

D. Verfassungsaufsicht in der Europäischen Union

1. Begriff und Intention

Der folgende Teil präsentiert meine Argumente für die Nutzung des Begriffs der *Verfassungsaufsicht* zur Verklammerung des unionalen Rechtsregimes in Reaktion auf die Rechtsstaatlichkeitskrise. Es handelt sich *nicht* um eine (nochmalige) rechtsdogmatische Erarbeitung des Begriffs (oder gar um eine möglichst vollständige Darstellung seiner Entwicklung), und dies, obwohl es bislang an jüngeren, umfassenden rechtsvergleichenden Studien zur Aufsicht in verschiedenen Mitgliedstaaten insbesondere zu fehlen scheint,⁸⁶⁴ sondern um eine argumentativ abgesicherte These. Ich beanspruche nicht, dass diese die einzig mögliche Deutung für das Funkzionieren des Rechtsregimes ist. Verglichen mit anderen Optionen überzeugt sie aber aufgrund des Ordnungspotentials für die Wissenschaft und Praxis.

1. Aufsicht im Unionsrecht und Unionsaufsicht

a. Funktionen des Aufsichtsbegriffs für den Staat, Nutzung des föderalen Aufsichtsbegriffs im Unionsrecht

Der Begriff der Verfassungsaufsicht ist eine besondere Ausprägung des Aufsichtsbegriffs. Dieser wiederum entstammt ursprünglich dem öffentlichen Recht des Nationalstaats. Er erfasst dort zwei getrennte Funktionen, zum einen die Sicherstellung der Weisungs- und Rechtsbefolgung in einem Hierarchiegefälle, z.B. zwischen staatlichen Funktionsebenen, dem Staat und Privaten oder auch verwaltungsintern. Derjenige Staat, der diese Aufsicht zwischen staatlichen Funktionsebenen in besonders markanter

⁸⁶⁴ Einen derartigen Rechtsvergleich, zwischenzeitlich entsprechend in die Jahre gekommen, unternimmt Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht*, Springer, Berlin, 1917, S. 71 ff.; bei Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht: Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 29 f. ist er ausdrücklich unterblieben.

Form ausgebildet hat, ist Frankreich mit seinem etablierten und aufgrund reger Reformbemühungen des Gesetzgebers teils überholten Rechtsinstitut der *tutelle*.⁸⁶⁵ Um diese Aufsicht soll es hier nicht gehen, auch wenn sie den Europäischen Gerichtshof durchaus interessiert hat.⁸⁶⁶

Zum anderen hat der Aufsichtsbegriff, naturgemäß nur in Staaten entsprechenden Aufbaus, als rechtsdogmatisches Konzept zur Beschreibung desjenigen Rechtsinstrumentariums gedient, das in Bundesstaaten die Homogenität im Bund sichert, d.h. die Rechtsbefolgung des Bundesrechts seitens der Gliedstaaten des Bundes beobachtet, überprüft und ggf. berichtend eingreift. Dieses Begriffsverständnis der Aufsicht ist dasjenige der *Bundesaufsicht*. Von großer Tradition, über die Verfassungen hinweg, ist dieser Begriff im deutschen Recht. *Heinrich Triepels* 1917 noch zur Verfassung von 1871 erschiene Monographie „Die Reichsaufsicht“⁸⁶⁷ hat dabei eine solche Prägung und Langlebigkeit erzielt, dass allein die Rezeption der Arbeit Triepels in späteren Schriften ein eigenständiger Forschungsgegenstand sein könnte. *Wolfgang Kahl* hat sie in seiner Habilitationsschrift zur Staatsaufsicht als eine „das sonstige aufsichtsrechtliche Schrifttum turmhoch überragende“ Arbeit gewürdigt.⁸⁶⁸ Pforr hat der Arbeit Triepels auch für das Unionsrecht unter Berücksichtigung weiterer Würdigungen einen „epochalen“ und „wirkmächtigen“ Charakter zugesprochen.⁸⁶⁹

Bevor ich zu den Pfadabhängigkeiten komme, die diese deutsche Tradition hier schafft, ist aber zu betonen, dass der Bundesaufsichtsbegriff kein rein deutscher Begriff ist. Das ist wichtig, weil man sich damit des Vor-

865 Die *tutelle* hat in der deutschen Literatur durchaus Beachtung gefunden, hierzu und zur französischen Begriffs- und Genese sehr übersichtlich bei Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht*, S. 58–60. Konzise, nunmehr zum Begriff der *contrôle*, aus der französischen Literatur Nadine Poulet-Gibot Leclerc, *Droit administratif: sources, moyens, contrôles*, Bréal, Rosny-sous-Bois, 2007, S. 28 ff. Vgl. zum jetzigen Stand der Verfassung insb. Art. 72 UAbs. 5 CF 1958.

866 Aus der sehr frühen Rechtsprechung vgl. EuGH, Rs. 33/59, *Compagnie des hauts-fourneaux de Chasse* ./ Hohe Behörde, Ergänzende Schlussanträge des Generalanwalts Maurice Lagrange, Slg. 1959, S. 817–828 (821–822), ECLI:EU:C:1962:33. Das eigentliche Rechtsproblem des Falles, nämlich die Frage der Unionshaftung, bleibt hier außen vor.

867 Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht*, frühe Rezension, die den späteren Einfluss bereits andeutet bei Leo Wittmayer, „Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht*. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 41 (1921), S. 107–112, S. 108.

868 Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht*, S. 172.

869 Thomas Pforr, *Die allgemeine Unionsaufsicht*, S. 29, mit weiteren Quellen.

wurfs erwehrt, der Rechtsstaatlichkeitskrise einen deutschen Verfassungsbegriff überzustülpen.

Wer den Begriff der Bundesaufsicht nutzt, meint indes damit zunächst, dass die Homogenitätssicherung *nicht allein durch die Gerichte* erfolgt.

Das könnte erklären, warum z.B. im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht, in welchem die durch den Obersten Gerichtshof (Supreme Court) ausgeübte *constitutional review* eine überragende und hier nicht in Ansätzen hinreichend darzustellende Bedeutung hat,⁸⁷⁰ das Konzept einer „*federal supervision*“ spezifisch als nicht gerichtlich überformte Rechtsbeziehung zwischen Bund und Bundesstaaten dort nur fragmentarisch erörtert zu sein scheint.⁸⁷¹

In kontinentaleuropäischen Bundesverfassungen ergibt sich indes ein aus deutscher Sicht vertrauterer Bild.

In der belgischen Verfassung regelt insbesondere Art. 162 UAbs. 2 Nr. 6 die Rechtsgrundlage für die Bundesaufsicht. Sie spricht in der deutschen Fassung von *Aufsicht* (konkret von der *Aufsichtsbehörde*) im Niederländischen von der *toezicht* (*toezichthoudende overheid*), im Französischen von der *tutelle* (*autorité de tutelle*). Auch hat die belgische Rechtswissenschaft Fragen der Kompetenzverteilung zwischen Bund und föderierten Gliedern einschließlich der Bundestreue als Frage der Interverbandsrelation disku-

870 S. im Überblick exemplarisch Peter E. Quint, „§ 109 Der Einfluss des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa“, in: Armin von Bogdandy, Christoph Grabenwarter & Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum: Band VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, C. F. Müller, Heidelberg, 2017, S. 1031-1099.

871 Vgl. aber etwa als Begriff bei Westel Woodbury, „Chapter XI. Federal Supervision of State Activities; The Fourteenth Amendment“, in: ders., Constitutional Law of the United States, Baker, Voorhis & Co., New York, 1910, S. 175-193, dort aber auch auf den U.S. Supreme Court bezogen. Vorsichtig auch Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 79 und f. Mir ist, trotz intensiver Suche, in der jüngeren Literatur kein Werk bekannt geworden, das erkennbar ein Konzept der auch gubernativen Aufsicht für das US-Verfassungsrecht eigenständig oder gar unter Rückgriff auf europäische Begriffe erarbeitet hätte. Rechtsvergleichend ist vielmehr die Konfliktbeilegung ex ante, durch Kooperation, Schaffung neuer Institutionen bzw. „Verfahrens föderalismus“ betont worden, vgl. Dirk Hanschel, Konfliktlösung im Bundesstaat: Die Lösung föderaler Kompetenz-, Finanz- und Territorialkonflikte in Deutschland, den USA und der Schweiz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, S. 329 ff. insb. 349 ff., 393 ff.

tiert,⁸⁷² wobei das belgische Recht der ex-ante-Regelung zur Vermeidung von späteren Konflikten besondere Aufmerksamkeit zuteil werden zu lassen scheint.⁸⁷³

In Österreich ist der Begriff nahe am deutschen Begriff diskutiert worden,⁸⁷⁴ auf welchen ich weiter unten eingehen werde.

Für die Schweiz, die zwar kein Mitgliedstaat der Union ist, deren Rechtswissenschaft ebenso eine klare Tradition des Aufsichtsbegriffs als Frage des Föderalismus kennt,⁸⁷⁵ etabliert Art. 169 der heutigen Bundesverfassung die „Oberaufsicht“ der Bundesversammlung über andere Bundesorgane, Art. 187 BV die bundesinterne Aufsicht der Exekutive über die Bundesverwaltung und Art. 186 BV die Bundesaufsicht als ebenenübergreifende, d.h. zwischen Bund und Gliedstaaten erfolgende, Aufsicht.⁸⁷⁶

Wie scharf ggf. diese Berichtigung sein kann, ob sie etwa sogar offenen Bundesdurchgriff in Form von Zwang und Exekution ermöglicht, ist eine dogmatische und letztlich verfassungspolitische Frage des jeweiligen Bundesstaats. Die Europäische Union, nur um das vorwegzunehmen, kennt derartige Durchgriffsmaßnahmen nicht.⁸⁷⁷

Aber sie und ihr Recht kennen, vielfach erörtert, den Bundesaufsichtsbegriff. Das bedingt zunächst, davon auszugehen, dass die Union föderalen Charakter hat. Das ist hier nicht noch einmal zu belegen, dafür ist genügend Beweismaterial zusammengetragen worden.⁸⁷⁸ Ich leite hieraus

872 Exemplarisch André Alen & Koen Muylle, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2011, S. 468 ff., insb. S. 469 zur « federale loyauteit ».

873 Zu Modellen eines « fédéralisme conflictuel » gegenüber einem « fédéralisme coopératif » und verschiedenen „accords de coopération“ im belgischen Staatsrecht Christian Behrendt & Martin Vrancken, *Principes de droit constitutionnel belge*, La Charte, Brüssel, 2019, S. 467 ff.

874 Vgl. etwa Peter Pernthaler & Karl Weber, *Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich*, Braumüller, Wien, 1979; ausführliche Darstellung für Österreich unter dem Stichwort der Verfassungsautonomie bei Funk, Bernd-Christian: „Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts für die Gegenwart“, in: Martin Kriele (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band 46, De Gruyter, Berlin & New York, 1988, S. 57-91, S. 59 ff. insb.

875 Vgl. etwa Bernard Schaub, *Die Aufsicht des Bundes über die Kantone*, H. R. Sauerländer & Co. Aarau, Zürich, 1957.

876 Im Einzelnen s. insb. Giovanni Biaggini, Art. 187 BV, Rn. 17, in: Bernhard Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar*, Dike, Zürich, 3. Aufl. 2014.

877 S. dazu auch Armin von Bogdandy, „Tyrannei der Werte?“, S. 533.

878 Armin von Bogdandy, „Die Europäische Union als supranationale Föderation“, in: *Integration* 22 (1999), S. 95-112; insbesondere auch Christoph Schönberger,

ab, dass der Bundesaufsichtsbegriff auch für das Unionsrecht Geltung beanspruchen kann. Das ist zunächst nicht sonderlich innovativ, eine lange Reihe an Publikationen und Verfassern hat es ebenso gesehen. Dafür aber ist der Beweis erstaunlich mühsam zu führen. Der Wortlaut der Verträge und des Sekundärrechts macht den Begriff der Bundesaufsicht nämlich nicht stark.

Im Primärrecht findet sich der Aufsichtsbegriff vereinzelt und nicht dogmatisch eindeutig, z.B. in Art. 43 Abs. 2 S. 2 EUV, als horizontale Aufsicht im Unionsrecht, nämlich die des Rates über den Hohen Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik bei der Durchführung bestimmter Missionen. Insbesondere nutzt das Primärrecht ihn für das Finanzrecht. Art. 65 Abs. 1 lit. b) AEUV etwa bekennt sich zum Recht der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Aufsicht über die Finanzinstitute, Art. 124 AEUV wiederholt die gleiche Aufsicht in einem größeren, auch die Union umfassenden, Rahmen („aufsichtsrechtliche Gründe“); ähnlich Art. 127 Abs. 5 und 6 AEUV („Aufsicht“) für das EZB und den Rat. Aufgrund dessen, und nicht zuletzt aufgrund der jüngeren Finanzkrise der Europäischen Union, ist der Begriff der Aufsicht (*supervision*, sowohl im Englischen wie auch im Französischen) gerade in diesem Bereich in der jüngeren Literatur genutzt worden.⁸⁷⁹ Das ist derart prominent erfolgt, dass darüber das hier

„Die Europäische Union als Bund: zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 129 (2004), S. 81-120.

- 879 Pieter van Cleynenbreugel, „Market Supervision in the European Union: Integrated Administration in Constitutional Context“, Martinus Nijhoff, Leiden, 2014, S. 9 ff. Der Begriff existiere, so dort in Fn. 1, auch im niederländischen Recht in dieser speziellen Ausprägung, ohne Verknüpfung mit einem übergeordneten Konzept der Aufsicht (*supervision*). Weiter Eddy Wymeersch, Eddy, Klaus J. Hopt & Guido Ferrarini (Hrsg.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Rosa M. Lastra, „Multilevel Governance in Banking Regulation“, in: Edoardo Chiti & Vittorio Santoro (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Palgrave Macmillan/Springer Nature, Cham, 2019, S. 3-17. Aus der deutschen Literatur insb. Alexander Thiele, *Finanzaufsicht: Der Staat und die Finanzmärkte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, S. 201 ff., 257 ff, dort vorrangig für den deutschen staatlichen Rahmen; Ann-Katrin Kaufhold, „Systemaufsicht: Der Europäische Ausschuss für Systemrisiken im Finanzsystem als Ausprägung einer neuen Aufsichtsform“, in: *Die Verwaltung* 46 (2013), S. 21-57, S. 23 (Aufsicht als Unterbegriff der Kontrolle), S. 38 für das Zusammenspiel ökonomischer Makro- und Mikroaufsicht. Auch ihre spätere Habilitationsschrift, *Systemaufsicht: Anforderungen an die Ausgestaltung einer Aufsicht zur Abwehr systemischer Risiken entwickelt am Beispiel der Finanzaufsicht*, Mohr Siebeck, Tübingen,

anvisierte Verständnis der Aufsicht weitgehend entfällt. Avbelj hat sogar in einem Aufsatz ein vollständig eigenständiges System dieser Finanzaufsicht im Unionsrecht vorgelegt.⁸⁸⁰

Im Sekundärrecht wiederum ist der Begriff ähnlich fragmentarisch und heterogen verwendet worden, das hat z.B. Generalanwalt *Jean Mischo* einiges Kopfzerbrechen bereitet.⁸⁸¹ Diese Ausführungen sind hier mit Hinblick auf den Schwerpunkt der Arbeit nicht weiter zu verfolgen, sie mahnen indes, bei der dogmatischen Verdichtung im Unionsrecht Vorsicht walten zu lassen.

Mangels Stütze im Wortlaut hat es sich eingebürgert, für die Erarbeitung der Aufsicht in der Europäischen Union auf das Mittel der teleologischen Verknüpfung einer Norm als Zugehörigkeit bzw. Ausdruck des dahinterliegenden Konzepts zurückzugreifen.

Grundlegend etabliert hat dieses Verfahren bereits eine Festlegung des Gerichtshofs im Urteil *Van Gend en Loos*. Dort heißt es nämlich, in Bezug auf das Vertragsverletzungsverfahren des EGV in der ursprünglichen Fassung:

„Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche *die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 ausgeübte Kontrolle* ergänzt.“⁸⁸²

Die deutsche Sprachfassung geht hier vom Begriff der „Kontrolle“ aus, der dem französischen Original folgt.⁸⁸³

2014, S. 23 ff. und S. 124 ff., sieht den Ursprung im wirtschaftswissenschaftlich begründeten Begriff des „Systemrisikos“.

880 Matej Avbelj; „Constitutional and Administrative Pluralism in the EU System of Banking Supervision“: in Matthias Goldmann & Silvia Steininger (Hrsg.): *Democracy and Financial Order: Legal Perspectives*, Springer, Heidelberg, 2018, S. 77-94.

