kommt? Eine Unterscheidung zwischen diesen Alternativen könnte eine Differenzierung zwischen dem deutschen und dem polnischen Fall erlauben. Die Beantwortung der Frage, ob eine Differenzierung zwischen diesen Alternativen für die Anwendung der Artikel 258 – 260 AEUV relevant ist, sollte jedoch nicht allein von der Europäischen Kommission verantwortet werden. Würde sie in einem solchen Fall eine Befassung des Europäischen Gerichtshofes unterlassen, könnte das einzelstaatliche Gericht dies leicht als Bestätigung der Vereinbarkeit seiner Entscheidung mit dem Unionsrecht deuten. Im Falle einer Klageerhebung wäre der Europäische Gerichtshof zum einen in der Lage festzuhalten, dass die betreffende Entscheidung des einzelstaatlichen Gerichts mit dem Recht der Union unvereinbar ist. Zum anderen bliebe ihm im Einklang mit Artikel 19 EUV die Abwägung vorbehalten, ob ein Verstoß des betreffenden Mitgliedstaats gegen seine Verpflichtungen aus den Verträgen auch dann noch vorliegt, wenn das Handeln anderer Organe dieses Staates bewirkt hat, dass die Bestimmungen des Unionsrechts, die Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens waren, ohne Unterbrechung und in vollem Umfang zur Anwendung gekommen sind. Würde der Gerichtshof in einem solchen Fall den Vorwurf der Vertragsverletzung für erledigt ansehen, könnte er in der Kostenentscheidung dem Umstand Rechnung tragen, dass das Verfahren wegen einer im Widerspruch zum Unionsrecht stehenden unanfechtbaren Handlung eines Organs des betreffenden Mitgliedstaats ausgelöst wurde<sup>34</sup>.

- Auswirkungen auf weitere Integrationsschritte

Es ist absehbar, dass Handlungszwänge der Währungsunion, der äußeren und inneren Sicherheit, des Gesundheits-, Umwelt- und Klimaschutzes neue Schritte zur weiteren Vertiefung der europäischen Integration erfordern können. Die europäischen Verträge selbst bringen zum Ausdruck, dass der durch sie organisierte Integrationsprozess unabgeschlossen ist und auf eine „immer engere Union“ zielt. Die Bedeutung dieser Metapher ist offen. Die Kontrollansprüche von Verfassungsgerichten und die sie rechtfertigenden Stellungnahmen von Staatsrechtlern bringen insbesondere die Sorge vor der Entstehung eines zentralisierten europäischen Superstaates zum Ausdruck. Die Problemlagen, mit denen die Union und ihre Mitgliedstaaten in der Gegenwart konfrontiert sind, erfordern auf ihren typischen Handlungsfeldern aber nicht unbedingt umfangreiche weitere Harmonisierungsmaßnahmen oder gar eine Zentralisierung von Machtbefugnissen. Dringenden Handlungsbedarf gibt es in der Wirtschafts- und Währungsunion. Ihr Fortbestand kann nur gesichert werden, wenn ihre Mechanismen nicht zu einem dau-

---

<sup>34</sup> Der am 2. Dezember 2021 veröffentlichte Beschluss der Europäischen Kommission, das wegen des Urteils vom 5. Mai 2020 gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren einzustellen, macht die hier aufgeworfenen Fragen nicht hinfällig. Ihre endgültige Beantwortung wird weiterhin offenbleiben.

