

# Bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der Europäischen Integration

– Aktueller Stand, Grundsatzkritik, Reformvorschläge –

F. Joel Reyes y Ráfales\*

Inhalt	
A. Einführung	120
B. Hintergrund und Begründung der bundesverfassungsgerichtlichen Integrationskontrolle	120
C. Die Kontrollmaßstäbe im Einzelnen	121
I. Integrationsverantwortung	121
1. Prozedurale Mitwirkungspflichten	122
2. Identitätskontrolle	122
3. Grundrechtskontrolle	124
4. Die Beschlüsse vom 15. Dezember 2015 und vom 6. Dezember 2016	126
II. Ultra-vires-Kontrolle	126
D. Verhältnis der Kontrollmaßstäbe untereinander	128
I. Verhältnis der Identitäts- zur Ultra-vires-Kontrolle	128
II. Verhältnis der Identitäts- zur Grundrechtskontrolle und Einordnung der jüngsten Beschlüsse	129
E. Prüfungsgegenstände	130
F. Verfahrenswege zur Integrationskontrolle und verfassungsprozessuale Zulässigkeitsmodifikationen	130
I. Verfahrenswege zur Integrationskontrolle	130
II. Verschärzte Zulässigkeitsanforderungen innerhalb der Grundrechtskontrolle	131
III. Restriktive Maßstäbe der Ultra-vires-Kontrolle als Teil der Zulässigkeitsprüfung?	132
G. Das Vorabentscheidungsverfahren innerhalb der Integrationskontrolle	132
H. Kritik	133
I. Grundsätzliche Kritik	133
1. Erhöhung oder Verlust rechtsstaatlicher und demokratischer Legitimation?	133
2. Negative integrationspolitische Konsequenzen	135

\* Dr. iur. F. Joel Reyes y Ráfales LL.M. (Cambridge) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Strafrechtlichen Institut der Universität Bonn und Rechtsreferendar.

3. Einseitige und rückwärtsgewandte Verfassungs- und Staatskonzeption	136
4. Keine Rechtfertigung durch kompetenzschützendes Primärrecht	137
II. Kritik im Einzelnen	138
1. Ausdehnung der Individualverfassungsbeschwerde	138
2. Prozedurale Ableitungen aus der Integrationsverantwortung	138
3. Identitätskontrolle	138
4. Grundrechtskontrolle	139
5. Beschlüsse vom 15. Dezember 2015 und vom 6. September 2016	140
6. Ultra-vires-Kontrolle	140
I. Reformvorschläge und alternative interpretative Konzeptionen	141

## A. Einführung

Gegenstand der nachfolgenden Abhandlung ist die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration. Während des europäischen Einigungsprozesses wurden in zunehmendem Maße Kompetenzen auf die Europäische Union (bzw. ihre Vorgängerinnen) übertragen. Begleitet wurde diese Öffnung der mitgliedstaatlichen Rechtsräume für die (erst gemeinschaftliche, dann) unionale Hoheitsgewalt vom Bundesverfassungsgericht, das in einer Vielzahl von Entscheidungen ein ganzes Geflecht an Kontrollmechanismen entwickelte und ausdifferenzierte, jüngst im *OMT*-Urteil und in zwei Beschlüssen aus den Jahren 2015 und 2016. Diese jüngeren Entwicklungen bieten Anlass sich über den (teils veränderten) *status quo* der Integrationskontrolle zu vergewissern, diesen kritisch zu reflektieren (auch in grundsätzlicher Art und Weise) und mögliche Reformen institutioneller wie interpretativer Art zu erwägen.

Zunächst wird auf den Hintergrund und die Begründung der bundesverfassungsgerichtlichen Integrationskontrolle eingegangen. Anschließend werden die einzelnen Prüfungsmaßstäbe, ihr Verhältnis zueinander, die tauglichen Prüfungsgegenstände und die verfahrensrechtlichen Wege hin zur Integrationskontrolle behandelt. Abschließend erfolgen eine grundsätzliche und eine maßstabsbezogene Kritik und ein kurzer Überblick über mögliche Reformen und neue Verfassungsinterpretationsvorschläge.

## B. Hintergrund und Begründung der bundesverfassungsgerichtlichen Integrationskontrolle

Der Europäische Gerichtshof geht von einem *unbedingten* und *unbegrenzten Anwendungsvorrang* des Unionsrechts als Rechtsordnung *sui generis* aus, das, einmal ins Werk gesetzt, in seiner Wirkungsreichweite nicht durch die mitgliedstaatlichen Verfassungen bedingt und begrenzt wird. Dagegen ist nach Auffassung des Bundesver-

fassungsgerichts der *innerstaatliche Rechtsanwendungsbefehl* die Grundlage des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs, d.h. das auf der Grundlage und in den Grenzen von Art. 23 GG erlassene deutsche Zustimmungsgesetz, welches den nationalen Rechtsraum für die supranationale Hoheitsgewalt öffnet.<sup>1</sup> Das Bundesverfassungsgericht *interpretiert* den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang in das insofern keine explizite Regelung enthaltende Primärrecht und mittelbar in das nationale Zustimmungsgesetz *hinein*.<sup>2</sup>

Unter Zugrundelegung dieser national-verfassungsrechtlichen (Re-)Konstruktion kann Unionsrecht gegenüber deutschem Recht nur dann in den Genuss des Anwendungsvorrangs gelangen, wenn es mit Art. 23 GG (gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG) in Einklang steht, der den Hoheitsgewalt übertragenden Organen des Bundes Grenzen für deren Integrationstätigkeit setzt und ihr Tätigwerden in prozeduraler Hinsicht ausgestaltet. Dabei ist es das *Bundesverfassungsgericht*, das die Reichweite und Bedeutung dieser grundgesetzlichen Anforderungen an die Integration bestimmt und über deren Einhaltung wacht.

Das Bundesverfassungsgericht bekennt sich zu einer Kontrolle, die in *Kooperation* mit dem EuGH<sup>3</sup> ausgeübt wird und den im *Lissabon*-Judikat<sup>4</sup> entwickelten (und den Völkerrechtsfreundlichkeitsgrundsatz ergänzenden) Grundsatz der *Europarechts-freundlichkeit* respektiert. Das Bundesverfassungsgericht möchte seine Integrationskontrolle daher grundsätzlich *zurückhaltend* ausüben.<sup>5</sup>

### C. Die Kontrollmaßstäbe im Einzelnen

Die verschiedenen Integrationskontrollen des Bundesverfassungsgerichts können (nach hier vertretener Auffassung) auf der obersten Gliederungsebene zweigeteilt werden in die Wahrnehmung der Integritätsverantwortung auf der einen und in die Ultra-vires-Kontrolle auf der anderen Seite.

#### I. Integrationsverantwortung

Das Bundesverfassungsgericht entwickelte im *Lissabon*-Judikat den Rechtsbegriff<sup>6</sup> der Integrationsverantwortung und entnimmt ihm *verfahrensrechtliche* Einbindungs-pflichten einerseits und *inhaltliche* Vorgaben für eine weitere Kompetenzübertragung andererseits.<sup>7</sup> Der Maßstab der Integrationsverantwortung gliedert sich in drei Untermäßigkeiten auf: Erstens statuiert das Bundesverfassungsgericht gewisse prozedurale Mitwirkungsvorgaben. Zweitens ist eine Antastung der Kerngehalte der Verfassungs-

1 Vgl. nur BVerfGE 73, 339 (374 f.) – *Solange II*.

2 Weiß, in: Niedobitek, *Europarecht – Grundlagen der Union*, 2014, S. 439, 463 f.

3 BVerfGE 89, 155 (175) – *Maastricht*.

4 BVerfGE 123, 267 (347) – *Lissabon*.

5 Vgl. Weiß, (Fn. 2), S. 494.

6 Von Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 2010, S. 1.

7 BVerfGE 123, 267 (356) – *Lissabon*.

identität unzulässig. Drittens müssen gewisse Grundrechtsstandards gewährleistet sein.

## 1. Prozedurale Mitwirkungspflichten

Das Bundesverfassungsgericht leitete (in der *Lissabon*-Entscheidung) aus der alle Bundesorgane treffenden Integrationsverantwortung prozedurale Mitwirkungspflichten ab, die die Gesetzgebungsorgane speziell für Entscheidungen im Wege des vereinfachten Änderungsverfahrens,<sup>8</sup> des allgemeinen und der besonderen Brückenverfahren,<sup>9</sup> der Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV<sup>10</sup> und des Notbremseverfahrens,<sup>11</sup> d.h. für alle Änderungen des Primärrechts ohne Ratifikationsverfahren,<sup>12</sup> trafen. Die Mitwirkung eines deutschen Vertreters in den dortigen Verfahren genüge der grundgesetzlichen Integrationsverantwortung trotz Einstimmigkeitserfordernis ebenso wenig wie die Festlegung eines hinreichend bestimmten Integrationsprogramms.<sup>13</sup> Zur Umsetzung dieser Vorgaben hat der Gesetzgeber das Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union (IntVG), das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBBG) und das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG) geschaffen.<sup>14</sup>

## 2. Identitätskontrolle

Bundesorgane können nur diejenige Hoheitsgewalt supranationalisieren, über die sie selber verfügen. Das nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auf der Grundlage des Zustimmungsgesetzes Geltung im deutschen Rechtsraum erlangende Sekundär- und Tertiärrecht der EU kann Bindungswirkung im Geltungsbereich des Grundgesetzes folglich nur erlangen, wenn es nicht gegen materielle Integrationsgrenzen verstößt.<sup>15</sup> Näher bestimmt werden diese materiellen Integrationsgrenzen in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG, der auf Art. 79 Abs. 2 und Abs. 3 GG verweist, und in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG. Der nicht antastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität wird hier für integrationsfest erklärt.<sup>16</sup> Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei einer Entwicklung der Europäischen Union mit, die – unter ande-

8 BVerfGE 123, 267 (355 f., 434) – *Lissabon*.

9 BVerfGE 123, 267 (434 ff.) – *Lissabon*.

10 BVerfGE 123, 267 (355 f., 436) – *Lissabon*.

11 BVerfGE 123, 267 (413 f., 436) – *Lissabon*.

12 BVerfGE 123, 267 (Leitsatz 2a) – *Lissabon*.

13 *Nettesheim*, Die Integrationsverantwortung – Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung, NJW 2010, S. 178.

