

## Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht

Von Heiko Sauer, Bonn\*

*Abstract: Im Zuge der Euro-Krise hat das BVerfG seine Rechtsprechung zur Kontrolle von Unionsrecht maßgeblich weiterentwickelt. Sie beruht auf neuen Prämissen zur Geltung der Integrationssschranken für die Unionsorgane und wird im Konzept der Verfassungsidentitätskontrolle zusammengeführt, was Veränderungen für den Prüfungsmaßstab und die zulässigen Rügen mit sich bringt. Zudem wird der unmittelbare Zugriff auf Rechtsakte der EU aufgegeben und durch die Anknüpfung an ein deutsches Staatshandeln ersetzt. Der Beitrag stellt die Veränderungen der Verfassungsrechtsprechung und ihre neuen Prämissen vor und setzt sich kritisch mit ihnen auseinander.*

### I. Einführung

Die Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundlagen und Grenzen der Geltung des Unionsrechts im innerstaatlichen Recht war immer spannungsreich: Sie bewegt sich zwischen dem verfassungsrechtlichen Integrationsauftrag und dem Schutz eines Verfassungskerns vor den Auswirkungen dieser Integration. Das letzte Wort des Grundgesetzes und damit die Existenz verfassungsrechtlicher Vorrangsgrenzen wird dabei als konstitutiv für den Fortbestand der deutschen Staatlichkeit verstanden.<sup>1</sup> Allerdings sind die Begründungen für diese Grenzen sowie für den verfassungsgerichtlichen Kontrollzugriff auf Rechtsakte der EU in letzter Zeit unübersichtlicher und immer voraussetzungsvoller geworden, wodurch sie sich wachsender und schärfer werdender Kritik ausgesetzt sahen. Vor diesem Hintergrund hat der Zweite Senat in seinem Urteil zum OMT-Programm der EZB seine Rechtsprechung zur Kontrolle von Unionsrecht neu justiert<sup>2</sup> – sicher auch, weil er in diesem Verfahren nur durch beträchtliche Erweiterungen seines Kontrollzugriffs als Akteur im Spiel bleiben konnte. In der Zusammenschau der drei jüngst zur Ausgestaltung der Identitätskontrolle ergangenen Entscheidungen<sup>3</sup> will der folgende Beitrag klären, wie sich der Vorrang der deutschen Verfassungsidentität vor dem Unionsrecht begründen lässt und in welchen Konstellationen künftig eine Überprüfung von Rechtsakten der EU durch das BVerfG mög-

\* Prof. Dr. Heiko Sauer ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Universität Bonn. Herzlicher Dank für viele weiterführende Anmerkungen gilt Mathias Hong, Julian Krüper, Mehrdad Payandeh und den MitarbeiterInnen meines Lehrstuhls.

1 BVerfGE 123, 267, 381 ff. – Lissabon.

2 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13 u.a., Rn. 76 ff.

3 BVerfGE 134, 366 – OMT-Vorlagebeschluss; BVerfGE 140, 317 – Europäischer Haftbefehl II; und das OMT-Urteil (Fn. 2).

lich ist.<sup>4</sup> Nach einer kurzen Zusammenfassung der Rechtsprechung vor der Euro-Krise (II.) werden die drei wesentlichen Veränderungen im Kontrollzugriff auf das Unionsrecht zunächst dargestellt (III.) und anschließend einer kritischen Würdigung unterzogen (IV.), worauf ein kurzes Fazit folgt (V.).

## II. Der Kontrollzugriff des BVerfG auf das Unionsrecht vor der Euro-Krise

### 1. Unionsrechtsakte als Prüfungsgegenstände und mögliche Rügen

Ursprünglich war das BVerfG davon ausgegangen, Rechtsakte der Unionsorgane könnten als Akte einer von der deutschen Hoheitsgewalt geschiedenen Gewalt nicht zum Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren gemacht werden.<sup>5</sup> Davon ist der Zweite Senat der Sache nach im Solange I-Beschluss und dann ausdrücklich im Maastricht-Urteil abgewichen:<sup>6</sup> Dort verband er die Aussage, Akte der Unionsorgane beträfen auch die Grundrechtsberechtigten in Deutschland, weshalb das BVerfG auch insoweit Rechtsschutz zu gewährleisten habe, mit der Aufgabe des früheren Eurocontrol-Ansatzes. Damit war klargestellt, dass Unionsrechtsakte nunmehr unmittelbar Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren sein konnten. Als öffentliche Gewalt im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG wurden also auch die Unionsgewalt sowie andere supranationale Hoheitsgewalten verstanden.<sup>7</sup> Für möglich gehalten wurde darüber hinaus eine konkrete Normenkontrolle von Rechtsetzungsakten der Union analog Art. 100 Abs. 1 GG.<sup>8</sup> In beiden Verfahren konnte nach Maßgabe des Bananenmarkt-Beschlusses geltend gemacht werden, innerhalb der EU sei generell kein dem Grundgesetz im Wesentlichen entsprechender Grundrechtsschutz mehr gewährleistet.<sup>9</sup> Auch die Rüge einer Kompetenzüberschreitung, die nach Maßgabe des Honeywell-Beschlusses offenkundig und für die Kompetenzverteilung strukturell bedeutsam sein muss,<sup>10</sup> war in beiden Verfahren denkbar. Dabei war die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde davon abhängig, dass der kompetenzüberschreitende Rechtsakt zu einer

4 Der Beitrag bezieht sich auf die Kontrolle von sekundärem Unionsrecht durch das BVerfG. Die Kontrolle der Mitwirkung am Zustandekommen von Primärrecht wird ebenso wenig behandelt wie die Angreifbarkeit der Beteiligung deutscher Staatsorgane am Erlass von Sekundärrecht.

5 S. namentlich BVerfGE 22, 293, 295 ff. – EWG-Verordnungen; BVerfGE 58, 1, 26 ff. – Eurocontrol I.

6 S. BVerfGE 37, 271, 277 ff. – Solange I; BVerfGE 89, 155, 175 – Maastricht.

7 S. etwa *A. Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 93 GG, Rn. 175; *J. Peterek*, Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht gegen Maßnahmen im Zusammenhang mit der „Eurorettung“, in: Becker/Lange (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 3, 2014, S. 553, 556 ff. Insbesondere die auf dem Boden des Maastricht-Urteils ergangene Kammerrechtsprechung zum Verfassungsrechtsschutz gegenüber Maßnahmen des Europäischen Patentamts zeigt deutlich, dass das BVerfG von der Möglichkeit supranationaler Rechtsakte als Prüfungsgegenstand ausging (grundlegend BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 4.4.2001, 2 BvR 2368/99; sehr deutlich BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 27.4.2010, 2 BvR 1848/07, Rn. 13; weiterführend *C. Walter*, Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte internationaler Organisationen, AöR 129 [2004], S. 39, 45 ff.).

8 S. BVerfGE 37, 271, 275 ff. – Solange I; BVerfGE 102, 147, 161 – Bananenmarktverordnung.

9 BVerfGE 102, 147, 161 ff. – Bananenmarktverordnung.

10 BVerfGE 126, 286, 304 f. – Ultra-vires-Kontrolle Honeywell; zu dieser Rechtsprechung seit BVerfGE 75, 223, 242 – Kloppenburg-Beschluß; *H. Sauer*, Staatsrecht III, 4. Aufl. 2016, § 9 Rn. 29 ff.

Grundrechtsverletzung führte. Möglich war überdies der Vorwurf, Maßnahmen der Union verletzen die Verfassungsidentität des Grundgesetzes.<sup>11</sup> Diese Kontrollvorbehalte basierten auf der Prämisse, der Vorrang des Unionsrechts sei ein Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung, sodass er auf die der Integration gesetzten verfassungsrechtlichen Grenzen stoße.<sup>12</sup>

## 2. Durchführungsrechtsakte als Prüfungsgegenstände und mögliche Rügen

Soweit deutsche Staatsorgane Unionsrecht durchführen,<sup>13</sup> entstammen solche Durchführungsrechtsakte der verfassungsgebundenen deutschen öffentlichen Gewalt und können deshalb vor dem BVerfG angegriffen werden. Wurden diese als Grundrechtsverstöße angesehen, war der Weg zur Überprüfung jedoch nur eröffnet, soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten bei der Durchführung Spielräume belässt. Bei zwingender unionsrechtlicher Determinierung hatte der Durchführungsrechtsakt dagegen der Sache nach am Vorrang des Unionsrechts teil: Er unterlag einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle nur noch dann, wenn substantiiert dargelegt wurde, dass ein dem Grundgesetz im Wesentlichen entsprechender Grundrechtsstandard in der EU generell nicht mehr gewährleistet ist.<sup>14</sup> Die Rüge, der Durchführungsrechtsakt beruhe auf einem *ultra vires*-Akt, hing dagegen nicht von einem strukturellen Defizit in der Ausübung der Unionskompetenzen ab. Eine Einzelfallkontrolle im Wege der Verfassungsbeschwerde oder der konkreten Normenkontrolle war also möglich, angesichts der Voraussetzung einer qualifizierten Kompetenzüberschreitung aber nur mit eingeschränkter Kontrolldichte.<sup>15</sup> Voraussetzung von Verfassungsbeschwerden war wiederum, dass die Durchführung eines kompetenzüberschreitenden Unionsrechtsakts zu einer Grundrechtsverletzung führte.<sup>16</sup>

## III. Die wesentlichen Veränderungen im verfassungsgerichtlichen Kontrollzugriff auf das Unionsrecht

Die Veränderungen der Rechtsprechung bestehen erstens in einer neuen Prämisse zum Vorrang der Verfassungsidentität vor dem Unionsrecht, zweitens in der Aufgabe der unmittelbaren verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Rechtsakten der

11 BVerfGE 123, 267, 354 – Lissabon; zur Rechtsprechungsentwicklung konzise A. Ingold, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland, AöR 140 (2015), S. 1, 7 ff.