erhaften Transfer von Ressourcen aus der weniger wohlhabenden Peripherie in das reichere Zentrum führen. Auf der weltpolitischen Bühne wird deutlich, dass die europäischen Staaten außen- und verteidigungspolitische Interessen nur dann wirksam verfolgen können, wenn sie gemeinsam handeln. Obwohl sich auf diesen Gebieten die Souveränität der einzelnen Staaten auf eine rein formale Hülle reduziert hat, wird daran unverändert festgehalten. Ähnliches gilt für Probleme von globaler Dimension wie die Erhaltung von Bio-Diversität und natürlichen Lebensbedingungen, die Ablösung fossiler Energieträger und Abwendung von menschengemachten Katastrophen, den Schutz vor Pandemien, organisierter Kriminalität und Terrorismus. In der Gegenwart ist noch nicht absehbar, welcher institutionelle Rahmen und welche Methoden für die übernationale Bewältigung solcher staatlichen Aufgaben gefunden werden können. Diese müssen Veränderungen durch gemeinsam beschlossenes Handeln ermöglichen, zugleich aber Freiräume für die Selbstbestimmung und Erhaltung der Diversität menschlicher Gesellschaften sichern.

Der verfassungsrechtliche Spielraum für Schritte auf dem Wege zu diesem Ziel ist in Deutschland nicht abschließend ausgelotet. Ein weiteres Pooling von Hoheitsrechten ist zur Bewältigung der genannten Aufgaben wohl unausweichlich. Konkret ausgedrückt bedeutet das die Schaffung neuer übernationaler Befugnisse, sei es der Europäischen Union, sei es in einem engeren oder auch weiteren Rahmen als diese. Solche Schritte könnten vor allem die Außenpolitik, die innere und äußere Sicherheit einschließlich der Verteidigung, die Haushalts- und Steuerpolitik, aber auch die makroökonomische Steuerung und die grenzüberschreitende Dimension des Umwelt- und Gesundheitsschutzes betreffen.

Die Übertragung weiterer Hoheitsrechte auf den genannten Gebieten könnte für die Zukunft sichern, dass die europäischen Demokratien souverän über ihr Schicksal bestimmen. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist aber zumindest zweifelhaft, ob dieses Ziel mit schrittweisen Veränderungen auf der Basis klassischer Integrationsverträge erreicht werden kann. Das Gericht hat in den Urteilen zu den Verträgen von Maastricht und Lissabon die „Ewigkeitsgarantie“ des Artikels 79 des Grundgesetzes in einer Weise interpretiert, dass sie der Gestaltungshoheit des deutschen Bundestags auf den genannten Gebieten absolute Grenzen zu setzen scheint. Selbst ein vom Parlament mit qualifizierter Mehrheit gebilligter Vertrag könnte somit auf den erwähnten Gebieten keine weiteren Hoheitsrechte übertragen.

Dieser Grenzziehung liegt eine ernst zu nehmende Besorgnis zugrunde und zutiefst wohl das Trauma des Versagens der deutschen Justizorgane gegenüber dem Ermächtigungsgesetz und den ihm folgenden Unrechtsgesetzen des Nationalsozialismus. Die demokratische Verfassung des Grundgesetzes verbietet es dem Parlament, sich seiner Rechte selbst zu entäußern. Ein Aufgehen der Bundesrepublik in einem europäischen Bundesstaat könne nur durch eine freie Verfassungsentscheidung der deutschen Staatsbürger nach Maßgabe des Artikels 146 des Grundgesetzes beschlossen werden. Bedeutet das, dass die deutschen Wählerinnen und Wähler, um in den künftig maßgeblichen Fragen weiterhin zu souveränen Entscheidungen in der Lage zu sein, zunächst in Deutschland einen Verfassungsprozess in Gang setzen müssten, der es nicht länger ausschließt, dass die Europäischen Union eine Form souveräner Staatlichkeit erhält? Auf den ersten Blick könnte dies als eine transparente, intellektuell aufrichtige, der Würde einer mündigen Bürgerschaft angemessene Option erscheinen.