14 Umfassend *ibid.*, S. 180 ff.

15 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 42.

16 *Streinz*, Der Kontrollvorbehalt des BVerfG gegenüber dem EuGH nach dem Lissabon-Urteil und dem Honeywell-Beschluss, in: Festschrift für Klaus Stern, 2012, S. 967; *Weiß*, (Fn. 2), S. 495.

rem<sup>17</sup> – demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist. Innerstaatliche Anforderungen der Staatsstrukturprinzipien dürfen dabei nicht schematisch oder umstandslos auf die EU übertragen werden.<sup>18</sup>

a) Das Bundesverfassungsgericht legt das eine zentrale Rolle in seiner Judikatur einnehmende und in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte Recht, durch die Wahl an der Legitimation der Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluss zu haben, dahingehend aus, dass es im Anwendungsbereich von Art. 23 GG ausgeschlossen sei, das Wahlrecht durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren, dass das demokratische Prinzip, soweit nach Art. 79 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG unantastbar, verletzt werde; Art. 146 GG formuliere die äußerste Grenze der Mitwirkung der Bundesrepublik an der europäischen Integration, mithin setze der Verlust der Eigenstaatlichkeit durch die Erschaffung eines europäischen Bundesstaates eine „Verfassungsneuschöpfung“<sup>19</sup> voraus.<sup>20</sup> Einen Fall der unzulässigen Entstaatlichung und des Durchschneidens des mit dem Zustimmungsgesetz verbundenen „Legitimationsbandes“ würde etwa die Übertragung einer *Kompetenz-Kompetenz* oder die Erteilung einer *Blankettermächtigung* darstellen.<sup>21</sup> Entsprechend müsse das im Zustimmungsgesetz des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG avisierte Integrationsprogramm *hinreichend bestimmt* sein.<sup>22,23</sup>

Die Mitgliedstaaten dürften auch nicht die Fähigkeit verlieren zur selbstverantwortlichen politischen und sozialen Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse.<sup>24</sup> Zu den insofern gestaltungsrelevanten Bereichen zählt das Bundesverfassungsgericht „unter anderem die Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme sowie [...] Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege oder bei Unterbringungsmaßnahmen [...] [und] auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis.“<sup>25</sup>

17 Daneben ist ein dem Grundgesetz vergleichbarer Grundrechtsschutz zu gewährleisten (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG a. E.), worauf hier in einem eigenständigen Abschnitt (siehe bei Fn. 34 ff.) eingegangen wird.

18 BVerfGE 123, 267 (344) – *Lissabon*.

19 *Voßkuhle*, Verfassunggerichtsbarkeit und europäische Integration, NVwZ-Beilage 2013, S. 27.

20 BVerfGE 89, 155 (182 ff.) – *Maastricht*; BVerfGE 123, 267 (328 ff., 339 ff.) – *Lissabon*.

21 *Streinz*, (Fn. 16), S. 968.

22 BVerfGE 123, 267 (349, 351) – *Lissabon*.

23 In BVerfGE 132, 195 (238 f.) – *ESM* scheint das Bundesverfassungsgericht hiervon bezüglich solcher Blankettermächtigungen abzuweichen, die einer die Integrationsverantwortung wahrenden Auslegung zugänglich sind: Solche seien zulässig, wenn geeignete Sicherungen zur Wahrnehmung der Integrationsverantwortung vorhanden seien.

24 BVerfGE 123, 267 (347) – *Lissabon*.

25 BVerfGE 123, 267 (358) – *Lissabon*.

Diese Aufzählung ist nicht dahingehend zu verstehen, dass auf diesen Gebieten jegliche Teilregelung unzulässig wäre,<sup>26</sup> dies ergibt sich schon daraus, dass der Lissabonner Vertrag zahlreiche Regelungen auf den genannten Gebieten enthält.<sup>27</sup> Vielmehr deuten die Ausführungen in der *Lissabon*-Entscheidung zur teilweisen Supranationalisierung des Straf- und Strafverfahrensrechts darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht eine Hoheitsgewaltübertragung in den genannten Bereichen nur zulässt, wenn es *besondere Gründe* gibt, die dies rechtfertigen.<sup>28</sup>

b) Das zu den obigen Bereichen zählende und im Zuge der Eurokrise besondere Bedeutung erlangende Budgetrecht umfasste die „Kontrolle über [die] grundlegend[e]n haushaltspolitische[n] Entscheidungen“.<sup>29</sup> Der Bundestag dürfe sich daher keinen Mechanismen unterwerfen, die zu „nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen“.<sup>30</sup> Erforderlich sei eine einzelfallmäßige Bewilligung.<sup>31</sup> Dabei müssten die *wesentlichen* Entscheidungen vom Plenum des Bundestages und nicht von Unter-Gremien getroffen werden.<sup>32</sup> Das Zustimmungsgesetz zum ESM-Vertrag wahre diese Maßgaben, sofern sämtliche Zahlungspflichten Deutschlands auf das genehmigte Stammkapital begrenzt seien und sofern sichergestellt sei, dass Bundesrat und Bundestag ausreichend unterrichtet werden würden.<sup>33</sup>

### 3. Grundrechtskontrolle

a) Im *Solange I*-Beschluss (1974)<sup>34</sup> erklärte das Bundesverfassungsgericht bezüglich Unionsrechtsakte und nationaler Umsetzungsakte ohne Entscheidungsspielraum, dass es sich solange eine Grundrechtskontrolle vorbehalte, wie es an einem geschriebenen, parlamentarischen und dem des Grundgesetzes „adäquat[en]“<sup>35</sup> Grundrechtskatalog fehle.

Im *Solange II*-Beschluss (1986) wich es von dieser Linie ab und entschied, seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht so lange nicht mehr auszuüben, wie die Europäischen Gemeinschaften einen „wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell

26 Ohler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand 10/2016, Art. 48 EUV, Rn. 19.

27 Sommermann, Integrationsgrenzen des Grundgesetzes und europäischer Verfassungsverbund: Brauchen wir eine neue Verfassung?, DÖV 2013, S. 712.

28 Ibid.

29 BVerfG, Urt. v. 7.9.2011, NJW 2011, 2946 (2950 f.) – *Griechenlandhilfen*.

30 BVerfG, Urt. v. 7.9.2011, NJW 2011, 2946 (2951) – *Griechenlandhilfen*.

31 Zustimmend zur Entscheidung über die Griechenlandhilfen Nettesheim, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Umbau der Währungsunion, EuR 2011, S. 767 ff.

32 BVerfG, Urt. v. 28.2.2012 – 2 BvE 8/11, NVwZ 2012, 495 (497 f.) – *Beteiligungsrechte des Bundestags*.

33 BVerfGE 132, 195 – *ESM*.

34 BVerfGE 37, 271 (285) – *Solange I*.

35 Ibid.

gewährleisten“<sup>36</sup> der dem des Grundgesetzes „im wesentlichen [sic!] gleichzuachten“<sup>37</sup> sei, insbesondere „den Wesensgehalt generell“<sup>38</sup> verbürge. Das Bundesverfassungsgericht reduziert die Prüfungsmaßstäbe folglich auf eine „negative Evidenzkontrolle [...] [unter Verzicht] auf eine Einzelfallkontrolle“.<sup>39</sup> Es hielt in der Folgezeit an dieser restriktiven Linie fest<sup>40</sup> und verschärfe die Zulässigkeitsvoraussetzungen von entsprechenden Verfassungsrechtsbehelfen.<sup>41</sup> Entsprechend bezeichnete nicht nur Bundesverfassungsgerichtspräsident Voßkuhle diese *Reservekompetenz* als eine mehr „theoretisch[e]“<sup>42</sup> denn praktische.<sup>43</sup>

b) Neue Konflikte zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem EuGH könnte die jüngere Åkerberg Fransson- und Melloni-Rechtsprechung des EuGH hervorrufen:<sup>44</sup> In *Fransson* judizierte der Gerichtshof, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen an den Unionsgrundrechten zu messen seien, wenn das Unionsrecht einen Regelungsrahmen abstecke oder Mindestanforderungen aufstelle,<sup>45</sup> und dass bei einem Verstoß (nur) gegen nationale Grundrechte (nicht auch gegen Unionsgrundrechte) nicht von zwingendem Unionsrecht abgewichen werden könne.<sup>46</sup>

Das Bundesverfassungsgericht kritisierte diese, den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta sehr weit fassende Rechtsprechung damit, dass nicht „jeder sachliche Bezug [...] zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts“<sup>47</sup> ausreiche für eine Bindung an die Unionsgrundrechte. Das Bundesverfassungsgericht scheint zu fürchten, dass seine Grundrechtsfunktion auch im Bereich von Unionsrechtsakten marginalisiert wird, die den Mitgliedstaaten *Entscheidungsspielräume* lassen. Der *Solange II*-Vorbehalt gilt nämlich nicht für unionsrechtlich nicht determinierte nationale Rechtsinhalte, selbst wenn diese im Anwendungsbereich zum Beispiel einer Richtlinie liegen.<sup>48</sup> Die Ausübung einer unionalen Grundrechtskontrolle in *mehrpoligen* Grundrechtsverhältnissen, in denen der Freiheitszuwachs des Einen mit einer Freiheitseinbuße eines Anderen einhergeht, führt praktisch zu einer

36 BVerfGE 73, 339 (387) – *Solange II*.

37 Ibid.

38 Ibid.

39 Streinz, (Fn. 16), S. 972; ders., Europarecht, 9. Aufl. 2012, S. 88.

40 Nettesheim, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Aufl. 2016, S. 154.

41 Siehe umfassend bei Fn. 94 ff.

42 Voßkuhle, Der europäische Verfassungsverbund, NVwZ 2010, S. 6, allerdings relativierend in Voßkuhle, (Fn. 19), S. 29.

43 Ebenso Schwerdtfeger, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 2015, S. 292 m.w.N.; Polzin, Das Rangverhältnis von Verfassungs- und Unionsrecht nach der neuesten Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2012, S. 6; Weiß, (Fn. 2), S. 472.