12 S. etwa BVerfGE 123, 267, 354, 400 ff. – Lissabon; zur Vorrangermächtigung auch Rn. 118 des OMT-Urteils (Fn. 2).

13 Durchführung in diesem Sinne ist weit zu verstehen und umfasst beispielsweise sowohl die Umsetzung von Richtlinien als auch den Vollzug von Verordnungen.

14 S. BVerfGE 118, 79, 97 ff. – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen; daran anknüpfend BVerfGE 129, 78, 90 f. – Anwendungserweiterung; BVerfGE 129, 186, 199 – konkrete Normenkontrolle InvZulG.

15 BVerfGE 126, 286, 304 f. – *Ultra-vires*-Kontrolle Honeywell.

16 Dies war die Konstellation in BVerfGE 126, 286, 296 f. – *Ultra-vires*-Kontrolle Honeywell.

Union und drittens in der Vereinheitlichung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs.

## **1. Die Weitergabe der Schranken aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG an die Unionsorgane**

Zunächst präzisiert bzw. ergänzt das BVerfG seine Sichtweise vom Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung. Wie die Schranken aus Art. 79 Abs. 3 GG, die den deutschen Staatsorganen nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG bei der Übertragung von Hoheitsrechten gesetzt sind, zu Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts werden, ist erklärungsbedürftig. Der Zweite Senat stützt dies nunmehr auf die Annahme, den Unionsorganen habe nicht die Befugnis übertragen werden dürfen (oder können), die deutsche Verfassungsidentität zu verletzen.<sup>17</sup> Identitätswidrige Rechtsakte der EU sind nach dieser Konzeption in Deutschland nicht verbindlich.<sup>18</sup> So wird Art. 79 Abs. 3 GG zum einheitlichen Prüfungsmaßstab für das Handeln der Unionsorgane, in den alle Kontrollvorbehalte integriert werden; erst durch dieses Gesamtkonzept erhält die Identitätskontrolle klarere Konturen.

## **2. Mögliche Prüfungsgegenstände: von der unmittelbaren zur mittelbaren Überprüfung von Rechtsakten der EU durch das BVerfG**

Rechtsakte der Unionsorgane können als solche nicht mehr zum Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens gemacht werden. Der Zweite Senat macht die Aufgabe der Eurocontrol-Rechtsprechung wieder rückgängig: „Maßnahmen von Organen [...] der Europäischen Union sind keine Akte deutscher öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG und daher auch nicht unmittelbar Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde.“<sup>19</sup> Da aber auch Unionsrechtsakte die Grundrechtsberechtigten in Deutschland betreffen könnten, befasse sich das BVerfG – im Wege einer Vorfrage – auch mit diesen: in Verfahren, die gegen die Durchführung von Unionsrecht durch einen deutschen Hoheitsakt gerichtet seien oder die sich auf die Verletzung von Reaktionspflichten der Verfassungsorgane aus der Integrationsverantwortung bezögen.<sup>20</sup> Verfassungsbeschwerden, die sich gegen Unionsrecht wenden, müssen künftig also im-

17 BVerfGE 134, 366, 384 – OMT-Beschluss spricht vom Dürfen; BVerfGE 140, 317, 336 – Identitätskontrolle sowie Rn. 137 des OMT-Urteils (Fn. 2) sprechen dann vom Können; ganz ähnlich bereits *P.M. Huber*, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210, 228; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 23 (2009) Rn. 71; s. auch BVerfGE 123, 267, 344 – Lissabon.

18 So BVerfGE 123, 267, 355 – Lissabon; Rn. 141 des OMT-Urteils (Fn. 2); für die ultra vires-Kontrolle BVerfGE 126, 286, 302 – Ultra-vires-Kontrolle Honeywell.

19 Rn. 97 des OMT-Urteils (Fn. 2); s. auch bereits BVerfGE 129, 124, 175 f. – EFS. Ob die Aufgabe der Maastricht-Rechtsprechung auch für supranationale Akte anderer zwischenstaatlicher Einrichtungen gilt, ist offen.

20 Rn. 99 des OMT-Urteils (Fn. 2); für die Möglichkeit einer Rüge des „Unterlassens staatlicher Gegenmaßnahmen“ bereits *K.F. Gärditz/C. Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, S. 872, 874.

mer gegen einen deutschen Hoheitsakt gerichtet sein.<sup>21</sup> Beim Vorliegen eines Durchführungsrechtsakts muss dieser zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden. Anderenfalls wird der Zugriff auf den Sekundärrechtsakt ersetzt durch die Anknüpfung an ein Unterlassen der deutschen Staatsgewalt.<sup>22</sup> Die Staatsorgane tragen eine Verantwortung für die Einhaltung des Integrationsprogramms (Integrationsverantwortung). Daraus soll für Bundestag und Bundesregierung die Pflicht erwachsen, auf die Aufhebung strukturell bedeutsamer Kompetenzüberschreitungen sowie auf materielle Verletzungen der Verfassungsidentität durch die EU hinzuwirken.<sup>23</sup> Es geht also um selbständige Verfassungsverletzungen der deutschen Staatsorgane: Entweder sie reichen einem identitätswidrigen Unionsrechtsakt aktiv die Hand oder sie lassen die Verletzung passiv gewähren. Beide Rügen ermöglichen im Verfahren der Verfassungsbeschwerde<sup>24</sup> die Prüfung der Vereinbarkeit von Unionsrechtsakten mit der deutschen Verfassungsidentität als Vorfrage.

### 3. Mögliche Prüfungsmaßstäbe: Verfassungsidentitätsschutz als Bündelungskonzept und Folgen für die Grundrechts- und Kompetenzkontrolle

Das BVerfG versteht den Schutz der deutschen Verfassungsidentität als Bündelungskonzept und gibt damit das Nebeneinander von Identitätskontrolle und Kompetenzkontrolle<sup>25</sup> auf, das wohl auch für die Grundrechtskontrolle galt: Nun muss sich jede Rüge als Ausprägung des Vorwurfs verstehen lassen, ein Rechtsakt der EU verletze die deutsche Verfassungsidentität.<sup>26</sup> Dabei geht es nicht nur um vermeintliche dogmatische Stringenz, sondern auch um Veränderungen für die Grundrechts- und die Kompetenzkontrolle:

Am Schutz der Verfassungsidentität hat nach Art. 79 Abs. 3 GG die Menschenwürdegarantie teil.<sup>27</sup> Damit kann eine Identitätsverletzung in einem Grundrechtsverstoß nur dann liegen, wenn ein Unionsrechtsakt gegen die Menschenwürde<sup>28</sup> verstößt. Für Grundrechtsverletzungen jenseits von Art. 1 Abs. 1 GG ist die Identitätskontrolle dagegen nicht eröffnet. Die von der Menschenwürdegarantie markierte Scheidelinie bestimmt dabei auch die Möglichkeit einer Einzelfallkontrolle: Bislang konnte die Überprüfung eines Rechtsakts der EU am Maßstab der deut-

21 Die neue Linie wurde wenige Wochen nach dem OMT-Urteil durch einen Kammerbeschluss fortgeführt (s. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19.7.2016, 2 BvR 2752/11, Rn. 16).

22 Supranationale Akte sind auf eine Durchführung nicht zwingend angewiesen, s. Sauer (Fn. 10), § 6 Rn. 30 f.

23 BVerfGE 134, 366, 395 f. – OMT-Beschluss; Rn. 94 des OMT-Urteils (Fn. 2).

24 Ist der Durchführungsrechtsakt Bundesrecht i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG oder ein Parlamentsgesetz i.S.v. Art. 100 Abs. 1 GG, sind auch die abstrakte bzw. die konkrete Normenkontrolle eröffnet.

25 BVerfGE 123, 267, 353 f. – Lissabon.

26 S. zuvor bereits A. Proelß, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union, EuR 2011, 241, 261.

27 Früher wurden die Grundrechte insgesamt zu den Essentialia des Grundgesetzes gezählt, die durch die Übertragung von Hoheitsrechten nicht angetastet werden dürften, s. BVerfGE 37, 271, 280 f. – Solange I.