○ Die Neigung der Politik zur Fortsetzung der kleinen Schritte

Am 26. September 2021 waren die deutschen Wählerinnen und Wähler wieder einmal aufgerufen, ihre Stimmen für die Wahlen zum Bundestag abzugeben. Die Programme der zur Wahl antretenden Parteien enthielten unterschiedlich ausdifferenzierte Vorstellungen über die weitere Entwicklung der europäischen Integration. Das Fernziel europäischer Staatlichkeit hatte kaum einer der in das Parlament gewählten Parteien in ihrem Programm angepeilt<sup>35</sup>. Das ist nicht überraschend. Zu weit ist ein solches Ziel von den Fragen entfernt, über die hier und jetzt politisch entschieden werden kann. Zu gering ist das gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, unter den Trägern politischer Verantwortung ebenso wie in der Bürgerschaft. Selbst im engeren Kreis der europäischen Währungsunion überwiegen Zweifel an Vertragstreue und Solidarität. Welche politische Kraft wollte es gar verantworten, in der weiteren Union über Sicherheitsfragen mit Mehrheit abzustimmen, solange Regierungen mit am Tisch sitzen, deren Verhältnis zu den Werten rechtstaatlicher Demokratie zweifelhaft ist? Vorschläge für einen „großen Wurf“ sind in der praktischen Politik selten, weil für ungewisse „Visionen“ Mehrheiten kaum zu organisieren sind. Die erforderlichen Mehrheiten können erst dann zustande gebracht werden, wenn Nutzen und Risiken eines begrenzten Schrittes beurteilt werden können. Fällt diese Einschätzung positiv aus, werden weitere Integrationschritte politisch realisierbar. Mit jedem neuen begrenzten Integrationsschritt wächst aber zugleich die Eigendynamik des Geschehens auf der Unionsebene gegenüber der einzelstaatlichen Ebene. Die Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall der Gewinn an gemeinsamer Handlungsfähigkeit die Verringerung einzelstaatlicher Kontrolle aufwiegt, übersteigt die Kompetenz der juristischen Urteilsfähigkeit. Sie kann nur politisch beurteilt und verantwortet werden.

Das Dilemma dabei ist, dass die Summe vieler kleiner Schritte im Ergebnis dazu führen kann, dass in fernerer Zukunft die Wissenschaft und auch die Staatengemeinschaft der Europäischen Union eine Form von Staatlichkeit zubilligt, ohne dass die Souveränität der einzelnen Mitgliedstaaten formell und vollständig auf die Unionsebene übertragen wurde. Man denke an die Möglichkeit, dass es von einer größeren Zahl europäischer Staaten eines Tages als notwendig angesehen wird, ihre Verteidigung und Vertretung nach außen gemeinsam zu organisieren und dabei Mehrheitsbeschlüsse zu ermöglichen. Nimmt man die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Integrationsgrenzen wörtlich, müsste zur Ermöglichung einer solchen Entwicklung in Deutschland ein innerstaatlicher Prozess der Verfassungsgebung in Gang gesetzt werden. Doch solange ein gegenseitiger politischer Wille zu solchen Schritten nicht in vertraglichen Vereinbarungen gesichert ist, wird kaum eine politische Kraft die mit einem verfassungsgebenden Prozess verbundenen Risiken eingehen. Denkbar wäre, dass die Gesetzgebungsorgane gegebenenfalls das Verfahren eines Referendums in das Grundgesetz einfügen könnten, in dem die wahlberechtigten Staatsbürger einen solchen Schritt durch ihre Abstimmung verfassungsrechtlich legitimieren könnten. Doch bestehen Zweifel, ob eine solche Vorgehensweise dem Sinn und Zweck der Bestandsgarantien des Grundgesetzes entsprechen würde<sup>36</sup>. Wenn das nationalsozialistische Ermächtigungsgesetz nach der Billigung durch den Reichstag im Jahre 1933 in

<sup>35</sup> Das Wahlprogramm der GRÜNEN (S. 212) nimmt die europäische Integration „auf dem Weg zur Föderalen Europäischen Republik“ in den Blick.

<sup>36</sup> Interessante Überlegungen zu den weit über das Erfordernis einer Volksabstimmung hinausgehenden Anforderungen an einen Verfassungsprozess hat kürzlich das Oberste Gericht Kenias angestellt. Vgl. hierzu Roznai, Yaniv: The Basic Structure Doctrine arrives in Kenya: Winds of Change for Constitutionalism in Africa?, VerfassungsBlog, 2021/5/19, <https://verfassungsblog.de/the-basic-structure-doctrine-arrives-in-kenya/>, DOI: 10.17176/20210519-175102-0 (Zugang 23.5.2021).

einem Referendum zur Abstimmung gestellt worden, hätte es wahrscheinlich die Zustimmung einer Mehrheit gefunden, wäre dadurch aber in keiner Weise legitimer geworden.