44 Voßkuhle, (Fn. 19), S. 29.

45 EuGH, Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, Rn. 17 ff.; vgl. Bäcker, Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 2015, S. 393; krit. Weiß, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW 2013, S. 287 ff.

46 EuGH, Rs. C-399/11, Melloni, EU:C:2013:107, Rn. 56 ff.

47 BVerfG, Urt. v. 24.4.2014 – 1 BvR 1215/07, *Antiterrodatei*, Rn. 91.

48 Vgl. Weiß, (Fn. 2), S. 452 f.

Verdrängung mitgliedstaatlicher Grundrechtsmaßstäbe auch in solchen Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten ansonsten Umsetzungsspielräume genießen.<sup>49</sup>

#### 4. Die Beschlüsse vom 15. Dezember 2015 und vom 6. Dezember 2016

In einem Beschluss vom 15. Dezember 2015 („Solange III“?)<sup>50</sup> zu der Frage, ob eine Person auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls ausgeliefert werden könne, wenn der Auszuliefernde in Abwesenheit verurteilt worden sei und nach Einlegung eines Rechtsmittels nicht alle Rechte wie im erstinstanzlichen Verfahren habe, erklärte das Bundesverfassungsgericht die Menschenwürde für verletzt, ohne zuvor dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Deutsches Verfassungsrecht und das Unionsrecht kämen zu derselben Bewertung.<sup>51</sup>

In einem weiteren Beschluss vom 6. September 2016 äußerte sich das Bundesverfassungsgericht zu der Frage, ob ein Europäischer Haftbefehl zur Auslieferung vollstreckt werden könne, wenn das Schweigen eines Angeklagten im Zielland – im Rahmen einer auch andere belastende Beweismittel einschließenden Gesamtwürdigung – zur Begründung einer Verurteilung herangezogen werden könne.<sup>52</sup> Das Bundesverfassungsgericht differenziert zwischen einem „unmittelbar zur Menschenwürde gehörende[n] Kerngehalt“ der Selbstbelastungsfreiheit und sonstigen „verfassungsrechtlich gewährleistete[n] Ausprägung[en] dieses Grundsatzes“.<sup>53</sup>

Obwohl beide Fälle eine Prüfung der Menschenwürde, mithin eines Grundrechts, zum Gegenstand hatten, gehören sie systematisch zur *Identitätskontrolle*.<sup>54</sup>

## II. Ultra-vires-Kontrolle

Die Ultra-vires-Kontrolle fragt danach, ob sich abgeleitetes Unionsrecht in den Grenzen des nationalen Rechtsanwendungsbefehls hält, der es für nationale Stellen für verbindlich erklärt. Sie fußt auf dem Demokratie- sowie auf dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 38 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3, 23 Abs. 1 Satz 2 GG).<sup>55</sup> Die genaue Reichweite der Ultra-vires-Kontrolle wurde über die Jahre vom Bundesverfassungsgericht modifiziert und spezifiziert:<sup>56</sup> Während im *Maastricht*-Judikat noch die un-

49 *Hwang*, Grundrechte unter Integrationsvorbehalt? Eine rahmenorientierte Überlegung zur Debatte um die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, EuR 2014, S. 414 f.

50 *Burchardt*, Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – Zugleich Besprechung des Beschlusses 2 BvR 2735/14 des BVerfG vom 15.12.2015 („Solange III“/„Europäischer Haftbefehl II“), ZaöRV 2016, S. 543.

51 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 84 ff.

52 BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16.

53 *Ibid.*, Rn. 36.

54 Siehe zur Trennung dieser beiden Kontrollmaßstäbe unter Fn. 80 ff.

55 BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., *OMT*, Rn. 143.

56 Vgl. *Hatje*, Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit, in: Schwarze, Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit, Bd. 1, 1. Aufl. 2012, S. 61, 65 f.

eingeschränkte Voraussetzung aufgestellt wurde, dass der Unionsvertrag nicht in einer Weise gehandhabt oder fortgebildet werde dürfe, die vom Zustimmungsgesetz „nicht mehr gedeckt“<sup>57</sup> sei, forderte das Bundesverfassungsgericht im *Lissabon*-Urteil deutlich enger: „ersichtliche Grenzüberschreitungen“.<sup>58</sup>

Im *Honeywell*-Beschluss konkretisierte es dies „europarechtsfreundlich“<sup>59</sup> dahingehend, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung „spezifisch“<sup>60</sup> verletzt bzw. der Kompetenzverstoß „hinreichend qualifiziert“ sein müsse. Dies sei der Fall, wenn der Kompetenzverstoß erstens „offensichtlich“<sup>61</sup> sei und zweitens eine „strukturelle Verschiebung[g] im System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung“<sup>62</sup> stattfinde. Dies rechtfertigte das Bundesverfassungsgericht mit der Erwagung, dass die Verträge ein unabdingiges, überstaatliches Gericht mit eigenen Methoden der Rechtsfindung geschaffen hätten. Der Gerichtshof habe einen „Anspruch auf Fehler-toleranz“.<sup>63</sup> Es stehe der Annahme eines offensichtlichen Kompetenzverstoßes nicht entgegen, wenn der EuGH zu anderen Auslegungsergebnissen als das Bundesverfassungsgericht gelange, solange diese sich „bei methodischer Gesetzesauslegung im üblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsrahmen“<sup>64</sup> hielten. Der Annahme einer offensichtlichen Kompetenzüberschreitung stehe auch nicht entgegen, dass Stimmen in Schrifttum, Politik und Medien die Maßnahme als unbedenklich qualifizierten.<sup>65</sup> Für eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung sei erforderlich, dass die Kompetenzüberschreitung so erheblich sei, dass sie auf unionaler Ebene ein Vertragsänderungsverfahren und auf nationaler Ebene ein Gesetz erforderlich mache.<sup>66</sup>

Im auf die eigene *OMT*-Vorlage<sup>67</sup> und die *OMT*-Entscheidung des EuGH folgenden *OMT*-Urteil lehnte das Bundesverfassungsgericht das Vorliegen eines Ultra-vires-Aktes trotz fortbestehender Bedenken unter den vom Gerichtshof aufgestellten Bedingungen ab.<sup>68, 69</sup>

57 BVerfGE 89, 155 (188) – *Maastricht*.

58 BVerfGE 123, 267 (352) – *Lissabon*.

59 BVerfGE 126, 286 (303) – *Honeywell*.

60 BVerfGE 126, 286 (304) – *Honeywell*.

61 Ibid.

62 BVerfGE 126, 286 (306) – *Honeywell*.

63 BVerfGE 126, 286 (307) – *Honeywell*.

64 Ibid.

65 BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., *OMT*, Rn. 150.

66 Ibid., Rn. 151.

67 Siehe zur Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens unter Fn. 106 ff.

68 BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., *OMT*, Rn. 174 ff.

69 Nach „geradezu lehrbuchhafte[r] Formulierung“, *Ruffert*, Europarecht: Verfassungskonformität des angekündigten OMT-Programms der EZB, JuS 2016, S. 759.

## D. Verhältnis der Kontrollmaßstäbe untereinander

### I. Verhältnis der Identitäts- zur Ultra-vires-Kontrolle

Nach hier vertretener Auffassung steht die Identitätskontrolle *neben* der Ultra-vires-Kontrolle, d.h. sie bildet keinen Unterfall letzterer.<sup>70</sup>

Durch jüngste Entwicklungen überholt ist die frühere Einteilung der Ultra-vires-Kontrolle in eine mehr *formale* Prüfung und der Identitätskontrolle als eher *materielle* Fragen in den Blick nehmender Mechanismus (z.B. durch die Ultra-vires-Prüfung des Verbots monetärer Haushaltsfinanzierung im *OMT*-Beschluss<sup>71</sup> und der Kreierung des „Kompetenzkatalogs“ im *Lissabon-Urteil*).<sup>72,73</sup>

Für eine Unterordnung der Identitäts- gegenüber der Ultra-vires-Kontrolle spricht, dass Primär- und Sekundärrecht nicht unmittelbar Gegenstand einer Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes sein können, sondern nur über die Brücke des Zustimmungsgesetzes, das *seinerseits* nicht die Verfassungidentität verletzen und daher die Verfassungidentität verletzende Hoheitsgewalt nicht übertragen kann.<sup>74</sup>

Für eine Gleichordnung spricht jedoch Folgendes: Der Identitätskontrolle unterliegen Bundesorgane, wenn sie Hoheitsgewalt auf die EU übertragen. Das Sekundärrecht muss sich innerhalb dieser Zustimmungsgesetze halten. Insofern ergeben sich erstens unterschiedliche *Ansatzpunkte* der beiden Kontrollen. Zweitens unterscheiden sich die *Prüfungsgegenstände*: Der Ultra-vires-Kontrolle kann denknotwendig nur Sekundärrecht unterzogen werden.<sup>75</sup> Der Identitätskontrolle hingegen können Primär- und Sekundärrecht unterzogen werden.<sup>76</sup>

Des Weiteren differenziert das Bundesverfassungsgericht im *OMT*-Beschluss und auch im *OMT*-Urteil prüfungssystematisch explizit zwischen der Ultra-vires- und der Identitätskontrolle.<sup>77,78</sup> Darüber hinaus existieren Unterschiede zwischen beiden Kontrollen im Hinblick auf den *Prüfungsmaßstab*: Während jeder Verstoß gegen die Identitätskontrolle unzulässig ist, müssen Verstöße gegen die Ultra-vires-Kontrolle hinreichend qualifiziert sein. Dagegen lässt sich freilich einwenden, dass die Identitätskontrolle schon von ihrem Ansatz her eine *eingeschränkte* ist. Eines zusätzlichen Filters bedurfte es hier – anders als bei der Ultra-vires-Kontrolle – nicht. *Angela Schwerdtfeger* und anderen zufolge liege ein weiterer Grund darin, dass die Identitätskontrolle nur das deutsche Recht betreffe, die Ultra-vires-Kontrolle dagegen eine

70 Vgl. zur Diskussion die Nachweise bei *Burkhardt*, (Fn. 50), S. 545, Fn. 48 ff.

71 BVerfGE 134, 366 (394 f.) – *OMT-Beschluss*.

72 Siehe unter Fn. 25.

73 *Schwerdtfeger*, (Fn. 43), S. 296.