28 Bzw. den Menschenwürdekern eines anderen Grundrechts, s. Rn. 138 des OMT-Urteils (Fn. 2).

schen Grundrechte nur durch die Darlegung eines strukturellen Defizits im unionalen Grundrechtsschutz erreicht werden.<sup>29</sup> Soweit Art. 1 Abs. 1 GG betroffen ist, kommt es darauf nicht mehr an: Art. 79 Abs. 3 GG fixiert, wie das BVerfG betont, eine absolute Grenze, die in jedem Einzelfall gewahrt werden muss und die deshalb auch verfassungsgerichtlich überprüft werden kann.<sup>30</sup>

Das OMT-Urteil erläutert zudem den Zusammenhang zwischen Kompetenzkontrolle und Identitätskontrolle: Erließen die Unionsorgane einen Rechtsakt außerhalb ihrer Kompetenzen, so würden die Deutschen von einer Hoheitsgewalt betroffen, an deren Legitimation sie nicht teilgehabt hätten – es fehle an dem legitimatorischen Zusammenhang zwischen dem deutschen Volk und dem Unionsrechtsakt. Dadurch werde die Volkssouveränität ausgehebelt, was bei offenkundigen und erheblichen Kompetenzüberschreitungen zu einer Verletzung des in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kernbereichs des Demokratieprinzips führe.<sup>31</sup> Hiermit erhält die bislang geltungstheoretisch konzipierte ultra vires-Rechtsprechung eine materielle Grundierung, die den Zusammenhang zur Verfassungsidentität herstellt: Zwar bleibt der Senat bei seiner Grundprämisse, dass kompetenzüberschreitende Rechtsakte der EU vom Rechtsanwendungsbefehl im Zustimmungsgesetz nicht gedeckt und deshalb in Deutschland unbeachtlich seien.<sup>32</sup> Der formalgeltungsbezogene wird aber zum materiell-legitimationsbezogenen Schluss, indem er davon ausgeht, es fehle dem ultra vires-Akt in Deutschland an der erforderlichen demokratischen Legitimation. Diese vollständige Einschmelzung der Kompetenzkontrolle in die Identitätskontrolle hat vor allem Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden: Es muss nicht mehr geltend gemacht werden, durch einen ausbrechenden Rechtsakt in einem Grundrecht verletzt zu sein: Gerügt werden kann auch die Kompetenzüberschreitung als solche und zwar auf der Grundlage von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Die materielle Entleerung des Wahlakts soll in der Verletzung des Rechts liegen, an der Legitimation der in Deutschland ausgeübten Hoheitsgewalt teilzuhaben.<sup>33</sup> Die Bedeutung dieses Schlusses ist kaum zu überschätzen, denn damit können alle deutschen Staatsangehörigen jede vermeintliche Kompetenzüberschreitung der EU vor dem BVerfG angreifen.<sup>34</sup>

29 BVerfGE 73, 339, 387 – Solange II; BVerfGE 102, 147, 161 – Bananenmarktverordnung.

30 BVerfGE 140, 317, 334, 337 – Identitätskontrolle; daran anknüpfend BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 6.9.2016, 2 BvR 890/16; s. zuvor auch bereits BVerfGE 125, 260, 324 – Vorratsdatenspeicherung.

31 Rn. 129 ff., 145 des OMT-Urteils (Fn. 2). In diese Richtung geht bereits das Sondervotum des Richters *Landau* zum Honeywell-Beschluss, s. BVerfGE 126, 286, 322 f. – Ultra-vires-Kontrolle Honeywell.

32 Deutlich vor allem Rn. 162 des OMT-Urteils (Fn. 2).

33 S. insbesondere Rn. 135 des OMT-Urteils (Fn. 2); *P.M. Huber*, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach*, AöR 141 (2016), S. 117, 128 ff. räumt bei aller Verteidigung ein, dass sich das BVerfG damit „verhältnismäßig weit von dem entfernt, was in Europa sonst unter Demokratie verstanden wird“.

34 S. zur Kritik bereits das Sondervotum des Richters *Gerhardt* zum OMT-Vorlagebeschluss, BVerfGE 134, 366, 431 ff. – OMT-Beschluss; *K.F. Gärditz*, *Beyond Symbolism: Towards A Constitutional Actio Popularis in EU Affairs?* German Law Journal 2014, S. 183, 190 ff.; *M. Wendel*, *Kompetenzrechtliche Grenzgänge*, ZaöRV 74 (2014), S. 615, 633 ff.; *H. Sauer*, *Doubtful it Stood...*, German Law Journal 16 (2015), S. 971, 989 ff.

#### IV. Kritische Würdigung des neuen Kontrollzugriffs auf das Unionsrecht

Der Reihenfolge im darstellenden Teil entsprechend wird auch bei der Kritik zuerst auf die Geltung der Integrationsschranken für die EU und sodann auf die Veränderungen beim Prüfungsgegenstand und beim Prüfungsmaßstab eingegangen. Die nachfolgende Kritik geht auf die verfassungstheoretischen, institutionensoziologischen und politischen Dimensionen des Problems der Integrationsschranken nicht ein: Über die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit kann man zwar nicht rein dogmatikintern streiten – schon gar nicht, wenn es dabei um die europäische Integration geht. Es ist aber möglich und das Anliegen dieses Beitrags, die vom BVerfG spezifisch rechtsdogmatisch formulierten Begründungsstränge einer hierauf beschränkten Betrachtung zu unterziehen.<sup>35</sup>

##### 1. Art. 79 Abs. 3 GG als Schranke des Handelns der Unionsorgane

Verfassungsgebunden ist grundsätzlich nur diejenige Hoheitsgewalt, die von einer Verfassung konstituiert wird. Es ist deshalb überzeugend, dass das BVerfG wieder davon ausgeht, dass sich auch der Verfassungsrechtsschutz auf Maßnahmen der deutschen öffentlichen Gewalt beschränkt. Die Konsequenz, dass Akte der Unionsorgane einer Kontrolle im Einzelfall nicht unterliegen, zieht es daraus indes nicht – vielmehr bleibt es bei seiner zentralen Prämisse, dass das Grundgesetz durch die in Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherte Verfassungsidentität dem Handeln der EU eine Grenze setzt und dass es über die Einhaltung dieser Grenze wacht. Diese Prämisse bedarf rechtsdogmatischer Absicherung: Denkbar ist zum einen, dass die Schranken, die Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG für die deutschen Staatsorgane bei der Hoheitsrechtsübertragung errichtet, zu Schranken der übertragenen Hoheitsrechte werden, sodass ein identitätswidriger Unionsrechtsakt schon europarechtlich rechtswidrig und in Deutschland unbeachtlich wäre (dazu a.). Zum anderen ist zu erörtern, ob Art. 79 Abs. 3 GG zwar nicht zur Maßstabnorm für die Unionsorgane wird, aber eine Grenze für die Geltung und Anwendung des Unionsrechts in Deutschland darstellt (dazu b.). Der Umgang mit dem Ansatz des BVerfG wird erheblich dadurch erschwert, dass er Züge *beider* Begründungsansätze trägt, die auch im Schrifttum oft vermischt werden.<sup>36</sup>

35 Skeptisch insoweit *O. Lepsius*, Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, *JöR* n.F. 63 (2015), S. 62, 87.

36 S. hierfür beispielhaft *S. Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 277: „Auf einer primärrechtlichen Grundlage kann – zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht – eine derartige Maßnahme nicht beruhen [...]“; undeutlich hierzu auch *A. Kees*, Grundlagen und Grenzen der europäischen Integration, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 4, 2017, S. 439, 450 f.; und *T. Wischmeyer*, Nationale Identität und Verfassungsidentität, *AöR* 140 (2015), S. 415 (453).

a) *Völkerrechtlicher Begründungsstrang: zur These der Übertragung der Schranken aus Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3 GG auf die EU*

Zur Ausscheidung materiell identitätswidriger Rechtsakte der EU aus der deutschen Rechtsordnung als von vornherein unanwendbar<sup>37</sup> verweist das BVerfG neuerdings darauf, Verletzungen der deutschen Verfassungsidentität könnten nicht auf einer primärrechtlichen Ermächtigung beruhen, weil der Integrationsgesetzgeber der Union keine Hoheitsrechte übertragen dürfe (oder könne), mit deren Inanspruchnahme eine solche Verletzung einhergehe.<sup>38</sup> Das würde bedeuten, dass eine Übertragung von Hoheitsrechten im Außenverhältnis des Völkerrechts nur in dem Umfang wirksam würde, wie sie im Innenverhältnis des Verfassungsrechts vorgenommen werden darf. Indes müssen innerstaatliche und völkerrechtliche Wirksamkeit, rechtliches Können und rechtliches Dürfen sowie das Vorliegen einer Kompetenz und die materiellen Grenzen für ihre Ausübung schärfer voneinander unterschieden werden: Die Rechtswidrigkeit und die sich daran möglicherweise anschließende Nichtigkeit des Übertragungsakts nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts lässt den völkerrechtlichen Ratifikationsakt nicht entfallen.<sup>39</sup> Dass Hoheitsrechte aus innerstaatlicher Perspektive nur in bestimmten Grenzen übertragen werden *dürfen*, verhindert deshalb nicht, dass sie unter Überschreitung dieser Grenzen unionsrechtlich wirksam übertragen werden *können*. Dieses klassische Problem der fehlenden Synchronisierung von externer und interner Rechtslage will das BVerfG dadurch ausräumen, dass es die Überschreitung der Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG durch die Unionsorgane ganz im Sinne der alten Hypothekentheorie<sup>40</sup> als Problem der fehlenden Ermächtigung begreift: Zur Verletzung der deutschen Verfassungsidentität sei die EU nicht ermächtigt, entsprechende Rechtsakte seien daher schon *primärrechtswidrig*.

37 So BVerfGE 123, 267, 354 f. – Lissabon; BVerfGE 134, 366, 384 – OMT-Beschluss.

38 S. die Nachweise oben Fn. 17.

39 Mängel des innerstaatlichen Rechts schlagen grundsätzlich nicht auf das Völkerrecht durch, s. Art. 27 und 46 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge.

40 Eine Hypothekentheorie wurde in der Frühzeit der intensiven Auseinandersetzungen um verfassungsrechtliche Grenzen der Integrationsgewalt aus Art. 24 Abs. 1 GG vereinzelt vertreten (dafür etwa *L. Gramlich*, Europäische Zentralbank und Art. 24 I GG, 1979, S. 148 f.; *E. Küchenhoff*, Grundrechte und europäisches Staatsgemeinschaftsrecht, DÖV 1963, S. 161, 165; eingehend dazu *A. Ruppert*, Die Integrationsgewalt, 1969, S. 84 ff.). Mit dieser Theorie wurde in Anlehnung an den römisch-rechtlichen Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst innehat, begründet, dass den Unionsorganen durch die Hoheitsrechtsübertragung die Bindung an das Grundgesetz weitergegeben worden sei. Zwar geht es dem Senat in Anlehnung an Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG nur noch um die Bindung an Art. 79 Abs. 3 GG, im Übrigen aber ist der Begründungszusammenhang gleich: Da die deutschen Staatsorgane bei der Übertragung von Hoheitsrechten an die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG gebunden sind, soll es auch der EU nicht erlaubt sein, diese Grenze zu überschreiten (s. auch nochmals *Huber* [Fn. 17], S. 228).