881 EuGH, Rs. C-237/99, Kommission ./ Frankreich, Schlussanträge des Generalanwalts Jean Mischo vom 19. Oktober 2000, Slg. 2000 I-941, ECLI:EU:C:2000:577, Rn. 31 ff, hier für einen Sekundärrechtsakt.

882 EuGH, Rs. 26/63, N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos ./ Niederländische Finanzverwaltung, Urteil v. 5. Februar 1963, Slg. 1962, S. 7., ECLI:EU:C:1963:1, S. 26, meine Hervorhebungen.

883 Ebenso nicht sonderlich prägnant: “[...] la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres », Quelle wie vor, S. 25 der französischen Slg., meine Hervorhebungen.

Sehr viel griffiger hingegen ist die englische Fassung, die wiederum den Begriff der *supervision* nutzt:

„The vigilance of individuals concerned to protect their rights amounts to an effective supervision *in addition to the supervision entrusted by Articles 169 and 170 to the diligence of the Commission and of the Member States.*“⁸⁸⁴

Paul Craig und Gráinne de Búrca sehen die *Van Gend*-Entscheidung deswegen, ungeachtet der sonstigen Bedeutung des Urteils, auch als Grundsatzurteil ebenso auf dem Feld des „public enforcement“ an.⁸⁸⁵

b. Der Bundesaufsichtsbegriff in der europarechtlichen Literatur

Keineswegs immer unter Rückgriff auf diese Festlegung des Gerichtshofs, dafür umso eigenständiger, hat eine beachtliche Reihe an Verfassern den Bundesaufsichtsbegriff im Unionsrecht beschrieben und konzeptualisiert, wobei das Vertragsverletzungsverfahren früh ganz vorrangig berücksichtigt worden ist und sich deswegen als das klassische Aufsichtsinstrument im Unionsrecht herauskristallisiert hat.

Das war z.B. in der Arbeit von Dieter Bandell⁸⁸⁶ der Fall, der die Übertragung des deutschen staatsrechtlichen Aufsichtsbegriffs auf das Unionsrecht für unproblematisch hält. Die auch in völkerrechtlichen Organisationen bekannte Aufsicht sei hingegen, im Unterschied zur Aufsicht in Staaten und der Union, als „internationale Kontrolle“ zu bezeichnen.⁸⁸⁷

Manfred Zuleeg hat die Bedeutung des Vertragsverletzungsverfahrens unter Nutzung des Aufsichtsbegriffs für ähnlich grundlegend erachtet und sich dabei für ein überraschend weites Verständnis des Verfahrens ausgesprochen:

„Die Rechtsgrundlagen bilden die Art. 88 EGKSV, 169 EWGV und 141 EAGV, die man kurz als „Aufsichtsnormen“ bezeichnen

884 Quelle wie vor, S. 13 der englischen Slg, meine Hervorhebungen.

885 Paul Craig & Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6. Aufl., Oxford University Press, Oxford, 2015, S. 436.

886 Dieter Bandell, *Die Aufsicht der Europäischen Gemeinschaften über die Mitgliedstaaten, verglichen mit der Bundesaufsicht und unter Berücksichtigung der internationalen Kontrolle*, Walter Kleikamp, Köln, 1965, S. 3.

887 S. Dieter Bandell, *Die Aufsicht der Europäischen Gemeinschaften über die Mitgliedstaaten*, S. 6 ff. mit umfangreichem Verweis auf entsprechende Vorarbeiten.

kann. Gegenstand der Gemeinschaftsaufsicht kann danach die gesamte staatliche Tätigkeit der Mitgliedstaaten sein, soweit sie irgendwie das Gemeinschaftsrecht berührt.⁸⁸⁸

Auch *Hans Peter Ipsen* sieht die Frage quasi identisch, mit ähnelnden Ausführungen.⁸⁸⁹

Gleichwohl stehen, für den Umfang der Sichtung des Unionsrechts anhand des Aufsichtsbegriffs, diese Arbeiten erst am Anfang. Denn im Wesentlichen handelt es sich bei ihnen um eine besondere Würdigung des Vertragsverletzungsverfahrens.

In die Tradition einer breiten, das gesamte Gemeinschaftsrecht sichten- den Arbeit, stellen sich mit *Huib Audretsch* und *Alberto J. Gil Ibañez* zwei englischsprachige Dissertationen, die beide mit dem Begriff der „supervision“ operieren.⁸⁹⁰ Sie leiten den Begriff *autonom*, d.h. ohne Rückgriff auf nationale Vorbilder, wie etwa den ihnen augenscheinlich unbekannten Diskurs in Deutschland, aber insbesondere auch ohne eigene dogmatische Vertiefung etablieren, was Kommentatoren teils auch etwas irritiert hat.⁸⁹¹ Bei Audretsch insbesondere ist der Begriff der „community supervision“ eine unionseigene Ausprägung einer völkerrechtlichen Figur, der „international supervision“. „It is a species of the genus of international supervi-

888 Vgl. Manfred Zuleeg, „Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten“, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F. 20 (1971), S. 1-64, S. 52.

889 Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr, Tübingen, 1972, S. 220 ff., 222 insb. und nachfolgend Hans Peter Ipsen: „Über Verfassungs-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft“, in: Hartmut Maurer (Hrsg.), *Das akzeptierte Grundgesetz: Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1990, S. 159-182, S. 180. Ebenso Dieter Bandell, *Die Aufsicht der Europäischen Gemeinschaften über die Mitgliedstaaten*, S. 2 und ff.

890 Huib A. H. Audretsch, *Supervision in European Community Law: Observance by the Member States of their Treaty Obligations: A Treatise on International and Supra-national Supervision*, North Holland, Amsterdam, New York, Oxford, 1978, später vorgelegt 1986 in erw. Aufl.; Alberto J. Gil Ibañez, „The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits“, Hart, Oxford & Portland, 1999; Später, allerdings speziell zur Marktaufsicht, Pieter van Cleynenbreugel, *Market Supervision in the European Union*, insb. S. 9 ff. und S. 10 bei Fn. 3 zu den begrifflichen Wurzeln.

891 Vgl. Blaise G.A. Pasztor, „Audretsch, Supervision in European Community Law: Observance by the Member States of Their Treaty Obligations (2d Rev. Ed.)“, in: *Fordham International Law Journal* 11 (1987), S. 453-460, insb. S. 453, 454.

sion“.⁸⁹² Er leistet aber selbst keinerlei weitere Begriffsgenese.⁸⁹³ Dies gilt, obwohl Audretsch, indes ohne Quellenangabe, auf die noch zu erörternde Arbeit Heinrich Triepels und dessen zweistufiges Aufsichtsmodell, bestehend aus „Beobachtungs“- und „Berichtigungsfunktion“,⁸⁹⁴ eingeht.⁸⁹⁵ *Stine Andersen* hat sich später in ihrer Abhandlung zum „enforcement“ im Unionsrecht durchweg auf beide Arbeiten gestützt, ohne dabei allerdings den Aufsichtsbegriff aufzuarbeiten, und ein Verweis auf fremdsprachige Literatur findet sich ebenso nicht.⁸⁹⁶ Im Rahmen jüngerer Literatur ist dabei auch der Begriff der „(rule of law) oversight“⁸⁹⁷ hinzugetreten. Auch in der französischsprachigen Literatur ist der Aufsichtsbegriff für das Unionsrecht, wenn auch nur sehr vereinzelt, *eigenständig* verwendet worden, etwa bei *Louis Cartou*.⁸⁹⁸

In keiner dieser Arbeiten ist der Begriff, anders als bei den vorangegangenen und ihnen nachfolgenden deutschen Arbeiten, mit der Idee des Föderalismus verbunden worden. Indes ist das gesichtete Material und die Absicht, mit Ausnahme des an den Begriff der tutelle angelehnten Entwurfs Cartous, funktional weitgehend identisch mit eben jenem Begriff.

892 Huub Audretsch, *Supervision in European Community Law*, S. 2. Peter Wollenschläger, *Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten*, Duncker & Humblot, Berlin 2006. S. 41 ff., hat sich der Frage der Bedeutung der völkerrechtlichen Aufsicht für das Unionsrecht zwar ebenso gewidmet, für ihn bleibt dies aber neben der nationalen Aufsicht eine von mehreren zu berücksichtigenden Quellen.

893 Wollte man weiter suchen, wäre etwa zu nennen: Ernest Alfred Landy, *The effectiveness of international supervision: 30 years of I.L.O. experience*, Stevens & Sons, London, 1966; weiter Ernest Alfred Landy, „Implementation Procedures of the International Labor Organization“, in: *Santa Clara Law Review* 20 (1980), S. 633-663, S. 635 ff., 647 f., 661 zur Vergleichbarkeit mit anderen IOs und zur Verfahrensvielfalt im ILO-System.

894 Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht*, S. 120.

895 Huub Audretsch, *Supervision in European Community Law*, S. 4.

896 Stine Andersen: *The Enforcement of EU Law: The Role of the European Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2012, insb. S. 36 ff.

897 Vgl. Joseph H. H. Weiler, Carlos Closa & Dmitry Kochenov, „Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union“, RSCAS 2014/25, EUI Working Papers, San Domenico di Fiesole, 2014; Christophe Hillion, „Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means“, weiter Mark Dawson, *The Governance of EU Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, S. 144.

898 Louis Cartou, *Europäische Organisationen*, Eurobuch-Verlag Lutzeyer, Freudenstadt, 1967, S. 185. Hinweis bei Manfred Zuleeg, „Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten“, S. 53, Fn. 346, 348.

Jüngere deutsche Arbeiten haben sich der föderalen Logik dann wieder umfassend verschrieben. Eekhoff's Arbeit zur „Verbundaufsicht“ untersucht gerade Aufsichtsverfahren jenseits des Vertragsverletzungsverfahrens und macht zusätzlich höchst nützliche Beobachtungen für den Aufsichtsbegriff, die ich hier übernehme.

Nachdem Eekhoff festgehalten hat, dass es dort keine allgemeingültige Definition des Aufsichtsbegriffs für das Gemeinschaftsrecht gibt,⁸⁹⁹ gelangt sie zu der Feststellung, die Aufsicht sei eine durch die Gemeinschaft ausgeübte Tätigkeit, die einen Ist-Soll-Vergleich vornehme und prozesshaften Charakter habe.⁹⁰⁰ Die Aufsicht sichert die Befolgung des Rechts, schöpft aber selbst keines. Dazu orientiert sie sich an einem konkreten Maßstab, der, jedenfalls für das damalige Gemeinschaftsrecht, weitgehend mit dem Begriff der Kontrolle identisch sei.⁹⁰¹ Zentral ist für sie, wie zuvor im Übrigen schon für Kahl,⁹⁰² der, im Unterschied zu Triepel,⁹⁰³ *dreistufige Aufbau der Aufsicht*, bestehend aus *Beobachtung*, *Überprüfung* und *Berichterstattung* als Stadien ihres Ablaufs.⁹⁰⁴ Auch Alexander Thiele ist so verfahren.⁹⁰⁵ Ich übernehme diese Überlegung, gehe dabei aber davon aus, dass die hier interessierenden Mechanismen im Grundsatz das Durchlaufen aller drei Stufen ermöglichen und dass es eine Abweichung von Grundmodell darstellt, wenn dies nicht der Fall ist.

c. Zwischenergebnis und Rückführung dieser Literatur auf den deutschen Begriff der Bundesaufsicht

Resümierend zeigt sich zunächst, dass der Begriff der Aufsicht für das Unionsrecht durchaus bekannt und in vielen Kontexten Anwendung gefunden hat, darunter unstreitig in der Hierarchiebeziehung Union-Mitgliedstaaten und für das Vertragsverletzungsverfahren. Das ficht sehr für seine

899 Meike Eekhoff, Die Verbundaufsicht, S. 5.

900 Meike Eekhoff, Die Verbundaufsicht, S. 5-6.

901 Meike Eekhoff, Die Verbundaufsicht, S. 7.

902 Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 565-568. Kahl betont überdies, zu Recht, S. 565, das Prozesshafte der Aufsicht.

903 Bei Triepel entfällt die Überprüfungsphase, dazu auch Alexander Thiele, Finanzaufsicht, S. 13; wie bei Triepel auch Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 17-18, weiter bei Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 31 ff.

904 Meike Eekhoff, Die Verbundaufsicht, S. 112 und ff.

905 Sehr eingängig Alexander Thiele, Finanzaufsicht, S. 12-18.

Nutzbarkeit, im Übrigen ebenso die Beobachtung, dass der Begriff auf zahlreiche, unterschiedlich gelagerte, Mechanismen anwendbar ist.

Nicht deutschsprachige Arbeiten greifen für den Aufsichts-begriff aber häufig auf keine weitere dogmatische Grundlage zurück, noch scheinen diese aus dem nationalen Rahmen überhaupt bekannt. Es ist bei deutschsprachigen unionsrechtlichen Arbeiten, wie der von Eekhoff, die das Vertragsverletzungsverfahren ausklammert,⁹⁰⁶ wie auch bei anderen Arbeiten, die sich wie bei *Emanuel Ionescu* ihm spezifisch widmen,⁹⁰⁷ eine Konstante, dass all diese Arbeiten den zugrunde gelegten Rechtsbegriff auf die bereits genannte Arbeit Triepels zurückführen. Das gilt schließlich auch für zwei Arbeiten, die den Begriff der Aufsicht speziell für das Verfahren des Art. 7 EUV genutzt haben, die Arbeiten von Pforr zur „Allgemeinen Unionsaufsicht“ und diejenige Kassners zur „Unionsaufsicht“.

Für Pforr dient die „Grundstruktur“ der bei Triepel herausgearbeiteten Aufsicht für die Ableitung der Funktionsgrundsätze dieses Verfahrens, dazu wird auch ausdrücklich geprüft, inwieweit ein Begriff des nationalen Rechts auf das Unionsrecht übertragbar sei.⁹⁰⁸ Kassner ist fast identisch vorgegangen.⁹⁰⁹

Dabei gilt die Übernahme des aus dem deutschen Staatsrecht stammenden Aufsichts-begriffs seit langem als unproblematisch. Insbesondere Pforr meint, für die Übertragung⁹¹⁰ des Aufsichts-begriffs vom Bundesstaats- auf

906 Zum Zuschnitt auf andere Verfahren dort vgl. insb. Meike Eekhoff, Die Verbundaufsicht, S. 6, S. 170, S. 235.

907 Emanuel C. Ionescu, Innerstaatliche Wirkungen des Vertragsverletzungsverfahrens: Die Aufsichtsklage im föderalen Gefüge der Europäischen Union, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, S. 61-62, weitere Nachweise zur Nutzung des Unionsaufsichtsbegriffs dort insb. bei Fn. 215. Bei Ionescu dient Triepels Reichsaufsichtsbegriff als Grundlage für die Identifizierung eines „föderalen Hierarchieprinzips“ im Unionsrecht, der „Unionsaufsicht“, dessen „Kernbestandteil“ für die „föderale Streitschlichtung zwischen [...] Union und [...] Mitgliedstaaten“ das Vertragsverletzungsverfahren sei. In diesem Sinne zum Vertragsverletzungsverfahren auch Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 399. S. auch die zuvor zitierten Arbeiten, insbesondere Manfred Zuleeg, „Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten“, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F. 20 (1971), S. 1-64., S. 52-53.

908 Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 29 ff.

909 Ulrike Kassner, Die Unionsaufsicht, S. 32 ff.

910 Zur ganzen Komplexität dieses Vorgangs vergleiche den Streit zwischen Watson und Legrand: Pierre Legrand, „The Impossibility of Legal Transplants“, in: Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (1997), S. 111-124; Alan Watson, „Legal Transplants and European Private Law“, in: Ius Commune Lectures on European Private Law, 2, Maastricht, 2000, o.S.

das Unionsbundesrecht sei ausreichend, dass die Grundstrukturen, trotz einiger Unterschiede der mit ihm assoziierten Verfahren, vergleichbar seien.⁹¹¹ Auch Ipsen stützt diese Überlegung auf den EWG-Vertrag. Ipsen hält zwar den Wortlaut der Verträge für nicht aussagekräftig genug, um bereits deswegen von einem Rechtsbegriff der Aufsicht im dortigen Gemeinschaftsrecht auszugehen, sieht aber seine Übertragung insbesondere aufgrund der Existenz des Vertragsverletzungsverfahrens für geboten an und folgert:

„Das überlieferte deutsche Institut der Reichs- und Bundesaufsicht liefert Anschauungsmaterial für den Charakter der Aufsichtsgewalt, Gegenstand und Maßstab der Beaufsichtigung, ihren sachlichen Bereich, ihre Maßstäbe und Mittel, ihre Organe, Ausübung, Sanktionierung und Kontrolle. Von diesen Elementen, die sich aus dem staatlichen Charakter des Bundes und seiner Strukturierung ergeben, stehen für eine Aufsicht innerhalb der Gemeinschaft nur solche in Frage, die der Rechtsgestalt der EG und der Stellung der Staaten in ihr adäquat sind.“⁹¹²

Dass die Begriffsübernahme dabei letztlich auch bedeutet, auf eine Monographie zurückzugreifen, die 1917 zur Verfassung des damaligen Kaiserreichs erschienen ist, ist gute 100 Jahre später nicht nur Zeugnis eines tragfähigen Begriffs, sondern auch von Kritik nicht frei. Kahl insbesondere hat, nicht zuletzt in der Absicht, den Aufsichtsbegriff auf ein „zeitgemäßeres Fundament zu stellen“,⁹¹³ befunden, dass die „ganz außergewöhnliche Dominanz eines Buches aus der Zeit des Kaiserreichs“ vorrangig „Ausdruck der Rückwärtsgewandtheit“ sei.⁹¹⁴

Die vorliegende Arbeit kommt aber aus drei Gründen ebenso an Triepels Bundes- bzw. Reichsaufsichtsbegriff nicht vorbei und das, obwohl ich hier in Anlehnung an Eekhoff bereits einer Modifizierung seiner Überlegungen folge. Erstens, aus bloßer Pfadabhängigkeit in der Rechts-

911 Ausführlich Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 28 ff.

912 Hans Peter Ipsen, „Über Verfassungs-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft“, in: Maurer (Hrsg.), Das akzeptierte Grundgesetz: Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München, 1990, S. 159-182, S. 180.