Nicht zu rechtfertigen ist eine anscheinend in der Richterschaft des Bundesverfassungsgerichts existierende Befürchtung, die schrittweise Transformation der Europäischen Union zu einem Bundesstaat würde den insgeheimen Plan einer „Brüsseler Bürokratie“ verwirklichen. Manche Amtsträger und Beamte der Union sind allerdings Anhänger der föderalistischen Bewegung, die einen europäischen Bundesstaat anstrebt. Doch selbst wenn die betreffenden Persönlichkeiten gehobene Funktionen ausüben, bleibt ihr Einfluss auf die reale Entwicklung gering. Für die gegenwärtig unter den „Souveränitätsvorbehalt“ der Einstimmigkeit fallenden oder eventuell noch zu schaffenden Befugnisse der Union kommt es entscheidend auf den Willen der einzelstaatlichen Regierungen und der sie tragenden Parlamentsmehrheiten an. Auf der zuletzt genannten Ebene existiert in einem breiten Spektrum der deutschen Politik der Wille, die europäische Integration Schritt für Schritt pragmatisch weiter zu entwickeln, damit ihre legitimen Ziele im Interesse der Bürger bestmöglich erfüllt werden.

Es ist deshalb nicht wahrscheinlich, dass weitere Schritte der europäischen Integration in eine der typischen Formen der Bundesstaatlichkeit<sup>37</sup> im Sinne der Staatslehre münden. Die einzelnen Staaten in der Europäischen Union erbringen essentielle Integrationsleistungen für die Gesellschaft. Diese Leistungen kann man mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts durchaus als „politische Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“ umschreiben. Warum sollten Errungenschaften auf diesen Gebieten aufgegeben und der Unionsebene aufgebürdet werden?

Wenn ein Übergang der Europäischen Union in eine Art von Staatlichkeit denkbar ist, die die Integrationsleistung der Staaten unberührt lässt und deren Identität achtet, dann wird es sich um eine in der Gegenwart nicht existierende politische Form<sup>38</sup> handeln, die anders als die Union der Gegenwart auf einer „eigentlichen“ Übertragung von Hoheitsrechten beruht. Die Souveränität befände sich dann wirklich in der Schwebelage, denn wenngleich sie formell bei den einzelnen Staaten verbliebe<sup>39</sup>, würde sie nach außen stets gemeinsam ausgeübt<sup>40</sup>. Da eine solche Staat-

---

<sup>37</sup> Überraschenderweise wird in dem am 24. November 2021 von den Koalitionsparteien SPD, DIE GRÜNEN und FDP veröffentlichten Koalitionsvertrag für die Europäische Union das Fernziel der „Weiterentwicklung zu einem föderalen europäischen Bundesstaat“ formuliert, der „dezentral auch nach den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit organisiert ist und die Grundrechtecharta zur Grundlage hat“. Diese Zielvorstellungen werden aaO. nicht näher konkretisiert, dürften aber kaum auf einen der Bundesrepublik Deutschland vergleichbaren unitarischen Bundesstaat gerichtet sein. Würde man die dort formulierten konkreten europapolitischen Ziele perspektivisch verlängern, könnte dies aber durchaus zu einer Form von Staatlichkeit des im Folgenden beschriebenen Typs führen.