Das überzeugt bei näherem Hinsehen nicht:<sup>41</sup> Erstens könnte einer Mitübertragung der Grenzen, die den hoheitsrechtsübertragenden Organen gesetzt sind, auf den Adressaten der Übertragung nur überzeugen, wenn man sich den Übertragungsakt analog zu einem dinglichen Rechtsübergang vorzustellen hätte – die Vorstellung, dass hier etwas im Wortsinne „übertragen“ wird, ist aber lange überwunden.<sup>42</sup> Zweitens kennt das Unionsrecht kein allgemeines Nichtigkeitsdogma, sodass Rechtsakte bis zu ihrer rechtsgestaltenden Aufhebung durch den EuGH wirksam bleiben;<sup>43</sup> mit der These der Bindung der Unionsorgane an Art. 79 Abs. 3 GG würden deshalb die unionsrechtliche und mit ihr auch die innerstaatliche Geltung eines identitätswidrigen Rechtsakts noch nicht verhindert. Drittens bringt der Ansatz des BVerfG den kategorialen Unterschied zwischen Kompetenzen der Union und materieller Vereinbarkeit ihres Handelns mit Art. 79 Abs. 3 GG – oder allgemeiner: zwischen Rechtsmacht und Rechtmäßigkeit – zum Verschwinden: Die Hoheitsrechtsübertragung betrifft die Frage, in welchem Umfang der Geltungsanspruch der deutschen Rechtsordnung zurückgenommen und die EU ermächtigt wird, mit innerstaatlicher Wirkung Hoheitsgewalt auszuüben.<sup>44</sup> Zu materiellen Anforderungen an die von den Unionsorganen gesetzten Rechtsakte verhält sich diese Ermächtigung nicht. Die Verträge enthalten ihre Rechtmäßigkeitsanforderungen für die unionale Hoheitsgewalt, um einer kumulativen Anwendung unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Parameter zu entgehen; dabei wird auch der Schutz der nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten unionsrechtlich vorgeschrieben.<sup>45</sup> Ob die infolge der Hoheitsrechtsübertragung erlassenen Rechtsakte der Union materiell rechtmäßig sind, ist von der Frage nach der Verbandskompetenz der EU deshalb klar zu unterscheiden.<sup>46</sup> Die materielle Verletzung der

- 41 Wie hier gegen eine Anwendung der in Art. 23 Abs. 1 GG genannten Schranken auf die Unionsorgane *D. König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, 2000, S. 279 f.; *C.D. Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 7), Art. 23 GG Rn. 8, 18; *R. Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 23 GG Rn. 17; für die Unionsorgane als „mittelbare Adressaten“ dagegen *F. Schorkopf*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 23 GG (2011) Rn. 40; ähnlich *R. Scholz* (Fn. 17), Art. 23 GG Rn. 71.
- 42 S. dazu nur *A. Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig (Fn. 17), Art. 24 GG (1992) Rn. 55 f.; und *C. Tomuschat*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 41), Art. 24 GG (1981) Rn. 15.
- 43 S. dazu etwa EuGH, verb. Rs. 15-33/73 (Kortner/Rat), ECLI:EU:C:1974:16, Slg. 1974, 177, Rn. 33; *W. Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 263 AEUV Rn. 1; *C. Annacker*, Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG, EuZW 1995, S. 755 ff. Dieses Problem besteht auch in Bezug auf kompetenzüberschreitende Rechtsakte.
- 44 S. zu diesem heute praktisch einhellig anerkannten Wesen der Hoheitsrechtsübertragung nur *C. Tomuschat* (Fn. 42), Art. 24 GG Rn. 16; *A. Randelzhofer* (Fn. 42), Art. 24 GG Rn. 55 ff.; *F. Schorkopf* (Fn. 41), Art. 23 GG Rn. 66; BVerfGE 37, 271, 280 – Solange I; BVerfGE 58, 1, 28 – Eurocontrol I; BVerfGE 73, 339, 374 f. – Solange II.
- 45 Was genau aus Art. 4 Abs. 2 EUV folgt und wem insoweit das Letztentscheidungsrecht zusteht, ist freilich Gegenstand intensiver Kontroversen, s. dazu etwa *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 572 ff.; *E. Cloots*, National Identity in EU Law, 2015, S. 193 ff.; *A. von Bogdandy/S. Schill*, Overcoming absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty, CMLR 2011, S. 1417 ff.; *Wischmeyer* (Fn. 36), S. 442 ff.
- 46 S. hierzu bereits *Sauer* (Fn. 34), S. 996 f.; anders *T. Wischmeyer* (Fn. 36), S. 456. Interessant zu Phasen materieller und kompetenzieller Maßstäbe in der Verfassungsrechtsprechung *O. Lepsius* (Fn. 35), S. 73.

deutschen Verfassungsidentität durch die EU führt damit nicht zu einem in Deutschland automatisch unanwendbaren ultra vires-Akt.

b) *Verfassungsrechtlicher Begründungsstrang: zur Unanwendbarkeit bzw. zur Verdrängung verfassungswidriger Unionsrechtsakte im innerstaatlichen Recht*

Dass Verletzungen der Verfassungsidentität durch die Unionsorgane nicht schon infolge einer völkerrechtlich wirksamen Weitergabe der Integrationsschranken zur Unbeachtlichkeit entsprechender Rechtsakte in Deutschland führen, heißt nicht, dass die Verfassungsidentität nicht eine Grenze für die Geltung des Unionsrechts im innerstaatlichen Recht markieren kann. Die *völkerrechtliche* Wirksamkeit identitätswidriger Rechtsakte muss im innerstaatlichen Recht ja nicht abgebildet bzw. anerkannt werden. Denkbar ist vielmehr, dass die der Hoheitsrechtsübertragung durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG gesetzte Grenze dazu führt, dass der Rechtsanwendungsbefehl im Zustimmungsgesetz identitätswidrige Rechtsakte der EU nicht erfasst bzw. sie zwar grundsätzlich erfasst, ihnen aber keinen Vorrang vor Art. 79 Abs. 3 GG einräumt.

Beruhet die innerstaatliche Geltung des Unionsrechts auf dem deutschen Zustimmungsgesetz, so muss dieser einen antizipierten Rechtsanwendungsbefehl für später gesetzte und auf innerstaatliche Geltung in den Mitgliedstaaten angelegte Sekundärrechtsakte enthalten. Diesen Rechtsanwendungsbefehl hat das Zustimmungsgesetz selbst nicht an Bedingungen oder Vorbehalte geknüpft;<sup>47</sup> es scheint sich damit auf die unionsinterne Kompetenzkontrolle sowie die – Art. 4 Abs. 2 EUV als Maßstab umfassende – Rechtmäßigkeitskontrolle des EuGH zu verlassen. Muss man aus verfassungsrechtlichen Gründen trotzdem davon ausgehen, dass der Rechtsanwendungsbefehl nur kompetenzgemäß gesetztes sowie materiell mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbares Sekundärrecht erfasst? Oder anders formuliert: Hat man sich die innerstaatliche Geltung von Rechtsakten der EU als vorweggenommene und unkonditionierte en bloc-Übernahme oder als nachträgliche Unbedenklichkeitsbescheinigung im Einzelfall vorzustellen? Das BVerfG hält eine Übernahme sekundären Unionsrechts unter Verzicht auf eine eigene Kompetenzkontrolle für unzulässig, da sich damit die Gefahr einer „faktischen Kompetenz-Kompetenz“ der Union verbinde.<sup>48</sup> Würde man dem folgen, wäre nur begründet, dass ultra vires-Akte die deutsche Rechtsordnung nicht über die Brücke des Zustimmungsgesetzes erreichen.<sup>49</sup> Für kompetenzgemäße, aber materiell identitätswidrige Rechtsakte stellt sich dagegen die Frage, ob Art. 79 Abs. 3 GG für Hoheits-

47 Vgl. hierzu namentlich BT-Drs. 2/3440, S. 150: Im Entwurf des Zustimmungsgesetzes wurde noch von einem uneingeschränkten Geltungsvorrang des sekundären Unionsrechts ausgegangen.

48 BVerfGE 123, 267, 352 ff., 401 f. – Lissabon; s. auch bereits *P.M. Huber* (Fn. 17), S. 224 f.; *U. Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, *Der Staat* 32 (1993), S. 191, 197.