913 S. später auch die Ausführungen bei Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 15, m. w. N.

914 Umfassende weitere Literatur zu Triepel ebendort, Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 3 und 4 bei Fn. 20 und 21-23.

wissenschaft, was nicht unbedingt disqualifiziert,⁹¹⁵ zweitens, weil Triepel eine bestechend überzeugende Typik verschiedener Bundesaufsichtsformen vorgelegt hat und drittens, weil der Begriff der Verfassungsaufsicht, auf den es mir ankommt, sich aus der Triepelschen Logik entwickelt hat, was seine Adaption zwingend erfordert.

Nachfolgend geht es mir nicht darum, Triepels Arbeit zu exzerpieren. Es müssen aber drei weitere Punkte ausgeführt werden. Erstens, welche Typik er entwickelt hat, zweitens, warum der in der Vergangenheit gerade bei Pforr und Kassner entwickelte Begriff der (*Allgemeinen*) *Unionsaufsicht* nicht mehr ausreicht, und drittens, was dann unter dem Begriff der Verfassungsaufsicht zu verstehen ist, welche Wurzeln er hat, welche Gefahren er mit sich bringt, vor allem aber, welche entscheidenden explikatorischen Vorzüge er genießt.

2. Bundesaufsicht und Verfassungsaufsicht in der deutschen Rechtswissenschaft

Triepels 1917 erschienene Arbeit zur Reichsaufsicht ist sowohl eine Studie zur damaligen Verfassung als auch das Vorhaben, das Verständnis des Begriffs grundlegend zu klären. Ausgangspunkt hierfür ist die, unter Ausarbeitung der für spätere Studien prägenden „Beobachtungs“- und einer „Berichtigungsfunktion“ der Aufsicht,⁹¹⁶ eine Definition der *Staatsaufsicht*. Er fasst sie als

„die Gesamtheit staatlicher Handlungen, die zum Zwecke haben, das Verhalten der dem Staate Unterstellten in Übereinstimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen oder zu erhalten.“⁹¹⁷

Es ist ersichtlich, dass hier alle dem Staat Unterstellten gemeint sind. Diese Definition ist später, namentlich bei Kahl, modifiziert worden.⁹¹⁸

915 Zur Funktion ebendieser vgl. insb. Jakob Hohnerlein, „Rechtliche Pfadabhängigkeiten als Legitimations- und Verfassungsproblem“ in: Eva Ellen Wagner, u.a. (Hrsg.), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*: 56. Assistenten-tagung Öffentliches Recht, Nomos/Helbing-Lichtenhahn, Baden-Baden/Basel, 2016, S. 133-154.

916 Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht*, S. 120.

917 Heinrich Triepel, *Die Reichsaufsicht*, S. 121.

918 Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht*, S. 528: „Staatsaufsicht ist die im Rahmen eines Rechtsverhältnisses erfolgende, als gestuftes Verfahren zu begreifende Verwaltungstätigkeit von Staatsbehörden, die darauf abzielt, im öffentlichen

Die Staatsaufsicht unterliegt bei Triepel zunächst einigen, für weitere Aufsichtsformen gültigen, Funktionsgrundsätzen. Dazu zählt, dass die gesetzgebende Gewalt keine solche Aufsicht ausüben kann,⁹¹⁹ sondern sie zu gleichen Teilen Rechtsprechung und vollziehender Gewalt zukommt, und dass die Aufsichtsermächtigung nicht identisch mit einer allgemeinen Weisungsbefugnis ist.⁹²⁰ Ersteres wird für die Union später zu hinterfragen sein. In dieser Form ist die Aufsicht aber immer noch nicht föderal, sondern eigentlich deckungsgleich insbesondere mit der französischen *tutelle*, die Triepel gekannt haben muss,⁹²¹ also zentralstaatlich gedacht.

Um den Begriff einzugrenzen, trennt Triepel andere staatsinterne Aufsichtsformen ab.⁹²² Auch andere Aufsichtsformen,⁹²³ wie die Aufsicht des Staates über Private, insbesondere im Wirtschaftsleben, die staatliche Aufsicht über Gemeinden, die Rechts- und Fachaufsicht als Doppelinstitut innerhalb einer behördenübergreifenden Verwaltungshierarchie, die behördeninterne Dienstaufsicht oder auch insbesondere die Aufsicht zwischen Staatsorganen, vorrangig die Frage einer Kontrollbefugnis des Parlaments gegenüber der Exekutive stehen nicht im Fokus seiner Untersuchung. Was bleibt, ist also allein die Aufsicht innerhalb einer Hierarchie staatlicher Stellen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt beauftragt sind. Das ist für weitere Überlegungen mitzunehmen.

In einem zweiten Schritt trennt Triepel von der Staatsaufsicht die sog. *Reichsaufsicht* ab. Die Staatsaufsicht, und damit die zu ihr erarbeitete o.g. berühmte Definition Triepels, ist also *nicht* identisch mit der bei Triepel den Titel vorgebenden Reichsaufsicht.⁹²⁴ Bei Triepel besteht zunächst eine

Interesse die Funktionsfähigkeit grundsätzlich koordinierter verselbständigter Verwaltungseinheiten durch Schutz, Förderung und Vermittlung zu sichern sowie das Verhalten der verselbständigten Verwaltungseinheiten in kooperativ-partnerschaftlichem Geist zu beobachten, auf seine Vereinbarkeit mit einem vorgegebenen Richtmaß hin zu überprüfen und erforderlichenfalls zu berichtigen.“

919 Dabei wird die Kontrollbefugnis des Parlaments nicht negiert, aber unter dem Begriff der „Verfassungskontrolle“ ausgegliedert, Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 148.

920 Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 127 ff., 140.

921 Ausdrücklich ist für Triepel die Aufsicht im „Einheitsstaat“ der Ausgangspunkt seiner Beobachtungen, s. Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 145.

922 Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 147.

923 S. bereits bei Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 17, Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 160 ff.

924 Das verdient der Betonung, denn es bleibt häufig unklar. Richtig differenziert, aber die Unterschiede nicht wiederholend, etwa bei Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 31, Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 174-176.

Linie vom dort vorrangig rechtshistorisch interessierenden und häufig amorphen Konzept der „Oberaufsicht“ des Alten Reichs zur „staatlichen Beaufsichtigung“ (Staatsaufsicht).⁹²⁵ Allein für diese hatte Triepel die o.g. Definition erarbeitet.⁹²⁶ Das ist nicht immer erkannt worden, Ernst Forsthoff etwa hat beide Begriffe verwechselt.⁹²⁷ Die Reichsaufsicht ist funktional äquivalent⁹²⁸ zur heutigen *Bundesaufsicht*, ich verwende letzteren Begriff daher vorrangig, da er nicht auf die damalige und überholte Staatsform bezogen ist.

Die Bundesaufsicht ist diejenige Staatsaufsicht, die den Aufsichtsbegriff auf eine föderale Verfassung, zunächst also auf einen *Bundesstaat*, überträgt. Sie ist bei Triepel *verbandsübergreifend*, d.h. durch den Staat (Bundesstaat) gegenüber „dem ganzen“ nachrangigen „Verband“ (Gliedstaat) auszuüben. Diese Aufsicht⁹²⁹ bezeichnet Triepel ebenso als „Oberaufsicht“ (und fasst den Begriff folglich neu), im Unterschied zur „unmittelbaren Staatsaufsicht“ *innerhalb des Verbands* (einen Begriff der mittelbaren Staatsaufsicht gibt es bei ihm nicht).⁹³⁰ Über die Idee der verbandsübergreifenden Aufsicht (*Oberaufsicht*) gelangt Triepel dann zum auf die föderale Verfassung zugeschnittenen Modell: die Aufsicht des damaligen Reichs (Bundesebene) über die Bundesstaaten.⁹³¹ Sie ist bei Triepel die *Reichsaufsicht* (Bundesaufsicht) im eigentlichen Sinne.

In einem letzten Schritt differenziert Triepel drei Typen der so als Verbandsaufsicht gefassten Bundesaufsicht, von denen einer hier besondere Relevanz entfaltet, was schließlich erklären wird, warum die Sichtung seines Werkes geboten war.

Der bei Triepel *letzte*,⁹³² heute aber durchaus sehr bedeutende Bundesaufsichtstypus ist die sog. „unparteiische Aufsicht“. Regelmäßig ist Trie-

925 S. bereits zuvor Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 121 und ff.

926 S. rekapitulierend Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 124-126, Triepel wiederholt seine Definition entsprechend auf S. 126.

927 Ernst Forsthoff, „Die unmittelbare Reichsaufsicht“, in: Archiv des öffentlichen Rechts 58 (N.F. 19) (1930), S. 61-82, S. 67.

928 S. insb. Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 17; Konzise und m.w.N. auch Eckart Klein, Art. 37 GG, in: Theodor Maunz & Günter Dürig (Begr./Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, C.H. Beck, München, 88. EL, Rn. 38 ff. Aus unionsrechtlicher Perspektive auch noch Manfred Zuleeg, „Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten“, S. 52.

929 Übersicht auch bei Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 181.

930 Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 149-151.

931 Später ausdrücklich Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 163.

932 Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 453 ff.

pels System der Bundesaufsicht unter Auslassung dieses Typus ausschließlich auf die beiden verbleibenden Unterscheidungen zurückgefahren worden,⁹³³ teils und gerade bei Arbeiten zu Art. 7 EUV, ist er schlicht übersehen worden.⁹³⁴ Im Wesentlichen entspricht die unparteiische Aufsicht dem heutigen Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht, mit der Besonderheit, dass Triepel sie ohne das damals der Verfassung unbekannte Verfassungsgericht diskutiert, sondern sie beim Bundesrat (in der Form der Verfassung von 1871) verortet.

Die beiden anderen funktional unterscheidbaren, und wie festgehalten, sehr viel „prominenteren“ Typen der Triepelschen Typik sind die der „abhängigen“ und der „selbstständigen“ Reichsaufsicht (Bundesaufsicht). Auf sie kommt Triepel wegen der Ausgestaltung des damaligen Art. 4 RV 1871 zu sprechen. Die Norm unterwarf „der Beaufsichtigung [...] und der Gesetzgebung [...] die nachstehenden Angelegenheiten“.

Aus dieser Formulierung leitet Triepel zunächst ab, dass der Bund jedenfalls dann föderale Verbandsaufsicht in denjenigen Bereichen über die föderierten Glieder (die Länder) ausübt, wenn er Gesetze erlassen hat und diese durch die Länder bereits ausgeführt werden. Art. 84 Abs. 3 und 85 Abs. 3 und 4 des Grundgesetzes haben diese Aufsichtsform übernommen.⁹³⁵ Dies ist die sog. *abhängige* Aufsicht. Bei bundeseigener Ausführung stellt sich die vertikal-föderale Aufsichtsfrage nicht.

Ihr stellt Triepel, wiederum fußend auf der vorgenannten Norm, die sog. *selbstständige* Aufsicht gegenüber. Hierunter fasst er, dass eine vollumfängliche Verbandskompetenz zur Aufsicht bereits durch die bloße *Möglichkeit*, d.h. die abstrakte Kompetenz der Bundesebene zur Gesetzgebung ausgelöst wird, ohne dass diese konkret ausgeübt worden sein muss.⁹³⁶

Diese Aufsichtsform hat in der deutschen Staatsrechtswissenschaft eine bedeutende Dynamik entwickelt, sowohl für die Weimarer Reichsverfas-

933 Eckart Klein, Art. 37 GG, in: Theodor Maunz & Günter Dürig (Begr./Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, C.H. Beck, München, 88. EL, Rn. 38 ff., ähnlich wohl bei Hans Lühmann, „Von der Staatsaufsicht zur Unionsaufsicht?“, in: Deutsches Verwaltungsblatt 114 (1999), S. 752-764, bei Fn. 73.

934 Ulrike Kassner, Die Unionsaufsicht, S. 33, schreibt etwa lediglich: „Nach Triepels Verständnis ist die Aufsicht in zwei verschiedene Formen zu unterteilen: die selbstständige und die unselbstständige Aufsicht“.

935 Eckart Klein, Art. 37 GG, in: Theodor Maunz & Günter Dürig (Begr./Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, C.H. Beck, München, 88. EL, Rn. 38 ff.

936 Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 355 ff.

sung allgemein⁹³⁷ als auch unter dem Grundgesetz, insbesondere in der Dissertation *Jochen Froweins*, der darin die Auffassung vertreten hat, u.a. unter Rückgriff auf den soeben bereits genannten Art. 37 GG bestehe sie dort weiter.⁹³⁸

Für das Unionsrecht ist nie abschließend beantwortet worden, ob es die selbstständige Aufsicht auch dort gibt. Pforr hat das verneint und meint, es „besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Rechtssetzungsbefugnis der Organe der Union und dem Umfang der Beaufsichtigung nach Art. 7 EU. [...] Der Aufsichtsgegenstand ist zwar in beiden Aufsichtsvarianten (mit-)gliedstaatliches Handeln. Jedoch erfaßt die Aufsicht nach Art. 7 EU dieses komplett.“ „Eine weitergehende Differenzierung beispielsweise zwischen selbstständiger und unselbstständiger Aufsicht nach Art. 7 EU erübrigt sich daher.“⁹³⁹

Ich weiche von letzterer Aussage insoweit ab, als dass die selbstständige Aufsicht doch noch ein weit über die Rechtsetzungsbefugnis der Union, die hier außen vor bleibt, hinausgehendes Nachspiel hat.

Das hängt mit einer Aussage zusammen, die Triepel im Hinblick auf ihren *Maßstab* und *Telos* trifft. Er beschränkt den Anwendungsbereich der selbstständigen Aufsicht nämlich nicht auf die bloße Wahrung von Gesetzgebungskompetenzen des Bundes gegenüber den Gliedstaaten im Allgemeinen, sondern überlegt, ob aus entsprechenden allgemeinen Ausführungen nicht eine unter die selbstständige Aufsicht subsumierbare und besonders bedeutende Tätigkeit des Bundes folgt, und zwar der Schutz der Verfassung selbst. Er schreibt dazu an zentraler Stelle:

„[Die selbstständige Aufsicht] ist [...] gerichtet auf die Erfüllung der [...] Bundes]verfassung selbst, genauer: auf die Erfüllung der verfassungsmäßigen Bundespflicht, die Interessen des [Bundes] oder andere von der [Bundes]verfassung anerkannte Gemeininteressen.“⁹⁴⁰

937 Ernst Forsthoff, „Die unmittelbare Reichsaufsicht“, S. 68, die erste Lesart andeutend.

938 Jochen Frowein, Die selbstständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 44 f., 65 ff. Weiterer Streitstand bei Martin Bullinger, „Der Anwendungsbereich der Bundesaufsicht“, in: Archiv des öffentlichen Rechts N.F. 44 (1958), S. 279-308, insb. S. 297; Klaus Vogel, „Selbstständige Bundesaufsicht‘ nach dem Grundgesetz, besonders bei der Anwendung europäischen Rechts“, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, C.H. Beck, München, 1997, S. 819-829, S. 824.

939 Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 34.

940 Heinrich Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 451, Würdigung bei Jochen Frowein, Die selbstständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 26.

Damit lässt sich die selbständige Bundesaufsicht auf die Aussage zuspitzen, dass es bei dieser föderalen Verbandsaufsicht um nichts weniger geht als den Schutz der Bundesverfassung für alle föderalen Verfassungen.

