

## AUFSATZ

*Benjamin Werner*

### Ein zahnloser Tiger?

Das Bundesverfassungsgericht und seine Europa-Rechtsprechung

#### 1. Einleitung<sup>1</sup>

Der europäische Integrationsprozess hat heute eine erhebliche Tiefe erreicht. Inzwischen verfügen die Institutionen der Europäischen Union in vielen – oft hochpolitischen – Sachbereichen über umfangreiche Kompetenzen, mit denen sie verbindliche Entscheidungen von beträchtlicher Reichweite für die Mitgliedstaaten herbeiführen können. Dieser Bedeutungszuwachs hatte jedoch einen Preis: Europäisches Regieren wird von den Bevölkerungen der Mitgliedstaaten nicht länger unhinterfragt hingenommen. Die lange Zeit vorherrschende stillschweigende Zustimmung zum Integrationsprojekt – der sogenannte »permissive Konsens« – existiert nicht mehr.<sup>2</sup> Stattdessen bedürfen Zustandekommen und Inhalte der auf europäischer Ebene getroffenen Entscheidungen zunehmend der Rechtfertigung, und weitere Integrationsvertiefungen sind nicht länger unumstritten.

Die wachsende Skepsis gegenüber fortschreitender Integration schlägt sich nicht zuletzt auch in der Europa-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nieder. Insbesondere in seinem 2009 ergangenen Lissabon-Urteil hat es deutlich zum Ausdruck gebracht, dass alle Integrationsschritte bestimmten grundgesetzlichen Anforderungen genügen müssen. Andernfalls seien diese Schritte für Deutschland nicht anwendbar. Die Auflagen, die das Grundgesetz vorgebe, beträfen nicht nur das integrationspolitische Handeln der deutschen Verfassungsorgane, sondern auch das der europäischen Instanzen wie Europäische Kommission oder Europäischer Gerichtshof (EuGH).

Juristen haben kritisiert, dass diese vom BVerfG entwickelten Auflagen – jedenfalls im Hinblick auf das Handeln der Unionsorgane Kommission und EuGH – nicht geeignet seien, den damit verbundenen Anspruch einzulösen. Der Grund hierfür sei, dass das BVerfG ein unzureichendes Verständnis davon habe, wie es zu Integrationsvertiefungen durch das Agieren dieser Organe komme. Denn solche Vertiefungen seien nicht, wie die Entscheidungen des Karlsruher Gerichts nahelegten, allein das Resultat einzelner großer und klar auszumachender Schritte, sondern oftmals lediglich kumulatives Ergebnis kleinerer, für sich genommen wenig bedeutender Veränderungen. Indem das BVerfG dies übersehe, laufe – so die Kritiker – das

1 Ich danke Martin Höpner sowie der Redaktion des *Leviathan*, insbesondere Reinhard Blomert, für wertvolle Anregungen und Kommentare.

2 Hooghe, Marks 2009; Tiemann et al. 2011.

Ansinnen, zukünftige Integration an Bedingungen zu knüpfen, in einem wesentlichen Aspekt ins Leere.

Der vorliegende Beitrag zeigt anhand aktueller institutionentheoretischer Erkenntnisse sowie einem jüngeren Beispiel aus der Rechtsprechung des EuGH, dass diese Kritik am BVerfG begründet ist. Integrationsvertiefungen, die Kommission und EuGH durch Anwendung und Auslegung europäischen Rechts eigenmächtig herbeiführen, können in der Tat schleichend erfolgen. Sollte das BVerfG seiner bisherigen Rechtsprechung also treu bleiben, dann dürfte es seinem Anspruch als Schutzinstanz vor bedingungsloser Integration tatsächlich nicht vollumfänglich gerecht werden.

Für all jene, die weitere Integrationsschritte für wünschenswert oder geboten halten, dürfte dies sicherlich eine gute Nachricht sein. Die Unionsorgane Kommission und EuGH, seit jeher wichtige »Motoren der Integration«,<sup>3</sup> werden demnach auch in Zukunft diese Rolle wahrnehmen können und müssen kaum Beschränkungen durch das BVerfG befürchten. Gleichwohl stellt sich aber die Frage, ob das Ansinnen des BVerfG, das Handeln dieser EU-Instanzen besser zu kontrollieren, nicht weiterverfolgt werden sollte. Denn die von Kommission und EuGH eigenmächtig herbeigeführten Integrationsvertiefungen betreffen immer öfter politisch sensible Sachbereiche. Und ob diese EU-Instanzen hierfür ausreichend legitimiert sind, ist durchaus fraglich. Soll die Akzeptanz zum Integrationsprojekt in Zukunft nicht weiter sinken, wäre eine bessere Kontrolle dieser Integrationsmotoren durchaus angebracht.

Im Folgenden werden zunächst die wesentlichen Punkte der aktuelleren Europa-Rechtsprechung des BVerfG rekapituliert und die Kritik daran dargestellt (2). Anschließend wird diese Kritik untermauert – zunächst abstrakt anhand aktueller sozialwissenschaftlicher Einsichten zu institutionellem Wandel (3), dann empirisch anhand der aktuelleren Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit (4). Im letzten Abschnitt werden schließlich die Implikationen des hier geführten Arguments präzisiert.

## 2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Integrationsprozess – unwirksam?

Artikel 23 des deutschen Grundgesetzes (GG) erklärt die Verwirklichung eines vereinten Europas zum Staatsziel. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung allerdings wiederholt klargestellt, dass dieses Ziel nicht um jeden Preis realisiert werden dürfe. Vielmehr fänden alle Integrationsschritte ihre Grenze in der unveränderbaren »Verfassungsidentität«, die in Artikel 79, Absatz 3 des Grundgesetzes festgehalten ist. Diese Identität enthalte eine Reihe von Kernelementen, darunter die Unantastbarkeit der Menschenwürde und den Schutz der Grundrechte (Artikel 1 GG) sowie die in Artikel 20 GG angeführten Grundsätze der Demokratie sowie der Sozial-, Rechts- und Bundesstaatlichkeit.

3 Pollack 2003.

Was dies konkret für die europäische Integration bedeutet, lässt sich exemplarisch am 2009 ergangenen Urteil zum Lissabon-Vertrag<sup>4</sup> verdeutlichen. Diese Entscheidung, in der das Demokratieprinzip des Grundgesetzes im Vordergrund steht, beruht auf den bereits in früheren Urteilen getroffenen Aussagen zur verfassungsrechtlichen Spannungslage zwischen Integrationsgebot und Verfassungsidentität und führt diese konsequent fort.<sup>5</sup> In diesem Sinne ergingen auch die neueren Europa-Entscheidungen des BVerfG, weshalb in der folgenden Darstellung auf die neuere Rechtsprechung nur dort eingegangen wird, wo es im Lichte der hier geführten Argumentation angebracht erscheint.

Die *erste* wesentliche integrationspolitische Schlussfolgerung, die das BVerfG aus der Unveräußerlichkeit der Verfassungsidentität gezogen hat, lautet: Die Spielräume der deutschen Verfassungsorgane bei der Mitwirkung am europäischen Integrationsprozess sind begrenzt.<sup>6</sup> Denn wenn die Verfassungsidentität nicht aufgegeben werden dürfe, dann sei, so das BVerfG, auch eine Übertragung der durch diese in ihrem Kerngehalt garantierten Rechte und Grundsätze an die europäische Ebene nicht erlaubt. Das Grundgesetz verlange also, dass Deutschland seine »souveräne Verfassungsstaatlichkeit« und seine »Fähigkeit zu selbstverantwortlicher und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse« auch im Zuge des Integrationsprozesses behalte.<sup>7</sup> Wesentliches Element zur Wahrung der eigenen Gestaltungsfähigkeit sei hierbei, dass die deutschen Verfassungsorgane den europäischen Instanzen keine Kompetenzen übertragen, aus denen diese dann eigene Zuständigkeiten begründen könnten. Vielmehr müssten alle Integrationsschritte dem »Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung« entsprechen, das heißt »hinreichend bestimmt« sein.<sup>8</sup> Insgesamt bedeutet diese Vorgabe folglich, dass die EU eine »Verbindung souveräner Staaten« bleiben müsse, in der die Mitgliedstaaten die »Herren der Verträge« sind.<sup>9</sup> Diese Vorgabe einzuhalten sei für die deutschen Verfassungsorgane verpflichtend.

Die *zweite* entscheidende Schlussfolgerung, die das BVerfG gezogen hat, lautet: Die EU selbst muss im Einklang mit den Grundprinzipien des Grundgesetzes stehen.<sup>10</sup> So könne etwa das Demokratiegebot nur gewahrt bleiben, wenn das auf europäischer Ebene entstehende politische System selbst demokratischen Prinzipien entspricht. Grundsätzlich gebe es dabei viele Möglichkeiten, diese Anforderung zu verwirklichen. Sobald sich aber »ein Missverhältnis zwischen Art und Umfang der ausgeübten Hoheitsrechte und dem Maß demokratischer Legitimation einstellt, obliegt es der Bundesrepublik Deutschland [...], auf eine Veränderung hinzuwirken

<sup>4</sup> Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08 (*Lissabon*).

<sup>5</sup> Grimm 2009.

<sup>6</sup> BVerfG, *Lissabon* (Angaben siehe Fußnote 4), Rn. 219 ff.

<sup>7</sup> Ebd., Rn. 226.

<sup>8</sup> Ebd., Rn. 236.

<sup>9</sup> Ebd., Rn. 229 und 231.

<sup>10</sup> Ebd., Rn. 244 ff.

und im äußersten Fall sogar ihre weitere Beteiligung an der Europäischen Union zu verweigern.«<sup>11</sup>

Schließlich haben die Karlsruher Richter noch eine *dritte* substantielle Konsequenz aus der Unveräußerlichkeit der Verfassungsidentität gezogen – und allein um diese drehen sich die nachfolgenden Ausführungen: Wenn die Verfassungsidentität verlange, dass die Mitgliedstaaten »Herren der Verträge« bleiben, dann dürften die europäischen Organe die Integration auch nicht eigenmächtig vorantreiben.<sup>12</sup> Sie haben sich folglich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Befugnisse zu bewegen. Ob solch eine Grenzüberschreitung vorliegt, ließe sich im Rahmen einer vom BVerfG durchgeführten *ultra vires*-Kontrolle feststellen. Dieses Verfahren könnte letztlich dazu führen, dass die durch eigenmächtiges Handeln der Unionsorgane zustande gekommenen Rechtsakte in Deutschland für unanwendbar erklärt werden.