49 Dass das BVerfG an dieser Konzeption festhält, zeigen Rn. 141 und 162 des OMT-Urteils (Fn. 2). Allerdings bestünde dann nicht die Möglichkeit, im Sinne der Honeywell-Doktrin nur qualifizierte ultra vires-Akte für unanwendbar zu erklären. Vielmehr sind nach der Konzeption des BVerfG die Kompetenzgrenzen entweder

rechtsübertragungen nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG eine Grenze für die innerstaatliche Beachtlichkeit von Rechtsakten der EU markiert – so wie es für die Ermächtigung in Art. 24 Abs. 1 GG, die allerdings mögliche Grenzen gar nicht anspricht, verbreitet vertreten wird.<sup>50</sup> Die These vom Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung lässt sich hierfür nicht heranziehen: Wollte man das Zustimmungsgesetz so verstehen, dass es etwaige Verstöße der Unionsorgane gegen Art. 79 Abs. 3 GG im deutschen Recht nicht mit Vorrang versehen darf, liefe dies in der Sache wiederum auf die Weitergabe der Grenzen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG an die Unionsorgane hinaus.<sup>51</sup>

Es stellt sich aber die Frage, ob die Geltung des Unionsrechts in Deutschland unmittelbar von Art. 79 Abs. 3 GG erfasst und begrenzt wird. Dagegen spricht, dass Art. 79 Abs. 3 GG sich nur auf das Handeln des verfassungsändernden Gesetzgebers bezieht: Den *pouvoirs constitués* ist bei ihrem expliziten Zugriff auf die Verfassung der Zugriff auf die änderungsfesten Gehalte des Art. 79 Abs. 3 GG verwehrt. Für die Übertragung dieser kontextspezifischen Schranken auf andere Zusammenhänge und für die damit einhergehende Umwandlung des „Letztmaßstabs“ in einen „Alltagsmaßstab“<sup>52</sup> kommt aber der teleologische Schluss in Betracht, den Unionsorganen könne im Ergebnis nichts erlaubt sein, was den durch das Grundgesetz verfassten Gewalten auch nicht erlaubt ist. Und sicher ist zu erwägen, ob die Verletzung der deutschen Verfassungsidentität durch die EU in der Folge einer Hoheitsrechtsübertragung das funktionale Äquivalent einer Verfassungsänderung ist, die die Fesseln des Art. 79 Abs. 3 GG sprengt. Diesem Schluss steht indes das positive Verfassungsrecht entgegen – Art. 23 Abs. 1 GG etabliert ja bereits ein Schrankenregime für die europäische Integration, und das steht auf zwei Füßen:<sup>53</sup> Zum einen sorgt Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG dafür, dass die verfassten Gewalten die Hoheitsrechtsübertragung nicht dazu nutzen, sich von *ihrer* Bindung aus Art. 79 Abs. 3 GG zu befreien. Zum anderen enthält Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG Strukturanforderungen für die Union, die zwar bewusst in deutlicher Anlehn-

überschritten und der Rechtsakt ist im innerstaatlichen Recht unbeachtlich oder sie sind gewahrt und der Rechtsakt gilt innerstaatlich.

- 50 S. dazu BVerfGE 68, 1, 96 – Atomwaffenstationierung; C. Tomuschat (Fn. 42), Art. 24 GG Rn. 50 f.; F. Wol-lenschläger, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 24 GG Rn. 40; K. Siern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 353; G. Gorny, Verbindlichkeit der Bundesgrundrechte bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane, 1969, S. 128 ff.
- 51 Der Unterschied besteht zwar darin, dass die Unionsorgane auf der Grundlage der Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG die Verfassungsidentität nicht verletzen *dürfen*, während sie sie auf der Grundlage der Begrenzung der Vorrangermächtigung nicht verletzen *können*. Aber auch in der zweiten Konstruktion soll der Vorrang deshalb begrenzt werden, weil Hoheitsrechtsübertragungen nicht zu Verletzungen der Verfassungsidentität führen dürften. Auch die These vom Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung läuft damit auf eine Externalisierung der Schranke aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG hinaus.
- 52 S. dazu ebenfalls skeptisch O. Lepsius (Fn. 35), S. 67, 84; pragmatischer T. Wischmeyer (Fn. 36), S. 454.
- 53 S. dazu die nach wie vor zutreffende Kritik von M. Jestaedt, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, Der Staat 48 (2009), S. 497, 508 ff. an der fehlenden Auseinandersetzung des BVerfG mit Art. 23 Abs. 1 GG als Maßstabsnorm. Deshalb greift auch die Aussage von A. Kees (Fn. 36), S. 466, mit der Fokussierung auf Art. 79 Abs. 3 GG setze das BVerfG „die in Art. 23 Abs. 1 GG benannten Integrationsgrenzen um“, zu kurz; H.-G. Dederer, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts, JZ 2014, S. 313, 315 f. geht zwar separat auf Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ein, folgt aus dessen Orientierung an Art. 79 Abs. 3 GG aber einen m.E. zu weitgehenden Gleichlauf mit Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG.

nung an Art. 79 Abs. 3 GG formuliert wurden,<sup>54</sup> die aber die mit Blick auf die Anders- und Neuartigkeit der EU erforderlichen Modifikationen zulassen und die nicht auf eine Einzelfallkontrolle abzielen, sondern die strukturelle Gesamtwicklung der Union im Blick haben.<sup>55</sup> Nur solange das Handeln der EU zeigt, dass diese Strukturanforderungen gewahrt sind und bleiben, ist die deutsche Beteiligung an der Integration verfassungsrechtlich zulässig. Wenn man nun absolute Grenzen der innerstaatlichen Geltung bzw. des Vorrangs des Unionsrechts für jeden Einzelfall aus Art. 79 Abs. 3 GG herleitet, übergeht man damit die Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers, das Unionsrecht im innerstaatlichen Rechtsraum so lange anzuerkennen, wie die von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG aufgestellten Vorgaben *generell* beachtet werden: Art. 23 Abs. 1 GG verweist nur für die deutschen Staatsorgane, aber gerade nicht für das Handeln der Union unmittelbar auf Art. 79 Abs. 3 GG. Der unmittelbare Rückgriff auf die Verfassungsidentität wäre deshalb nur zulässig, wenn man Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG gerade wegen der bloßen Struktursicherungsvorgabe für einen den *pouvoirs constitués* nicht zustehenden und daher untauglichen Versuch der Relativierung des absoluten Schutzgehalts von Art. 79 Abs. 3 GG hielte.<sup>56</sup> Da man sich aber, wenn Art. 23 Abs. 1 GG keine Integrationssschranken enthalten würde, ebenso wie bei Art. 24 Abs. 1 GG trefflich darüber streiten könnte, ob Art. 79 Abs. 3 GG überhaupt unmittelbar – und vollumfassend – einschlägig wäre, stellt Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nach hier vertretener Auffassung in seinem Anliegen, die Frage der Integrationssschranken für die EU speziell und abschließend zu regeln, kein verfassungswidriges Verfassungsrecht dar. Er kommt deshalb für das Handeln der Unionsorgane vorrangig zur Anwendung und würde den allgemeinen Verfassungsidentitätsschutz aus Art. 79 Abs. 3 GG verdrängen.<sup>57</sup> Nach alledem erfasst der im Zustimmungsgesetz enthaltene Rechtsanwendungsbefehl für das Unionsrecht auch materiell verfassungsidentitätswidrige Rechtsakte der Union, ohne dass deren Vorrang begrenzt würde. Eine verfassungsrechtlich relevante Spannungslage, die zum Einschreiten veranlassen würde, entstünde erst bei einer generellen Abkehr der EU von einer Strukturvorgabe aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG.

54 S. dazu BT-Drs. 12/3338, S. 4, 6; 12/6000, S. 20; K. Schmalenbach, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission, 1996, S. 58 ff.

55 Zu ersterem W. Durner, Verfassungsbindung deutscher Europapolitik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 216 Rn. 26; D. König (Fn. 41), S. 280 ff.; F. Wollenschläger (Fn. 50), Art. 23 GG Rn. 63; zu letzterem vor allem C.D. Classen (Fn. 41), Art. 23 GG Rn. 54.

56 In diese Richtung gehen aber die Ausführungen von U. Di Fabio (Fn. 48), S. 198, 206 f., 214; auch nach H.-G. Dederer (Fn. 53), S. 316 ist eine „Flucht aus der Grundrechtsbindung“ wegen der Absicherung von Art. 1 Abs. 3 in Art. 79 Abs. 3 GG auch im Hinblick auf Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nicht erlaubt.

57 Ebenso sehr deutlich R. Uerpmann-Witzack, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 23 GG Rn. 12, 56 f.: „Mit der Schaffung von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG tritt Art. 79 Abs. 3 GG zurück.“; anders B. Schiffbauer, Über Hoheitsrechte und deren Übertragbarkeit, AöR 141 (2016), S. 551, 570 f., nach dem Art. 23 Abs. 1 GG *zusätzlich* zur ohnehin bestehenden Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG gelten soll.

## 2. Bewertung der Veränderungen hinsichtlich der Prüfungsgegenstände

### a) *Das Problem des selbständigen Verfassungsverstoßes deutscher Staatsorgane beim mittelbaren Kontrollzugriff auf das Unionsrecht*

Hinsichtlich der Prüfungsgegenstände ist zunächst darauf einzugehen, ob die Durchführung identitätswidrigen Unionsrechts bzw. das Nichteinschreiten dagegen einen Verfassungsverstoß darstellt, denn nur dies würde eine mittelbare Kontrolle von Rechtsakten der EU am Maßstab von Art. 79 Abs. 3 GG ermöglichen.

#### aa) Der selbständige Verfassungsverstoß in der Durchführungskonstellation

Da etwaige Pflichten aus der Integrationsverantwortung nicht alle Gerichte und Behörden treffen, könnte der Verfassungsverstoß bei der Durchführung eines identitätswidrigen Unionsrechtsakts zunächst darin bestehen, dass dieser unter Verletzung von Art. 20 Abs. 3 GG als innerstaatlich beachtlich behandelt wird, obwohl er die deutsche Rechtsordnung nicht erreicht oder ihm jedenfalls kein Vorrang vor der Verfassungsidentität zukommt. Jedenfalls materiell identitätswidrige Rechtsakte gelten indes wie dargestellt in der deutschen Rechtsordnung und setzen sich auch gegen die Verfassungsidentität durch. Ihre Durchführung verstößt deshalb nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>58</sup> Damit steht dem Kontrollzugriff über den Durchführungsrechtsakt entgegen, dass in der Durchführung eines identitätswidrigen Rechtsakts allenfalls für ultra vires-Akte ein selbständiger Verfassungsverstoß der durchführenden Stelle liegt.