74 *Ingold*, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland, AöR 2015, S. 11.

75 *Burkhardt*, (Fn. 50), S. 545 f.

76 BVerfGE 134, 366 (384) – *OMT-Beschluss*.

77 BVerfGE 134, 366 (418) – *OMT-Beschluss*; BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., *OMT*, Rn. 153 ff.

78 Siehe hierzu insgesamt *Schwerdtfeger*, (Fn. 43), S. 294 ff.

Aussage treffe, die auf das Recht aller Mitgliedstaaten zutreffe.<sup>79</sup> Diese Auffassung ist formal gesehen richtig. Die mittelbaren und tatsächlichen Auswirkungen auch eines im Wege der Identitätskontrolle verworfenen Unionsrechtsaktes dürften aber kaum hinter einer Qualifikation als *ultra vires* zurückstehen: Zum Beispiel könnten andere mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte den Unionsrechtsakt ebenfalls als verfassungswidrig verwerfen. Zudem dürfte ein im größten EU-Mitgliedstaat nicht anwendbarer Unionsrechtsakt mittelfristig durch die Gesetzgebungsorgane der Union aufgehoben oder stark abgeschwächt werden, zumal die Bundesorgane verpflichtet sind, innerhalb der EU darauf hinzuwirken, dass der verfassungswidrige Unionsrechtsakt aufgehoben wird.

## II. Verhältnis der Identitäts- zur Grundrechtskontrolle und Einordnung der jüngsten Beschlüsse

Die nunmehr in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG normierte Grundrechtskontrolle stellt einen mindestens teilweise über die Identitätskontrolle hinausgehenden Kontrollmaßstab dar (streitig).<sup>80</sup> Zunächst ist die zur Verfassungssubstanz gehörende und von der Ewigkeitsgarantie geschützte Menschenwürdegarantie in Art. 1 GG nicht identisch mit dem vom *Solange*-Vorbehalt umfassten Grundrechtsschutz: Zwar besitzen auch die anderen Grundrechte einen von Art. 1 GG umfassten Menschenwürdekern.<sup>81</sup> Allerdings stellt der *Solange*-Vorbehalt, an dem im *Lissabon*-Judikat festgehalten wurde,<sup>82</sup> inhaltlich unter anderem auf die Verbürgung des *Wesensgehaltes* der Grundrechte ab, der (nach einer Auffassung)<sup>83</sup> vom Menschenwürdekern der Grundrechte abzugrenzen ist. Zweitens verlangt das Bundesverfassungsgericht einen *im Wesentlichen gleichartigen* Grundrechtsschutz. Jedenfalls die zweite Voraussetzung ist mit dem Menschenwürdekern nicht kongruent.

Vertretbar erscheint es auch, anzunehmen, dass eine oder beide der genannten Schutzniveaus des *Solange*-Vorbehalts zwar nicht mit der Menschenwürdegarantie übereinstimmen, aber einen *selbständigen Unterfall* des Verfassungssubstanzmaßstabs darstellen. Hierfür spricht, dass der Grundrechteabschnitt des Grundgesetzes in den (allerdings lange vor der *Lissabon*-Entscheidung ergangenen) *Solange*-Beschlüssen als Teil der Identität der Verfassungsordnung bezeichnet wird.<sup>84</sup>

Unabhängig von dieser klassifikatorischen Streitfrage erscheinen die nicht die *Solange*-Voraussetzungen zugrunde legenden Beschlüsse vom 15. Dezember 2015 und

79 Burchardt, (Fn. 50), S. 546; Schwerdtfeger, (Fn. 43), S. 297.

80 Vgl. z.B. ibid., S. 297 f.; Tomuschat, Lisbon – Terminal of the European Integration Process? The judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009, ZaÖRV 2010, S. 261. A.A. Weiß, (Fn. 2), S. 469.

81 Umfassend Herdegen, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL 2016, Art. 1 GG, Rn. 26; Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 78. EL 2016, Art. 19 GG, Rn. 36.

82 BVerfGE 123, 267 (399) – *Lissabon*; vgl. auch Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht – Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, 2011, S. 478.

83 Umfassend m.w.N. Herdegen, (Fn. 81), Art. 1 GG, Rn. 26.

84 BVerfGE 37, 271 (279) – *Solange I*; BVerfGE 73, 339 (375) – *Solange II*.

vom 6. September 2016 konsequent:<sup>85</sup> Die als Prüfungsmaßstab herangezogene Menschenwürdegarantie als in Art. 1 GG „niedergelegter Grundsatz“ hat nämlich unstrittig teil am identitätsbestimmenden Schutz der Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG.

## E. Prüfungsgegenstände

Gegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Integrationskontrollen sind stets *nationale* (auch Unionsrecht umsetzende) Rechtsakte, einschließlich etwaiger Festlegungen des Abstimmungsverhaltens deutscher Ratsvertreter sowie deutscher Zustimmungsgesetze zu Gründungs- und Änderungsverträgen.<sup>86</sup>

Umstritten ist, ob grundsätzlich auch *Unionsrecht* und dessen Anwendung, Auslegung und Fortbildung einen tauglichen Prüfungsgegenstand bilden können. Inhaltlich, materiell, ist dies zu bejahen: *Formal* gesehen sind zwar der deutsche Vollzugsakt oder der den Unionsrechtsakt (nicht) abdeckende deutsche Begründungsakt Prüfungsgegenstand. Faktisch, mittelbar, wird jedoch bundesverfassungsgerichtlich geprüft, ob ein *unionsrechtlicher Inhalt* grundgesetzgemäß ist.<sup>87</sup> Die Frage, ob ein bestimmter nationaler Rechtsakt dem Grundgesetz entspricht, kann nämlich nur beurteilt werden, wenn der Inhalt des Unionsrechtsaktes *bestimmt* und somit Gegenstand richterlicher Prüfung wird.<sup>88</sup> Das Bundesverfassungsgericht umgeht dieses Problem dadurch, dass es mittels eines „Kunstgriffs“<sup>89</sup> differenziert zwischen der von ihm nicht beurteilten *Geltung* und der von ihm beurteilten *Anwendbarkeit* des Unionsrechtsaktes im deutschen Rechtsraum.<sup>90</sup>

## F. Verfahrenswege zur Integrationskontrolle und verfassungsprozessuale Zulässigkeitsmodifikationen

### I. Verfahrenswege zur Integrationskontrolle

Die Integrationskontrolle des Bundesverfassungsgerichts kann grundsätzlich über das Organstreitverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), das Bund-Länder-Verfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG), die Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)<sup>91</sup> sowie die abstrakte (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und die konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) aktiviert werden.<sup>92</sup> Dabei wertet das Bundesverfassungsgericht seine in-

85 Vgl. Nettesheim, (Fn. 40), S. 152.

86 Weiß, (Fn. 2), S. 494.

87 Wendel, (Fn. 82), S. 464 f.; Weiß, (Fn. 2), S. 494 f.; dies ebenfalls bejahend im Hinblick auf die Identitätskontrolle Streinz, (Fn. 39), S. 87, im Hinblick auf die Ultra-vires-Kontrolle Voßkuhle, (Fn. 42), S. 7.

88 Weiß, (Fn. 2), S. 494 f.

89 Ibid., S. 495.

90 BVerfGE 118, 79 (95) – *Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*.

91 Vgl. im Kontext der Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., OMT, Rn. 77 ff.

92 Streinz, (Fn. 39), S. 86 f.

tegrationspolitische Position auf, indem es die Integrationskontrolle bei sich „monopolisiert“: Es erklärt sich für exklusiv zuständig für die Qualifikation eines Aktes als *ultra vires* und für die Feststellung einer Verfassungsidentitätsverletzung.<sup>93</sup>

## II. Verschärzte Zulässigkeitsanforderungen innerhalb der Grundrechtskontrolle

Im Kontext der Grundrechtskontrolle statuierte das Bundesverfassungsgericht schon in *Solange II*, dass Richtervorlagen, in denen eine Grundrechtsverletzung durch Unionsrecht dargelegt wird, unzulässig seien, solange die bereits dargestellten<sup>94</sup> besonderen Voraussetzungen nicht gegeben seien. In der *Bananenmarktordnung*-Entscheidung<sup>95</sup> nuancierte es diese Linie dahingehend, dass entsprechende Verletzungsrügen im Rahmen von Verfassungsbeschwerden sowie Vorlageverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG unzulässig seien, wenn nicht im Rahmen einer Gegenüberstellung des gemeinschaftlichen und des nationalen Grundrechtsschutzes gezeigt werde, dass der erforderliche Grundrechtsschutz durch die Gemeinschaftsorgane seit Ergehen von *Solange II* unter das erforderliche Maß *abgesunken* und der erforderliche Grundrechtsschutz *generell* nicht mehr gewährleistet sei.

Im Urteil *Vorratsdatenspeicherung* wich<sup>96</sup> es von dieser, bis dahin konsequent befolgten Judikatur dahingehend ab, dass auch *zwingendes* Unionsrecht gerügt werden könne, um es dem EuGH durch das Bundesverfassungsgericht vorlegen zu lassen, wenn letzteres dieses als Grundrechtsverstoß qualifiziert.<sup>97</sup> Vereinzelt wurde darin eine *grundsätzliche* Abweichung von der bisherigen Linie erblickt. Das Bundesverfassungsgericht verneine nicht mehr seine *Prüfungs-*, sondern seine *Verwerfungs-kompetenz*.<sup>98</sup> Tatsächlich handelte es sich hier um eine Ausnahmekonstellation: Im Falle einer Verfassungsbeschwerde gegen ein auf einer Richtlinie beruhendes Umsetzungsgesetz kann nämlich ohne eine bundesverfassungsgerichtliche Feststellung der Zulässigkeit kein Vorlageverfahren initiiert werden, in dessen Rahmen die Primärrechtskonformität der Richtlinie geklärt werden kann.<sup>99</sup>

Im Beschluss vom 15. Dezember 2015 führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass es für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde bezüglich der Verletzung der *Menschenwürdegarantie* durch zwingendes Unionsrecht genüge, wenn die Verletzung „im Einzelnen substanziert“<sup>100</sup> dargelegt werde. Die Darlegung eines *generellen*

93 BVerfGE 123, 267 (354) – *Lissabon; Streinz*, (Fn. 16), S. 977. Verfassungsrechtlich ist diese Rechtsprechung kaum begründbar, vgl. *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 625.