Wann sieht nun das BVerfG solch eine Grenzüberschreitung als gegeben an? Grundsätzlich sei, so das BVerfG, der Unionsgewalt nämlich ein gewisser Spielraum bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen zuzugestehen, der sich aus der »Europa-rechtsfreundlichkeit« des Grundgesetzes ergebe.<sup>13</sup> Manches eigenmächtige Handeln der Unionsorgane lasse sich auch gar nicht vollständig verhindern, da die vertraglichen Bestimmungen, die ihren Handlungsauftrag und seine Grenzen festlegen, niemals gänzlich vorherbestimmt sein könnten.<sup>14</sup> So müsse beispielsweise akzeptiert werden, wenn der EuGH das europäische Recht durch Interpretation so weiterentwickelt, dass »Programme ausgefüllt, Lücken geschlossen, Wertungswidersprüche aufgelöst werden oder besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen wird.«<sup>15</sup> Diese Toleranz gegenüber den europäischen Instanzen ende allerdings bei »ersichtlichen« Verstößen gegen das »Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.«<sup>16</sup> Demnach überschreite etwa der EuGH seine Kompetenzen, wenn er »deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte (vertrags-)gesetzliche Entscheidungen abändert oder ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft.«<sup>17</sup> Dies sei insbesondere unzulässig, wenn hierdurch »über den Einzelfall hinaus politische Grundsatzentscheidungen« getroffen oder »strukturelle Verschiebungen« im Kompetenzgefüge zwischen EU und Mitgliedstaaten herbeigeführt werden.<sup>18</sup> Aus Sicht des BVerfG handeln die EU-Organe also erst dann unzulässig (*ultra vires*), wenn der Kompetenzverstoß hinreichend qualifiziert ist – das heißt wenn das kompetenzwidrige Handeln klar ersichtlich ist und zudem zu bedeutenden Transformationen im euro-

11 Ebd., Rn 264.

12 Ebd., Rn. 236 ff.

13 Ebd., Rn. 237.

14 Ebd.

15 Beschluss des Zweitens Senats vom 6. Juli 2010, BVerfG, 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*), Rn. 64.

16 Ebd., Rn. 61 und 65; BVerfG, *Lissabon* (Angaben siehe Fußnote 4), Rn. 240.

17 BVerfG, *Honeywell* (Angaben siehe Fußnote 15), Rn. 64.

18 Ebd.

päischen Recht führt. Mit anderen Worten: Das BVerfG will lediglich bei schweren (»Big Bangs«), nicht aber bei kleineren Kompetenzverstößen durch die Unionsorgane einschreiten.

Festzuhalten ist: In seiner Europa-Rechtsprechung hat sich das BVerfG als eine Schutzinstanz vor bedingungsloser Fortsetzung des Integrationsprozesses positioniert. Sowohl die deutschen als auch die europäischen Organe sind demnach verpflichtet, zukünftige Integrationsschritte entweder gar nicht oder aber nur unter Einhaltung bestimmter Kriterien vorzunehmen. Sollten diese Auflagen nicht beachtet werden, behält sich das deutsche Höchstgericht vor, weiterer Integration die Zustimmung zu verweigern.

Diese Rechtsprechung hat zum Teil massive Ablehnung erfahren. Dabei überwogen weitgehend normativ ausgerichtete Argumentationen, die dem Gericht rückwärtsgewandtes, nationalistisches Denken und/oder die Usurpation von der Politik vorbehalteten Kompetenzen zur Gestaltung der Integration vorwarfen.<sup>19</sup> Vereinzelt hat es aber auch Kritik an der *praktischen Wirksamkeit* dieser Rechtsprechung gegeben. Diese bezog sich vor allem auf die letzte der oben genannten drei Schlussfolgerungen, das heißt auf den Kontrollvorbehalt zur Verhinderung von kompetenzüberschreitendem Handeln der EU-Organe.

Insbesondere der ehemalige Verfassungsrichter Dieter Grimm hat diesen Einwand vorgetragen. Grundsätzlich sei es, so seine Ansicht, durchaus sinnvoll, das Handeln der EU-Instanzen zu überwachen. Schließlich hätten sich gerade Kommission und EuGH als wichtige »Motoren der Integration« erwiesen. Indem sie die europäischen Verträge in der von ihnen für richtig gehaltenen Interpretation auslegten und anwendeten, sei es ihnen immer wieder gelungen, »entscheidende Veränderungen des Integrationsprogramms« eigenmächtig – »also ohne Mitwirkung der Mitgliedstaaten sowie der politischen Organe der EU [Rat und Parlament]« – durchzusetzen.<sup>20</sup> Die auf diese »unpolitische« Weise zustande gekommenen Integrationsvertiefungen seien jedoch im Hinblick auf demokratische Ansprüche höchst problematisch, da es kaum Möglichkeiten gebe, diese administrativ beziehungsweise judikativ getroffenen Entscheidungen zu korrigieren.<sup>21</sup> Denn derzeit komme allein eine Vertragsänderung als Korrekturmaßnahme infrage. Solche Vertragsänderungen seien jedoch »nahezu aussichtslos«.<sup>22</sup> Angesichts dieses enormen integrationspolitischen Handlungsspielraums von Kommission und EuGH sei es folglich alles andere als unberechtigt, wenn das sich das BVerfG als potenzielles Korrektiv dieser EU-Organe ins Spiel bringe.<sup>23</sup>

19 Siehe zum Beispiel Nettesheim 2009; Ooyen 2009.

20 Grimm 2009, S. 492.

21 Grimm 2012, S. 138 ff.

22 Grimm 2010.

23 Grimm 2009, S. 494; Grimm 2012, S. 274.

Das BVerfG übersche aber, so Grimm weiter, dass die von Kommission und EuGH eigenmächtig herbeigeführten Integrationsvertiefungen weniger in Form einzelner »Big Bangs« als vielmehr schleichend erfolgten. Folglich sei

»fraglich, ob die vom Bundesverfassungsgericht [...] vorgenommene Unterscheidung zwischen Kompetenzüberschreitungen, die sich nur in einem Einzelfall auswirken, und solchen, die zu strukturellen Verschiebungen der Machtverteilung führen, realistisch ist. Gerichte sind immer mit Einzelfällen befasst. Nur selten wird aber eine Einzelfallentscheidung schon strukturverändernd wirken. Strukturveränderungen durch Rechtsprechung vollziehen sich gewöhnlich schrittweise. Die Einzelfallentscheidung, oft aus unspektakulärem Anlass gefällt, setzt einen Trend in Gang, der meist erst bemerkt wird, wenn das Gericht sich später auf eine festgestigte Rechtsprechung beruft. Für einen Einhalt ist es dann gewöhnlich zu spät. Strukturverschiebungen sind die Folge einer Kumulation von Einzelfällen. Das Kumulat selbst steht aber niemals zur Entscheidung eines Gerichts. [...] Ob es [das BVerfG] Strukturverschiebungen von Seiten der EU [...] aufhalten kann, wenn es bei dieser Rechtsprechung bleibt, erscheint zweifelhaft.«<sup>24</sup>

Einen ähnlichen Vorbehalt gegenüber der praktischen Wirksamkeit der *ultra vires*-Kontrolle des BVerfG hat auch einer der Bundesrichter selbst geäußert.<sup>25</sup> Seiner Auffassung zufolge übersehe die Mehrheit der Richterschaft, dass bedeutende Grundsatzentscheidungen oder Kompetenzverschiebungen durch die europäischen Instanzen nur selten auf einzelne Entscheidungen zurückzuführen seien. Vielmehr entstünden solche Integrationsvertiefungen – genau wie Grimm behauptete – oftmals erst im Verlauf mehrerer, für sich genommen wenig gravierender Einzelentscheidungen. »Ob sich im Rahmen solcher Entwicklungen [...] jemals ein Einzelfall einer Kompetenzüberschreitung ausmachen lässt, der die von der Senatsmehrheit geforderte Schwere aufweist [...], erscheint [daher] sehr fraglich.«<sup>26</sup> Folglich könne das BVerfG seiner »Verantwortung für den rechtsstaatlich-demokratischen Sinngehalt von Kompetenzvorschriften nicht gerecht« werden.<sup>27</sup>

Der Vorwurf von Grimm und anderen ist alles andere als trivial: Sollte diese Kritik zutreffen, dann fiele das BVerfG als selbsternannte Schutzinstanz vor bedingungsloser Integrationsvertiefung in einem wichtigen Aspekt aus. Entgegen der Intention des BVerfG würden zumindest solche Integrationsschritte kaum eine Schranke im deutschen Höchstgericht finden, die von Kommission und EuGH eigenmächtig vorangetrieben werden – und das nur, weil das BVerfG nicht richtig versteht, wie es zu solchen Vertiefungen kommt. Die Klärung der Frage, wie die integrationskritische Haltung des BVerfG normativ zu bewerten ist, erscheine folglich als nebensächlich, da das Gericht den selbstgestellten Anspruch ohnehin nicht zu erfüllen vermag. Doch wie zutreffend ist dieser Vorwurf, das BVerfG sei hinsichtlich der Unionsorgane ein »zahnloser Tiger«?

24 Grimm 2010.

25 Abweichende Meinung des Richters Landau zum *Honeywell*-Beschluss, Angaben siehe Fußnote 15.

26 Ebd., Rn. 103.

27 Ebd., Rn. 104.

### 3. Wandel – aktuelle Erkenntnisse sozialwissenschaftlicher Forschung

Um dies zu überprüfen, bietet es sich zunächst an, den sozialwissenschaftlichen Erkenntnisstand über institutionellen Wandel zu rekapitulieren. Aktuelle Forschungsergebnisse legen nämlich nahe, dass der Vorwurf, wonach das BVerfG »zahnlos« sei, zumindest theoretisch plausibel erscheint.