Verschiedentlich haben spätere Verfasser das Potential und das Gewicht dieser Aussage aufbereitet. Zu unterscheiden sind *zwei Lesarten*.

Die erste Lesart ist diejenige Froweins. Frowein hat dieses Triepelsche Telos als Gegenstück zur „Grundpflicht“ aller Gliedstaaten verstanden, zum „Schutz der Verfassung des Bundes“ selbst beizutragen.⁹⁴¹ Damit ist die so gesehene selbständige Aufsicht, sowohl was den Gegenstand, den Maßstab, die Verfahren, die Beaufsichtigten und die Mittel angeht, *allgemein* und *weit*. Frowein fasst darunter *mehrere* getrennte Verfahren, auch – und nicht unwidersprochen⁹⁴² – die Bundesexekution gem. Art. 37 GG als „schärfste Form“ dieser Aufsicht⁹⁴³ sowie weiter Art. 91 GG.⁹⁴⁴

Froweins Lesart der selbständigen Bundesaufsicht steht aber eine weitere zur Seite, die Maßstab und Telos derselben sehr viel enger fasst. Dies ist nun die sog. *Verfassungsaufsicht*, die *Johannes Heckel* 1933 in einer Urteilsanmerkung zum berüchtigten letzten Urteil des Staatsgerichtshofs der Weimarer Republik in dem Rechtsstreit „Preußen contra Reich“ vorgelegt hat.⁹⁴⁵ Heckel nutzte diese Urteilsanmerkung nicht nur zu einer profunden Kritik am Ausgang des Verfahrens, sondern vor allem zur Entwicklung des Verfassungsaufsichtsbegriffs als Rechtsbegriff zur Lösung besonders schwerer Verfassungskrisen. Frowein hat im Grundsatz Heckels Vorschlag bereits selbst anerkannt, wenn er auch der Unterscheidung später keine Bedeutung beigemessen hat und die Untersuchung von Heckels Vorschlag recht schnell beendet.⁹⁴⁶ Bei Kahl ist die eingehende Diskussion des Umstands, dass Triepel eine derartige Verfassungsschutzfunktion in

941 Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 40-41, auch zum Zitat.

942 S. sehr eingängig Eckart Klein, Art. 37 GG, in: Theodor Maunz & Günter Dürig (Begr./Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, C.H. Beck, München, 88. EL, Rn. 34 ff., 38 ff. insbesondere.

943 Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 44.

944 Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 47.

945 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“.

946 Jochen Frowein, Die selbständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, S. 50-51.

seinem selbstständigen Aufsichtsbegriff angelegt hatte und die spätere Diskussion hierzu, insbesondere bei Heckel, entfallen.⁹⁴⁷

Der Wille, sich überhaupt hier mit dem Begriff der Verfassungsaufsicht zu beschäftigen, bedingt die Annahme, dass die Union eine Verfassung hat, ähnlich wie zuvor die Bejahung ihres föderalen Charakters. Wie dort möchte ich diese Debatte nicht vertiefen, sondern für weiteres insbesondere auf Zuleeg verweisen, der für die Existenz einer Verfassung im Unionsrecht sogar von einem „Faktum“ gesprochen hat; von Bogdandy und Bast sind zum gleichen Ergebnis gelangt.⁹⁴⁸ Für den Fall, dass man dies als Nachweis nicht ausreichen lässt, kann nochmals insbesondere auf das *Les Verts*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs verwiesen werden,⁹⁴⁹ in welchem der EuGH nicht den Begriff der „Rechtsgemeinschaft“ geprägt hat, sondern den EWG-Vertrag auch als „Verfassungsurkunde“ bezeichnete, eine Festlegung, die seitdem in ständiger Rechtsprechung für die Verträge wiederholt worden ist.⁹⁵⁰

Die damit grundsätzlich für die Union denkbare Verfassungsaufsicht dieses speziellen Zuschnitts zielt, insbesondere was den *Maßstab* der Aufsicht angeht, im Gegensatz zu Triepels ursprünglicher selbstständiger Aufsicht als allen Bundesinteressen zugewandter Aufsicht auf einen *ganz besonders herausgehobenen*, besonders geschützten *Verfassungskern*. Diese Unterscheidung sieht in der frühen bundesrepublikanischen Aufsichtsliteratur insbesondere *Günter Dux*. Er schreibt:

947 Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht*, S. 175. Dort heißt es lediglich: „Sie [die selbstständige Aufsicht] ist gerichtet auf die Erfüllung der Reichsverfassung“. S. aber sehr wohl S. 244, Fn. 166, dazu auch nochmals im nachfolgenden Abschnitt cc.

948 Manfred Zuleeg, „Die Vorzüge der Europäischen Verfassung“, in: Armin von Bogdandy & Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Heidelberg/Berlin, 2009, S. 1045-1076, S. 1045 und f.; ebenso Armin von Bogdandy, Jürgen Bast: „Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht: Von einem Konstitutionalismus der Verrechtlichung zwischenstaatlicher Beziehungen zu einer liberaldemokratischen Politisierung der EU“, in: Armin von Bogdandy, & Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer, Heidelberg, 2. Aufl., 2009, S. 1-9.

949 EuGH, EuGH, Rs. 294/83, Parti écologiste „Les Verts“ ./ Europäisches Parlament, Urteil vom 23.04.1986, Slg. 1986, 1339, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23.

950 EuGH, Verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation ./ Rat, Urteil (GK) vom 03.09.2008, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 281; ausdrücklich für alle „Gründungsverträge“ s. Rs. C-621/18, Andy Wightman u.a. ./ Secretary of State for Exiting the European Union, Urteil (Plenum) vom 10.12.2018, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 44.

„Heckel versteht unter der Verfassungsaufsicht nur die Aufsicht, die eingreift, wenn Fortbestand oder Untergang der bundesstaatlichen Ordnung insgesamt oder doch in ihren derzeitigen wesentlichen Grundzügen infolge der Pflichtverletzung durch ein Land infrage steht.“⁹⁵¹

Die Verfassungsaufsicht ist für Heckel in seinen eigenen Worten, wiederum teleologisch, wie folgt definiert:

„Das Ziel der Verfassungsaufsicht ist die Abwehr eines spezifisch [...] verfassungsfeindlichen Verhaltens oder einer ebensolchen Lage, also von Gefahren, die das Mark des Verfassungslebens treffen, die den Kern seiner Ordnung ändern oder zerstören. [...] Der Verfassungsaufsicht geht es [...] um die „objektive Geltung der Verfassung“ des [Bundes] in der Verfassungswirklichkeit, um die Rechtsbeständigkeit der Verfassung im ganzen wie ihrer einzelnen Institute und Institutionen, zu denen [...] auch die Länderautonomie gehört. Ob die Verfassungsfeindlichkeit aus der gefährlichen Intention des Pflichtsubjekts der Verfassungsaufsicht oder nur aus der objektiven Gefährlichkeit eines Verhaltens zu entnehmen ist, ist unerheblich.“⁹⁵²

Heckel stützt diese Aussage auf Ausführungen von *Albert Hänel*, der den Begriff selbst aber nicht kennt.⁹⁵³

Dabei ist Heckels Aufsatz, neben den bereits zitierten Arbeiten etwa von Frowein und Dux, auch unter dem Grundgesetz der Bundesrepublik von Beachtung gewesen, häufig allerdings erstaunlich kryptisch. *Klaus Vogel* schreibt, *Peter Lerche* zitierend: „der von J. Heckel mit spezifischer Farbe

951 Günter Dux, Bundesrat und Bundesaufsicht, Duncker & Humblot, Berlin 1963, S. 17. Dux unterscheidet dieses Verständnis dort auch ausdrücklich von der Interpretation Froweins.

952 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 217-218.

953 Nämlich auf Albert Hänel, Deutsches Staatsrecht, Duncker & Humblot, Leipzig, 1892, S. 567 ff. Hänel spricht aber, abweichend von Heckels Formulierung, S. 568 von der „Anerkennung der Geltung einer Verfassung oder Verfassungsbestimmung“, die zugleich in jedem Verfassungsstreit neben dem konkreten Streitgegenstand zutage trete. Interessant, dort S. 573, wiederum die Idee einer ungeschriebenen Verfassungsgarantie gerade auch in den Einzelstaaten nach damaligem Recht.

erfüllte Begriff der ‚Verfassungsaufsicht‘“ habe für das Grundgesetz seinen „Erkenntniswert nicht eingebüßt“.⁹⁵⁴ Was damit gemeint ist, bleibt offen.

Nachfolgend gilt es nun zu klären, welcher Erkenntniswert der von Heckel auf „das Mark der Verfassung“ eines föderalen Gemeinwesens gemünzte Verfassungsaufsichtsbegriff in der unionalen Rechtsstaatlichkeitskrise entfalten kann. Dazu muss zunächst beantwortet werden, ob es Hinweise für die Verwendung im Unionsrecht gibt, sodann, ob die Verwendung des Begriffs zulässig, geboten und möglich ist. Dies soll erfolgen, ohne bereits im Einzelnen auf die angesprochenen Maßnahmen einzugehen.

- a. Argumente gegen die Nutzung des Verfassungsaufsichtsbegriffs:
alternative Begriffe und Begriffshistorie

Drei Argumente fechten gegen die Nutzung des Verfassungsaufsichtsbegriffs, nämlich (mindestens) zwei alternative Begriffe und schließlich die Begriffsgenese des Verfassungsaufsichtsbegriffs.

- aa. (Allgemeine) Unionsaufsicht

Wiederholt hat die Europarechtswissenschaft eigene Ausprägungen des Aufsichtsbegriffs vorgelegt. Besondere Beachtung zu finden hat hier zunächst derjenige der *Unionsaufsicht* bzw. der *Allgemeinen Unionsaufsicht*. Er ist von Kassner bzw. Pforr für das Verfahren des Art. 7 EUV vorgelegt worden. Er ist damit, konträr zum Titel, weit spezifischer als der zuvor bereits

954 Klaus Vogel, „Selbständige Bundesaufsicht‘ nach dem Grundgesetz“, S. 823 unter Berufung auf Peter Lerche in: Theodor Maunz & Günter Dürig (Begr./Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 84 GG, Rn. 124 ff (zit. ohne Aufl.), noch gleich aber 53. EL 2009, ab Rn. 127. Hinzuzufügen ist, dass Vogel unter Berufung auf Lerche indes sogleich im Anschluss meint, der Begriff sei „nur noch teilweise Schlüssel für das Verständnis der heutigen Verfassungslage“, was die Sache nicht weiter erhellt. Für Lerche fällt, ebda, 53. EL, Rn. 135, der Bundeszwang auch unter den Verfassungsaufsichtsbegriff, dieser könne „aber nicht als eigenständiger grundgesetzlicher Begriff beurteilt werden“. Warum dem so ist, wird nicht deutlich.

genutzte Begriff der allgemein verstandenen, die Gesamtheit aller Aufsichtsmaßnahmen umfassenden, „Gemeinschafts- bzw. Unionsaufsicht“.⁹⁵⁵

Pfarr trifft, im Hinblick auf dieses Verfahren, zunächst die Feststellung, Art. 7 EUV ermögliche eine Beaufsichtigung der Mitgliedstaaten unabhängig von einer etwaigen Gesetzgebungskompetenz der Union, überhaupt losgelöst von ihren Kompetenzen, sei folglich enorm breit, bis in den ausschließlichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten erstreckt, allerdings, im Unterschied zu staatlichen Aufsichtsmodellen, in seiner Korrekturphase weit weniger intensiv.⁹⁵⁶ Der Unionsaufsichtsbegriff erstreckte sich im Unterschied zur staatlichen Bundesaufsicht nicht „mit ihrem umfassenden Aufsichtsmaßstab auf einen beschränkten Bereich des gliedstaatlichen Handelns“, sondern „mit ihrem beschränkten Aufsichtsmaßstab auf einen umfassenden Bereich des gliedstaatlichen Handelns“.⁹⁵⁷ Als „allgemeine“ Unionsaufsicht sei sie darüber zu bezeichnen, weil sie im „allgemeinen Teil“ des Unionsrechts verankert sei.⁹⁵⁸ Die Unionsaufsicht sei, da bestehend aus Beobachtungs- und Korrekturfunktion, jedenfalls „echte Aufsicht im Sinne des staatsrechtlichen Aufsichtsbegriffs“.⁹⁵⁹

Für Kassner ist die Unionsaufsicht von der aus dem deutschen Recht bekannten Aufsicht in einem föderalen Staatssystem zwar inspiriert, aber eindeutig unterschieden. Sie sei nicht schlicht die Aufsicht, die im EUV angelegt sei, sondern eine spezielle, ausschließlich auf die „Grundsätze“ der Union, d.h. den in Art. 2 EUV genannten Prinzipien, bezogene Aufsicht, die dabei allerdings nicht an die Kompetenzen der Union geknüpft sei.⁹⁶⁰

Der Bezug auf die Grundsätze der Union bringt den Unionsaufsichtsbegriff den Überlegungen, die hinter der Verfassungsaufsicht stehen, schon bedeutend näher. Trotzdem gilt es, den Unionsaufsichtsbegriff aufzugeben und ihn durch denjenigen der Verfassungsaufsicht zu ersetzen.

Die Veranlassung hierzu folgt zunächst aus einer Änderung des Lissabonner Vertrages. Mit ihm wurde nicht nur die Existenz der früheren Gemeinschaften zugunsten einer einheitlichen Union, die ihr Rechtsnachfolger ist, aufgehoben, Art. 1 UAbs. 3 S. 2 EUV, sondern auch der den EGV ablösende AEUV mit dem EUV, dem früheren „Unionsrecht“ für

955 So, gleichsetzend bereits für den Vertrag von Amsterdam, Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht*, S. 399 f.

956 Thomas Pfarr, *Die allgemeine Unionsaufsicht*, S. 34-35.

957 Thomas Pfarr, *Die allgemeine Unionsaufsicht*, S. 36.

958 Thomas Pfarr, *Die allgemeine Unionsaufsicht*, S. 37, 229.

959 Thomas Pfarr, *Die allgemeine Unionsaufsicht*, S. 33.

960 Ulrike Kassner, *Die Unionsaufsicht*, S. 33-34.

gleichrangig befunden, Art. 1 Abs. 2 S. 2 AEUV und Art. 1 UAbs. 3 S. 2 EUV. Damit ist insbesondere Pforrs Überlegung einer „allgemeinen“ Unionsaufsicht im Unterschied zu einem besonderen Unionsrecht widerlegt. Alles Recht der Union ist einheitlich Unionsrecht.

Es besteht seit 2009 also nur (noch) ein lediglich in den einzelnen Regelungsinhalten, in keinem Fall aber qualitativ oder grundsätzlich funktional getrennter Korpus des Unionsrechts.⁹⁶¹

Der EUV „überwölbt“ nicht mehr, wie Pforr nach alter Rechtslage dies sieht, den AEUV.⁹⁶² Und auch die bei ihm vorgetragene Idee, spezieller, nämlich nur für Art. 7 EUV, von einer „allgemeinen“ Unionsaufsicht zu sprechen, da sie im vorderen Teil des EUV als dessen „allgemeinen“ Teil geregelt sei,⁹⁶³ ist nicht mehr zutreffend. Folglich ist es auch nicht möglich, die im Zuge der Rechtsstaatlichkeitskrise entstandenen oder kontextspezifisch angewandten Mechanismen mit diesem Begriff zu bezeichnen.

Insbesondere die Sonderstellung des Art. 7 EUV zum Schutz desselben ist zugunsten einer Verfahrensvielfalt entfallen. Der EuGH hat diese Überlegung im Verfahren zur Unabhängigkeit des polnischen Obersten Gerichtshofs ausdrücklich anerkannt, als er eine Klage nach Art. 258 AEUV parallel zum anhängigen Verfahren nach Art. 7 EUV für zulässig erachtete.⁹⁶⁴

Damit entfällt auch eine früher vermutete zwingende Vorrangstellung bestimmter Verfahren für in ihrer normativen Wirkung besonders bedeutende Vorschriften, wie die Relation Art. 7 EUV und Art. 2 EUV, die bei Kassner für den Begriff so bedeutend war.

Folglich muss jede Aufsicht, die das Unionsrecht regelt und die durch unionale Organe oder nachrangige Einrichtungen durchgeführt oder verantwortet wird, als „Unionsaufsicht“ bezeichnet werden. Der Begriff verliert damit bereits in dieser Kurzform seine Unterscheidungskraft, zwar nicht nach außen etwa zur *Staatsaufsicht*, aber, und dies ist hier von beson-

961 Zu Zweifeln an einer qualitativen Trennung bereits vor dem Vertrag von Lissabon schon Armin von Bogdandy & Martin Nettesheim, „Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union“, in: Neue Juristische Wochenschrift (1995), S. 2324-2328, insb. S. 2326.