94 Siehe unter Fn. 34 ff.

95 BVerfGE 102, 147 (164) – *Bananenmarktordnung*; BVerfGE 129, 186 (198 f.) – *Griechenlandhilfen*.

96 Ebenso *Franzius*, Grundrechtsschutz in Europa – Zwischen Selbstbehauptung und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte, ZaöRV 2015, S. 392 f.

97 BVerfGE 125, 260 (308) – *Vorratsdatenspeicherung*.

98 *Bäcker*, Solange IIa oder Basta I? Das Vorratsdaten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus europarechtlicher Sicht, EuR 2011, S. 107 ff.

99 *Weiß*, (Fn. 2), S. 497 f. m.w.N.

100 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 50.

Absinkens ist im Hinblick auf die Rüge einer Verletzung der Menschenwürdegarantie somit nicht notwendig.<sup>101</sup> Diese Linie bestätigte es im Beschluss vom 6. Dezember 2016.<sup>102</sup>

### III. Restriktive Maßstäbe der Ultra-vires-Kontrolle als Teil der Zulässigkeitsprüfung?

Nach zutreffender Auffassung sind die restriktiven Voraussetzungen, unter denen das Bundesverfassungsgericht von der Nichtanwendbarkeit eines „ausbrechenden“ Unionsrechtsaktes im deutschen Rechtsraum ausgeht, solche der *Begründetheit*, nicht der Zulässigkeit.<sup>103</sup> Denn es wird bereits der *Prüfungsmaßstab* verengt. Wenn die restriktiven Voraussetzungen erfüllt sind, wird nicht etwa eine inhaltliche Prüfung nur ausgelöst (wie bei den *Solange*-Voraussetzungen). Sind die restriktiven Voraussetzungen erfüllt, ist der jeweils eingelegte Verfassungsrechtsbehelf bereits *begründet*. Die eingeführte Maßstabsverengung behandelte das Bundesverfassungsgericht in *Honeywell* konsequenterweise im Rahmen der Begründetheit.<sup>104</sup> Deutlich wird dies auch im *OMT*-Urteil, in dem das Bundesverfassungsgericht die Darlegung der *Möglichkeit* einer hinreichend qualifizierten Kompetenzverletzung fordert.<sup>105</sup> Es verlangt somit – wie sonst auch –, dass es nach dem Beteiligenvortrag möglich erscheint, dass die Begründtheitsvoraussetzungen erfüllt sind und nicht, dass im Vortrag das *Vorliegen* dieser Voraussetzungen geschildert werden muss.

### G. Das Vorabentscheidungsverfahren innerhalb der Integrationskontrolle

In *Honeywell* judizierte das Bundesverfassungsgericht, dass dem Gerichtshof vor der Annahme eines Ultra-vires-Verstoßes Gelegenheit zu geben sei, sich im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zu äußern.<sup>106</sup> Dieses Erfordernis, vor der Annahme eines Verfassungsverstoßes ein Vorabentscheidungsverfahren zu initiieren, kann auf alle Kontrollmaßstäbe verallgemeinert werden.<sup>107</sup> Erstmals praktisch wurde diese Bedingung im *OMT*-Vorlagebeschluss.<sup>108</sup>

Gleichwohl holte das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 15. Dezember 2015 vor der Feststellung eines Menschenwürdeverstoßes keine Vorabentscheidung des EuGH ein.<sup>109</sup> In unbestimmter Weise führte es aus, dass es „[s]oweit erforderlich“ ein Vorabentscheidungsverfahren durchführen werde.<sup>110</sup>

101 Burchardt, (Fn. 50), S. 533 ff.

102 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 69 ff.; BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 33.

103 Ebenso Weiß, (Fn. 2), S. 473; vgl. dagegen Streinz, (Fn. 93), S. 977.

104 BVerfGE 126, 286 (304 ff.) – *Honeywell*.

105 BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a., *OMT*, Rn. 77.

106 BVerfGE 126, 286 (304) – *Honeywell*.

107 Ebenso Streinz, (Fn. 93), S. 977.

108 BVerfGE 134, 366 – *OMT-Beschluss*.

109 Burchardt, (Fn. 50), S. 536.

110 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 46.

## H. Kritik

### I. Grundsätzliche Kritik

#### 1. Erhöhung oder Verlust rechtsstaatlicher und demokratischer Legitimation?

Bei entsprechender Zurückhaltung kann das Bundesverfassungsgericht nicht nur die demokratische Legitimität von EU-Rechtsakten erhöhen, es kann auch in rechtsstaatlich-materieller Hinsicht auf den EuGH einwirken, wie an der Entwicklung der Unionsgrundrechte durch den EuGH in Reaktion auf die Solange-Judikatur sichtbar wird. Speziell das Abstecken von *Scheingrenzen* ist geeignet, inhaltliche Anreize zu setzen („Lernverbund“).<sup>111</sup> Werden Scheingrenzen indes als solche erkannt, entfalten sie keine Steuerungswirkungen mehr. Das Bundesverfassungsgericht befindet sich bei der Anwendung der Integrationskontrolle mithin in einem Zwiespalt: Einerseits sucht es die Legitimität des Unionsrechts nicht zu beschädigen (indem es einen Unionsrechtsakt [nicht] für unanwendbar erklärt). Andererseits untergräbt eine „zu restriktive“ Interpretation und Anwendung der Integrationskontrollen bzw. eine, die mit Wortlaut und Struktur der Kontrollmechanismen nicht mehr vereinbar ist, das hinter der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur stehende Anliegen, disziplinierend auf den EuGH einzuwirken (und die Legitimität des Integrationsprojektes auf diesem Wege zu stärken). Das Vorabentscheidungsersuchen zum OMT-Programm könnte vor diesem Hintergrund als Versuch gedeutet werden, die Glaubwürdigkeit der Integrationskontrolle wiederherzustellen.

Dass Rechtsunterworfen „ihr“ nationales Höchstgericht anrufen können gegen Maßnahmen „bürgerferner“ EU-Institutionen, kann das *Gefühl* der Ohnmacht und Fremdbestimmtheit „aus Brüssel“ mindern,<sup>112</sup> und europaskeptischen Stimmen ein öffentliches Forum bieten, in dem sich Frustrationen kanalisieren lassen.<sup>113</sup> Dies gilt jedoch nur, sofern dabei der *Eindruck* erweckt wird, dass nationale Rechtsstaatlichkeitskulturen auch nach einer Supranationalisierung fortgelten. Aus ihrer Alltagserfahrung heraus schreiben viele Bürger „ihren“ nationalen Verfassungsgerichten eine hohe Wirkmächtigkeit und Durchsetzungskraft zu. Wenn nationale Verfassungsgerichte daher auch Fälle verhandeln, in denen EU-Recht gerügt wird, kann der Schein entstehen, dass die erheblichen Entscheidungsspielräume, die viele Verfassungsgerichte in Bezug auf nationales Recht genießen, auch in Bezug auf die Kontrolle von Unionsrechtsakten bestehen. Dabei hängt das Entstehen dieses Eindrucks entscheidend davon ab, wie (zutreffend oder schief) die Rolle des jeweiligen Verfassungsgerichts in der Öffentlichkeit dargestellt und kommuniziert wird.

111 Vgl. Voßkuhle, (Fn. 42), S. 8.

112 Vgl. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 48. EL 2016, Rn. 321, der auf die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der Einhaltung der Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV verweist.

113 Vgl. Nettesheim, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, S. 2868.

Auch hier gilt allerdings das oben bereits zur Disziplinierungsfunktion Gesagte: Je zurückhaltender die Integrationskontrolle in der Praxis durchgeführt wird, umso offensichtlicher wird die Ohnmacht der nationalen Verfassungsgerichte und umso weniger kann das Verfahren vor den nationalen Verfassungsgerichten als Kompensation für enttäuschte Rechtsstaatlichkeitserwartungen fungieren. Die dann aufkommende Enttäuschung kann das nationale Verfassungsgericht als *Institution* beschädigen und mithin Folgewirkungen auch für dessen Rolle im rein nationalen Kontext zeitigen.

Die demokratietheoretische Funktion als Forum ist sodann – unabhängig von den tatsächlich bestehenden Entscheidungsspielräumen – eine konstitutionell notwendig scheinbare, unvollkommene. Ein – zweiter – politischer Interessenausgleich kann „vor“ dem Bundesverfassungsgericht nicht stattfinden. Der Verfassungsgerichtsprozess ist ein formalisiertes, inhaltlich reduziertes Verfahren.<sup>114</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind nicht im Vierjahresturnus „abwählbar“. Sie binden dauerhaft. Seine Beratungen sind nicht-öffentliche. Nicht politische Mehrheiten zählen (zumindest nicht unmittelbar), sondern die Verankerung bestimmter Sicht- und Argumentationsweisen in der Verfassung und der diese ausdifferenzierenden bundesverfassungsgerichtlichen Falljudikatur.