Ganz allgemein bezeichnen Institutionen zentrale Elemente einer jeden gesellschaftlichen Ordnung. Indem sie Individuen und Gruppen durch sanktionsbewehrte Regeln (Handlungsanleitungen oder Normen) Orientierung bei ihren Handlungen bieten, strukturieren sie deren Verhalten. Sie zeigen auf, was »richtiges« und was »falsches« Handeln ist und mit welchen Konsequenzen bei abweichendem Verhalten zu rechnen ist. Das Agieren der Akteure wird dadurch vorhersehbar und verlässlich. Institutionen haben zudem einen überindividuellen Charakter, weshalb sie sich der unmittelbaren Kontrolle des Einzelnen entziehen. Dies macht sie relativ stabil über die Zeit. Dennoch unterliegen auch Institutionen Wandlungsprozessen.

Die sozialwissenschaftliche Vorstellung darüber, wovon diese Veränderungen ausgelöst werden und wie sie ablaufen, war lange Zeit durch ein Verständnis von institutionellem Wandel geprägt, welches sich mit dem evolutionsbiologischen Modell des *Punktualismus (punctuated equilibrium)* vergleichen lässt.<sup>28</sup> Grundidee dieses Konzepts ist eine Vorstellung von Wandel, in dem lange Phasen der Stabilität immer wieder durch kurze, aber intensive Transformationsphasen durchbrochen werden. Verursacht wird dieser Wandel durch »Big Bangs«, das heißt relativ abrupt auftretende intensive Schocks. Kleinere Ereignisse hingegen vermögen keine nachhaltigen Veränderungen auszulösen, sondern führen lediglich zu Anpassung und Reproduktion des Bestehenden. Exemplarisch für dieses Verständnis steht das Konzept der »Pfadabhängigkeit«.<sup>29</sup> Demzufolge treten nach der Errichtung einer Institution selbstverstärkende Prozesse ein (ausgelöst durch »positive Rückkopplungen« im Sinne von emotionalen Belohnungen oder »steigende Skalenerträge« im ökonomischen Sinne), wodurch die Anreize zunehmen, den zu Beginn eingeschlagenen Pfad fortzuführen. Institutionelle Stabilität entsteht folglich, weil die Kosten für Pfadabweichungen im Zeitverlauf immer höher werden (beziehungsweise weil der zentripetale Integrationsdruck stärker ist als die centrifugalen Abweichungsbewegungen). Erst größere Schocks (etwa Kriege, Revolutionen oder massive Wirtschaftskrisen), die die Funktionsfähigkeit einer Institution radikal infrage stellen, zwingen zu Veränderungen. Da diese »Big Bangs« aber eher die Ausnahme denn die Regel sind, tritt Wandel nur in seltenen historischen Momenten ein und dann sogleich als Pfadwechsel und nicht als Pfadabweichung.

Die aktuellere Forschung hat jedoch gezeigt, dass institutioneller Wandel nicht nur in dieser Form eintritt.<sup>30</sup> Vielmehr können sich bedeutende Veränderungen ebenso in kleinen Schritten über längere Zeiträume hinweg vollziehen. Diese Form institutionellen Wandels kann – um im evolutionsbiologischen Jargon zu bleiben –

28 Krasner 1988.

29 Pierson 2000.

30 Streeck, Thelen 2005; Mahoney, Thelen 2010.

als *Gradualismus* bezeichnet werden. Anders als im Punktualismus wird Wandel hier nicht als sprunghafter, sondern als inkrementell verlaufender Prozess verstanden.

Möglich wird diese Form des Wandels, weil Institutionen die von ihnen zu regelnden Handlungen niemals vollständig determinieren. Keine institutionalisierte Regel oder »Leitidee«<sup>31</sup> ist so eindeutig, dass ihre exakte Bedeutung immer allen betroffenen Akteuren zweifelsfrei klar ist. Aufgrund dieses Mangels an Eindeutigkeit kann sich die tatsächliche Bedeutung und Funktionsweise einer Institution letztlich immer erst im Zuge von konkreten Interpretations- und Anwendungspraktiken herausbilden. Und es sind genau diese Praktiken, aus denen schließlich institutioneller Wandel entsteht:

- So können sich etwa neue Interpretationen bestehender Regeln, zum Beispiel durch Führungswechsel oder andere Umstände, herausbilden und die alten allmählich verdrängen.
- Ebenso denkbar ist, dass die von einer Regel Betroffenen nicht in der Weise mit ihr umgehen, wie es ursprünglich beabsichtigt war. Dahinter muss nicht zwingend böser Wille stehen. Dies kann auch passieren, wenn eine Regel der Komplexität eines Einzelfalls nicht gerecht wird und daher kreatives Handeln der Akteure erfordert.
- Gleichwohl können manche Akteure die Handlungsspielräume ganz bewusst dazu nutzen, um die darin enthaltenen Ge- und Verbote zu umgehen oder zu ihren Gunsten ihre eigenen Leitideen zu verfolgen.
- Der durch abweichendes Verhalten ausgelöste Wandel wird zudem oftmals nicht unterbunden: Entweder gibt es in der Institution keine ausreichenden Kräfte mehr, hiergegen vorzugehen – etwa weil sich der Nutzen größer als der Schaden erweist oder die Abweichung als zu geringfügig erscheint –, oder es mangelt an geeigneten Möglichkeiten, dieses Handeln zu unterbinden.

Die auf diese Weise verursachten Abweichungen von althergebrachten Interpretations- und Anwendungspraktiken sind allerdings oftmals lediglich gradueller Natur. Werden diese kleinen Veränderungen im Laufe der Zeit jedoch von immer mehr Akteuren angewendet und durch weitere Abweichungen verstärkt, dann kann sich dies schließlich dennoch zu größeren und grundlegenden Diskontinuitäten aufsummieren. »Pfadabweichender« Wandel oder gar »Pfadbruch« tritt ein, ohne dass es dazu jemals eines »Big Bangs« bedurft hätte.

Die Forschung hat unterschiedliche Formen graduellen Wandels identifiziert:<sup>32</sup>

- Ersetzung (*displacement*): In dieser Variante entstehen bedeutende institutionelle Veränderungen, weil neu eingeführte Handlungsmuster die ursprünglich vorhandene Institution nach und nach verdrängen oder gar gänzlich ersetzen.
- Überlagerung (*layering*): Bei diesem Typus verdrängen neue Praktiken nicht die alten, sondern sie werden den bereits bestehenden lediglich hinzugefügt. Zu nachhaltigen Veränderungen kommt es dann, weil die neu eingeführten Ergän-

31 Hauriou 1965.

32 Streeck, Thelen 2005, S. 19 ff.; Mahoney, Thelen 2010, S. 15 ff.

zungen kumulativ die ursprüngliche Wirkungsweise der betroffenen Institution auf relevante Weise verwandeln.

- Anpassungsmangel (*drift*): Eine weitere Form graduellen Wandels besteht darin, dass auf Veränderungen in der Umwelt einer Institution gar nicht oder nicht angemessen reagiert wird. Obwohl die Institution intakt bleibt, führt das Ausbleiben solcher Anpassungsleistungen zu erheblichen Veränderungen in der Wirkungsweise einer Institution.
- Umformung der Leitidee (*conversion*): Ein vierter Typ liegt schließlich vor, wenn eine Institution formal intakt bleibt, sie aber durch Reinterpretation oder veränderte Anwendung ihrer Eigenschaften für Zwecke genutzt wird, für die sie ursprünglich nicht gedacht war.

Die zentrale Einsicht dieser Forschung sollte deutlich geworden sein: Nicht allein schwerwiegende Einzelereignisse, sondern auch kleinere Veränderungen können über längere Zeiträume hinweg gravierenden Wandel herbeiführen. Überträgt man diese Erkenntnis nun auf den europäischen Integrationsprozess, dann zeigt sich, dass bedeutende Integrationsvertiefungen eben nicht nur durch »Big Bangs« – etwa eine Vertragsänderung durch die Regierungen oder eine einzelne Entscheidung von Kommission oder EuGH – erfolgen müssen. Ebenso denkbar ist nun, dass diese Vertiefungen inkrementell durch eine Reihe weniger bedeutender Ereignisse eintreten – etwa wenn der EuGH eine folgenschwere Neuinterpretation einer Rechtsnorm im Zuge mehrerer Urteile über einen längeren Zeitraum hinweg vornimmt. Aus Sicht der Forschung über institutionellen Wandel erscheint die am BVerfG geäußerte Kritik demnach zumindest theoretisch nachvollziehbar. Anhand eines aktuellen Beispiels der EuGH-Rechtsprechung lässt sich aber zeigen, dass diese Kritik keineswegs nur abstrakt begründbar ist.

#### 4. Wie es zu Integrationsvertiefungen durch die Unionsorgane kommt – ein Beispiel

Sowohl unter Politikwissenschaftlern als auch unter Juristen ist umstritten, dass der Europäische Gerichtshof ein »Motor« der europäischen Integration ist.<sup>33</sup> Durch seine entschieden pro-europäische Auslegung der Verträge trug er maßgeblich zur Vertiefung der Integration bei. Bekanntestes Beispiel hierfür dürften die Grundsätze des Vorrangs und der Direktwirkung des Gemeinschaftsrechts sein, wodurch der Gerichtshof die völkerrechtlichen Verträge von Rom in ein verfassungähnliches Dokument transformierte.<sup>34</sup> Andere, kaum weniger bedeutsame Beispiele sind etwa die Interpretation der Grundfreiheiten als Beschränkungs- statt als Diskriminierungsverbote,<sup>35</sup> die Staatshaftung bei Nicht-Umsetzung von Richtlinien<sup>36</sup> oder die Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft.<sup>37</sup> All diese – über den Wortlaut der entspre-

33 Pollack 2003; Stone Sweet 2010; Höpner 2011.

34 Weiler 1991; Alter 2001.

35 Kingreen 2003.

36 Danwitz 1997.

37 Hilpold 2008.

chenden vertraglichen Rechtsnormen weit hinausreichenden – Rechtsfortbildungen ermöglichten letztlich die Verwirklichung von bedeutenden Integrationsschritten, die andernfalls nur mühsam mittels der Verabschiedung von Richtlinien oder gar Vertragsveränderungen hätten durchgesetzt werden können. Der EuGH betätigte sich also ein ums andere Mal als Ersatzgesetzgeber, der eigenhändig Fortschritte bei der Integration erzielte.