<sup>38</sup> Politische Formen mit vergleichbaren Strukturelementen haben sich schon früher herausgebildet. Dimitris Tsatsos hat wiederholt darauf hingewiesen, dass einige dieser Elemente – wie die Verbindung unabhängiger Bürgerschaften zum Schutz gemeinsamer Werte – bereits in den antiken Amphiktyonien (ἀμφικτυονία) erscheinen. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, 1988, S. 234, erwähnt die Beschreibung des „Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation“ durch Samuel Pufendorf, einen der Begründer des neuzeitlichen Staatsrechts, als ein System souveräner staatlicher Einheiten, die gleichwohl einen Gesamtkörper bilden („*civitas composita, systema aliquod plurium civitatum*“).

<sup>39</sup> Nach der Darstellung von A. Glencross (*What Makes the EU Viable? European Integration in the Light of the Antebellum US Experience*, New York, 2009, S. 32 ff.) befanden sich die Vereinigten Staaten von Amerika in der Zeit bis zum Sezessionskrieg in einem Zustand dieser Art.

<sup>40</sup> Die Orientierung an einer „kooperierenden Vielfalt“ scheint auch Johann Wolfgang von Goethe bei der Beratung des Herzogs Karl August von Sachsen-Weimar-Eisenach verfolgt zu haben. Einer „Ordnung durch Hegemonie“ zog er „die Ordnung vor, welche durch ausbalancierte Gleichgewichtsverhältnisse zwischen

lichkeit nicht auf ein Zentrum bezogen sein kann, möchte ich sie *polykephal* nennen<sup>41</sup>. Sie wäre Verwirklichung eines tiefgehenden Pluralismus<sup>42</sup>. Funktionieren könnte sie nur, wenn alle Beteiligten die Prinzipien rechtsstaatlicher Demokratie achten und die gemeinsam gefassten Beschlüsse loyal durchführen. Parlamentarische politische Willensbildung und Beibehaltung des Gewaltmonopols auf der Ebene der einzelnen Staaten würden gewährleisten, dass diese weiterhin substantielle Funktionen ausüben. Die Geschehnisse einer solchen Union würden von Repräsentanten der Mitgliedstaaten, die nach Maßgabe gewichteter Mehrheiten entscheiden, im Zusammenwirken mit einer direkt gewählten parlamentarischen Repräsentation gemeinsam gesteuert. Ein Gerichtshof wäre für die Wahrung des Rechts, ein gemeinsames Exekutivorgan für Durchführungsmaßnahmen verantwortlich, die auf der Unionsebene erforderlich sind. Eine solche institutionelle Struktur kann im Wege kleiner Reformschritte aus der Europäischen Union der Gegenwart hervorgehen.

- Wird ein nationaler Verfassungsprozess wünschenswert?

Wenn sich die beschriebene Entwicklung als Resultante demokratisch legitimierter pragmatischer Veränderungen im Laufe der Jahre abzeichnen würde, müsste sie dann nicht an den Maßstäben scheitern, die das Bundesverfassungsgericht für die Aufrechterhaltung der deutschen Staatlichkeit entwickelt hat? Die Frage stellen heißt, darüber nachzudenken, wie mit den Maßstäben aus den „Maastricht-“ und „Lissabon-“Urteilen des Verfassungsgerichts in sinnvoller Weise umgegangen werden kann. Das Gericht hat in den Jahren 1993 und 2009 der Ratifizierung der Integrationsverträge zugestimmt, weil die darin vorgesehene Übertragung von Hoheitsbefugnissen die in den Urteilen aufgestellten Maßstäbe nicht überschreitet. Seine Maßstäbe formulierte das Gericht vor dem seinerzeitigen Erkenntnishorizont. Weder die tatsächliche Entwicklung noch ernsthafte politische Optionen legten damals den Übergang zu einer europäischen Staatlichkeit nahe. Ob dies in einer mehr oder weniger fernen Zukunft genau so bleiben wird, ob dann deutsche Verfassungsrichter im Lichte der zu bewältigenden Aufgaben und der Möglichkeiten politischen Handelns zu den gleichen Bewertungen kommen würden, sollte heute eine offene Frage bleiben. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäbe zum Fortbestand deutscher Staatlichkeit sind ernst zu nehmen. Sie in ihrer Buchstäblichkeit zu dogmatisieren würde aber bedeuten, im Ergebnis einen aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stammenden formalen Staatsbegriff für alle Zeiten festzuschreiben. Das wäre ein Irrweg im Verfassungsverständnis, das für geschichtliche Veränderungen nicht blind sein darf. Zu fragen wäre vielmehr, welche tatsächlichen Güter durch den Fortbestand der Staatlichkeit geschützt werden sollen. Mit Blick auf die menschliche Würde als das zentrale Element der Erfolgsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts könnte man die Vermutung wagen, im Zentrum seiner Sorge stehe die Selbstbestimmung der Menschen, die im Rahmen der Verfassung den gleichen gesellschaftlichen und kulturellen Kontext teilen. Diese Sorge wird zu gegebener