Die bisherigen Erwägungen verdeutlichen, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner Integrationskontrolle kaum zur Legitimationssteigerung des Integrationsprojektes beiträgt. Die Identitätskontrolle birgt darüber hinausgehend sogar die Gefahr, die Legitimation der nationalen und unionalen Staatsgewalt zu *reduzieren*, dem Integrationsprojekt also sogar zu *schaden*: Die Schöpfung materieller Vorgaben aus der Verfassungsidentität privilegiert bestimmte politische Positionen gegenüber anderen Auffassungen und ossifiziert den verfassungsrechtlichen *status quo*.<sup>115</sup> Die grundlegenden Funktionen demokratischer Entscheidungsfindung und -durchsetzung werden hierdurch beeinträchtigt, etwa ihre Funktion als Legitimationsquelle für staatliche Entscheidungen oder als Mittel zur Befriedung gesellschaftlicher Spannungen und Konflikte. Auch aus Sicht der Gewaltenteilung und der Einhegung verfassungsgerichtlicher Macht erscheinen das Konzept der Verfassungsidentität und der mit ihr einhergehende Gestaltungsanspruch problematisch. Dies gilt im Besonderen wenn die Identitätsvorgaben „vergrundrechtlicht“ und für individualbeschwerdefähig erklärt werden. Folglich sollte die Ableitung detaillierter dogmatischer Vorgaben aus selbst für den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht abänderbaren Verfassungssätzen allenfalls äußerst behutsam erfolgen.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Vgl. Nettesheim, (Fn. 113), S. 2868 f.; Reyes y Ráfales, Das Umschlagen von Rationalitätsdefiziten in Verfassungsverletzungen am Beispiel des Atomausstiegs. Zugleich ein Beitrag zur „Verfassungspflicht zu optimaler Gesetzgebungsmethodik“, Der Staat 52 (2013), S. 605; ders., Mindestrationality im inneren Gesetzgebungsverfahren als Verfassungspflicht, Rechtstheorie 45 (2014), S. 50.

<sup>115</sup> Vgl. Tomuschat, (Fn. 80), S. 279.

<sup>116</sup> Vgl. Nettesheim, (Fn. 113), S. 2868 f.

## 2. Negative integrationspolitische Konsequenzen

Aus integrationspolitischer Sicht ist bedenklich, dass das Bundesverfassungsgericht mögliche Integrationsentwicklungen (unter anderem mit dem *Lissabon-Urteil*) prozedural und inhaltlich *einschient*<sup>117</sup> und eine *inkrementell-sachgebietsbeschränkte* Hoheitsübertragung erschwert, obwohl es sich bei einem Modell zwischen Bundesstaat und Staatenverbund um das (derzeit) erfolgversprechendste handelt im Ringen um das Ziel einer „immer engeren Union der Völker Europas“.<sup>118</sup> Aufgrund der installierten Sicherungen ist eine weitere Föderalisierung nur über einen *grundlegenden Umbau* möglich,<sup>119</sup> der die Aktivierung der verfassungsgebenden Gewalt erfordert. Gerade bei solchen Schritten sind die sich einer Änderung entgegenstellenden Beharrungskräfte aber erfahrungsgemäß am größten, weshalb die bisherigen Integrationsleistungen entscheidend auf *spill over*-Effekten beruhen.

Diese Behinderung einer Schritt-für-Schritt erfolgenden Föderalisierung ist auch aus *funktionaler* Sicht problematisch, weil sie (Detail-)Korrekturen erschwert. Dysfunktionalitäten, die durch die Globalisierung, durch technischen Fortschritt oder durch politische Veränderungen entstehen, können nicht effektiv beseitigt werden; die Nichtkorrigierbarkeit gefährdet – wiederum – den *status quo* der erreichten Integration (etwa die Währungsunion im Hinblick auf erschwerende fiskalpolitische Vertragsreformen).<sup>120, 121</sup>

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts sind „nur“ solche *eines* nationalen Verfassungsgerichts, an dem sich andere nationale Verfassungsgerichte womöglich ein Beispiel nehmen:<sup>122</sup> Dies hätte zur Folge, dass der Europäische Gerichtshof eine Vielzahl im Einzelnen voneinander abweichender und über die Zeit von den jeweiligen Gerichten unterschiedlich interpretierter Vorgaben im Blick haben muss, um die Einheitlichkeit und Legitimität des EU-Rechts und der EU als Rechtsunion zu bewahren.<sup>123</sup> Mit Blick auf die Diversität nationaler Rechtskulturen und -praxen gilt dies selbst dann,<sup>124</sup> wenn eine große Gruppe von mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten bzw. Verfassungsgebern einander ähnelnde Maßga-

117 *Schorkopf*, Die Europäische Union im Lot: Karlsruhes Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2009, S. 724.

118 Vgl. *Doefer*, Entscheidungsbesprechung zu BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/110, 2 BvR 1099/10, ZJS 2012, S. 108; *Nettesheim*, (Fn. 113), S. 2868 ff.; *Oppermann*, Die EU-Verfassungsbeschwerde – Instrument nationaler Begrenzung europäischen Rechts, in: *Schwarze*, (Fn. 56), S. 69; *Sommermann*, Integrationsgrenzen des Grundgesetzes und europäischer Verfassungsverbund: Brauchen wir eine neue Verfassung?, DÖV 2013, S. 711 f.

119 Vgl. *Tomuschat*, (Fn. 80), S. 272 f.

120 Vgl. *Sommermann*, (Fn. 118), S. 708.

121 Vgl. *Oppermann*, (Fn. 118), S. 68 f., 71.

122 Vgl. *von Bogdandy*, (Fn. 6), S. 1.

123 Vgl. Schlussanträge *GA Cruz Villalón* zu EuGH, Rs. C-62/14, OMT, EU:C:2015:7, Rn. 59; *Tomuschat*, (Fn. 80), S. 252 f.; *Weiß*, (Fn. 2), S. 408 f.; auf die „politischen“ Folgen verweisend *Schwerdtfeger*, (Fn. 43), S. 304.

124 Vgl. *Schwarze*, Die verordnete Demokratie, EuR 2010, S. 116 f.

ben statuieren.<sup>125</sup> Integrationskontrollvorgaben müssen daher stets auf ihre *Verallgemeinerbarkeit* bezüglich aller Mitgliedstaaten überprüft werden.<sup>126</sup>

### 3. Einseitige und rückwärtsgewandte Verfassungs- und Staatskonzeption

Die viel beschworene „Offenheit“ des Grundgesetzes kann nur eine fundamentale, staatskonzeptionelle sein. Im *Lissabon*-Urteil wird dagegen inhaltlich-argumentativ wie auch sprachlich ein *abwehrender* Standpunkt eingenommen, der Defizite und mögliche Gefahren der Integration betont.<sup>127</sup> Die *Gewinne* der Supranationalisierung bleiben unterbeleuchtet: In einem transnationalen Wirtschafts- und Lebensraum mit Phänomenen wie Umweltzerstörung, Klimawandel, Steuervermeidung oder Flüchtlings- und Migrationsströmen kann nur der kooperierende, sich international einbindende und verpflichtende Staat die faktisch verlustig gehende Souveränität verteidigen und zurückgewinnen.<sup>128</sup> Im *Lissabon*-Judikat wäre zumindest ein ausführliche(ere)s *Eingehen* auf alternative Legitimationsformen und die Vorteile der Integration begrüßenswert gewesen. Hierzu zählt etwa der Zugewinn an *Soft Power*, der in stärkeren politischen Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke des Kontinents und der Welt liegt. Hierzu gehören des Weiteren die Bündelung außen- und handelspolitischer Macht<sup>129</sup> und der Zuwachs an kollektiven und individuellen, tatsächlichen wie rechtlichen Freiheitsoptionen (zum Beispiel in Form der europäischen Grundfreiheiten). Dies gilt in besonderem Maße für die exportorientierte, im Zentrum Europas liegende und auf institutionalisierte Kooperationsrahmen angewiesene Bundesrepublik.

Entsprechend liegt dem *Lissabon*-Urteil eine etatistische,<sup>130</sup> rückwärtsgewandte staats- und verfassungstheoretische Konzeption zugrunde.<sup>131</sup> Übersetzt in die Sprache des Verfassungsrechts hätte eine gebührende Berücksichtigung des im *Lissabon*-Judikats aus der Taufe gehobenen<sup>132</sup> Grundsatzes der Europarechtsfreundlichkeit und des Integrationsauftrags (mit seinen Anknüpfungspunkten in der Präambel und in Art. 23 GG) das Bundesverfassungsgericht (im Geiste der *Maastricht*-Entscheidung)<sup>133</sup> dazu anhalten sollen, stärker *alternative Konzeptionen demokratischer Legitimierung* in den Blick zu nehmen, nämlich solche, in denen sich mitgliedstaatliche und unionale Legitimation ergänzen.<sup>134</sup> Der in der Integrationsjudikatur überbetonte

125 Umfassende Nachweise bei BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 47.

126 *Von Bogdandy*, (Fn. 6), S. 4.

127 Ibid., S. 4 f.; *Schwarze*, (Fn. 124), S. 110; *Tomuschat*, (Fn. 80), S. 271; a.A. *Voßkuble*, (Fn. 19), S. 31.

128 *Weiß*, (Fn. 2), S. 426.

129 Vgl. *Pernice*, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, AöR 136 (2011), S. 207 ff.; *Weiß*, (Fn. 2), S. 426.

130 *Nettesheim*, (Fn. 40), S. 154.

131 *Schwarze*, Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit, Bd. 2, 1. Aufl. 2013, S. 44; *Weiß*, (Fn. 2), S. 427; a.A. *Schorkopf*, (Fn. 117), S. 718 ff.

132 *Voßkuble*, (Fn. 42), S. 5.

133 Vgl. umfassend *Nettesheim*, (Fn. 40), S. 154.

134 Vgl. *von Bogdandy*, (Fn. 6), S. 3; *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 77. EL 2016, Art. 79 GG, Rn. 169; *Streinz*, (Fn. 93), S. 973, Fn. 64.

Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit gilt sowohl national (5 %-Hürde, Überhangmandate) als auch international (zum Beispiel in der Schweiz und in den USA) nicht uneingeschränkt.<sup>135</sup> Die legitimationsstiftende Rolle des *Europäischen Parlamentes* bleibt in der jüngeren Judikatur unterbetont.<sup>136</sup> Ein Verlust an Wahlrechtsgleichheit wäre jedenfalls mit dem Zugewinn an Prosperität, Frieden(schancen) und Gestaltungsmacht abzuwägen gewesen.