Im Lichte der vom BVerfG entwickelten Kriterien zur Identifizierung von *ultra vires*-Akten der Unionsorgane dürften viele der vom EuGH herbeigeführten Integrationsschritte rückblickend als kompetenzüberschreitend und damit unzulässig einzustufen sein. Bei genauerer Betrachtung lässt sich allerdings erkennen, dass diese weit reichenden Integrationsschritte keineswegs nur das Ergebnis einzelner bedeutender Urteile, sondern oftmals lediglich das Produkt längerer, inkrementeller Entwicklungen sind. Beispielhaft hierfür steht die jüngere Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit, in welcher der Gerichtshof eigenständig die Integration in Fragen der Unternehmenskontrolle vorangetrieben hat.<sup>38</sup> Aus der Perspektive des im vorhergehenden Abschnitt geschilderten Gradualismus ließe sich dieser Vorgang als Wandel vom Typus Konversion der Leitidee (*conversion*) bezeichnen. Denn zustande kam jene im Folgenden beschriebene Integrationsvertiefung, weil der EuGH eine institutionalisierte Regel nach und nach so uminterpretiert hat, dass sie inzwischen für Zwecke genutzt werden kann, die ursprünglich nicht mit ihr beabsichtigt waren.

#### 4.1 Die Regulierung der Unternehmenskontrolle in Europa

Der Begriff der *Unternehmenskontrolle* (Corporate Governance) bezeichnet jene Regeln, die die Machtverhältnisse in einem Unternehmen bestimmen. Sie legen fest, wer darüber entscheiden darf, welche Ziele ein Unternehmen wie verfolgt. Die Ausgestaltung dieser Regeln ist von erheblicher politischer Bedeutung, da sie die Funktionsweise der zentralen Organisation der Wirtschaft maßgeblich bestimmen und damit Einfluss auf Beschäftigung und Wohlstand der Gesamtbevölkerung haben. Die Unternehmenskontrolle stellt folglich ein wichtiges Instrument dar, mittels dessen ein Land seine Wirtschaft reguliert.

In den Mitgliedstaaten der EU haben sich historisch ganz unterschiedliche Systeme der Unternehmenskontrolle herausgebildet. So dominiert in Großbritannien seit je die Vorstellung, ein Unternehmen habe allein den Interessen seiner Eigentümer zu dienen, was sich in den weitreichenden Rechten der Aktionäre ausdrückt.<sup>39</sup> Demgegenüber herrscht in den meisten kontinentaleuropäischen Ländern ein Verständnis vor, dass auch die Interessen anderer Akteure bei Unternehmensentscheidungen

38 Vgl. Werner 2013 für eine ausführliche Darstellung dieser Rechtsprechung. Hier werden auch die politischen Begleitumstände dieser Entwicklung eingehender beleuchtet.

39 Gamble, Kelly 2000; Vitols 2001.

zu berücksichtigen sind.<sup>40</sup> Hierzu zählen insbesondere die Belange der Arbeitnehmer, aber auch die Interessen anderer »Stakeholder«, etwa die der kreditgebenden Banken, des Staates, der Umwelt oder der Nachbarn.

Aufgrund dieser Unterschiede ist eine Vereinheitlichung der Unternehmenskontrollsysteme in der EU bis heute gescheitert.<sup>41</sup> Zwar hat es seit Beginn des europäischen Integrationsprozesses immer wieder Versuche gegeben, sich auf gemeinsame Corporate-Governance-Standards zu einigen, ein Konsens darüber konnte bislang aber nicht erzielt werden. Zu groß waren die jeweiligen internationalen Widerstände gegen das Abweichen oder gar Aufgeben von Vorteilen von oft über Jahrzehnte hinweg erkämpften Ansprüchen. Wenn überhaupt europäische Regelungen auf diesem Gebiet verabschiedet werden konnten, dann berührten sie entweder keine wesentlichen Fragen oder sie blieben in den entscheidenden Punkten unverbindlich. Letzteres zeigt sich insbesondere an den 2001 erlassenen Regeln zur Einrichtung einer Europäischen Aktiengesellschaft (Société Européenne – SE) oder zu der 2004 beschlossenen Übernahmerichtlinie. Beide Regelungen drohten lange Zeit zu scheitern, da eine Einigung bezüglich der Rechte von Arbeitnehmern (SE) beziehungsweise Aktionären (Übernahmerichtlinie) bei der Unternehmenskontrolle nicht gelingen wollte. Dass nach Jahrzehntelangen und zähen Verhandlungen schließlich dennoch Einvernehmen hergestellt werden konnte, lag daran, dass in den strittigen Fragen »Optionsmodelle« entwickelt wurden: Statt verbindlicher Vorgaben behielten die Mitgliedstaaten das Recht, diese Fragen nach eigenen Vorstellungen zu gestalten.

Festzuhalten bleibt also, dass die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen im Bereich der Unternehmenskontrolle – jedenfalls in den zentralen Aspekten – bislang nicht aufzugeben bereit waren. Stattdessen haben sie auf autonomieschonende Lösungen gesetzt, die ihnen auch weiterhin die eigenständige Gestaltung ihrer Unternehmenskontrollsysteme garantierte. Inzwischen hat der EuGH allerdings damit begonnen, diese Autonomie einzuschränken.

#### *4.2 Integration in kleinen Schritten: Die Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit*

Die Kapitalverkehrsfreiheit wurde in ihrer heutigen Form im Zuge der Vertragsrevision von Maastricht 1992 im europäischen Recht verankert. Sie legt fest, dass »alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten [...] verboten sind.«<sup>42</sup> Was unter den Begriffen *Kapitalverkehr* und *Beschränkung* genau zu ver-

40 Streeck 2001; Aguilera, Jackson 2003; Gourevitch, Shinn 2005. In Deutschland bringt dies etwa Artikel 14 des Grundgesetzes zum Ausdruck, demzufolge Eigentum dem Allgemeinwohl zu dienen habe. Davon leitet sich dann ab, jedenfalls nach Auffassung des BVerfG, dass die Unternehmenskontrolle nicht allein Sache der Eigentümer ist (vgl. hierzu das Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 1. März 1979 über das Mitbestimmungsgesetz von 1976, BVerfG, 1 BvR 532/77).

41 Lannoo, Khachaturyan 2004; Streeck 2001; Wouters 2000.

42 Artikel 63, Absatz 1 AEUV.

stehen ist, wurde allerdings nicht definiert, sondern blieb auslegungsbedürftig.<sup>43</sup> Explizite Vorgaben für die Regulierung der Unternehmenskontrolle waren mit Einführung dieser Norm also nicht verbunden. Aber auch implizit dürften die Mitgliedstaaten derartiges kaum beabsichtigt haben, da die Verhandlungen zur Einrichtung der Europäischen Aktiengesellschaft und zur Übernahmerichtlinie zu diesem Zeitpunkt weit von einer Einigung entfernt waren.<sup>44</sup> Anhand von vier Urteilen lässt sich aber zeigen, wie der EuGH diese Begriffe seitdem sukzessive so interpretiert hat, dass dem mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum in diesem Politikbereich zunehmend Grenzen gesetzt sind.

### *Erster Schritt*

Die erste wichtige Etappe in dieser Entwicklung war das 1999 ergangene Urteil in der Rechtssache *Trummer und Mayer*.<sup>45</sup> Hierbei ging es um die Frage, ob ein Mitgliedstaat das Recht hat, die Grundbucheintragung einer Hypothek in einer ausländischen Währung zu untersagen. Um dies beurteilen zu können, mussten die Richter zunächst klären, ob Hypotheken überhaupt unter den Begriff des *Kapitalverkehrs* fallen. Aufgrund fehlender Hinweise im Vertragstext zog der EuGH die Richtlinie 88/361/EWG heran. Diese Richtlinie regelte den Kapitalverkehr in Europa vor der Vertragsänderung von Maastricht und beinhaltete eine Nomenklatur, in welcher der Begriff Kapitalverkehr näher definiert war. Zwar sei diese Richtlinie durch den Vertrag von Maastricht überholt, aber die ihr beigefügte Begriffsbestimmung behalte dennoch, so das Gericht, »Hinweischarakter«<sup>46</sup> für die Definition des Terminus »Kapitalverkehr.« Da hier die »Liquidation einer Immobilieninvestition« als Form des Kapitalverkehrs aufgeführt ist – und nichts anderes sei eine Hypothek –, sei folglich auch der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet.<sup>47</sup>

Nachdem dies geklärt war, mussten die Richter als nächstes prüfen, ob es sich bei dem mitgliedstaatlichen Verbot, eine Hypothek in einer fremden Währung ins Grundbuch einzutragen, um eine *Beschränkung* der Kapitalverkehrs freiheit handelt. Auch diese Frage ließ sich nicht durch den Bezug auf die vertraglichen Bestimmungen klären, da hier ebenfalls aussagekräftige Interpretationshinweise fehlen. Dennoch kamen die Richter zu dem Schluss, dass solch eine Beschränkung vorliegt: Das fragliche Verbot »verringere« die »Attraktivität« eines Immobiliengeschäfts,

43 Flynn 2002; Hindelang 2009; Benyon 2010, S. 13 ff.

44 Der Streit um Unternehmenskontrollfragen war angeblich sogar einer der zentralen Gründe für die Einführung des Subsidiaritätsprinzips in den Vertrag von Maastricht, vgl. Rhodes, Apeldoorn 1998, S. 422.