962 Zu beiden Punkten Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 37 und 38.

963 Thomas Pforr, Die allgemeine Unionsaufsicht, S. 37.

964 EuGH, Rs. C-619/18 R, Europäische Kommission ./ Poln, „Unabhängigkeit des Obersten Gerichts“, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev vom 11.04.2019, insb. bei Fn. 28; s. weiter Urteil (GK) in ders. Rs. vom 24. Juni 2019, in welchem der Gerichtshof diese Ausführungen implizit durch Annahme zur Entscheidung übernommen hat. Hierzu nochmals ausführlich im Teil E.

derem Interesse, was seine Formen *innerhalb des Unionsrechts* angeht. Der Begriff der Unionsaufsicht fällt, ganz wie bei Kahl zuvor angelegt, auf die recht konturlose Beschreibung aller Aufsichtsmaßnahmen seitens der Europäischen Union gegenüber den Mitgliedstaaten zurück.

bb. Rechtsstaatlichkeitsaufsicht

Der zweite Aufsichtsbegriff, der in Konkurrenz zum Begriff der Verfassungsaufsicht tritt, ist derjenige der *Rechtsstaatlichkeitsaufsicht* bzw. des *Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens*, der durch von Bogdandy und Ioannidis für den 2014 geschaffenen EU-Rahmen der Kommission vorgeschlagen wurde⁹⁶⁵ und den z.B. Wendel später aufgegriffen hat.⁹⁶⁶ Neben dem Umstand, dass ein Sammelband sich des Begriffs im Titel bedient hat,⁹⁶⁷ hat auch Mark Dawson von einer „EU Rule of Law Oversight“ gesprochen.⁹⁶⁸ Für ihn ficht, dass er das Schutzgut gerade des EU-Rahmens, wie auch die Operationalisierungsbemühungen seitens der Kommission, die immer vorrangig auf die Rechtsstaatlichkeit und eben im Unterschied zum Parlament nicht auf alle Werte des Katalogs des Art. 2 EUV abgestellt hat, griffig einfängt. Der Begriff bleibt damit grundsätzlich vollumfänglich in der Krise gültig.

Allerdings hat der Verfassungsaufsichtsbegriff gegenüber diesem Begriff den Vorteil, dass er das Telos der Maßnahmen, den *Schutz des Verfassungskerns*, klar benennt und *entwicklungsoffen* ist, nämlich zukünftigen Entwicklungen der Krise, in der möglicherweise andere Werte verstärkt in den Vordergrund rücken, flexibel Rechnung tragen kann. Ich ziehe ihn aus beiden Gründen vor.

965 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 322.

966 Mattias Wendel, „Rechtsstaatlichkeitsaufsicht und gegenseitiges Vertrauen“, etwa S. 112, 119, indes ohne Erörterung.

967 Carlos Closa & Dimitry Kochenov (Hrsg.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016. Keines der dort abgedruckten Beispiele hat sich aber soweit ersichtlich mit dem Begriff auseinandergesetzt.

968 Mark Dawson, *The Governance of EU Fundamental Rights*, S. 144 ff.

cc. Historischer Kontext des Verfassungsaufsichtsbegriffs bei Johannes Heckel

Damit allein ist es aber noch nicht getan, es ist nun auf das schwerwiegendste Argument gegen die Berücksichtigung des Verfassungsaufsichtsbegriffs einzugehen, seine Begriffsgenese. Der Verfassungsaufsichtsbegriff entstammt, wie bereits erwähnt, einem Beitrag des deutschen Staats- und Kirchenrechtlers Johannes Heckel. Er diente Heckel zur Kritik an der Unterwanderung der Weimarer Verfassung. Der Begriff muss folglich hier aus diesem historischen Zusammenhang gelöst werden. Darüber hinaus darf seine Nutzung den weiteren Werdegang seines Urhebers nicht ausblenden.

Wenn Heckel sich auch in der Spätphase der Weimarer Republik mittels dieses Beitrags für ihre Verfassung eingesetzt hat, so ist er aufgrund seiner wissenschaftlichen Tätigkeit zwischen 1933-1945, ungeachtet späterer Rehabilitation (die Carl Schmitt insbesondere nicht gewährt wurde), substantiell vorbelastet, ein Umstand, dessen Einzelheiten insbesondere in der Biographie von *Gisela Emling* eingehend berücksichtigt worden sind.⁹⁶⁹ Die Urteilsanmerkung, der der Begriff der Verfassungsaufsicht entstammt, ist davon nicht unbeeinträchtigt. Sie enthält problematische Formulierungen, die Emlings These des sich ankündigenden rechtswissenschaftlichen Opportunismus untermauern.⁹⁷⁰

Aus dem Beitrag geht aber nicht eindeutig hervor, ob diese Andeutungen, die nicht ausgeführt werden, ebenso wie die teils sehr bildhafte und vieldeutige Sprache Heckels, bereits Ausdruck echter Überzeugung waren oder nicht der Absicht dienten, einen im Übrigen ausgesprochen kritischen Beitrag noch 1933 in den Druck bringen zu können.

Heckels Beiträge aus der Spätzeit der Weimarer Republik scheinen in der Literatur im Übrigen nur recht wenig berücksichtigt worden zu sein.

969 Gisela Emling, *Johannes Heckel: Leben und Wirken (1889 - 1963)*, Peter Lang, Frankfurt a.M. u.a., 2011.

970 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, exemplarisch S. 205, problematisch auch S. 212 die Ausführungen zum Begriff der Diktatur; weiter insb. Gisela Emling, *Johannes Heckel*, S. 199. Zu den gleichwohl beachtlichen Unterscheidungen des Diktaturbegriffs i.R.d. Art. 48 WRV bei Heckel zu denjenigen Carl Schmitts näher Dieter Grimm, „Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung: Positionen der Staatsrechtslehre in der Staatskrise der Weimarer Republik“, in: Heinrich August Winkler (Hrsg.), *Die deutsche Staatskrise 1930-1933: Handlungsspielräume und Alternativen*, Oldenbourg, München, 1992, S. 183-199, dort insb. S. 193.

Bei Emling selbst stellten sie keinen Schwerpunkt der Auswertung dar. Michael Stolleis spricht Heckel partiell frei, bleibt aber unschlüssig. Er meint zum einen, speziell zur Urteilsanmerkung, dem der Begriff der Verfassungsaufsicht entstammt, mit dem Aufsatz habe Heckel zu den, wenn auch wohl wenig ruhmreichen, Rechtswissenschaftlern gezählt, die die Weimarer Verfassung „in modifizierter Form“ hätten bewahren wollen.⁹⁷¹ Allgemein aber ist Stolleis kritisch, was Emling für zu prononciert hält.⁹⁷² Stolleis hält fest, Heckel habe Carl Schmitt und Carl Bilfinger politisch nahegestanden und deren Linie in der Rechtfertigung der Urteilsfindung im Verfahren Preußen contra Reich gestützt.⁹⁷³

Zwei Fragen sind daher aufgeworfen: erstens, ob die späteren biographischen Entwicklungen Heckels den Rekurs auf sein Konzept der Verfassungsaufsicht, zumal für das Recht der Europäischen Union, sperren, und zum zweiten, wie der Begriff aufgrund der damaligen Intentionen des Verfassers heute zu nutzen ist. Die Entscheidungen hierüber darf nicht leichtfertig erfolgen, will der hier gemachte Vorschlag, gerade außerhalb des deutschen Sprachraums, anschlussfähig bleiben. Hiervon bin ich gleichwohl, auch angesichts der Nutzung des Aufsichtsbegriffs in anderen europäischen Rechtsordnungen, überzeugt. Das Schicksal einer wechselhaften Geschichte teilt er mit vielen großen Rechtsbegriffen. Der Verfassungsaufsichtsbegriff lässt sich von seinem Entstehungskontext lösen. Dann steht er dichotom insbesondere zu Schmitts Absichten, dann ist er normativ eindeutig positioniert, rechtswissenschaftlich abgesichert, praktisch sofort nutzbar und darüber hinaus eine ideale Ausprägung des Aufsichtsbegriffs für die unionale Rechtsstaatlichkeitskrise. Hierfür fechten mehrere Überlegungen.

Eine Antwort auf die Frage der Rezeption von Rechtsbegriffen kontextuell problematischer Verfasser der deutschen Rechtswissenschaft und ihrer Rechtsbegriffe, gerade für das Unionsrecht, haben Armin von Bogdandy und Stephan Hinghofer-Szalkay geliefert, als sie sich mit der Frage der Nutzbarkeit des Begriffs des „Ius (Jus) Publicum Europaeum“ befasst haben, der in der Literatur des 20. Jahrhunderts vorrangig durch Carl Schmitt geprägt worden ist, und dem sie deswegen auch das Prädikat „etwas unheim-

971 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Dritter Band: 1914-1945, C.H. Beck, München 1999, S. 123, bei Fn. 286.

972 Gisela Emling, Johannes Heckel, S. 69. Heckel habe keinesfalls zu den stärksten Kritikern des Urteils gezählt.

973 Dazu Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Dritter Band, S. 121-122, kritisch auch S. 121 insb., weiter S. 302, weiter auch Gisela Emling, Johannes Heckel, S. 69.

lich“ verleihen.⁹⁷⁴ Sie bescheinigen der Nutzung dort eine tendenziöse Umprägung des Begriffs durch Schmitt.⁹⁷⁵ Dessen ungeachtet zeigen beide Verfasser vor dem Hintergrund der Wirkmächtigkeit des Begriffs, dass ein der Schmittschen Logik diametral entgegengesetztes Verständnis des Begriffs des *Ius Publicum Europaeum* und darauf aufbauend des europäischen Rechtsraums möglich ist.⁹⁷⁶ Ich möchte hieran anknüpfen, was den Begriff der Verfassungsaufsicht angeht. Insbesondere die Wirkung und die Prägnanz des Begriffes scheinen mir dabei größte Vorzüge zu haben.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die bei von Bogdandy und Hinghofer-Szalkay mit großem Aufwand betriebene Inbezugsetzung des Schmittschen Begriffs mit seinem weiteren Werk nach den für Heckel zur Verfügung stehenden Quellen für den Begriff der Verfassungsaufsicht entfällt. Insbesondere haben weder seine Biographin,⁹⁷⁷ die das Gesamtwerk, noch Stolleis, der Teile der Veröffentlichungen Heckels berücksichtigt hat,⁹⁷⁸ für spätere Publikationen eine erneute Verwendung des Begriffs nachgewiesen, obwohl Heckel nach seiner Rehabilitierung auch in der Bundesrepublik tätig gewesen ist.⁹⁷⁹ Der Begriff ist nur einmal verwendet worden, er steht vom späteren Werk getrennt und wird von ihm nicht in Mitleidenenschaft gezogen. Damit ist er zunächst allein aus der zitierten Urteilsanmerkung schöpfend zu bewerten.

974 Armin von Bogdandy & Stephan Hinghofer-Szalkay, „Das etwas unheimliche *Ius Publicum Europaeum*: Begriffsgeschichtliche Analysen im Spannungsfeld von europäischem Rechtsraum, *droit public de l'Europe* und Carl Schmitt“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 73 (2013), S. 209-248.

975 Armin von Bogdandy & Stephan Hinghofer-Szalkay, „Das etwas unheimliche *Ius Publicum Europaeum*“, S. 237-238 insb.

976 Armin von Bogdandy & Stephan Hinghofer-Szalkay, „Das etwas unheimliche *Ius Publicum Europaeum*“, S. 245-246. Dessen ungeachtet sehr kritisch die Würdigung des Begriffs bei Wolfgang Kahl, „Dogmatik im EU-Recht“, S. 171, Fn. 66.

977 Gisela Emling, Johannes Heckel, dort nämlich allein bei S. 67-69 für den hier betrachteten Beitrag.

978 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band, insb. bei S. 302, 317, später Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Vierter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost (C.H. Beck 2012), S. 64, 346.

979 Dazu Gisela Emling, Johannes Heckel, S. 201, weiter auch Michael Stolleis, „Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Vierter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost“, C.H. Beck, München, 2012, S. 64. In dieser Rehabilitierung liegt nicht zuletzt ein zentraler Unterschied zu Schmitt.

Aus dieser folgt, was die hier entscheidenden Teile angeht, ein, wenn auch verklausuliertes und nicht ungetrübtes Bekenntnis⁹⁸⁰ zur Weimarer Verfassung, aus dem die Überlegung entnommen werden kann, dass, wer den Begriff der Verfassungsaufsicht nutzt, sich für den Bestand des Verfassungskerns einer föderalen, demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassung einsetzt. Bedeutende Unterstützung erfährt diese These der Verteidigung einer derartigen Ordnung durch den Verfassungsaufsichtsbegriff bereits bei Heckel auch durch Kahl. Er setzt sich zwar mit dem Begriff selbst nicht auseinander, weist aber, in Widerspruch zu Stolleis, nach, wie scharf Schmitt den Begriff angriff.⁹⁸¹ Das spricht sehr dafür, dass Heckel mit dem Verfassungsaufsichtsbegriff einen höchst wirksamen Vorschlag gegen autoritäre Bestrebungen in föderalen Verfassungen vorgelegt hat, dessen Brisanz deren „Kronjuristen“ so offenkundig war, dass er mit aller Kraft versuchte, den Begriff der Verfassungsaufsicht zu diskreditieren.

Zum zweiten bindet die Übernahme eines Begriffs den Rezipienten nicht an alle Erwägungen seines Urhebers. Es geht mir allein darum, die funktionalen Vorzüge des Verfassungsaufsichtsbegriffs stark zu machen und aus seinem historischen Kontext herauszulösen. Es muss betont werden, dass seine primäre Quelle, der vorgenannte Aufsatz Heckels, rechtspolitisch problematische Passagen enthält, die als querstehend zur hier herausgearbeiteten Begriffsintention gerade des Schutzes einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung verstanden werden können und die ich mir ausdrücklich nicht zu eigen mache.

Drittens aber ist gerade dieser Vorgang der Begriffsrezeption für jüngere Verfassungen bereits an anderer Stelle erfolgt. Das halte ich für ganz entscheidend. Der Begriff der Verfassungsaufsicht ist in der Nachkriegs-

980 Problematisch zwar etwa Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 200, Punkt 7 zur möglichen Rechtfertigung des Urteils; sehr kritisch zum Urteil im Übrigen aber ebda., S. 201; der Weimarer Staatsgerichtshof, so Heckel, habe sein Urteil auf „eine zu schmale staatsrechtliche Basis gestellt“; s. weiter S. 189-190, auch S. 185, wonach der Staatsgerichtshof erheblich über die Grenzen des Vertretbaren hinausgehe und damit das Urteil für unvertretbar gefunden wird, sodann S. 190 das Zitat, wonach „[d]er Atomzertrümmerung der deutschen Reichsverfassung mit Hilfe der Diktatur [...] damit ein weiterer Erfolg gelungen“ sei, weiter S. 186 für die offene Sorge um den Fortbestand des deutschen Föderalismus.

981 Wolfgang Kahl, *Die Staatsaufsicht*, S. 244, Fn. 166, wonach Schmitt im Verfassungsaufsichtsbegriff den „äußerste[n] Grad der Zerstörung politischen Führertums“ gesehen habe. Dieter Grimm, „Verfassungserfüllung – Verfassungsbewahrung – Verfassungsauflösung“, S. 193, trennt Heckels Absichten, wenn auch nach einigem Zögern, ebenso von denjenigen Schmitts.

zeit durch zahlreiche Verfasser, die sich in ihrem Wirken eindeutig für die Verfassungsordnung des Grundgesetzes und die europäische Einigung verwandt haben, genutzt und dadurch nicht nur rehabilitiert, sondern im Unionsrecht erst wirklich etabliert worden. Auf die legitimierende Natur dieser Beiträge, die den Begriff teils ausdrücklich, teils jedenfalls mutmaßlich in Kenntnis des Heckelschen Ursprungs genutzt haben, stütze ich mich daher hier ganz vorrangig. Frowein macht für das Unionsrecht wohl den Anfang.⁹⁸² Schorkopf hat den Aufsichtsbegriff ohne weiteren Zusatz speziell für die Rechtsstaatlichkeitskrise aufgegriffen und vor dem Hintergrund der im Rahmen der Krise durch die Kommission geschaffenen Mechanismen den Begriff einer „Kommissionsaufsicht“ in die Debatte eingebracht.⁹⁸³ Der Begriff der Verfassungsaufsicht, speziell für die hier untersuchten Instrumente, findet sich schließlich insbesondere bei *Thomas Giegerich*, aber auch bei Zuleeg, der davon spricht, dass Art. 7 EUV „eine Art Verfassungsaufsicht“ einführe.⁹⁸⁴ Giegerich spricht davon,⁹⁸⁵ die Verfassungsaufsicht sei eine Verstärkung der Aufsicht seitens der Kommission über die Mitgliedstaaten, sie sei politisiert, an Effektivitätsgesichtspunkten zu messen und scheint sie mit dem Begriff Rechtsstaatlichkeitsaufsicht zumindest in der aktuellen Situation gleichzusetzen. Weder Zuleeg noch Giegerich erläutern aber den Begriff. Das ist kein Nachteil, bietet es doch hier die Gelegenheit einer Ergänzung.