---

einer Vielfalt von politischen Einheiten zustande kommt“ (vgl. *Rüdiger Safranski, Goethe – Kunstwerk des Lebens*, München 2013, S. 252).

<sup>41</sup> Erste Überlegungen des Verfassers hierzu finden sich in: Versuch über die Transformation des Staates in der Europäischen Union, in: Peter Häberle, Martin Morlok, Vassilios Skouris (Hrsg.), Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos, Baden-Baden, 2003, S. 592; Leviathan oder Hydra. Versuch über Staatlichkeit und Europäische Integration, in: Friedrich Müller, Isolde Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 23.

<sup>42</sup> Die in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts aufkeimende pluralistische Staatstheorie (Laski, 'The Personality of the State', 1915) wurde Deutschland sehr schnell durch die dem Zeitgeist entgegenkommende Autorität von Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, 1927, *Der Begriff des Politischen*, 1932) erstickt. Vgl. hierzu im Einzelnen und differenzierend: *Helmut Quaritsch, Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus*, *Der Staat*, 1980, Vol. 19, No. 1 (1980), S. 29 ff, 51.

Zeit Anlass zu einer kritischen Überprüfung der 1993 und 2009 aufgestellten Maßstäbe geben, sollten demokratisch legitimierte Repräsentanten nach verantwortlicher Abwägung zu dem Schluss kommen, ohne Übertragung weiterer staatlicher Funktionen auf eine gemeinsame Ebene könne der Wille der Wähler nicht mehr wirksam in die Tat umgesetzt werden, weil einzelstaatliche Vorgehensweisen auf den betreffenden Politikfeldern wirkungslos bleiben. Wenn der Umfang der menschlichen Gemeinschaft, die bestimmten Gefahren schicksalhaft ausgesetzt ist, weiter ist als die eines Staats, dann kann Selbstbestimmung darüber, wie diesen Gefahren zu begegnen ist, nur in diesem weiteren Rahmen stattfinden. Denn unter solchen Umständen wäre das Festhalten an souveränem staatlichem Handeln zugleich Fremdbestimmung über das Schicksal anderer. Die politischen Repräsentanten sollten ihre Verantwortung also jeweils auf derjenigen Handlungsebene wahrnehmen, auf der die Handlungen der Hoheitsträger auch als Selbstbestimmung der Betroffenen gedeutet werden können, dabei auch zwischen den Wahlterminen das Maß globaler Zustimmung seitens der Betroffenen nicht vernachlässigen und im übrigen darauf vertrauen, dass die Weisheit des Verfassungsgerichts sich bei einer künftigen Befassung der Rationale solchen Handelns nicht verweigern wird. Wenn die Umstände sich so verändern, dass Schritte erforderlich werden, die über die 1993 und 2009 formulierten Grenzen hinausgehen, und diese Schritte in einer Weise vollzogen werden, die das Selbstbestimmungsrecht der Menschen insgesamt nicht einschränkt, sondern stärkt, dann wird auch ein Bundesverfassungsgericht sich bereitfinden, erneut über die seit dem Jahre 1974 nicht mehr diskutierte Prämisse nachzudenken, ob das Grundgesetz „nicht eigentlich zur Übertragung von Hoheitsrechten“ ermächtigt (BVerfGE 37, 271, 280).