#### bb) Die Verfassungsorgane als Überwachungsorgan der Unionsorgane in der Unterlassungskonstellation

In der Unterlassungskonstellation stellt sich die Frage, welche Verpflichtungen den deutschen Staatsorganen aus der Beteiligung Deutschlands an der europäischen Integration erwachsen. Nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG darf die Integration nur fortgesetzt werden, wenn die EU den dort genannten Strukturbedingungen genügt. Daraus ergibt sich die Verpflichtung der handelnden Organe, die Erfüllung dieser Bedingungen zu überwachen und nötigenfalls Schritte zu ergreifen, die auf eine Behebung des Problems oder – äußerstenfalls – auf ein Ausscheiden Deutschlands aus der Union hinauslaufen. Strafrechtlich gesprochen sind die deutschen Verfassungsorgane somit Beschützerorgan der Struktursicherung. Das bedeutet aber nicht, dass sie in jedem Einzelfall gegen Verfassungsidentitätsverletzungen der EU einschreiten müssten – denn diese sind mit strukturellen Defiziten im Bereich der Strukturanforderungen nicht deckungsgleich. Deshalb fußt

<sup>58</sup> Ein Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG selbst scheidet ebenfalls aus: Auch wenn es hier um die deutschen Staatsorgane als Adressaten geht, würde die Annahme einer Verpflichtung zur Nichtanwendung identitätswidrigen Unionsrechts aus Art. 79 Abs. 3 GG die Vorgabe des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ebenfalls aushebeln.

die Begründung des BVerfG auch nicht auf Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, sondern wiederum auf Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Auch wenn die Integrationsstrahlen dort nur für die deutsche Beteiligung am Zustandekommen von Primärrecht vorgesehen sind, ist in der Konzeption des Senats die Verantwortung dafür, dass die Verfassungsidentität von den Unionsorganen nicht angetastet wird, eine Begleitpflicht der Hoheitsrechtsübertragung: Wenn die Integrationsstrahlen an die EU weitergegeben werden, dann muss im Anschluss darüber gewacht werden, dass sie auch beachtet werden. So werden die für die Hoheitsrechtsübertragung verantwortlichen Organe zu Überwachungsorganen der Unionsorgane. Dies wäre allerdings namentlich unter der Prämisse plausibel, dass sich in Bezug auf die in Deutschland ausgeübte Hoheitsgewalt ein bloßer Inhaberwechsel vollzieht, an den sich für die übertragenden Organe eine Art Gewährleistungsverantwortung für das Handeln des Übertragungsempfängers anschließt. Für die Existenz einer spezifischen Verpflichtung, gegen identitätswidrige Rechtsakte einzuschreiten,<sup>59</sup> scheint damit allein das hierfür bestehende Bedürfnis zu sprechen, das erst durch den Übergang vom unmittelbaren zum mittelbaren Kontrollzugriff entsteht. Auch in der Unterlassungskonstruktion bleibt der selbständige Verfassungsverstoß deutscher Stellen somit zweifelhaft.

#### b) Weitere Probleme der mittelbaren Kontrolle von Unionsrechtsakten

##### aa) Zentrale oder dezentrale Prüfungscompetenz über die Verfassungsidentitätsverletzung

Eine Durchführung von Unionsrecht könnte nur als verfassungswidrig angesehen werden, wenn alle betroffenen Stellen zur Prüfung verpflichtet sind, ob ein Unionsrechtsakt durchgeführt werden darf oder wegen einer Verfassungsidentitätsverletzung außer Acht gelassen werden muss. Diese dezentrale Prüfungspflicht aller Behörden und Gerichte, die der Senat ausdrücklich ausspricht,<sup>60</sup> ist nicht mit dem selbst reklamierten Entscheidungsmonopol des BVerfG über Identitätsverletzungen<sup>61</sup> synchronisiert: Wenn keine Behörde und kein Gericht vom Vorliegen einer Identitätsverletzung ausgehen und daraus eigenhändig die Konsequenzen ziehen, gleichzeitig aber ein identitätswidriger Rechtsakt der EU nicht durchgeführt werden darf, müsste gesichert sein, dass in jedem Fall das BVerfG eingeschaltet werden kann – das ist aber nicht der Fall: Wie sich das Gericht das eigene Entscheidungsmonopol im Verhältnis zu Behörden vorstellt, bleibt ohnehin im

59 Schließlich stellt sich die Frage, warum sich die Konzeption nicht auf innerstaatliche Sachverhalte übertragen lassen sollte (dafür grundsätzlich *P.M. Huber* [Fn. 33], S. 128; *S. Simon* [Fn. 36], S. 110): Müsste das nicht bedeuten, dass der Bundestag etwa bei der Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung selbst darüber wachen muss, dass der Verordnungsgeber die Grenzen der Ermächtigung einhält?

60 Rn. 162 des OMT-Urteils (Fn. 2).

61 BVerfGE 123, 267, 354 – Lissabon; BVerfGE 126, 286, 303 – Ultra-vires-Kontrolle Honeywell; BVerfGE 140, 317, 337 – Identitätskontrolle; daran hält Rn. 162 des OMT-Urteils (Fn. 2) fest; kritisch wie hier *K.F. Gärditz/ C. Hillgruber* (Fn. 20), S. 873 f.; eingehend zur Problematik *D. Burchardt*, Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, *ZaöRV* 76 (2016), S. 527, 540 ff.

Dunkeln. Im Verhältnis zu den Fachgerichten lässt sich eine dezentrale Prüfungspflicht zwar mit einer zentralisierten Entscheidungskompetenz verbinden. Doch wie soll das Verfassungsgericht in den Rechtsstreit eingebunden werden, wenn die – ohnehin nicht zweifelsfreie – Konstruktion der Vorlage eines Unionsrechtsakts analog Art. 100 Abs. 1 GG gerade verabschiedet wird? Um hier von der Möglichkeit einer Vorlage auszugehen, wird es nicht reichen, die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Rechtsgedanken der Verfahren aus Art. 100 Abs. 1 und 2 GG aufzubieten<sup>62</sup> – immerhin ist der Gesetzgeber der Aufforderung, ein verfassungsgerichtliches Entscheidungsmonopol de lege ferenda vorzusehen,<sup>63</sup> nicht nachgekommen. Dieses Monopol war schon immer eine verfassungspolitisch plausible Behauptung, die nur in loser Verbindung zum geltenden Recht steht; jetzt befindet es sich zusätzlich im Widerspruch zur Verpflichtung, identitätsverletzende Rechtsakte der EU unangewendet zu lassen.

#### bb) Modifikation der Emissionshandels-Rechtsprechung des Ersten Senats

Der Zugriff über den Durchführungsrechtsakt weicht von dem Ansatz ab, nach dem die Durchführung von Unionsrecht im Umfang ihrer Determinierung nicht mehr der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Über die Kontrolle seiner Durchführung kann ein Unionsrechtsakt nämlich nur dann mittelbar zum Prüfungsgegenstand werden, wenn und soweit seine Durchführung unionsrechtlich determiniert ist; nach dem neuen Ansatz unterliegen also auch determinierte Durchführungsrechtsakte wieder der Kontrolle. Im Ergebnis mag die vom Senat nicht thematisierte Abweichung von der Emissionshandels-Linie<sup>64</sup> nicht allzu groß sein: War die fehlende Angreifbarkeit determinierter Durchführungsrechtsakte bislang durch den Solange-Vorbehalt bedingt, so ist die Angreifbarkeit nun zwar stets gegeben, die unionsrechtliche Determinierung bleibt aber für den Prüfungsmaßstab relevant: Im Umfang der Determinierung verengt sich dieser auf Art. 79 Abs. 3 GG, sodass determinierte Durchführungsakte nach wie vor nur eingeschränkter Kontrolle unterliegen. Dabei geht es allerdings um absolute Grenzen im Einzelfall und nicht mehr um die generelle Wahrung von Strukturbedingungen durch die EU.

#### cc) Inhalt und Adressaten der Pflicht zum Einschreiten gegen identitätswidriges Unionsrecht sowie Kontrolldichte

Folgt man dem BVerfG hinsichtlich der Verpflichtung zum Einschreiten gegen verfassungsidentitätswidriges Unionsrecht, so stellt sich die Frage, wen diese Verpflichtung trifft und was ihr Inhalt ist. Der Senat erläutert nur im Ansatz, war-

62 Rn. 155 des OMT-Urteils (Fn. 2).

63 BVerfGE 123, 267, 355 – Lissabon; s. dazu ausführlich *M. Wendel* (Fn. 34), S. 679 ff.

64 In Rn. 115 des OMT-Urteils (Fn. 2) hält der Senat bei der Maßstabbildung an der Emissionshandels-Linie fest, was aber mit den Zulässigkeitsausführungen in Rn. 98 f. schwer vereinbar ist.

um „vor allem“ Bundestag und Bundesregierung verpflichtet sein sollen, gegen Verfassungsidentitätsverletzungen einzuschreiten. Der Hinweis, dass diese beiden Organe im Bereich der auswärtigen Gewalt mit besonderen Kompetenzen ausgestattet sind,<sup>65</sup> ist hierfür nicht ausreichend: Konzipiert man nämlich die Integrationsverantwortung als eine Begleitpflicht der Übertragung von Hoheitsrechten, so müsste sie die Organe treffen, die für diese Übertragung verantwortlich sind.<sup>66</sup> Das sind nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG erst einmal Bundestag und Bundesrat als Urheber des Zustimmungsgesetzes, während die Bundesregierung vor allem durch die Aushandlung der Vertragsänderung beteiligt ist; das macht den vom Senat angenommenen Gleichlauf von Bundestag und Bundesregierung unter Auslassung des Bundesrates zweifelhaft. Dass aber vor allem die gesetzgebenden Körperschaften eine einzelfallbezogene Verpflichtung zum Einschreiten treffen sollte, wäre wiederum mit Blick auf die Organadäquanz fragwürdig.