982 Jochen Abr. Frowein, „Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozeß“, S. 314: Art. 224 und 225 EWGV (die Vorläufer der heutigen Art. 347 und 348 AEUV) seien „selbständige[...] Aufsicht im Sinne der Verfassungsaufsicht“.

983 Frank Schorkopf, „Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?“, in: *Europarecht* (2016), S. 147-164, S. 160, durchaus kritisch konnotiert, die Kommission greife einzelne Mitgliedstaaten deutlich sichtbar heraus. S. weiter auch bei Jörg Luther, „Die Verfassung in Zeiten des ‚Übergangs‘: Italienische Betrachtungen“, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F.* 1950 (2002), S. 331-360, S. 331.

984 Manfred Zuleeg, „Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union“, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (2000), S. 2846-2851, S. 2850.

985 Thomas Giegerich, „Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU“, S. 499-542, insb. S. 523, 528, 542, Giegerich führt den Begriff aber nicht aus.

b. Argumente für die Nutzung des Verfassungsaufsichtsbegriffs

Zwei Argumente sprechen schließlich, nun da Einwände ausgeräumt sind, entscheidend für die Nutzung des Verfassungsaufsichtsbegriffs zur Verklammerung der hier untersuchten Mechanismen.

aa. Beendigung der Debatte um den Unionsnotstand

Das erste Argument ist, dass sich darüber eine Diskussion des Notstandsbegriffs erledigt. Damit soll hier nicht Stellung bezogen werden zum Vorwurf von Stolleis, dass Heckels Beitrag eigentlich eine Verteidigung des „extrakonstitutionellen Notstands“ unter den konkreten Umständen der Weimarer Verfassung sei.⁹⁸⁶ In der Tat hat der Verfassungsaufsichtsbegriff in der Literatur eine Verknüpfung mit demjenigen des Notstands erfahren. Heckel meint: „Die Verfassungsaufsicht ist hiernach keine Einrichtung des normalen Verfassungslebens, sondern ein außerordentlicher Behelf für den bundesstaatlichen casus extremus.“⁹⁸⁷ Auch Frowein hat die Verfassungsaufsicht als selbstständige Aufsicht, welche er für das Grundgesetz ausmacht, mit Notstandsdurchgriffskompetenzen des Bundes gegenüber den Ländern explizit gleichgesetzt.⁹⁸⁸ Das überzeugt allerdings nicht. Der Begriff der Verfassungsaufsicht bietet vielmehr die Möglichkeit, gerade für das Unionsrecht echtes aliud zum trügerischen Notstandsbegriff zu sein.⁹⁸⁹

Während eine Vermischung der Rechtsbegriffe Aufsicht und Notstand bereits für das Grundgesetz dessen Systematik über Bord werfen muss,⁹⁹⁰ wäre sie für das Unionsrecht unvertretbar.

986 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Dritter Band, S. 123.

987 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungstreit Reich-Preußen“, S. 218.

988 Jochen Frowein, *Die selbstständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz*, S. 47.

989 Bei Jochen Abr. Frowein, „Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozeß“, S. 314, ist diese Gleichsetzung für das damalige Gemeinschaftsrecht auch nicht übernommen.

990 Für diese und die Abgrenzung beider Institute Eckart Klein, Art. 37 GG, in Theodor Maunz & Günter Dürig (Begr./Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 89. EL Oktober 2019, C.H. Beck, München; vgl. insb Rn. 39, wonach die h.M. zuvor eine Bemühung des Bundesverfassungsgerichts für zwingend erforderlich hält.

Der Notstandsbegriff, zumal der Typus des Staatsnotstandes, also gerichtet auf die Durchsetzung der Verfassung bei inneren Umsturzbestrebungen, hat für alle Verfassungen eine enorme Sprengwirkung. Er zwingt nicht nur eine rechtstheoretisch sehr komplexe Diskussion auf,⁹⁹¹ er führt auch zu diversen Randfragen des Verfassungslebens bereits auf staatlicher Ebene, wie den immer wieder diskutierten Fragen, ob Notstandsmaßnahmen einer konstitutionellen Grundlage überhaupt bedürfen und inwieweit ein schlichter Durchgriff staatlicher Stellen zum Schutz der Verfassung geboten und gestattet ist.

Derartige Überlegungen geraten auf unionaler Ebene schnell in einen offenen Konflikt mit hergebrachten Grundsätzen des Unionsprimärrechts, da das Denken vom Notstand her regelmäßig auf eine Veränderung oder sogar Aussetzung der durch die Verfassung etablierten Kompetenzregelungen hinausläuft. Wenn auch Art. 7 Abs. 1 EUV gerade eine Ausnahme vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV, ist, so hieße das Verfechten eines Notstands im Unionsrecht, ihn weit über diese Ausnahme hinweg auszuhebeln. Das hieße nicht zuletzt, die Absichten dieser Arbeit *ad absurdum* zu führen.

Auch im Hinblick auf die Finalität der Union ist der Notstandsbegriff unvertretbar. Seine Abwesenheit ist entscheidendes Kriterium für ihre Abgrenzung vom Staat. Damit sind insbesondere Überlegungen unvereinbar, die der Union gegenüber den Mitgliedstaaten Durchgriffsbefugnisse zugestehen würden, wie sie folgen müssten, um eine Gleichstellung zu Notstandsbefugnissen bzw. zu einer „Unionsexekution“ zu erreichen. Das Unionsrecht kennt keine Normen, die z.B. Form und Inhalt des Art. 37 GG oder des Art. 155 der spanischen Verfassung auch nur im Ansatz vergleichbar wären – selbst wenn man von weitreichenden Vollstreckungsmaßnahmen ausginge, die die Union z.B. im Anschluss an ein Urteil nach Art. 260 Abs. 2 AEUV treffen kann.⁹⁹² Die Union verfügt schlicht nicht

991 Die Literatur ist uferlos. Grundlegend bleibt trotz aller Kritik Carl Schmitt, *Politische Theorie - Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 2. Aufl. Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934; Eine sehr gelungene Synopse der bundesdeutschen Debatte bietet András Jakab, „Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes - Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen“, in: *Kritische Justiz* 38 (2005), S. 323-336.

992 Zu dieser Problematik Marcus Klamert, „Die Durchsetzung finanzieller Sanktionen gegenüber den Mitgliedstaaten“, in: *Europarecht* (2018), S. 159-174; Tobias Hofmann, „How long to compliance? Escalating infringement proceedings and the diminishing power of special interests“, in: *Journal of European Integration* 40 (2018), S. 785-801; ebenso Pål Wennerås, „Making Effective Use of

über entsprechende Verfahren, Stellen und Kräfte, noch kann sie sich solche zu eigen machen.

Dass die Abgrenzung der Verfassungsaufsicht, wie sie hier vertreten wird, zum Notstand darüber überhaupt näher auszuführen ist, ist einer teilweise irritierenden Nennung des Notstandsbegriffs im Kontext unionaler Aufsichtsmaßnahmen und Reaktionen zu verdanken, die über die Diskussion der heutigen Art. 347 und 348 AEUV hinausgeht, wie sie noch bei *Klaus Wirbel* Gegenstand waren. Seine Dissertation ist die mutmaßlich einzige Monographie zu diesem Thema anhand der damaligen Art. 224 und 225 EGV (Maastricht). Er spricht zwar, sich auf weitere Verfasser wie *Thomas Oppermann* und *Frowein* stützend,⁹⁹³ explizit von einer „Notstandsregelung“ der damaligen Verträge,⁹⁹⁴ meint aber damit, wie seine Arbeit später zeigt, den „inneren“ wie den „äußeren“ Notstand der *Mitgliedstaaten* und ihre Pflichten untereinander und gegenüber der Union und gerade nicht hingegen die Möglichkeit eines etwaigen Notstandsdurchgriffs seitens der Union gegenüber den Mitgliedstaaten.⁹⁹⁵

In der europäischen Finanz- und Währungskrise der 2000er und 2010er Jahre ist der Begriff des Notstands für das Unionsrecht prominenter erwähnt worden, allerdings war dort die Vieldeutigkeit ein beliebtes Mittel. *Paul Kirchhof* hat, was die Änderungen im Unionsrecht während der Krise, potentiell zu Lasten der Mitgliedstaaten, anging, von einer „Verfassungsnot“ gesprochen.⁹⁹⁶ Ihm ging es ersichtlich um die besonders dringende Frage der Rechtmäßigkeit der damaligen Maßnahmen, die er verneint,

Article 260 TFEU“, in: András Jakab & Dimitry Kochenov (Hrsg.), *The Enforcement of EU law and Values*, Oxford University Press, Oxford, 2017, S. 79-98, insb. S. 83 ff., auch nochmals zu Überlegungen betreffend GAP-Verletzungen im Rahmen dieses Verfahrens.

993 Mit Verweis u.a. auf Jochen Abr. Frowein, „Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozeß“, S. 312; Thomas Oppermann, *Europarecht: ein Studienbuch*, C.H. Beck, München, 1. Aufl. 1991, Rn. 1771.

994 Klaus Wirbel, *Der Ausnahmezustand im Gemeinschaftsrecht - Zu Inhalt und Grenzen des Art. 224 EG-Vertrag*, zugleich Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Diss.; verlegt ohne Verlag (Universitätsdruck), Bonn 1994, S. 27, dort Fn. 5 m.w.N. zur Terminologie.

995 Das zeigt der weitere Gang seiner Studie, s. insb. 33 ff., 36, wonach eine „Durchbrechung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts“ im Raume stehe, S. 60 ff. insbesondere.

996 Paul Kirchhof, „Verfassungsnot!“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 12.07.2012.

ohne den Notstandsbegriff aufzugreifen. Auch *Jonathan White*,⁹⁹⁷ widmet sich unter dem Begriff der „emergency“ letztlich der Rechtmäßigkeit dieser Entwicklungen, wie etwa durch die sog. *troika*.⁹⁹⁸

Schorkopf fragt in Bezug auf die dann getroffenen Änderungen im Unionsrecht:

„Gibt es einen Unionsnotstand? Bereits die Frage ist heikel. Sie ist bislang nicht gestellt worden und weder nach dem Selbstverständnis der Union noch nach deren Konzeption als Rechtsgemeinschaft könnte sie eigentlich gestellt werden.“⁹⁹⁹

Auch überlegt er, ob es im Hinblick auf potentielle Kompetenzüberschreitungen einen Unionsnotstand gegenüber den Mitgliedstaaten oder nicht vielmehr einen „Gesamthandsnotstand“ der Mitgliedstaaten gegeben habe.¹⁰⁰⁰ Aufgelöst hat er dies nicht.¹⁰⁰¹

Im Übrigen hat Schorkopf im Hinblick auf Art. 7 EUV zwar angemerkt, dass die dortige Formulierung „schwerwiegend“ eine Parallele zu Art. 347 AEUV und den dort angesprochenen Notstandslagen in Mitgliedstaaten

997 Jonathan White, „Politics of last resort: governing by emergency in the European Union“, zuvor Jonathan White, „Emergency Europe“, in: *Political Studies* 63 (2015), S. 300-318.

998 Vgl. Jonathan White, „Politics of last resort: governing by emergency in the European Union“, S. 16 ff., zuvor auch die Einleitung, S. 3 ff. Die Rechtsstaatlichkeit berücksichtigt White nur insofern, als dass er Unionsorganen selbst eine Abweichung von ihr vorwirft, s. dazu ab S. 149.

999 Frank Schorkopf, „Gestaltung mit Recht: Prägekraft und Selbststand des Rechts in einer Rechtsgemeinschaft“, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 136 (2011), S. 323-344, S. 341.

1000 Frank Schorkopf, „Gestaltung mit Recht“, S. 342.

1001 S. aber Frank Schorkopf, „Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung“, in: Wolfram Höfling (Red.), *Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 71, De Gruyter, Berlin, 2012, S. 183-225, S. 186 lediglich zum Notstandsbegriff allgemein, dann aber S. 197, Fn. 55, mit Zitat von Dimitris Triantafyllou, „Zur Verantwortung des Staates für die Geldwirtschaft. Auf dem Weg zu einer europäischen Bankenaufsicht“, in: *Europarecht* 45 (2010), S. 585-597, S. 594. Dort in Gänze: „So bewegen sich die jüngsten Mitteilungen zur Rettung der Banken am Rande der ständigen Praxis der Europäischen Kommission. Es handelt sich offensichtlich um ein Notstandsrecht, das die Abweichung von der normalen Praxis bis zu einem gewissen Punkt rechtfertigt.“

sei, eine abschließende Qualifizierung damit allein nicht ermöglicht werde.¹⁰⁰²

Im Kontext der Rechtsstaatlichkeitskrise schließlich diskutieren von Bogdandy und Ioannidis den Begriff des Notstandes ausdrücklich als möglichen konzeptuellen Hintergrund für ihren Begriff der „Rechtsstaatlichkeitsaufsicht“, also des 2014 durch die Kommission veröffentlichten EU-Rahmens, und erwähnen dabei sogar die bundesdeutschen Regelungen zum Verteidigungsfall.¹⁰⁰³ Dabei wollen sie dies allerdings vor allem als Warnung vor vorschnellen Schritten in der Praxis verstanden wissen. Es dürfe nicht sein, so die Verfasser, dass im Rahmen der Rechtsstaatlichkeitskrise Verfahren fehlten, aber ebenso wenig, dass „einem semi-hegemoniellen Exekutivföderalismus Vorschub“¹⁰⁰⁴ geleistet werde.

Sofern vereinzelt tatsächlich Anleihen beim Notstandsbegriff in Bezug auf Artikel 7 EUV gemacht worden sind, ist dies vorrangig im Hinblick auf die Frage geschehen, ob die Union ungeachtet einer fehlenden expliziten Möglichkeit hierfür die Mitgliedschaft eines Mitgliedstaates suspendieren könne,¹⁰⁰⁵ die indes regelmäßig und damit implizit der Rückgriff auf ein Konzept des Unionsnotstands, zurückgewiesen worden ist.¹⁰⁰⁶

Ulrich Preuß hat die Idee eines Unionsnotstandes gegenüber den Mitgliedstaaten, unter Diskussion des Art. 7 EUV, schließlich explizit abgelehnt.¹⁰⁰⁷ Zwar sei die geregelte Situation durchaus außergewöhnlich, die Annahme einer Notstandsmaßnahme scheitere aber insbesondere daran, dass durch Art. 7 EUV nicht, wie für eine solche erforderlich „zur Bewältigung außergewöhnlicher Notfälle die für den Regelbetrieb einer rechtlich verfassten Institution geltenden Kompetenzen, Befugnisse und Rechte zeitlich begrenzt verändert werden.“ Es handele sich vielmehr um „ein

1002 Frank Schorkopf, Art. 7 EUV, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf & Martin Nettesheim (Begr./Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 68. EL 2019, Rn. 31 und 32.

1003 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 324 f., insb. S. 324 bei Fn. 186.

1004 Armin von Bogdandy & Michael Ioannidis, „Das systemische Defizit“, S. 325.

1005 Darstellung des Diskussionsstands bei André Hau, Sanktionen und Vorfeldmaßnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte, S. 32-33.

1006 So z.B. bei Jochen Abr. Frowein, „Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozeß“, S. 315, was André Hau, Sanktionen und Vorfeldmaßnahmen zur Absicherung der europäischen Grundwerte, S. 32-33, nicht gänzlich deutlich macht.

1007 Ulrich K. Preuß, „Die Krise der Europäischen Union als Ausnahmezustand?“, in: *Kritische Justiz* 50 (2017), S. 51-67.