45 Slg. 1999, S. I-01661, Urteil des EuGH vom 16. März 1999 in Rs. C-222/97 (*Trummer und Mayer*).

46 Ebd., Rn. 21.

47 Ebd., Rn. 22.

da aufgrund von Währungsschwankungen die Gefahr bestehe, dass der Gläubiger der Hypothek weniger als ursprünglich vereinbart zurückhalte.<sup>48</sup> Aufgrund dieser Attraktivitätsminderung sei das Verbot »geeignet, die Betroffenen davon abzuhalten«, solch ein Geschäft zu tätigen, »und ihnen somit ein Recht zu nehmen, das ein Bestandteil des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs ist.«<sup>49</sup>

Die Formulierungen »Attraktivität verringern« und »geeignet abzuhalten« wählte der EuGH nicht zufällig. Vielmehr wiesen diese Begriffe darauf hin, dass der Gerichtshof die Kapitalverkehrsfreiheit ähnlich auslegen würde wie die anderen sogenannten Grundfreiheiten des EU-Vertrags – den freien Waren-, Dienstleistungs- und Personenverkehr.<sup>50</sup> Die Mitgliedstaaten hatten mit diesen Normen ursprünglich die Diskriminierung von Ausländern auf heimischen Märkten verbieten wollen (*Diskriminierungsverbot*). Doch mit den Entscheidungen *Dassonville* und *Cassis de Dijon* in den 1970er Jahren begann der EuGH diese Freiheiten neu zu interpretieren.<sup>51</sup> Fortan sollten diese Normen nicht nur die offene Schlechterstellung von Ausländern verbieten, sondern auch solche nationalen Bestimmungen, die die grenzüberschreitende Tätigkeit auf Märkten für In- und Ausländer zwar unterschiedslos regelten, diese Tätigkeit aber »weniger attraktiv« machten (*Beschränkungsverbot*). Dies ging über ein Verbot protektionistischer Regelungen weit hinaus. Vielmehr waren die Grundfreiheiten hierdurch faktisch zu Grundrechten auf freie Betätigung auf Märkten geworden: Jede nationale Regelung, die »geeignet« ist, von der grenzüberschreitenden Ausübung dieser Freiheiten »abzuhalten«, kann nun als Verstoß gegen europäisches Recht gewertet werden. Lediglich eine begrenzte Reihe von »zwingenden Gründen des Allgemeinteresses«, die zudem einem strikten Test der Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit unterliegen, wollte der EuGH als Rechtfertigung für solch eine Beschränkung zukünftig gelten lassen. In *Trummer und Mayer* deutete der Gerichtshof also erstmals an, dass er die Kapitalverkehrsfreiheit zukünftig ebenfalls als solch ein Beschränkungsverbot interpretieren würde.

Da diese ersten Weichenstellungen des EuGH zur Auslegung der Begriffe »Kapitalverkehr« und »Beschränkung« konkret lediglich die Zahlungsmodalitäten eines Immobiliengeschäfts betrafen, schien dies für die Unternehmenskontrolle keinerlei Bedeutung zu haben. Zudem waren diese Rechtsfortbildungen für sich genommen recht geringfügig. Die Richter, die diese Begriffe schließlich irgendwie auslegen mussten, erfanden ja keine bahnbrechenden Rechtsfiguren, sondern stützten sich lediglich auf bereits existierende Dokumente (die Nomenklatur der Richtlinie 88/361/EWG) beziehungsweise auf ihre bisherige Rechtsprechung (Beschränkungsverbotsdogmatik). Es ist folglich sehr fraglich, inwieweit hier ein Kompetenzverstoß, geschweige denn ein schwerwiegender, ausgemacht werden kann. Dass dieses Vorgehen dennoch folgenschwer war, sollte sich erst in späteren Urteilen herauskristallisieren.

48 Ebd., Rn. 26.

49 Ebd., Rn. 26.

50 Benyon 2010, S. 15; Fischer 2000; Blauberger et al. 2012.

51 Kingreen 2003; Oliver, Roth 2004.

## Zweiter Schritt

Die nächste Etappe nahm der EuGH dann drei Jahre später mit seiner Entscheidung *Kommission gegen Portugal*.<sup>52</sup> Die portugiesische Regierung hatte in zwei Rechtsakten den *Anteilserwerb* an privatisierten Staatsunternehmen unter Auflagen gestellt: Zum einen konnte der portugiesische Staat den Anteilskauf durch Ausländer begrenzen, zum anderen wurde die Beteiligung an diesen Unternehmen für alle Aktionäre gleichermaßen ab einer bestimmten Größenordnung einer staatlichen Genehmigungspflicht unterworfen. Die Kommission wertete beide Regelungen als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und verklagte Portugal vor dem EuGH. Auch hier musste der Gerichtshof folglich wieder prüfen, ob es sich in diesem Fall um eine Form des Kapitalverkehrs handelte und, falls dies zutreffen sollte, ob die portugiesischen Bestimmungen eine Beschränkung darstellten. Wieder sahen die Richter beides gegeben, und da Portugal keine zulässigen Rechtfertigungsgründe für diese Beschränkung anführen konnte, stellten sie einen Verstoß gegen europäisches Recht fest. Wie begründete der EuGH dieses Urteil?

Um zu entscheiden, ob der Erwerb von Unternehmensanteilen durch den Begriff des Kapitalverkehrs gedeckt ist, griff der EuGH erneut auf die Nomenklatur der Richtlinie 88/361/EWG zurück.<sup>53</sup> Dies schien unmittelbar plausibel, hatte der Gerichtshof doch bereits in *Trummer und Mayer* festgestellt, dass diese Liste zu Definitionszwecken verwendet werden könne. In dieser Liste stießen die Richter auf den Begriff der »Direktinvestition«. Dieser war definiert als

»Investitionen jeder Art [...] zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den [...] Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind. [...] Bei [...] Unternehmen, die als Aktiengesellschaften betrieben werden, ist eine Beteiligung im Sinne einer Direktinvestition dann vorhanden, wenn das im Besitz einer natürlichen Person oder eines anderen Unternehmens oder sonstigen Inhabers befindliche Aktienpaket entweder nach den bestehenden nationalen Rechtsvorschriften für Aktiengesellschaften oder aus anderen Gründen den Aktieninhabern die Möglichkeit gibt, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen.«<sup>54</sup>

Aus diesen Ausführungen gehe folglich eindeutig hervor, so der EuGH, dass Unternehmensbeteiligungen eine Form des Kapitalverkehrs darstellen. Daher sei auch im Fall der portugiesischen Erwerbsauflagen der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet.<sup>55</sup>

Nachdem dies geklärt war, widmete sich der Gerichtshof der zweiten Frage, nämlich ob die staatlichen Sonderrechte Portugals eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellten. Dass er dies für jene Regelung bejahte, die den Anteilserwerb

52 Slg. 2002, S. I-04731, Urteil des EuGH vom 4. Juni 2002 in Rs. C-367/98 (*Kommission/Portugal*).

53 Ebd., Rn. 37-38.

54 Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178 vom 8. Juli 1988, S. 5 ff., Anhang I, Begriffsbestimmungen, Direktinvestitionen.

55 EuGH, *Kommission/Portugal* (Angaben siehe Fußnote 52), Rn. 38.

von Anlegern aus anderen Mitgliedstaaten begrenzte, überrascht nicht, denn schließlich wurden hierdurch ausländische Investoren schlechter gestellt als solche aus dem Inland.<sup>56</sup> Bis hierhin folgten die Richter also noch jener Interpretation der Grundfreiheiten, die diese als Diskriminierungsverbote verstand.

In einem nächsten Schritt kamen sie jedoch auf die bereits in *Trummer und Mayer* angedeutete Interpretation der Grundfreiheiten als *Beschränkungsverbote* zurück: Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass das Verbot, den Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, »über die Beseitigung einer Ungleichbehandlung der Finanzmarktteilnehmer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit hinaus[gehe].«<sup>57</sup> Daher seien auch die für in- und ausländische Aktionäre gleichermaßen geltenden Erwerbsgenehmigungen im Hinblick auf eine mögliche beschränkende Wirkung zu überprüfen. Diese Wirkung sahen die Richter als gegeben. Denn die fragliche Bestimmung könne »den Erwerb von Anteilen an den betreffenden Unternehmen verhindern und Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abhalten, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren.«<sup>58</sup> Das portugiesische Sonderrecht sei »daher geeignet, den freien Kapitalverkehr illusorisch zu machen.«<sup>59</sup> Mit dieser Argumentation, wonach eine nationale Regelung nicht nur aufgrund einer Schlechterstellung von Ausländern, sondern bereits wegen ihrer abschreckenden Wirkung für alle Marktteilnehmer gleichermaßen als Verstoß gegen die Grundfreiheiten gewertet werden kann, hatte der EuGH die Beschränkungsverbotsinterpretation nun endgültig auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen.<sup>60</sup>

Abschließend prüfte der EuGH noch, ob die portugiesischen Bestimmungen gerechtfertigt sein könnten. Portugal hatte für die diskriminierende Regelung lediglich verwaltungstechnische Gründe, für die unterschiedslos geltende Bestimmung jedoch »wirtschaftspolitische Interessen« angeführt.<sup>61</sup> Der Gerichtshof verwarf allerdings beide Sonderrechte, da die von der portugiesischen Regierung geltend gemachten Motive keine »zwingenden Gründe des Allgemeininteresses« darstellten.<sup>62</sup> Damit stand fest, dass Portugal in beiden Fällen gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen hatte.

Indem der EuGH in diesem Urteil die bereits im Fall *Trummer und Mayer* begonnenen Weichenstellungen weiterführte, gelang es ihm erstmals, in Fragen der Unternehmenskontrolle und damit in die hier bestehende mitgliedstaatliche Autonomie einzutreten. Seit dieser Entscheidung dürfen die Mitgliedstaaten den *Erwerb von Unternehmensbeteiligungen* nur dann beschränken, wenn sie dafür – aus Sicht des EuGH – plausible Gründe haben. Auch dieses Urteil war nur ein kleiner Schritt: Immerhin benennt die Nomenklatur der Richtlinie 88/361/EWG den Erwerb von

56 Ebd., Rn. 40-42.

57 Ebd., Rn. 44.

58 Ebd., Rn. 45 (Hervorhebung B.W.).

59 Ebd., Rn. 45 (Hervorhebung B.W.).

60 Barnard 2004, S. 469 f.; Grundmann, Mölein 2003.

61 EuGH, *Kommission/Portugal* (Angaben siehe Fußnote 52), Rn. 29-35.

62 Ebd., Rn. 51-53.

Unternehmensanteilen explizit als Kapitalverkehr, weshalb der EuGH hier keine größeren Rechtsfortbildungsbemühungen unternehmen musste. Und im Lichte der im vorhergehenden Urteil angedeuteten Interpretation des Begriffs der Beschränkung erschien es geradezu folgerichtig, nicht nur die diskriminierenden, sondern auch die unterschiedslos geltenden Teile der portugiesischen Regelung zu prüfen. Obwohl dieses Urteil immerhin ein wirtschaftspolitisches Steuerungsinstrument von erheblicher Bedeutung betraf, nämlich Eingriffe in die Eigentümerstruktur, wäre es daher auch in einem solchen den deutschen Rechtsbereich betreffenden Fall fraglich gewesen, inwieweit hier schon ein Kompetenzverstoß von der Größenordnung vorlag, wie ihn das BVerfG für unzulässig hält.