Zum Inhalt der Integrationsverantwortung bleibt unklar, was genau Bundestag und Bundesregierung eigentlich tun können und müssen. Alle *rechtlichen* Schritte, die ihnen zu Gebote stehen, decken allenfalls bestimmte Konstellationen von Identitätsverletzungen ab.<sup>67</sup> Das BVerfG postuliert damit verfassungsrechtliche Pflichten, die mit rechtlichen Mitteln kaum zu erfüllen sind. Nun kann eine Rechtspflicht auch darauf gerichtet sein, mit politischen Mitteln erfüllt zu werden. Dann aber sollte klar sein, welche Maßnahmen zu Gebote stehen und welches Maß an politischem Engagement gefordert ist. Zum ersten Punkt zieht sich der Senat darauf zurück, die Organe müssten sich aktiv mit der Frage auseinandersetzen, wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden könne. Zum erforderlichen Maß und damit auch zur verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte findet sich der Hinweis, ganz im Sinne der grundrechtlichen Schutzpflichten sei die Pflicht jedenfalls bei vollständiger Untätigkeit verletzt.<sup>68</sup> Schon die Auseinandersetzung mit der Frage, welche Schritte in Betracht kommen und ob diese ergriffen werden sollen, könnte also ausreichend sein. Dadurch wird die voraussetzungsvoll und wortgewaltig beschworene Integrationsverantwortung am Ende zum zahnlosen Tiger: Sie ist keine Ergebnisverantwortung, sondern nur eine Befassungs- oder auch Reflexionsverantwortung.<sup>69</sup> Operationalisierbare Konsequenzen ergeben

65 Rn. 167 des OMT-Urteils (Fn. 2).

66 S. in diesem Sinne tatsächlich BVerfGE 89, 155, 183 – Maastricht.

67 Die Erhebung einer Subsidiaritätsklage nach Art. 23 Abs. 1a GG ist zwar für Bundestag und Bundesrat eröffnet, sie erfasst aber nur Fälle von Kompetenzüberschreitungen der Union, und auch nur solche, die auf der Verletzung des Subsidiaritätsprinzips beruhen (diese Frage ist umstritten, wie hier etwa *F. Schorkopf* [Fn. 41], Art. 23 GG Rn. 115 f.; anders z.B. *F. Wollenschläger* [Fn. 50], Art. 23 GG Rn. 106) – dort wird die Kompetenzüberschreitung selten offensichtlich sein. Die nachträgliche Übertragung von Hoheitsrechten, die die EU ultra vires in Anspruch genommen hat (s. BVerfGE 134, 366, 395 – OMT-Beschluss; Rn. 170 des OMT-Urteils [Fn. 2]), erfasst ebenfalls nur Kompetenzüberschreitungen (im übertragbaren Bereich); überdies wird es kaum gelingen, allein durch einen ultra vires-Vorwurf die anderen Mitgliedstaaten zu einer Primärrechtsänderung zu bewegen.

68 Rn. 88 des OMT-Urteils (Fn. 2).

69 Von einer „ergebnisoffenen Befassungsverantwortung“ spricht treffend *M. Wendel* (Fn. 34), S. 633.

sich aus der Unterlassungskonstruktion, die für den Kontrollzugriff gebraucht wird, damit *vor* einer Entscheidung des BVerfG nicht.<sup>70</sup>

### 3. Bewertung der Veränderungen hinsichtlich der möglichen Rügen und ihrer Prüfungsmaßstäbe

#### a) Die Grundrechtskontrolle als Identitätskontrolle und das Schicksal der Solange-Rechtsprechung

Dass künftig zwei Bereiche der Grundrechtskontrolle anhand der Betroffenheit der Menschenwürde voneinander unterschieden werden müssen, führt zu an anderer Stelle erörterten materiellen und verfahrensrechtlichen Problemen bei der Durchführung von Unionsrecht.<sup>71</sup> Hier soll auf die Frage nach dem zu rügenden Grundrecht und auf das Schicksal der Solange-Rechtsprechung eingegangen werden. Natürlich wird man davon ausgehen, dass Verfassungsbeschwerden wegen Menschenwürdeverletzungen durch Unionsrecht auf Art. 1 Abs. 1 GG zu stützen sind, womit der Beschwerdeführer in seiner Menschenwürde betroffen sein muss. In der Konsequenz des neuen Ansatzes können aber auch nicht selbst in ihrer Menschenwürde betroffene Dritte Verfassungsbeschwerden erheben: Die Prämisse des Senats, dass den Unionsorganen nicht die Befugnis übertragen werden durfte, die Verfassungsidentität zu verletzen, führt wie dargestellt zur Einstufung auch materiell identitätswidriger Rechtsakte als *ultra vires*. Und da jeder *ultra vires*-Akt das in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Recht auf Teilhabe an der Legitimation der deutschen Staatsgewalt verletzen soll, müsste etwa die fachgerichtliche Befolgung eines gegen die Menschenwürde verstößenden Vorabscheidungsurteils des EuGH auch von nicht verfahrensbeteiligten deutschen Staatsangehörigen angegriffen werden können. Der neue Ansatz läuft hier auf eine lehrbuchartige Popularklage hinaus – ein Kollateralschaden der Verschleifung von Rechtsmacht und Rechtmäßigkeit.

Zur restlichen Solange-Rechtsprechung äußert sich der Senat nicht ausdrücklich. Er belässt es bei dem Hinweis, es verbleibe bei der mittelbaren Kontrolle von Unionsrecht am Maßstab der verfassungsrechtlichen Grenzen, der mit dem Verweis auf praktisch alle thematisch einschlägigen Entscheidungen einschließlich der Solange-Rechtsprechung versehen wird.<sup>72</sup> Ob sich daraus weiter die Möglichkeit ergibt, einen Grundrechtsverstoß durch Unionsrecht mit dem Argument geltend zu machen, im Grundrechtsschutz der EU sei ein strukturelles Defizit einge-

70 Konkrete Vorgaben werden für den Fall gemacht, dass das BVerfG eine Identitätsverletzung feststellt – dann muss der Bundestag eine öffentliche Plenardebatte abhalten (Rn. 172 f. des OMT-Urteils [Fn. 2]); s. zur Kritik das Sondervotum der Richterin *Lübbe-Wolff* zum Vorlagebeschluss, BVerfGE 134, 366, 423 ff. – OMT-Beschluss).

71 S. dazu *M. Nettesheim*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015, JZ 2016, S. 424, 427 f.; *H. Sauer*, Solange geht in Altersteilzeit, NJW 2016, S. 1134, 1137 f.

72 Rn. 99 des OMT-Urteils (Fn. 2).

treten, ist jedoch zweifelhaft.<sup>73</sup> Teilweise fehlt es dafür bereits an einem tauglichen Prüfungsgegenstand: Da das Unterlassen eines Einschreitens gegen Unionsrechtsakte nur bei Überschreitung der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG verfassungswidrig ist, eröffnet die Unterlassungskonstruktion die Grundrechtskontrolle nur als Identitätskontrolle. Deshalb kann gegen Unionsrechtsakte, die keiner Durchführung bedürfen, auch nicht geltend gemacht werden, sie müssten infolge eines strukturellen Defizits am Maßstab der deutschen Grundrechte geprüft werden. Der Solange-Rechtsprechung verbleibt ein möglicher Anwendungsbereich als Vorfrage also allenfalls dort, wo ein Durchführungsrechtsakt vorliegt. Dessen Prüfung ist nach den OMT-Maßstäben jedoch im Umfang seiner unionsrechtlichen Determinierung auf den Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG beschränkt. Dass sich dieser Maßstab infolge eines strukturellen Defizits wieder auf eine volle Grundrechtsprüfung erweitert, kommt in Betracht – die vagen Ausführungen des Senats halten sich dies möglicherweise bewusst offen. Es wirkte in der geschlossenen auf Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG beruhenden Konzeption des Senats, die Art. 79 Abs. 3 GG als einheitliche materielle Schranke konturiert, aber wie ein Fremdkörper, würde man für Durchführungsrechtsakte einen Rest der auf Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG zurückgehenden Solange-Rechtsprechung neben die Identitätskontrolle stellen. Damit spricht viel dafür, dass das BVerfG diese Rechtsprechungslinie insgesamt aufgegeben hat. Angesichts der Elastizität des Anwendungsbereichs der Grundrechtskontrolle als Identitätskontrolle ist diese Frage allerdings nicht von allzu großer Praxisrelevanz.<sup>74</sup>

### *b) Zweifel an der Konzeption der Kompetenzkontrolle als Identitätskontrolle*

Die Unbeachtlichkeit von ultra vires-Akten in Deutschland beruhte bislang darauf, dass sie vom Rechtsanwendungsbefehl im Zustimmungsgesetz nicht erfasst wurden; nunmehr soll sie daraus folgen, dass solche Rechtsakte das für die innerstaatliche Geltung erforderliche Legitimationsniveau nicht aufweisen.<sup>75</sup> Doch warum stellt man Überlegungen zur demokratischen Legitimation von ultra vires-Akten an, wenn diese die deutsche Rechtsordnung schon aus anderen Gründen nicht erreichen? Der Senat tauscht die Frage, ob ein ausbrechender Rechtsakt die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland betreffen *kann* oder nicht, gegen die Fra-

73 Wie hier *C.D. Classen*, Europäische Rechtsgemeinschaft à l'allemande?, EuR 2016, S. 529, 535; für den Fortbestand etwa *M. Ludwigs/P. Sikora*, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, S. 121, 124; für eine derzeitige Offenheit dieser Frage *A. Kees* (Fn. 36), S. 455.