Mittel des Selbstschutzes der Union gegen Gefährdungen ihrer sozial-moralischen Grundlagen von Seiten eines Mitgliedstaates. Denn die Staaten haften gewissermaßen als Gründer der Union für die konstitutionelle Integrität ihrer Schöpfung und müssen daher ihrerseits die Gründungsprinzipien erfüllen.“¹⁰⁰⁸

Ich mache mir diese Ablehnung des Notstandsbegriffs im Unionsrecht ausdrücklich zu eigen. Wer von einer Verfassungsaufsicht im Unionsrecht spricht, behauptet also nicht einen Unionsnotstand, der zu besonderen Maßnahmen der Union gegenüber den Mitgliedstaaten ermächtigte. Vielmehr ist gemeint, dass mit bestehenden Maßnahmen eben der Schutz eines ganz besonders herausgehobenen Verfassungskerns im Unionsrecht in den Blick gerät. Es geht also nicht primär um die Intensität oder sui-generis-Natur der Maßnahmen, sondern um das, was auf dem Spiel steht, sollten diese Maßnahmen versagen, um den wirklichen Bestand des Verfassungskerns der Europäischen Union.

bb. Legitimierung durch rechtswissenschaftliche Arbeiten und durch die Rechtspraxis

Damit ist zum zweiten Argument zu kommen. Es lautet, dass es mit dem Begriff der Verfassungsaufsicht gelingt, vorangegangene Arbeiten aufzugreifen, die sich gerade dieser Idee eines *Verfassungskerns im Unionsrecht* gewidmet haben. Letzteres nämlich kann auf zahlreiche Vorarbeiten bauen, die zeigen, dass die These eines solchen Verfassungskerns im Unionsrecht legitim und abgesichert ist. Der Verfassungsaufsichtsbegriff macht diese Idee zum Gegenstand eines objektiv-rechtlichen Aufsichtsregimes im Unionsrecht.

Der Begriff des Verfassungskerns bzw. synonym der Verfassungsidentität findet seinen Ursprung in den mitgliedstaatlichen Verfassungen.¹⁰⁰⁹

1008 Beide Zitate Ulrich K. Preuß, „Die Krise der Europäischen Union als Ausnahmezustand?“, S. 53.

1009 Ablehnend für das dt. Grundgesetz zwar Monika Polzin, Verfassungsidentität: Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, S. 133 und ff., der Begriff sei insb. mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar; dort aber m. umf. N. zur Begriffsverwendung, ebenso weist sie nach, Fn. 185, dass u.a. bereits Karl-Peter Sommermann, in: Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein & Christian Starck (Begr./Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 3, die Begriffe Verfassungsidentität und Verfassungskern gleichgesetzt hat.

Er kann dort zunächst als Argument zur Abwehr von Verdichtungstendenzen des Unionsrechts verstanden werden, die nicht die Gemeinsamkeiten, sondern die Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten betont.¹⁰¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht etwa spricht, insbesondere im Lissabon-Urteil, vom „unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“,¹⁰¹¹ verwendet aber auch korrespondierende Begriffe wie die „verfassungsrechtliche Identität als Mitgliedstaaten“¹⁰¹² oder spricht von Grundsätzen, die Art. 79 Abs. 3 GG als „Identität der Verfassung“ festschreibt.¹⁰¹³ Mit seinem sog. „Europäischer Haftbefehl II“-Urteil hat es Ende 2015 diese „Identitätskontrolle“ erstmals angewandt.¹⁰¹⁴ Der Begriff des Verfassungskerns oder der Verfassungsidentität ist mittlerweile ein in vielen Mitgliedstaaten der Union präsender Rechtsbegriff. *Paris* hat ihn für Italien im Detail untersucht,¹⁰¹⁵ *David Kosař* und *Ladislav Vyhnánek* für Tschechien,¹⁰¹⁶ *Maja Walter* hat Unterschiede zwischen Deutschland und Frankreich aufgezeigt.¹⁰¹⁷ Auch im Überblick ist die Auseinandersetzung mit dieser Lehre und die Existenz im positiven Verfassungsrecht, etwa für Dänemark, Polen, Tschechien und Spanien nachgewiesen worden, wie auch für den

1010 Dazu dann in großer Ausführlichkeit Armin von Bogdandy & Stephan Schill, „Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag: Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs“, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70 (2010), S. 701-734, S. 716 ff.

1011 BVerfGE 123, 267, 4. Leitsatz des Tenors.

1012 BVerfGE 123, 267, S. 347.

1013 BVerfGE 123, 267, S. 340.

1014 Ausführlich zum Urteil Dana Burchhardt, „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“)“, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 76 (2016), S. 527-551. Monika Polzin, *Verfassungsidentität*, S. 178 ff., hält diese Rechtsprechungslinie für „unhaltbar“.

1015 Davide Paris, „Carrot and Stick: The Italian Constitutional Court’s Preliminary Reference in the Case Taricco“, in: *Questions of International Law - Questioni di diritto internazionale* 37 (2017), S. 5-20.

1016 David Kosař & Ladislav Vyhnánek, „Constitutional Identity in the Czech Republic: A new twist on the old fashioned idea?“, MUNI Law Working Paper Series No. 2017.05, Masaryk University Law Faculty, Brunn, 2017, insb. S. 8 f.

1017 Maja Walter, „Integrationsgrenze Verfassungsidentität – Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive“, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 72 (2012), S. 177-200, S. 183 ff., wonach der Begriff in Frankreich grds. eine dem deutschen Verständnis entgegengesetzte, das Unionsrecht im nationalen Recht zum Ausdruck bringende Funktion habe.

EGMR und den UN-Menschenrechteausschuss auf völkerrechtlicher Ebene.¹⁰¹⁸

Unionsrechtlicher Niederschlag derartiger Überlegungen ist Art. 4 Abs. 2 EUV. Er bringt zum Ausdruck, dass die Union gegenüber ihren Mitgliedstaaten einen objektiven Gehalt der Verfassungen achtet, der der Ausgestaltung durch die nationalen Verfassungsgerichte insbesondere offensteht.¹⁰¹⁹ Allerdings ergibt sich dabei von vornherein eine Einschränkung, die das Konzept eines Verfassungskerns auf mitgliedstaatlicher Ebene aus der Warte auch des Unionsrechts betont:

„Nur die grundlegenden Verfassungsentscheidungen und Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten“ sind umfasst, so z.B. *Armin von Bogdandy* und *Stephan Schill*.¹⁰²⁰ Hierin liegt, wie sie an anderer Stelle formulieren, der „Kern der Verfassung“,¹⁰²¹ im Englischen ist der Begriff des „core“,¹⁰²² genutzt worden. Ähnlich gelagert war, vor Schaffung des Art. 4 Abs. 2 EUV, die Überlegung Schorkopfs, wonach der Rechtsbegriff der Homogenität im Unionsrecht, neben der Frage der Relation zur Union selbst, auf gemeinsamen Verfassungsüberzeugungen der Mitgliedstaaten untereinander, d.h. *horizontaler* wie auch *vertikaler* Homogenität beruht, nämlich auf grundlegenden Überzeugungen ungeachtet aller verfassungsrechtlicher Unterschiede der Mitgliedstaaten, zu denen jedenfalls das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip zählen.¹⁰²³

1018 S. bei Armin von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickschen, Simon Hentrei & Maja Smrkolj: „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte - Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten“, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 72 (2012), S. 45-78, S. 68-69, bei Fn. 124 und ff, weiter Fn. 122 für den Nachweis der Auseinandersetzung des EGMR und den UN-Menschenrechteausschuss unter Verweis auf Jochen von Bernstorff, „Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechteausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen“, in: *Der Staat* 50 (2011), S. 165-190. S. 170 ff insb.

1019 Armin von Bogdandy & Stephan Schill, „Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag“, S. 712 ff.

1020 Armin von Bogdandy & Stephan Schill, „Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag“, S. 714.

1021 Armin von Bogdandy & Stephan Schill, „Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag“, S. 721.

1022 S. Armin von Bogdandy & Stephan Schill, „Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty“, in: *Common Market Law Review* 48 (2011), S. 1417-1454, etwa S. 1437.

1023 Frank Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union, S. 35 ff.

Die konsequente Fortschreibung dieser Überlegungen für die unionale Verfassungsaufsicht ist nun die Annahme, dass es ebenso einen Verfassungskern gibt, der aus dem Unionsrecht fließend den Mitgliedstaaten entgegengestellt wird.

Dabei ist zu beachten, dass sich ein solcher immer auch aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten speist, insbesondere deswegen, weil einschlägige Normen wie Art. 2 EUV gänzlich unionseigene Begriffe nicht kennen. Das ist bereits bei der Frage der Operationalisierung des Rechtsstaatsprinzips angeklungen. Ganz besondere Bedeutung hat dieses Konzept durch die sog. Heidelberger Gruppe¹⁰²⁴ um von Bogdandy mit ihrem „Reverse Solange“-Vorschlag¹⁰²⁵ entwickelt. Bogdandy u.a. gehen unter Berufung insbesondere auf das Urteil *Ruiz Zambrano*¹⁰²⁶ und *Grzelczyk*¹⁰²⁷ des Europäischen Gerichtshofs davon aus, dass das Konzept eines „Kernbestands“ der Unionsbürgerschaft folgt, das zwar nicht unmittelbar subjektive Rechte, z.B. auf Wahrung des Rechtsstaatsprinzips verleiht, aber durch jedweden Hoheitsakt, auch innerstaatlich, verletzt sein kann.¹⁰²⁸

Dieser Kernbestand manifestiert sich für die Verfasser in Art. 2 EUV, dort allerdings nicht in der gesamten Norm, sondern lediglich in „menschenrechtlichen Essentialia“,¹⁰²⁹ d.h. dem „Wesensgehalt der Grundrechte“, der den Mitgliedstaaten gemeinsam ist.¹⁰³⁰

1024 Bezeichnung bei Anna Maria Russo, „La cittadinanza ‚sostanziale‘ dell'UE alla luce della proposta del Gruppo di Heidelberg: Verso una "Reverse Solange"?“, in: *Federalismi* 12 (2014), S. 1-19.

1025 Armin von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dickson, Simon Hentrei & Maja Smrkolj: „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte - Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten“, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 72 (2012), S. 45-78.

1026 EuGH, Rs. C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano ./ Office national de l'emploi (ONEm), Urteil (GK) vom 08.03.2011, Slg. 2011, I-1232, ECLI:EU:C:2011:124, dazu Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 58, 61 ff.

1027 EuGH, Rs. C-184/99, Rudy Grzelczyk ./ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Urteil vom 20.09.2001, Slg. 2001, I-6229, ECLI:EU:C:2001:458, dazu Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 60, 61.

1028 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 58-59.

1029 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 68.

1030 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, etwa S. 72, 74.

Diese Feststellung ist für die Zwecke dieser Arbeit sehr bedeutend, denn sie widerlegt die vielleicht angestellte Vermutung, dass die Verfassungsaufsicht als Kern der Verfassung stets den Schutz einer Mehrzahl an Rechtsgütern oder, hier, Prinzipien, wie sie Art. 2 EUV wiedergibt, zum Gegenstand haben muss. Das Konzept findet seinen Ausdruck gerade auch dann, wenn nur der Schutz eines einzelnen, in der gegenwärtigen Lage besonders bedeutenden, Prinzips im Raum steht, wie in der derzeitigen Lage die Rechtsstaatlichkeit. Dies steht zukünftige Entwicklungen nicht entgegen. Gewissermaßen besteht dann also ein „Kern eines Kerns“.

Gleiches zeigt sich auch beim „Reverse Solange“-Konzept: innerhalb des Kernbestands der Unionsbürgerschaft, bereits Kern der gemeinsamen Verfassung der Union, wird ein weiterer Kern ausgemacht, der diese zu schützenden Grundrechte enthält. Diese Idee ist auch zuvor im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip angeklungen¹⁰³¹ und kann für diese Arbeit die Überlegung bestärken, wonach es bei der Operationalisierung desselben Prinzipien geben muss, die in jedem Fall zu ihm zählen müssen. Berufen zum Schutz dieses Kerns, der den *Unionsbürger*, nicht die *Union selbst* in den Mittelpunkt rückt, sind bei von Bogdandy u.a. keine unionalen Stellen, sondern vorrangig die Mitgliedstaaten selbst.¹⁰³² Wird nämlich, für den Fall eines systemischen Defizits,¹⁰³³ die Vermutung widerlegt, dass der Mitgliedstaat seine Bürger schützt, können dessen Gerichte sich, auch „in rein innerstaatlichen Sachverhalten“, auf die Unionsgrundrechte berufen,¹⁰³⁴ folglich also ohne Rücksicht auf Art. 51 der Grundrechtecharta, und ggf. den EuGH per Vorabvorlageverfahren anrufen.¹⁰³⁵

Der Vorschlag der Heidelberger Gruppe, und damit auch der hier interessierende Rechtsbegriff des Kerngehalts eines bestimmten Teils der Unionsverfassung als dessen besonders bedeutender materieller Bereich, hat zwischenzeitlich die ausdrückliche Unterstützung durch Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs und damit die vielleicht größtmögliche

1031 Armin von Bogdandy & Stephan Schill, „Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag“, S. 720 zur Beobachtung eines „Kerngehalts des Rechtsstaatsprinzips“.

1032 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 48, 60.

1033 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 72.

1034 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 48.

1035 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 73, 74.

Legitimierung erhalten. *Dimitry Kochenov u.a.* haben aufgezeigt, dass Generalanwalt *Miguel Poaires Maduro* in der Rs. *Centro Europa*, unter Nutzung des Begriffs des „systemischen“, eine Prüfung in diesem Sinne seitens des Gerichtshofs selbst in Betracht zog.¹⁰³⁶ Und Generalanwalt Tanchev sprach, unmittelbar unter Nennung des Beitrags, von einem „innovativen Vorschlag“.¹⁰³⁷

Hier ist aus dem „Reverse-Solange“-Vorschlag die Nutzbarkeit des Begriffs des Verfassungskerns als auch aus dem Unionsrecht fließend und gegenüber den Mitgliedstaaten wirkend zu entnehmen. Darauf gilt es für den Begriff der unionalen Verfassungsaufsicht Bezug zu nehmen. Der verfahrensrechtliche Vorstoß der damaligen Verfasser, also die Nutzung des Vorabvorlageverfahrens, ist, trotz seiner unbestrittenen Bedeutung gerade im Rahmen der gegenwärtigen Krise, indes keine Verfassungsaufsicht.¹⁰³⁸ Der Vorschlag dort ist eine subjektiv-rechtliche Erweiterung des Grundrechtsschutzes für den Einzelnen und hängt zentral an der unerschütterten Funktionstüchtigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte. In der Rechtsstaatlichkeitskrise zeigt sich, wie anfällig die Gerichte sein können.

Das Instrumentarium der Verfassungsaufsicht ergänzt diese Überlegung daher durch ein objektiv-rechtliches Rechtsregime, in welchem unionale Stellen, insbesondere Kommission und Gerichtshof, gegenüber den Mitgliedstaaten tätig werden.

Armin von Bogdandy u.a. lassen die Möglichkeit einer ebensolchen Ergänzung ihres Vorschlags zu, wenn sie z.B. schreiben:

„Die Union schützt ihre Bürger gegen diejenigen Statusverletzungen ihres Heimatstaates, welche die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit berauben.“¹⁰³⁹

1036 Dimitry Kochenov, Laurent Pech & Sébastien Platon, „Ni panacée, ni gadget : le „nouveau cadre de l’Union européenne pour renforcer l’État de droit“, S. 700, bei Fn. 58 unter Verweis auch auf die engl. Fassung des Beitrags der Heidelberger Gruppe und insb. auf EuGH, Rs. C-380/05, *Centro Europa 7 Srl v Ministero delle Comunicazioni u.a.*, Schlussanträge des Generalanwalts M. Poaires Maduro vom 12.09.2007, Rn. 14 ff., vgl. insb. Rn. 20 und 21 („schwerwiegender und andauernder Verstoß“ in einem Mitgliedstaat), dt. Fassung nicht in der amtl. Slg., franz. Ausg. 2007, S. I-352, ECLI:EU:C:2007:505.

1037 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Evgeni Tanchev in der Rs. C-192/18, *Kommission ./ Polen*, „Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, ECLI:EU:C:2019:529, Rn. 72, Fn. 36.

1038 Vgl. hierzu bereits in der Einleitung.

1039 Armin von Bogdandy u.a., „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“, S. 62-63.

Dabei findet das Konzept des Verfassungskerns als objektiv-rechtliches Abwehrargument der Union zum Selbstschutz prominente Unterstützer. Generalanwältin Kokott und ihr *Référéndaire* *Christoph Sobotta* haben z.B. vom Schutz von „constitutional core values“ im Hinblick auf das Urteil *Kadi* gesprochen und dabei angemerkt, vorherrschend sei sein Verständnis als „underscoring and defending the autonomy of EU law“. ¹⁰⁴⁰ Auch das Bundesverfassungsgericht hat diese Lesart akzeptiert. ¹⁰⁴¹ In die Literatur ist die Figur des Verfassungskerns ebenfalls als objektiv-rechtliche Schutzüberlegung eingegangen. Halmai spricht, in Bezug auf die Vorgänge in Ungarn, von „Kernwerten“ (core values), die es zu schützen gelte. ¹⁰⁴²

Ein aus objektiv-rechtlicher Schutzrichtung verstandener Verfassungskern der Europäischen Union, der sich auf die Werte des Art. 2 EUV stützt, kann in der Praxis unterschiedliche Ausgestaltungen erfahren.