### Dritter Schritt

Nur ein Jahr später hatte der EuGH in der Rechtssache *Kommission gegen Großbritannien* erneut über den Zusammenhang von Unternehmenskontrolle und Kapitalverkehrsfreiheit zu befinden.<sup>63</sup> Konkret ging es hierbei um eine nichtdiskriminierende Regelung, die dem britischen Staat spezielle Sonderrechte beim Flughafenbetreiber BAA garantierte. Im Gegensatz zu den portugiesischen Rechtsakten verlieh die britische Bestimmung dem Staat allerdings nicht nur das Recht, den Erwerb von BAA-Anteilen zu beschränken. Darüber hinaus durfte der Staat auch bestimmte *Unternehmensentscheidungen*, etwa den Verkauf von Tochtergesellschaften, unterbinden. Wie im vorangegangenen Fall erkannte der EuGH hierin ebenfalls einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.

Zur Urteilsbegründung griffen die Richter auf wesentliche Argumente der Entscheidung *Kommission gegen Portugal* zurück: Zum einen betreffe die britische Regelung ebenso »Direktinvestitionen«, das heißt den Beteiligungserwerb zu Zwecken der Verwaltung und Kontrolle eines Unternehmens. Zum anderen sei auch hier zu beachten, dass das Beschränkungsverbot hinsichtlich des Kapitalverkehrs über diskriminierende Bestimmungen hinausgehe. Damit war klar, dass zumindest jener Teil des britischen Sonderrechts als Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit einzustufen war, der in den Anteilserwerb eingriff. Doch dabei blieb es nicht. Vielmehr stufte der Gerichtshof darüber hinaus auch jenen Teil der Regelung als Beschränkung ein, der staatliche Eingriffe in Unternehmensentscheidungen erlaubte. Denn, so die Richter, nicht nur Erwerbsbeschränkungen behinderten den freien Kapitalverkehr, sondern auch solche Regelungen, die »*in anderer Weise*« die Möglichkeit mindern, sich an der Kontrolle einer Gesellschaft zu beteiligen.<sup>64</sup> Folglich prüfte der EuGH wieder das Vorliegen möglicher Rechtfertigungsgründe, doch da die britische Regierung hierzu – bewusst –<sup>65</sup> nichts vorgebracht hatte, konnte sie ihre Regelung nicht retten.

63 Slg. 2003, S. I-4641, Urteil des EuGH vom 13. Mai 2003 in Rs. C-98/01 (*Kommission/Großbritannien*).

64 Ebd., Rn. 44 (Hervorhebung B.W.).

65 Ebd., Rn. 49.

Durch dieses Urteil schränkte der EuGH die mitgliedstaatliche Autonomie im Bereich der Unternehmenskontrolle weiter ein. Indem er feststellte, dass die Mitgliedstaaten nicht nur bei Eingriffen in die Eigentümerstruktur eines Unternehmens, sondern ebenso bei Eingriffen in dessen *Entscheidungsfindungsstruktur* europäisches Recht beachten müssen, erweiterte er den Anwendungsbereich des Europarechts für eine weitere Gruppe von Unternehmenskontrollementen. Angesichts der vorhergehenden Urteile erschien allerdings auch dies lediglich als ein weiterer Schritt, der kaum mehr als eine Präzisierung seiner vorhergehenden Rechtsprechung war.

Hier zeichnete sich erstmals ab, dass sich die vorhergehenden Entscheidungen zu einer größeren Verschiebung im Kompetenzgefüge zwischen Union und Mitgliedstaaten aufsummieren. Denn wenn nun theoretisch auch jene Regelungen, die die Entscheidungsfindung im Unternehmen direkt gestalten, den Anteilserwerb weniger attraktiv machen können, dann ist die *Schlüsselfrage* der Unternehmenskontrolle berührt: Wer darf darüber entscheiden, welche Zwecke ein Unternehmen wie verfolgt? Und wenn darüber hinaus Eingriffe in die Entscheidungsfindung auch noch daran gemessen werden müssen, ob sie auf Investoren abschreckend wirken, dann wird diese Schlüsselfrage nun mit einer eindeutigen Antwort versehen: Die Aktionäre werden offenbar nur dann nicht vom Anteilserwerb abgeschreckt, wenn sie möglichst uneingeschränkt über die Aktivitäten des Unternehmens bestimmen können. Dass dies allerdings eine sehr spezifische Vorstellung von Unternehmenskontrolle ist, ist klar: Sie entspricht einem *marktliberalen Modell*, wie es am ehesten noch in Großbritannien, nicht aber in Kontinentaleuropa verankert ist. Genau deshalb war dieses Modell in der EU bislang nicht konsensfähig, und genau darin liegt auch der Grund, warum sich die Mitgliedstaaten in diesem Politikfeld bislang immer ganz bewusst für autonomieschonende Lösungen entschieden hatten. Dass der EuGH in der Kapitalverkehrsfreiheit tatsächlich ein marktliberales Unternehmenskontroll-Modell angelegt sieht, wurde allerdings erst in einem weiteren Schritt deutlich.

### Vierter Schritt

Wenig später hatte der EuGH dann in der Rechtssache *Kommission gegen Deutschland* über das VW-Gesetz zu befinden.<sup>66</sup> Dieses Gesetz unterwarf die Verwaltung der Volkswagen AG besonderen, vom allgemeinen deutschen Aktienrecht abweichenden Bestimmungen. Demnach durfte kein Aktionär mehr als 20 Prozent der Stimmrechte ausüben (Höchststimmrecht), und wichtige Hauptversammlungsbeschlüsse bedurften einer Mehrheit von 80 Prozent (Sperrminorität). Zudem durfte das Land Niedersachsen zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat entsenden (Entsenderecht), solange ihm Aktien des Unternehmens gehörten. Wie im Fall der britischen Regelung handelte es sich also auch hier um einen Eingriff in die Entscheidungs-

66 Slg. 2007, S. I-8995, Urteil des EuGH vom 23. Oktober 2007 in Rs. C-112/05 (*Kommission/Deutschland*).

struktur des Unternehmens. Und auch hier war der Staat – jedenfalls indirekt – Nutznießer der Regelung, da das Land Niedersachsen 20 Prozent der VW-Aktien besaß und folglich bei allen wichtigen Unternehmensentscheidungen über ein Vetorecht verfügte.

Obwohl sich die deutsche Regelung von den beiden zuvor geschilderten Fällen insofern unterschied, als es sich hier nicht länger um ein explizites Sonderrecht zugunsten des Staates, sondern um eine für alle VW-Aktionäre gleichermaßen gültige Vorgabe handelte,<sup>67</sup> stellte der EuGH nichtsdestotrotz auch in diesem Fall die Europarechtswidrigkeit der nationalen Bestimmung fest: Das VW-Gesetz berühre ebenfalls Direktinvestitionen, weshalb der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit eröffnet sei.<sup>68</sup> Und eine Beschränkung dieser Freiheit liege hier genauso vor, da »tatsächliche und potenzielle Direktinvestoren aus anderen Mitgliedstaaten aufgrund der fraglichen Bestimmungen des VW-Gesetzes vom Erwerb von Kapitalbeteiligungen an dieser Gesellschaft zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen mit ihr, die es ihnen ermöglichen, sich effektiv an ihrer Verwaltung oder ihrer Kontrolle zu beteiligen, abgehalten werden konnten«.<sup>69</sup> Außerdem verwarf der EuGH die von der deutschen Bundesregierung angeführten Rechtfertigungsgründe für die durch das VW-Gesetz entstandene Beschränkung.<sup>70</sup>

Im Gegensatz zum vorhergehenden Fall legte der EuGH hier aber genauer dar, was eine Beschränkung ausmacht. Bisher hatte es lediglich ganz allgemein geheißen, dass nationale Regelungen, die Investoren aufgrund von Einschränkungen ihrer Kontrollrechte von einer Beteiligung abhalten können, als Beschränkung des freien Kapitalverkehrs zu werten seien. Nun ging der Gerichtshof einen Schritt weiter, indem er erläuterte, wodurch diese abschreckende Wirkung zustande kommt. Dem Urteil zum VW-Gesetz lassen sich dazu drei bemerkenswerte Hinweise entnehmen:

Die beschränkende Wirkung der deutschen Regelung ergebe sich *erstens*, weil der Staat einen größeren Einfluss ausüben kann, als ihm sein Anteil von 20 Prozent üblicherweise ermöglichen würde.<sup>71</sup> Damit scheint der EuGH zu unterstellen, dass eine nationale Bestimmung bereits dann abschreckend auf Investoren wirkt, wenn sie eine Disproportionalität zwischen Beteiligung und Kontrolle schafft. Dies ist insofern bedeutsam, da die Mitgliedstaaten den Grundsatz des »*one share – one vote*« (das heißt die Entsprechung von Besitzanteil und Einfluss) bislang weder national volumnäßig anerkannt haben noch im europäischen Sekundärrecht verankert sehen wollten.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Dies gilt natürlich nicht für das Entsenderecht, sondern allein für das Höchststimmrecht und die Sperrminorität.

<sup>68</sup> Ebd., Rn. 18-19.

<sup>69</sup> Ebd., Rn. 55 (ebenso Rn. 66).

<sup>70</sup> Ebd., Rn. 70-82.

<sup>71</sup> Ebd., Rn. 62 und 78.

<sup>72</sup> Roth 2008, S. 473.

Zweitens sei das VW-Gesetz eine Beschränkung, weil die darin vorgesehenen Kontrollauflagen *gesetzlich bindend* sind: Die einzelnen Bestimmungen gingen eben nicht auf den freien Willen der Aktionäre zurück, sondern seien staatlich vorgegeben und damit für die Aktionäre nicht ohne weiteres veränderbar.<sup>73</sup> Hieraus lässt sich schließen, dass der EuGH es prinzipiell für problematisch hält, wenn der Staat den Eigentümern zwingende Vorgaben bei der Ausgestaltung der Unternehmenskontrolle macht. Konsequent durchgesetzt, würde solch eine Überzeugung allerdings darauf hinauslaufen, alle obligatorischen Vorschriften der Unternehmenskontrolle, etwa zur Bezahlung von Managern oder zur Mitbestimmung von Arbeitnehmern, in voluntaristische Möglichkeiten für Eigentümer zu transformieren.<sup>74</sup> Auch hierauf haben sich die Mitgliedstaaten bislang nicht einmal ansatzweise verständigen können.