#### 4. Keine Rechtfertigung durch kompetenzschützendes Primärrecht

Die abwehrende Haltung wird auch nicht durch einen Rekurs auf Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV gerechtfertigt: Die nationale Identität einschließlich der nationalen verfassungsmäßigen Strukturen ist hierdurch zwar als justiziables Schutzgut auf der Primärrechtsebene anerkannt. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um einen (den Vorrang des Unionsrechts durchbrechenden) *Souveränitätsvorbehalt*, dessen Inhalt von den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten letztverbindlich interpretiert wird,<sup>137</sup> sondern um „gewöhnliches“, vom EuGH auszulegendes Primärrecht. Mit Identität ist in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV dabei nicht eine traditionell-nationalstaatliche gemeint, sondern eine, die auf politische Selbstbestimmung im Mehrebenenverfassungsverbund setzt.<sup>138</sup> Der offen formulierte Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV ist zudem abwägungsfähig<sup>139</sup> und eingebettet in die Systematik der Unionsverfassung<sup>140</sup> mit deren Bedürfnis nach einheitlicher Geltung des Unionsrechts. Dabei mag auch folgender, kontraintuitiv erscheinender Gedanke gegen eine Ausweitung der national-verfassungsgerichtlichen Integrationskontrolle sprechen: Die Mitgliedstaaten haben in den letzten Änderungsverträgen zunehmend Kompetenzsicherungsmechanismen eingebaut (zentral: die Kompetenztrias in Art. 5 EUV).<sup>141</sup> Dies könnte dafür sprechen, dass der Schutz der nationalen Kompetenzen deshalb supranationalisiert und verstärkt wurde, weil die *Einheitlichkeit* des Unionsrechts bewahrt werden sollte. Eine daneben tretende nationale Kompetenzkontrolle würde dieses Anliegen konterkarieren. In ähnlicher Weise kann die Etablierung eines unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes interpretiert werden: Um die Einheitlichkeit des Unionsrechts zu schützen, musste der Grundrechtsschutz unionalisiert werden.

135 Ausführlich *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, (Fn. 134), Art. 20 GG, Rn. 293.

136 *Schwarze*, (Fn. 131), S. 44.

137 *Pernice*, (Fn. 129), S. 215 f.

138 *Ibid.*, S. 210.

139 BVerfGE 134, 366 (386 f.) – *OMT-Beschluss; Ingold*, (Fn. 74), S. 1, 25.

140 Vgl. *ibid.*, S. 26; *Walter*, Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle, aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, ZaÖRV 2012, S. 184.

141 Vgl. *Schwarze*, (Fn. 131), S. 50.

## II. Kritik im Einzelnen

### 1. Ausdehnung der Individualverfassungsbeschwerde

Die Ausdehnung der Individualverfassungsbeschwerde, zum Beispiel im Falle des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, hin zu einer „Popularklage [...] mit abstraktem Normenkontrollcharakter“<sup>142</sup> sprengt die Grenzen zulässiger Analogie und bewirkt eine unzulässige Subjektivierung objektiver Verfassungsgrundsätze.<sup>143</sup> Im *Lissabon*-Verfahren ging es zentral um mögliche zukünftige sowie von *Umsetzungsakten* abhängige Entwicklungen.<sup>144</sup> Eine ausreichende gerichtliche Kontrollierbarkeit ist bereits durch die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle gegeben.<sup>145</sup> Dabei ist zu gewärtigen, dass der enumerative Zuständigkeitskatalog des Art. 93 GG und die Begrenzungen innerhalb der Beschwerdebefugnis auch Ausdruck der *Gewaltenteilung* sind und nicht bloß dem Zwecke der Reduzierung der Arbeitsbelastung dienen.<sup>146</sup> Das Bundesverfassungsgericht soll und darf nicht *motu proprio* tätig werden, sondern nur auf – (in verschiedener Weise) qualifizierten – Antrag hin.

### 2. Prozedurale Ableitungen aus der Integrationsverantwortung

Die Statuierung von Mitwirkungserfordernissen durch das Bundesverfassungsgericht erscheint mit Blick auf Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 EUV und Art. 81 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV problematisch, da diese nur ein nachträgliches Ablehnungsrecht der nationalen Parlamente beinhalten.<sup>147</sup> Die Mitwirkungspflichten erschweren überdies die Entscheidungsfindung in der politischen Praxis.<sup>148</sup> Problematisch ist auch, dass das Bundesverfassungsgericht im Unklaren lässt, wie die Parameter der inhaltlichen Weite, der Bestimmtheit, der Souveränitätssensibilität und der praktischen Bedeutung der Kompetenz generell beschaffen sein müssen, um eine Mitwirkungspflicht im Einzelfall zu begründen.<sup>149</sup>

### 3. Identitätskontrolle

Die Festlegung integrationsfester Bereiche als Ausfluss deutscher Souveränität verkennt einerseits die *zeitliche Kontingenz* von Souveränitäts- und Staatlichkeitsvorstellungen (auf verfassungsgerichtlicher Seite aber auch auf Seite der Bürger), ande-

142 *Bethge*, (Fn. 112), Rn. 341; *Herdegen*, (Fn. 134), Art. 79 GG, Rn. 169; vgl. *Ruffert*, Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht – Anmerkung zum Urteil vom 7. September 2011, EuR 2011, S. 855; *Schwarze*, (Fn. 124), S. 114; *Schwerdtfeger*, (Fn. 43), S. 304 f.; *Tomuschat*, (Fn. 80), S. 264 f.

143 *Bethge*, (Fn. 112), Rn. 341, 343; *Schwarze*, (Fn. 124), S. 114.

144 Ebenfalls kritisch *Tomuschat*, (Fn. 80), S. 265.

145 Siehe auch unter Fn. 142 m.w.N.

146 Vgl. *Schwerdtfeger*, (Fn. 43), S. 306 f.; *Tomuschat*, (Fn. 80), S. 269.

147 Vgl. *von Bogdandy*, (Fn. 6), S. 3.

148 Ibid., S. 5 unter Verweis auf § 8 Abs. 4 EUZBBG.

149 *Nettesheim*, (Fn. 13), S. 181.

erseits das vielschichtige Phänomen *verschränkter Souveränitätsausübung*.<sup>150</sup> „Ewigkeitsinhalte“ sind erstens demokratisch-legitimatorisch problembehaftet (Festlegung nachfolgender durch frühere Generationen).<sup>151</sup> Zweitens unterliegen identitätsbestimmende Staatlichkeitsvorstellungen einem konstanten Wandel,<sup>152</sup> der eine inhaltliche Determinierung durch die jeweils amtierenden Verfassungsrichter verbietet.

Aus methodischer Sicht ist zu bemängeln, dass die Auswahl und Definition der integrationsfesten Bereiche durch das Bundesverfassungsgericht nicht an den *Text* des Grundgesetzes oder an die bisherige bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung rückgebunden wird.<sup>153</sup> Stattdessen stellt das Bundesverfassungsgericht auf die *Historie* ab.<sup>154,155</sup> In der Staatsrechtslehre wird zu Recht eine inhaltliche Beliebigkeit<sup>156</sup> und Konturlosigkeit<sup>157</sup> beklagt. Dies verkompliziert den *politischen* Akteuren nicht nur ein dem jeweils aktuellen Richtergremium „genehmes“ Integrationskonzept zu entwerfen, es ist auch rechtsstaatlich problematisch, da es die Kontrolle der Bundesverfassungsgerichtsjurisdikatur erschwert.<sup>158</sup>

#### 4. Grundrechtskontrolle

Das Festhalten an der *Solange*-Rechtsprechung wahrt die Einheitlichkeit der Unionsrechtsanwendung und ist mit Blick auf die in jüngerer Zeit (überwiegend) zu beobachtende Intensivierung des Grundrechtsschutzes durch den EuGH zu begrüßen. Ob dies auch für die vom EuGH vorgenommene Überprüfung von mitgliedstaatlichen Umsetzungsrechtsakten am Maßstab der Unionsgrundrechte in Fällen gilt, in denen die Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum besitzen,<sup>159</sup> hängt von der weiteren Entwicklung des Grundrechtsschutzes durch den EuGH ab. Jedenfalls führen die Europäisierung des Rechts und die (mit Blick auf Art. 51 GRCh kritisch zu sehende) extensive Interpretation des Anwendungsbereichs der EU-Grundrechte in Verbindung mit der *Solange*-Rechtsprechung zu einer *Marginalisierung* des Bundesverfassungsgerichts als Grundrechtsakteur.<sup>160</sup> Die Idee, das Bundesverfassungsgericht unmittelbar oder mittelbar auch die Einhaltung der *Unions*grundrechte überprüfen zu lassen, etwa durch eine ausführliche Stellungnahme im Kontext eines Vorlagever-

150 Herdegen, (Fn. 134), Art. 79 GG, Rn. 169; vgl. Tomuschat, (Fn. 80), S. 251 f.: „true democracy could exist outside the state“.