74 S. auch bereits *M. Nettesheim* (Fn. 71), S. 428; *H. Sauer* (Fn. 71), S. 1136.

75 Auch hier stellt sich die Frage nach der Übertragbarkeit der Prämissen auf den nicht europabezogenen Kontext (die Beschränkung auf die EU wird in Rn. 126 des OMT-Urteils [Fn. 2] lediglich behauptet): Wenn der Einzelne ein Recht darauf hat, nicht von einer Staatsgewalt betroffen zu werden, an deren Legitimation er nicht teilhatte, müsste man dann nicht auch gegen andere Durchbrechungen des Legitimationszusammenhangs vorgehen können, die bisher als Grundrechtsrüge von der Elfes-Konstruktion abhängig waren? So könnte aufgrund von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG etwa geltend gemacht werden, dass eine Rechtsverordnung oder auch ein Verwaltungsakt die Grenzen der Ermächtigungen überschreiten – ohne dass die Maßnahmen sonst in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers eingreifen müssten.

ge aus, ob er sie betreffen *darf* oder nicht: Wenn ultra vires-Akte innerstaatlich unbeachtlich sind, weil sie vom Rechtsanwendungsbefehl nicht erfasst werden, wird dem vom Senat ausgemachten Demokratieproblem effektiv vorgebeugt: Die fehlende innerstaatliche Geltung von ultra vires-Akten schließt ja aus, dass man von einer Hoheitsgewalt betroffen wird, an deren Legitimation man nicht teilhatte. Der ultra vires-Akt kann auf der Grundlage dieser Konzeption in der deutschen Rechtsordnung gar kein Demokratieproblem verursachen; würde er wegen des Rechtsscheins der innerstaatlichen Geltung dennoch durchgeführt, so wäre der Durchführungsrechtsakt demokratisch legitimiert, aber wegen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 3 GG verfassungswidrig. In der Konzeption des Senats kann also immer nur ein Geltungsproblem, aber nie ein Demokratieproblem entstehen. Und auch wenn man – entgegen dem BVerfG – davon ausgeht, dass ultra vires-Akte in der deutschen Rechtsordnung beachtlich sind, würde sich daraus kein Demokratieproblem ergeben; denn dann würde das Zustimmungsgesetz ihrer innerstaatlichen Geltung die erforderliche Legitimation verschaffen. Das Zustimmungsgesetz bewirkt also entweder innerstaatliche Geltung *und* demokratische Legitimation von ultra vires-Akten oder es bewirkt schon ihre innerstaatliche Geltung nicht. Damit ist die demokratiebezogene Konzeption des ultra vires-Akts so oder so unstimmt und unnötig.<sup>76</sup>

Gegenüber dem Verständnis der Kompetenzkontrolle als Spezialfall der Identitätskontrolle ist damit Skepsis angezeigt. Der Senat selbst relativiert seine Verschleifung durch die Feststellung, den beiden Kontrolltypen lägen ungeachtet ihrer gemeinsamen Verankerung in Art. 79 Abs. 3 GG je unterschiedliche Prüfungsansätze zu Grunde: Während die Kompetenzkontrolle die Reichweite der übertragenen Kompetenzen betreffe, führe die Identitätskontrolle zu einer Prüfung von Maßnahmen der Union an den absoluten Grenzen der Art. 1 und 20 GG.<sup>77</sup> Damit hält das Verfassungsgericht mit Recht an der kategorialen Unterscheidung zwischen der Grenze des Übertragenen (Kompetenzkontrolle) und der Grenze des Übertragbaren (Teil der übrigen Identitätskontrolle) fest. Dadurch erhält das Einheitskonzept der Identitätskontrolle erhebliche Risse: Die Kompetenzkontrolle wird auf der Grundlage der materiell-legitimationsbezogenen Konzeption des ultra vires-Akts zwar vordergründig ebenfalls in Art. 79 Abs. 3 GG veran-

<sup>76</sup> Ein Vorteil dieser Konzeption könnte darin liegen, dass sie die Unterscheidung zwischen einfachen und qualifizierten ultra vires-Akten plausibilisiert, indem das dem ultra vires-Akt inhärente Legitimationsproblem erst durch die Qualifikation zu einem Problem des Art. 79 Abs. 3 GG wird (ähnliche Gedanken finden sich bei A. Proelß, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 267 f.; und A. Kees [Fn. 36], S. 453). Indes führt der Senat aus, der im Grundsatz der Volkssouveränität wurzelnde Anspruch, nur einer legitimierten öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, sei eine verfassungsunmittelbare Konkretisierung des Demokratieprinzips, die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärt werde und die in Art. 1 Abs. 1 GG verankert sei (s. Rn. 127 und 135 des OMT-Urteils [Fn. 2]). Der Honeywell-Maßstab wird deshalb von der materiell-legitimationsbezogenen Konzeption des ultra vires-Akts nicht besser plausibilisiert als von der formal-geltungsbezogenen (s. bereits oben Fn. [49]). Mit dem Hinweis auf die Europarechtsfreundlichkeit (Rn. 147, 154 ff. des OMT-Urteils [Fn. 2]; dafür auch H.-G. Dederer [Fn. 53], S. 318 ff.) wird dann in der Sache eine Konkordanz zwischen Art. 23 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG hergestellt, die angesichts der Absolutheit des Schutzes der Verfassungsidentität inhaltlich wie methodisch zweifelhaft ist.

<sup>77</sup> Rn. 153 des OMT-Urteils (Fn. 2).

kert. Sie hat aber einen anderen Prüfungsmaßstab als die übrige Identitätskontrolle, nämlich das Primärrecht der Union und nicht die absoluten Letztmaßstäbe des Art. 79 Abs. 3 GG. Deshalb sollte auch in Zukunft zwischen der Kompetenzkontrolle und der Identitätskontrolle im Übrigen unterschieden werden.<sup>78</sup>

## V. Fazit

Das Fazit zur verfassungsgerichtlichen Neujustierung des Kontrollzugriffs auf das Unionsrecht fällt damit verhalten aus. Die Antwort auf die entscheidende Frage, wie Art. 79 Abs. 3 GG zum Maßstab für das Unionsrecht wird, verunklart das BVerfG neuerdings dadurch, dass es die klassische verfassungsrechtliche Betrachtung mit einem völkerrechtlichen Argument, nämlich der „Belastung“ der übertragenen Hoheitsrechte mit materiellen Schranken, vermischt – ohne zu erörtern, ob diese Sichtweise dem Wesen der Hoheitsrechtsübertragung entspricht. Da auch das Verhältnis des neuen Ansatzes zu der in eine andere Richtung weisenden Struktursicherungsvorgabe aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nicht problematisiert wird, geraten die für den Kontrollzugriff auf das Unionsrecht weichenstellenden Ausführungen recht dünn. Dieser Zugriff wird mit dem Übergang von der unmittelbaren zur mittelbaren Konstruktion mit neuen Problemen behaftet, ohne dass die Überlegenheit der neuen Konstruktion erkennbar würde. Das materiell-legitimationsbezogene ultra vires-Verständnis, mit dem die Möglichkeit einer Rüge von Kompetenzüberschreitungen aufgrund von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG unabhängig von einer sonstigen Grundrechtsbetroffenheit eröffnet wird, hat sich als angreifbar erwiesen. Schließlich wird der vermeintlich geschlossene Ansatz der Identitätskontrolle als Bündelungskonzept in Bezug auf die Kompetenzkontrolle vom Senat selbst erheblich relativiert, während die Zukunft der nicht identitätsbezogenen Grundrechtskontrolle im Dunkeln bleibt. Unabhängig von dieser inhaltlichen Kritik lässt sich erkennen, dass die europaverfassungsrechtliche Rechtsprechung insgesamt in dem Anliegen, sehr spezifische Fälle in das Kontrollkonzept zu integrieren und darüber zu Sachentscheidungen zu kommen, in den vergangenen Jahren sukzessive komplexer und voraussetzungsvoller geworden ist. Das macht den Durchblick durch die Prämissen und Konstruktionen des BVerfG, der aus wissenschaftlicher Sicht zum Vorbringen fundierter Kritik und aus rechtspraktischer Sicht zum Einschätzen der Erfolgsaussichten künftiger Verfahren notwendig ist, immer schwieriger. Das ist keine gute Entwicklung.

78 S. hierfür auch bereits *P.M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, S. 16; *A. Voßkuhle*, „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 2016, S. 161, 165; *Burchardt* (Fn. 61), S. 545 f.; *A. Kees* (Fn. 36), S. 455; *C.D. Classen* (Fn. 73), S. 533; anders etwa *S. Simon* (Fn. 36), S. 267 ff.; *M. Ludwigs/P. Sikora*, Der Zweite Senat zwischen Selbstbehauptung und Kooperation, *EWS* 2016, S. 215, 219.