Der dritte Grund für die Beschränkungswirkung des VW-Gesetzes liege schließlich in dem Umstand, dass der Staat seine Stellung »zur Wahrung von Allgemeininteressen nutzen [könnnte], die möglicherweise den wirtschaftlichen Interessen der betreffenden Gesellschaft und damit den Interessen der anderen Aktionäre zuwiderlaufen«.<sup>75</sup> Demnach geht der EuGH offenbar davon aus, dass das *Unternehmensinteresse* mit den Interessen der (privaten) Aktionäre identisch ist und damit vom Allgemeininteresse abweichen kann.<sup>76</sup> Diese Vorstellung war in der EU ebenfalls bislang nicht durchsetzbar, da in vielen Mitgliedstaaten nach wie vor die Überzeugung vorherrscht, dass das Unternehmensinteresse nicht allein von den Eigentümern, sondern auch vom Allgemeininteresse und von anderen am Unternehmen beteiligten Akteuren definiert werden sollte – eine Vorstellung, die in Deutschland vom Grundgesetz zwingend gefordert wird.<sup>77</sup>

Diese Präzisierungen hinsichtlich des Beschränkungsbegriffs waren angesichts der vorhergehenden Schritte nur ein kleiner Sprung, führten sie doch im Grunde lediglich fort, was prinzipiell bereits zuvor entschieden beziehungsweise angedeutet war. Dennoch handelte es sich auch hierbei wieder um integrationsvertiefende Schritte, da der EuGH seine bisherige, am actionärszentrierten Unternehmenskontroll-Modell orientierte Rechtsprechung weiter ausbaute. Die marktliberalen Vorgaben, die die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Unternehmenskontrollsysteme zu berücksichtigen haben, wurden damit noch weiter gefestigt.

## Ergebnis

Wie sich diese Rechtsprechung in Zukunft fortentwickeln und konkret auswirken wird, lässt sich nicht voraussagen. Aber es kann bereits festgehalten werden, dass

73 EuGH, *Kommission/Deutschland* (Angaben siehe Fußnote 66), Rn. 40.

74 Rühland 2008, S. 517 ff.

75 EuGH, *Kommission/Deutschland* (Angaben siehe Fußnote 66), Rn. 79.

76 Gerner-Beuerle 2012, S. 122 ff.

77 Siehe Fußnote 40.

der EuGH die Integration im Bereich der Unternehmenskontrolle in besonderer Weise vorangetrieben hat. Heute kann sich theoretisch jeder Aktionär, der durch irgendeine nationale Bestimmung seine Rechte im Unternehmen eingeschränkt sieht, auf die europäische Kapitalverkehrsfreiheit berufen und versuchen, die ihm vom EuGH zugesprochenen Rechte gerichtlich durchzusetzen. Eine solche marktliberale Begrenzung des nationalen Gestaltungsspielraums hinsichtlich der Unternehmenskontrolle hatten die Mitgliedstaaten mit der Einführung dieser Rechtsnorm nicht beabsichtigt – und sie ist bis heute in der EU nicht konsensfähig. Damit hat der EuGH durchgesetzt, was das BVerfG verhindern will: eine über den Einzelfall hin-ausweisende »politische Grundsatzentscheidung« und »strukturelle Verschiebung« im Kompetenzgefüge zwischen EU und Mitgliedstaaten. Dies erfüllt den Tatbestand eines hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoßes durch ein EU-Organ und wäre vom BVerfG als *ultra vires* zu klassifizieren.

Doch da diese Integrationsvertiefung nicht Resultat eines einzelnen »Big Bangs«, sondern kumulatives Ergebnis eines in kleinen Schritten verlaufenden Prozesses ist, stellt sich in der Tat die Frage, an welchem Punkt das BVerfG diese Entwicklung als *ultra vires* hätte einstufen können. Denn ob die einzelnen Schritte bereits für sich betrachtet als hinreichend qualifizierter Kompetenzverstoß hätten gewertet werden können, ist durchaus fraglich: Der erste Schritt, in welchem der EuGH wichtige Weichenstellungen für die späteren Entscheidungen vornahm, hatte mit Unternehmenskontrolle noch nicht einmal etwas zu tun. Der nächste Schritt berührte dann erstmals den Bereich der Unternehmenskontrolle, allerdings ging es hier lediglich um direkte Erwerbsauflagen bei Unternehmensbeteiligungen. Der wirklich entscheidende Regelungsbereich der Unternehmenskontrolle wurde dann erst in einem dritten Schritt der Kapitalverkehrsfreiheit unterstellt, als der EuGH auch die unternehmensinternen Entscheidungsstrukturen zu potenziellen Erwerbhindernissen erklärte. Dass dies aber tatsächlich auf eine signifikante Stärkung der Eigentümerrechte im Unternehmen hinauslaufen würde, machte der Gerichtshof wiederum erst in einem nächsten Schritt explizit. Wann hier also die Schwelle zum hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß genau überschritten wurde, lässt sich anhand der Einzelfälle kaum eindeutig beantworten. Damit wird deutlich, dass die Kritik an der Geeignetheit der BVerfG-Rechtsprechung hinsichtlich des Handelns von Kommission und EuGH auch aus empirischer Sicht durchaus berechtigt ist. Denn solange diese Organe die Integration lediglich behutsam in kleinen Schritten vorantreiben, müssen sie den »Tiger« BVerfG tatsächlich kaum fürchten.

## 5. Fazit

In seiner Europa-Rechtsprechung hat das BVerfG den Fortgang der Integration an Auflagen gebunden, die sowohl die deutschen als auch die europäischen Instanzen einzuhalten haben. Diese Auflagen sind unter anderem dafür kritisiert worden, dass sie – jedenfalls wenn es um eigenmächtig herbeigeführte Integrationsschritte durch die EU-Organe Kommission und EuGH geht – praktisch wirkungslos seien. Der vorliegende Beitrag hat untersucht, inwieweit dieser Vorwurf zutreffend ist. Dabei

ließ sich zeigen, dass sowohl Erkenntnisse der Forschung über institutionellen Wandel als auch die Rechtsprechungspraxis des EuGH diese kritische Einschätzung stützen. Den Anspruch, der Integration Grenzen zu setzen, kann das BVerfG folglich tatsächlich nicht im beabsichtigten Umfang einlösen.

Dieser Befund ist alles andere als trivial. Denn das hier analysierte empirische Beispiel zeigt, dass das BVerfG durchaus zu Recht auf ein Problem zu reagieren versucht hat, welches von kritischer Bedeutung für die Akzeptanz des Integrationsprojekts ist. Werden nämlich weitreichende Entscheidungen in sensiblen Politikfeldern auf Grundlage keiner Kompetenzen oder nur sehr schwacher Kompetenzgrundlage durch die europäischen Organe eigenmächtig getroffen, dann wird dies den eingangs beschriebenen Legitimationsverlust der EU nur weiter verfestigen. Wie berechtigt dieses Anliegen des BVerfG ist, wird zudem noch durch zwei weitere Faktoren unterstrichen: Zum einen stellt das hier gewählte Beispiel keine singuläre Ausnahmeerscheinung dar, sondern vergleichbare Fälle kommen durchaus regelmäßig vor.<sup>78</sup> Zum anderen – und darauf hat auch schon Grimm richtigerweise hingewiesen – besteht die derzeit einzige Möglichkeit, ungewollte Integrationsvertiefungen seitens Kommission und EuGH zu korrigieren, in einer Vertragsrevision. Die Wahrscheinlichkeit, dass solche Revisionen zustande kommen, ist aufgrund des dazu nötigen hohen Mehrheitserfordernisses (Einstimmigkeit) tatsächlich gering.<sup>79</sup> Wenn sich nun nachweisen lässt, dass auch das BVerfG nicht in der Lage ist, das Handeln von Kommission und EuGH einer effektiven Kontrolle zu unterwerfen, dann bedarf es alternativer Lösungsvorschläge für dieses Problem – jedenfalls wenn man den zunehmenden Akzeptanzverlust des Integrationsprojekts nicht hinnehmen will.

Die einfachste Lösung wäre wohl, dass das BVerfG seine Kriterien an das Vorliegen eines *ultra vires*-Aktes revidiert und deutlich anforderungsärmer als bisher ausgestaltet. Ob dies jedoch eine befriedigende Lösung zur Kontrolle von Kommission und EuGH sein kann, ist durchaus fraglich. Denn würde das BVerfG in Zukunft auch kleinere Kompetenzverletzungen für unanwendbar in Deutschland erklären, könnte dies leicht als überzogen, kleinlich und offen antieuropäisch missverstanden werden: ein Eindruck, den das BVerfG begreiflicherweise vermeiden will. Zudem wäre zu fragen, ob eine strengere Haltung gegenüber dem Handeln von Kommission und EuGH nicht mit der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Widerspruch geraten könnte.

Die Suche nach möglichen Auswegen sollte daher nicht dem BVerfG allein aufgebürdet werden. Schließlich handelt es sich hier keinesfalls um ein primär juristisches, sondern um ein zutiefst politisches Problem – geht es doch im Kern um die Klärung der Zuweisung von Kompetenzen. Die Errichtung einer Kompetenzordnung, die nicht nur Zuständigkeiten eindeutig festlegt, sondern auch Verfahren zur Beilegung von Kompetenzstreitigkeiten vorsieht, ist denn auch zuallererst eine politische Aufgabe. Hierzu liegen bereits einige Vorschläge vor: So ist etwa ein von

<sup>78</sup> Vgl. etwa den einführenden Absatz zu Abschnitt 4 oder auch die Beispiele in Roth, Hilboldt 2008 und Scharpf 2009.