151 Ingold, (Fn. 74), S. 21 f.

152 Vgl. Sommermann, (Fn. 118), S. 708, 710.

153 Von Bogdandy, (Fn. 6), S. 3; Grzesick, (Fn. 135), Art. 20 GG, Rn. 297 f.

154 Weiß, (Fn. 2), S. 468.

155 BVerfGE 123, 267 (359) – Lissabon: „seit jeher“.

156 Vgl. Schwerdtfeger, (Fn. 43), S. 293 f. m.w.N.

157 Nettesheim, (Fn. 40), S. 154.

158 Vgl. ibid., S. 154.

159 Voßkuhle, (Fn. 19), S. 29.

160 Bäcker, (Fn. 45), S. 389 ff.

fahrens, erscheint erwägenswert, wenn dem Bundesverfassungsgericht hierdurch nicht zugleich auch ein Letztentscheidungsrecht eingeräumt wird.<sup>161</sup>

## 5. Beschlüsse vom 15. Dezember 2015 und vom 6. September 2016

Die Nichtprüfung der im *Bananenmarktordnung*-Urteil entwickelten Voraussetzungen in den beiden jüngeren Beschlüssen ergibt – systematisch – Sinn. Wird die in den beiden Beschlüssen entwickelte Linie jedoch konsequent weitergedacht, erlaubt sie auch die Rüge einer Verletzung des Menschenwürdekerne *anderer* Grundrechte, ohne dass die im *Bananenmarktordnung*-Judikat entwickelten Darlegungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen.<sup>162</sup> Die neue Linie trägt dabei die Gefahr in sich, dass der Menschenwürdekerne immer enger gefasst werden muss, um einen Bruch mit dem Unionsrecht zu vermeiden,<sup>163</sup> und damit Grundrechtspositionen – auch in *rein innerstaatlichen* Konstellationen – in zunehmendem Maße abwägungsfähig werden. Auch worin die im ersten Beschluss angesprochenen „erhöhten Zulässigkeitsvoraussetzungen“<sup>164</sup> liegen sollen, erschließt sich nicht.<sup>165</sup> Die Fachgerichte werden bei der Feststellung einer Menschenwürdeverletzung schwierige Abgrenzungen vorzunehmen haben.<sup>166</sup>

Überdies führt das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 6. September 2015 aus, dass ein Abstellen auf Art. 1 Abs. 1 GG gar nicht notwendig war, da sich das Ergebnis bereits aus einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben ergebe.<sup>167</sup> Es bestand mithin kein Vorrangproblem.<sup>168</sup> Konsequenterweise hätte das Bundesverfassungsgericht ein Vorlageverfahren initiieren müssen.<sup>169</sup>

## 6. Ultra-vires-Kontrolle

Die Zuständigkeit für die Interpretation des Unionsrechts einschließlich der Wahrung der Kompetenzgrenzen liegt nach der Konzeption der Verträge beim Europäischen Gerichtshof.<sup>170</sup> Zwar ist alle Unionsgewalt eine aus nationalen Strukturen abgeleitete; gleichwohl wurden nicht (nur) bestimmte Inhalte als supranationales Recht „beschlossen“, sondern auch *Organe mit eigenständigen Ausübungs- und Auslegungs-*

161 Ibid., S. 408 ff.

162 Sauer, „Solange“ geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht, NJW 2016, S. 1137.

163 Wendel, (Fn. 82), S. 479: „Gefahr einer Banalisierung von Art. 79 Abs. 3 GG“.

164 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 50.

165 Umfassend Burchardt, (Fn. 50), S. 533 ff.

166 Sauer, (Fn. 162), S. 1137.

167 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, *Europäischer Haftbefehl II*, Rn. 84 ff.

168 Burchardt, (Fn. 50), S. 547 ff.; Sauer, (Fn. 162), S. 1136 f.

169 Burchardt, (Fn. 50), S. 550.

170 Polzin, Das Rangverhältnis von Verfassungs- und Unionsrecht nach der neuesten Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2012, S. 5; Tomuschat, (Fn. 80), S. 259 f.

*kompetenzen* geschaffen. Die Verwerfungs- und Letztentscheidungskompetenz weisen die Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV, 267 Abs. 1 lit. b AEUV explizit dem EuGH zu.<sup>171</sup>

Mit der Entwicklung des Maßstabs der Ultra-vires-Kontrolle wurde das Misstrauen in die Rechtsprechungskapazitäten und die Rechtstreue des EuGH institutionalisiert. Systeme und Entscheidungsstrukturen, in denen Menschen wirken, sind stets fehleranfällig. Dies legitimiert es jedoch nicht, Kontrollstrukturen auf nationaler oder supranationaler Ebene *per se* zu vervielfältigen. Letztlich würde dies in einem infiniten Regress<sup>172</sup> münden. Das System der *checks and balances* ist auf unionaler Ebene differenzierter als je zuvor. Rechtsstaatliche oder demokratische Bedenken sollten – auch aus integrationspolitischer Sicht – wann immer möglich *systemimmanent*, d.h. auf unionaler Ebene verarbeitet werden.<sup>173</sup> Das Unionsrecht kennt mit dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV) eine inhaltsgleiche unionsverfassungsrechtliche Grenze.<sup>174</sup>

Erkennt man die Legitimität einer Ultra-vires-Kontrolle grundsätzlich an, so könnte ein struktureller Mangel der Ausgestaltung dieses Kontrollmechanismus darin gesehen werden, dass Kompetenzaushöhlungen in der Regel nicht sprunghaft, sondern *scheidend* erfolgen. Wenn dann nicht der Anfangs- mit dem Endpunkt (z.B. EuGH-Entscheidung „a“ mit Entscheidung „z“) verglichen, sondern nur von Entscheidung zu Entscheidung gedacht wird, erscheint die Annahme von Offensichtlichkeit (z.B. beim Übergang von EuGH-Entscheidung „y“ zu Entscheidung „z“) kaum realistisch.<sup>175</sup>

Zweifelhaft an der Ausgestaltung der Ultra-vires-Kontrolle ist auch, dass die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens für den Fall der Annahme eines Ultra-vires-Aktes problematisch erscheint mit Blick auf die Zulässigkeitsvoraussetzung der Entscheidungserheblichkeit des Art. 267 AEUV.<sup>176</sup>

## I. Reformvorschläge und alternative interpretative Konzeptionen

Unter Berücksichtigung der in der Tat teilweise (zu) expansiven EuGH-Judikatur, die erst das praktische Bedürfnis schafft für eine national-verfassungsgerichtliche Ultra-vires-Kontrolle, könnten *institutionelle* Präventivmaßnahmen erwogen werden, zum Beispiel gemeinsame *Verfahren der Konfliktbeilegung* im Falle einer drohenden Verletzung des Verfassungidentität eines Mitgliedstaates,<sup>177</sup> ein Stellungnahmerecht für nationale Verfassungsgerichte in laufenden Verfahren oder eine sich an den EuGH richtende Pflicht, nationale Verfassungsgerichte zu *benachrichtigen*, wenn Verfahren anhängig sind, die verfassungsrechtliche Spannungen hervorrufen könnten.

171 Polzin, (Fn. 170), S. 5.

172 Wer kontrolliert das Bundesverfassungsgericht bei dessen Kontrolle des EuGH?

173 Vgl. Sander, BVerfG, EuGH und EZB im OMT-Verfahren – Wer bietet der Notenbank die Stirn?, EuZW 2016, S. 617.

174 Schwerdtfeger, (Fn. 43), S. 301 ff.

175 Vgl. Sander, (Fn. 173), S. 616.

176 Schwerdtfeger, (Fn. 43), S. 293.

177 Schwarze, (Fn. 124), S. 116.

Mit Blick auf den mittlerweile ausgeprägten *esprit de corps* des EuGH wäre es auch denkbar, ein sogenanntes „Kompetenzgericht“<sup>178</sup> zu schaffen, das speziell für Fragen der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung zuständig und dem EuGH in Kompetenzfragen übergeordnet wäre. Dieses sollte größtmögliche institutionelle und personelle Unabhängigkeit genießen. Als „Kompetenzrichter“ in Frage kommen besonders für diese Aufgabe qualifizierte (insbesondere auch über entsprechende Kenntnisse im Unionsrecht verfügende) nationale Verfassungsrichter (gegebenenfalls Vize-/Präsidenten). (Einzelne) EuGH-Richter (zum Beispiel Kammerpräsidenten) könnten an den Beratungen des Kompetenzgerichts teilnehmen, ohne stimmberechtigt zu sein. Das Kompetenzgericht trate nur zusammen, wenn es angerufen würde. Die Richter verblieben am Sitz ihrer Verfassungsgerichte und arbeiteten weiter in dieser Funktion. Beschwerdeberechtigt sollte nur eine kleine ausgewählte Gruppe sein (zum Beispiel die Regierungen von mindestens einem Viertel der Mitgliedstaaten oder ein Drittel der Mitglieder des Europäischen Parlamentes).

Betrachtet man die (schon in der Präambel des GG anklingende) Bedeutung der europäischen Integration für den deutschen Einigungsprozess<sup>179</sup> sowie für Wohlstand und Frieden in Deutschland und der Welt und deren über die Jahrzehnte angewachsene Relevanz, sollte der Integrationsauftrag verfassungsrechtlich und -systemisch *aufgewertet* und bei der Interpretation von und bei der Abwägung mit konfligierenden Verfassungsgrundsätzen *stärker berücksichtigt* werden.<sup>180</sup> Trotz eines fast schon „prophetischen“ Weitblicks<sup>181</sup> der Mitglieder des Verfassungskonventes<sup>182</sup> konnten diese die konkreten historischen, rechtlichen, politischen und technologischen Entwicklungen der nächsten 65 Jahre – verständlicherweise – nur erahnen. Dieser Befund ist nicht so dramatisch im Hinblick auf das vom verfassungsändernden Gesetzgeber *abänderbare* Verfassungsrecht, speziell der Möglichkeit, Art. 23 GG weiterzuentwickeln.<sup>183</sup> Von großem Nachteil ist dies jedoch mit Blick auf die von der Ewigkeitsgarantie in Bezug genommenen Normen, die in der Erfahrungssituation von 1948/1949 gründen. Ein in der Gegenwart stattfindender Verfassungskonvent würde im Katalog des Art. 20 GG sicherlich auch ein Bekenntnis zur internationalen Kooperation und Integration enthalten bzw. ein entsprechendes interpretatives Berücksichtigungsgebot, das dazu anhielte, andere änderungsfeste Verfassungsprinzipien im Falle eines Konfliktes in praktische Konkordanz mit dem Integrationsauftrag zu bringen.

178 Vgl. zu früheren Vorschlägen m.w.N. *Everling*, Quis custodiet custodes ipsos – Zur Diskussion über die Kompetenzordnung der Europäischen Union und ein europäisches Kompetenzgericht, EuZW 2002, S. 357 ff.; *Goll/Kenntner*, Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der europäischen Kompetenzen, EuZW 2002, S. 101 ff.

179 Vgl. *Pernice*, (Fn. 129), S. 200 ff.

180 Vgl. *Schwarze*, (Fn. 131), S. 44; *Sommermann*, (Fn. 118), S. 712 f.

181 *Voßkuhle*, (Fn. 42), S. 2.

182 Nach *Sommermann*, (Fn. 118), S. 709 waren die Vorstellungen allerdings „diffus“ bzw. „recht unterschiedlich“.

183 Vgl. *Weiß*, (Fn. 2), S. 419.