Christophe Hillion zeigt auf, dass die Europäische Kommission von einem „core meaning of the rule of law“ spricht, ¹⁰⁴³ den es zu schützen gelte. Er greift damit die bei von Bogdandy und Schill genutzte Figur der Bestimmung des Verfassungskerns durch Herausarbeitung eines reduzierten Kerns eines einzelnen, ihm zuzuschreibenden Prinzips, auf.

Der Europäische Gerichtshof ist selbst bereits seit längerem dabei, die Figur des Verfassungskerns unionsautonom zu entwickeln und zu nutzen. ¹⁰⁴⁴

1040 Juliane Kokott & Christoph Sobotta, „The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance?“, in: *European Journal of International Law* 23 (2012), S. 1015-1024, S. 1017.

1041 BVerfGE 123, 267, S. 401, Nachweise und Aufarbeitung bei Nele Yang, *Die Leitentscheidung: Zur Grundlegung eines Begriffs und seiner Erforschung im Unionsrecht anhand des EuGH-Urteils Kadi*, Springer, Heidelberg, 2017, S. 216.

1042 Gábor Halmai, „The Application of European Constitutional Values in EU Member States“, in: *European Journal of Law Reform* 20 (2018), S. 10-34, S. 12, S. 33, dabei durchaus kritisch.

1043 Christophe Hillion, „Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means“, S. 69, unter Verweis auf Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips vom 11.03.2014, COM(2014) 158 final, S. 4.

1044 Matthias Schmidt & Piotr Bogdanowicz, „The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis“, S. 1088, unter Hinweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot in der Rs. C-643 & 647/15, Slowakische Republik u.a. Kommission, ECLI:EU:C:2017:618, Rn 19: « [...] un ensemble de valeurs et de principes qui constitue ‘le socle de la construction européenne’»; zur Frage der Grundrechtsbedeutung weiter die Schlussanträge der Generalanwält-

Nach alledem meine ich: das Konzept, dass es im Unionsrecht einen aus ihm selbst gegenüber den Mitgliedstaaten wirkenden Verfassungskern gibt, ist hinreichend in Literatur und Rechtsprechung gesichert. Aufgrund des derzeitigen Zuschnitts der Rechtsstaatlichkeitskrise manifestiert sich die Diskussion um den unionalen Verfassungskern gerade im Rechtsstaatsprinzip, ist aber nicht zwingend auf diesen festgelegt. Aus der dieser Diskussion vorausgehenden Literatur zum Aufsichtsbegriff folgt, dass der zunächst durch Heckel konzipierte, später aber durch mehrere namhafte Verfasser aufgegriffene und im Unionsrecht fest etablierte Begriff der *Verfassungsaufsicht* es am besten vermag, dasjenige Instrumentarium im Unionsrecht zu beschreiben, das objektiv-rechtlich auf den Schutz dieses Kerns durch Beobachtung, Überprüfung und ggf. Berichtigung mitgliedstaatlicher Maßnahmen abzielt.

II. Überlegungen zur praktischen Anwendung des Verfassungsaufsichtsbegriffs im Unionsrecht

Die Nutzung des Verfassungsaufsichtsbegriffs für die in dieser Arbeit interessierenden Mechanismen meint nicht, dass der Begriff selbst bei der Durchsicht von Primärmaterial im Rahmen der Krise unmittelbar ins Auge springt. Er ist eine Übertragung aus der Rechtswissenschaft. In der Mitteilung von 2014 über den „EU-Rahmen“ hat die Europäische Kommission keine in diese Richtung deutende Ausführung gemacht, vielmehr ist dort (bereits im Titel) eine „Stärkung“ der Rechtsstaatlichkeit angesprochen worden.¹⁰⁴⁵ Auch in den beiden weiteren programmatischen Mitteilungen der Kommission von 2019 zur Rechtsstaatlichkeitskrise¹⁰⁴⁶ ist der Begriff nicht genutzt worden.

tin Eleanor Sharpston in der Rs. C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano *.l.* Office national de l'emploi, ECLI:EU:C:2010:560, Rn. 154: „Die Grundrechte sind somit zu einem Kernelement der Entwicklung der Union geworden [...]“.

¹⁰⁴⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, 11.03.2014, COM(2014) 158 final.

¹⁰⁴⁶ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Die Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union: Ein Konzept für das weitere Vorgehen, COM(2019) 343 final vom 17.07.2019.

Allerdings ergeben sich aussagekräftige Indizien, die sehr dafür fechten, dass gerade die Europäische Kommission um die kumulierte Wirkung ihrer Maßnahmen weiß. Sie spricht nämlich, entwicklungs offen und flexibel, seit 2019 von einer gemeinsamen „Toolbox“ (im Deutschen bedauerlicherweise wenig aussagekräftig als „Instrumentarium“ übersetzt), und vor allem gruppiert sie unter diesem Begriff weitestgehend diejenigen Instrumente, die auch hier in den Blick geraten.¹⁰⁴⁷

Überdies ist die Aufsichtsqualität für die Rechtsstaatlichkeitskrise in Maßnahmen anderer Institutionen angedeutet worden. Im Vorschlag zum „DRF-Pakt“ des Europäischen Parlaments findet sich die Überlegung einer „Überwachung“ („monitoring compliance“/„contrôle“) der Unionswerte, die durch den Mechanismus angestrebt wird.¹⁰⁴⁸

Am deutlichsten ist bislang der Juristische Dienst des Rates geworden. Er bezeichnet Artikel 7 EUV und die ihm ähnlichen Mechanismen ausdrücklich als Aufsichtsverfahren, wenn auch im Hinblick auf das Ergebnis skeptisch. Er hielt nämlich in Bezug auf den EU-Rahmen von 2014 fest:

„die Verträge [bieten] keine Rechtsgrundlage [...], aufgrund deren [sic] die Organe befugt wären, einen neuen *Aufsichtsmechanismus* in Bezug auf die Achtung der Rechtsstaatlichkeit durch die Mitgliedstaaten zusätzlich zu dem in Artikel 7 EUV festgelegten Vorgehen zu schaffen, weder zur Änderung noch zur Abwandlung oder Ergänzung des in diesem Artikel festgelegten Verfahrens.“¹⁰⁴⁹

1047 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat, Die weitere Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union: Aktuelle Lage und mögliche nächste Schritte, COM(2019) 163 final, S. 3 und ff., s. auch insb. die engl. Originalfassung. Zu den Mechanismen im Einzelnen infra, E.

1048 Europäisches Parlament, P8_TA(2016)0409, EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2016 mit Empfehlungen an die Kommission zur Einrichtung eines EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte, (2015/2254(INL)), Rn. 9.

1049 Rat der Europäischen Union, Gutachten des Juristischen Dienstes, Betr.: Mitteilung der Kommission "Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips": - Vereinbarkeit mit den Verträgen, 10296/14 vom 27. Mai 2014, S. 7, Rn. 24, meine Hervorhebung. Nachweis auch (ohne Kommentar) bei Matthias Niedobitek, „Right and duty to pursue the “wrongdoer” and a possible abuse of Art. 7 TEU“, in: Armin Hatje & Tichý Luboš (Hrsg.), Liability of Member States for the Violation of Fundamental Values of the European Union, Europarecht, Beiheft 1, Nomos, Baden-Baden, 2018, S. 233-242, S. 237, Fn. 24.

Das ist also eine ausdrückliche Anerkennung des Aufsichtskonzepts in Bezug auf die Relation Union-Mitgliedstaaten (wenn auch gerade im Rahmen seiner Zurückweisung). Interessant ist hier auch die Übersetzung des Begriffs in den anderen Arbeitssprachen. Im Englischen lautet sie in genauer Entsprechung „supervision mechanism“, im Französischen „mécanisme de contrôle“. *Leonard Besselink* hat gerade dieses Vorgehen kritisiert. Es handele sich um einen unzulässigen „rhetorischen Trick“, da das im EU-Rahmen angelegte „Monitoring“ nicht „a hierarchical device to which Member States are subjected“ sei.¹⁰⁵⁰ Das kann, im Hinblick auf das Konzept des Schutzes eines unionalen Verfassungskerns, nicht überzeugen.

Gerade hier schließlich zeigen sich nochmals die durchschlagenden Vorzüge des Verfassungsaufsichtsbegriffs, wenn man sich verdeutlicht, dass neben die Überlegungen zum Schutz eines unionalen Verfassungskerns seitens Heckel eine Art Prüfungsschema tritt, das den Begriff auch im Unionsrecht unmittelbar nutzbar macht und die hierarchische Beziehung zwischen Union und Mitgliedstaaten nicht in der Schwebe lässt. Ich will weder hier, noch in Bezug auf die nachfolgend dargestellten Mechanismen, eine Subsumtion in Bezug auf diese Ausführungen vorschlagen, sondern vielmehr, dass man sich bei ihm rückversichern kann, wenn die Zuordnung eines Mechanismus zum Rechtsregime der Verfassungsaufsicht oder aber seine Vorzüge in Zweifel gezogen werden. Aus der Eingängigkeit dieser Überlegungen und den Parallelen mit der jetzigen Krise ergibt sich ein drittes Argument für die Nutzung des Verfassungsaufsichtsbegriffs im Unionsrecht.

Für Heckel ist das *Schutzgut der Verfassungsaufsicht* die nach innen gerichtete Verfassungsordnung im Bund als „Bundesverfassungsaufsicht“, also die aus der „bündischen Staatenordnung hervorgehenden Arten von Länderpflichten“ selbst, oder als „Länderverfassungsaufsicht“ diejenige in Bezug auf die Landesverfassung.¹⁰⁵¹ Für die vorliegende Arbeit wäre es angebracht, dies grundsätzlich zu übernehmen und zwischen der Unionsverfassungsaufsicht und derjenigen ihrer Mitgliedstaaten zu trennen, indes den Schutz der Bundesverfassung selbst gesondert zu betonen.

1050 Leonard Besselink, „The Bite, the bark and the howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives“, in: András Jakab & Dimitry Kochenov (Hrsg.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, S. 128-144, S. 139-140, Zitat S. 140.

1051 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 214.

Drei *Pflichten* sieht Heckel in seinen Überlegungen als verletzbar an: die Folgepflicht gegenüber dem Bund, die Friedenspflicht gegenüber den anderen Ländern und die Ordnungspflicht, was den eigenen, mit der Bundesverfassung in Einklang stehenden Aufbau und die Funktion der Länder angeht.¹⁰⁵²

In der derzeitigen Rechtsstaatlichkeitskrise ist in der Union die zweite Pflicht, die Friedenspflicht gegenüber anderen Mitgliedstaaten, wohl nicht akut relevant geworden, sieht man von einiger aggressiver Rhetorik bestimmter Mitgliedstaaten gegenüber anderen ab. Im Raum stehen aber insbesondere und ganz prioritär die Folgepflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Union und die Ordnungspflicht in ihren eigenen Rechtsordnungen. Ruft man sich in Erinnerung, dass in Ungarn ad-hoc-Gesetzgebung die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns erschwert und in Polen die Zukunft der Gerichtsbarkeit ungewiss ist und weiter, dass der Europäische Gerichtshof wie die Kommission diese Vorgänge als unvereinbar mit rechtsstaatlichen Grundsätzen angesehen haben, ist die Folgepflicht gegenüber der Union insbesondere infrage gestellt. Dann ist es geboten, dass die betroffenen Mitgliedstaaten Rechtssicherheit in ihren eigenen Rechtsordnungen zur Erfüllung der „Ordnungspflicht“ wiederherstellen.

Zwei *Arten der Pflichtverletzung* sind denkbar: die schuldhafte Missachtung der Verfassung und die Verfassungsstörung.¹⁰⁵³ Diese Beobachtung deckt sich, auch wenn Heckel den Schuldbegriff und nicht den des Vorsatzes anführt, quasi vollständig mit der in dieser Studie beobachteten Unterscheidung von staatlicher Schwäche und vorsätzlichen Vorgängen. Letztere ist also die schuldhafte Missachtung der Bundesverfassung.

Der *Maßstab der Verfassungsaufsicht* bestimmt sich teleologisch an der Verfassung selbst.

Für den „Aufsichtsfall“ der Verfassungsaufsicht ist es erforderlich, dass der Verstoß gegen eine dieser Pflichten „sich als Teil eines verfassungsfeindlichen Gesamtverhaltens des Landes qualifiziert“.¹⁰⁵⁴ Mit anderen Worten: er muss systemischen Charakter haben.

Da die Verfassungsaufsicht folglich immer eine gewisse Drastik und damit auch eine politische Komponente hat, steht sie unter dem *Vorbehalt*

1052 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 213.

1053 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 217, versteht den Begriff hingegen enger und sieht in ihm das Versagen spezifisch eines obersten Staatsorgans.

1054 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 218-219.

der strengen Subsidiarität. Letztere hängt für Heckel an drei Abwägungsmerkmalen.

Es bedarf nach Heckel zunächst der Erforderlichkeit zur „Abwehr eines spezifisch [...] verfassungsfeindlichen Verhaltens oder einer ebensolchen Lage, also von Gefahren, die das Mark des Verfassungslebens treffen, die den Kern seiner Ordnung ändern oder zerstören“. ¹⁰⁵⁵ Es muss sich also um eine Lage ganz besonderer verfassungspolitischer und -rechtlicher Brisanz handeln. Nochmals lässt sich hier an Überlegungen anknüpfen, die zuvor zum systemischen Defizit gemacht worden sind, wie insbesondere die Überlegung, dass eine Unterwanderung des Rechtsstaatsprinzips nicht nur Grundlagen der Verfassung des Mitgliedstaats in Mitleidenschaft zieht, sondern insbesondere auch diejenige der Union selbst.

Verfassungsaufsichtsmaßnahmen dürfen nur zum Tragen kommen, wenn die beaufsichtigten Länder nicht selbst Herr der Lage werden würden. ¹⁰⁵⁶ Gemeint ist also das Erfordernis des *subsidiären Selbsteintritts des Bundes*. Das zeigt klare Parallelen auch zum Reverse-Solange-Vorschlag, auch dieser stellt auf eine Subsidiarität der Maßnahmen ab.

Zweitens ergibt sich eine strenge Subsidiarität auch aus dem beaufsichtigten *Sachverhalt* und dem in ihm enthaltenen *Trivialisierungsverbot* der Verfassungsaufsicht. Erforderlich ist zum einen eine bedeutende Schwere der vom beanstandeten Verhalten ausgehenden Gefahr und des Weiteren aus dieser resultierend eine – bis hin zur Irreversibilität reichende – *Prägewirkung der Gefahr auf das Verfassungsleben bei ungehinderter Fortwirkung*. „Nur wenn der Verstoß sich als Teil eines verfassungsfeindlichen Gesamtverhaltens des Landes qualifiziert, greift die Verfassungsaufsicht durch. In leichteren Fällen dagegen sind reguläre Bundesaufsichtsmaßnahmen zu treffen.“ ¹⁰⁵⁷

Auch hinsichtlich der *konkreten Durchführung der Verfassungsaufsicht* stellt Heckel Überlegungen an. Sie erfolgt durch die gemäß der Verfassung selbst benannten *Aufsichtsorgane*, denen alle von der Verfassung vorgesehenen „*Aufsichtsmaßnahmen*“ zur Abhilfe zur Verfügung stehen. ¹⁰⁵⁸ Folglich ergibt sich hier die Annahme bzw. zumindest die Möglichkeit

1055 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 217-218.

1056 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 217.

1057 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 218-219.

1058 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 221 ff., 223 ff.

einer Verfahrensmehrzahl. Weitere Ausführungen, die Heckel naturgemäß auf den rechtlichen Rahmen der Weimarer Reichsverfassung zuschneidet, sind hier uninteressant. Heckel schreibt aber bestimmte Abläufe der „*Aufsichtsaktion*“ vor. Sie erfordert demnach „gegenwärtige Gefahren“, wenn auch im Hinblick auf diese präventiv gehandelt werden kann und gestufte Verfahren inklusive von „Warnungen“ an das Land gerichtet werden können.¹⁰⁵⁹ Auch dies zeigt sehr nützliche Parallelen zum gestuften Ablauf heutiger unionaler Maßnahmen, denkt man insbesondere an Art. 7 EUV oder das Vertragsverletzungsverfahren. Heckel betont zuletzt die *Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit* und des *Rechtsschutzes der Länder gegen ergriffene Maßnahmen*.¹⁰⁶⁰ Das ist, bedenkt man die Rolle des EuGH bei der Aufarbeitung der gegenwärtigen Krise, wiederum unmittelbar nutzbar und auch erforderlich.

1059 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 226 ff.

1060 Johannes Heckel, „Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.10.1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen“, S. 228 und ff.