<sup>79</sup> Scharpf 2006.

nationalen Höchstgerichten und dem EuGH paritätisch besetztes Kompetenzkonfliktgericht angeregt worden, um Kompetenzstreitigkeiten beizulegen.<sup>80</sup> Ein anderer Vorschlag zielt darauf ab, dem Rat der EU die Befugnis einzuräumen, EuGH-Entscheidungen notfalls außer Kraft zu setzen.<sup>81</sup> Eine weitere Lösungsmöglichkeit wird darin gesehen, einen »Negativkatalog« mit all jenen Rechtsmaterien zu erstellen, die allein der nationalen Ebene zur Regelung vorbehalten und damit dem Zugriff von Kommission und EuGH entzogen sein sollen.<sup>82</sup> Mit all diesen Vorschlägen soll die bisherige Handlungsautonomie von Kommission und EuGH eingehetzt und so der demokratischen Immunität dieser Organe entgegengewirkt werden. Allerdings kranken diese Vorschläge allesamt daran, dass sie nur mittels Vertragsänderungen zustande kommen können. Damit sind die Aussichten, dass diese politischen Lösungsvorschläge Realität werden, gering. Es bleibt daher letztlich nur noch zu hoffen, dass die in der gegenwärtigen Krise immer deutlicher erkennbare politische Abkehr der Bevölkerungen von Europa dazu beiträgt, dass solch eine Vertragsänderung nicht mehr verhindert werden kann. Dann würde das europäische Integrationsprojekt an Transparenz und demokratischer Legitimation gewinnen.

## Literatur

- Aguilera, Ruth V.; Jackson, Gregory 2003. »The cross-national diversity of corporate governance: dimensions and determinants«, in *Academy of Management Review* 28, 3, S. 447-465.
- Alter, Karen J. 2001. *Establishing the supremacy of European law. The making of an international rule of law in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Barnard, Catherine 2004. *The substantive law of the EU. The four freedoms*. Oxford: Oxford University Press.
- Benyon, Frank S. 2010. *Direct investment, national champions and EU treaty freedoms. From Maastricht to Lisbon*. Oxford: Hart Publishing.
- Blauberger, Michael; Krüger, Tilman; Schmidt, Susanne K. 2012. »Die Pfadabhängigkeit internationaler Verrechtlichung, EU und WTO im Vergleich«, in *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 19, 1, S. 37-63.
- Danwitz, Thomas von 1997. »Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten. Entwicklung, Stand und Perspektiven der Europäischen Haftung aus Richterhand«, in *Das Deutsche Verwaltungsblatt* 112, 1, S. 1-10.
- Fischer, Anne 2000. »Die Kapitalverkehrs freiheit in der Rechtsprechung des EuGH – Entscheidung ‚Trummer & Mayer‘ vom 16. März 1999 und ‚Konle/Österreich‘ vom 1. Juni 1999«, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 3, 3, S. 393-414.
- Flynn, Leo 2002. »Coming of age: the free movement of capital case law, 1993-2002«, in *Common Market Law Review* 39, 4, S. 773-805.
- Gamble, Andrew; Kelly, Gavin 2000. »The politics of the company«, in *The political economy of the company*, hrsg. v. Parkinson, John; Gamble, Andrew; Kelly, Gavin, S. 21-49. Oxford: Hart Publishing.
- Gerner-Beuerle, Carsten 2012. »Shareholders between the market and the state. The VW law and other interventions in the market economy«, in *Common Market Law Review* 49, 1, S. 97-144.
- Gourevitch, Peter A.; Shinn, James 2005. *Political power and corporate control: the new global politics of corporate governance*. Princeton: Princeton University Press.

80 Weiler 1999, S. 322.

81 Scharpf 2009, S. 273 f.

82 Grimm 2012, S. 273.

- Grimm, Dieter 2009. »Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts«, in *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches Öffentliches Recht* 48, 4, S. 475-495.
- Grimm, Dieter 2010. »Die große Karlsruher Verschiebung«, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9. September 2010, S. 8.
- Grimm, Dieter 2012. *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp.
- Grundmann, Stefan; Mösllein, Florian 2003. »Die Goldene Aktie. Staatskontrollrechte in Europarecht und wirtschaftspolitischer Bewertung«, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 32, 3, S. 317-366.
- Hauriou, Maurice 1965. *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hilpold, Peter 2008. »Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH-Richter als ›Künstler‹«, in *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, hrsg. v. Roth, Günter H.; Hilpold, Peter, S. 11-53. Wien: Linde Verlag.
- Hindelang, Steffen 2009. *The free movement of capital and foreign direct investment. The scope of protection in EU law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hooghe, Liesbet; Marks, Gary 2009. »A postfunctionalist theory of European integration: from permissive consensus to constraining dissensus«, in *British Journal of Political Science* 39, 1, S. 1-23.
- Höpner, Martin 2011. »Der Europäische Gerichtshof als Motor der europäischen Integration: Eine akteursbezogene Erklärung«, in *Berliner Journal für Soziologie* 21, 2, S. 203-229.
- Kingreen, Thorsten 2003. »Grundfreiheiten«, in *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, hrsg. v. Bogdandy, Armin von, S. 631-681. Berlin: Springer.
- Krasner, Stephen D. 1988. »Sovereignty. An institutional perspective«, in *Comparative Political Studies* 21, 1, S. 66-94.
- Lannoo, Karel; Khachaturyan, Arman 2004. »Reform of corporate governance in the EU«, in *European Business Organization Law Review* 5, 1, S. 37-60.
- Mahoney, James; Thelen, Kathleen 2010. »A theory of gradual institutional change«, in *Explaining institutional change. Ambiguity, agency, and power*, hrsg. v. Mahoney, James; Thelen, Kathleen, S. 1-37. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nettesheim, Martin 2009. »Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG«, in *Neue Juristische Wochenschrift* 63, 39, S. 2849-2912.
- Oliver, Peter; Roth, Wulf-Henning 2004. »The internal market and the four freedoms«, in *Common Market Law Review* 41, 2, S. 407-441.
- Ooyen, Robert C. van 2009. »Eine ›europafeindliche‹ Kontinuität? Zum Politikverständnis der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts«, in *Internationale Politik und Gesellschaft* 12, 9, S. 26-45.
- Pierson, Paul 2000. »Increasing returns, path dependence, and the study of politics«, in *American Political Science Review* 94, 2, S. 251-267.
- Pollack, Mark A. 2003. *The engines of European integration. Delegation, agency, and agenda setting in the EU*. Oxford: Oxford University Press.
- Rhodes, Martin; Apeldoorn, Bastiaan van 1998. »Capital unbound? The transformation of European corporate governance«, in *Journal of European Public Policy* 5, 3, S. 406-427.
- Roth, Günter H. 2008. »Gesellschaftsrecht: Briefkastengründungen und Golden Shares«, in *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, hrsg. v. Roth, Günter H.; Hilpold, Peter, S. 427-479. Wien: Linde Verlag.
- Roth, Günter H.; Hilpold, Peter 2008. *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*. Wien: Linde Verlag.
- Rühland, Philipp 2008. »Die Rechtsprechung des EuGH zu Golden Shares und der Markt für Unternehmenskontrolle«, in *Perspektiven des Wirtschaftsrechts. Deutsches, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, hrsg. v. Baum, Harald et al., S. 501-520. Berlin: De Gruyter Recht.

- Scharpf, Fritz W. 2006. »The joint-decision trap revisited«, in *Journal of Common Market Studies* 44, 4, S. 845-864.
- Scharpf, Fritz W. 2009. »Legitimität im europäischen Mehrebenensystem«, in *Leviathan* 37, 2, S. 244-280.
- Stone Sweet, Alec 2010. »The European Court of Justice and the judicialization of EU governance«, in *Living Reviews in European Governance* 5, 2, S. 5-50.
- Streeck, Wolfgang 2001. *The transformation of corporate organization in Europe: an overview*. MPIfG Working Paper 01/8. Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.
- Streeck, Wolfgang; Thelen, Kathleen 2005. »Introduction: institutional change in advanced political economies«, in *Beyond continuity: institutional change in advanced political economies*, hrsg. v. Streeck, Wolfgang; Thelen, Kathleen, S. 1-39. Oxford: Oxford University Press.
- Tiemann, Guido; Treib, Oliver; Wimmel, Andreas 2011. *Die EU und ihre Bürger*. Stuttgart: UTB.
- Vitols, Sigurt 2001. »Varieties of corporate governance: comparing Germany and the UK«, in *Varieties of capitalism. The institutional foundations of comparative advantage*, hrsg. v. Hall, Peter A.; Soskice, David, S. 337-360. Oxford: Oxford University Press.
- Weiler, Joseph H. H. 1991. »The transformation of Europe«, in *The Yale Law Journal* 100, 8, S. 2403-2483.
- Weiler, Joseph H. H. 1999. *The constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Werner, Benjamin 2013. *Der Streit um das VW-Gesetz. Wie Europäische Kommission und Europäischer Gerichtshof die Unternehmenskontrolle liberalisieren*. Frankfurt a. M.: Campus (im Erscheinen).
- Wouters, Jan 2000. »European company law: quo vadis?«, in *Common Market Law Review* 37, 2, S. 257-307.

**Zusammenfassung:** In seiner Europa-Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht den Fortgang der europäischen Integration an Auflagen gebunden, die sowohl die deutschen als auch die europäischen Instanzen einzuhalten haben. Diese Auflagen sind unter anderem dafür kritisiert worden, dass sie – jedenfalls wenn es um Integrationsvertiefungen durch die EU-Organe geht – praktisch wirkungslos seien. Der vorliegende Beitrag untersucht, inwieweit dieser Vorwurf zutreffend ist. Dabei lässt sich zeigen, dass sowohl jüngste Erkenntnisse der Forschung über institutionellen Wandel als auch die Rechtsprechungspraxis des EuGH diese kritische Einschätzung stützen. Den Anspruch, der Integration Grenzen zu setzen, kann das BVerfG folglich tatsächlich nicht im beabsichtigten Umfang einlösen.

**Stichworte:** Bundesverfassungsgericht, europäische Integration, Europäischer Gerichtshof, Integration durch Recht

### A toothless tiger? The German Constitutional Court and its decisions on European integration.

**Summary:** In its decisions the German Constitutional Court has decided that in their attempts to deepen the European integration both the German and the European authorities have to stick to certain rules. This position has been criticised – at least when related to increasing integration by the European authorities – as being ineffective. Current research on institutional change and the decisions of the European Court of Justice substantiate this criticism. Consequently, the pretence to place limits on integration can not be achieved to the intended extent with Federal Constitutional Law.

**Keywords:** German Constitutional Court, European integration, European Court of Justice, integration through law

#### Autor

Benjamin Werner  
Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung  
Paulstr. 3  
50676 Köln  
bw@mpifg.de