

# Zwischen Europafreundlichkeit und Europaskepsis – Kritischer Überblick über die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur europäischen Integration

Thomas Giegerich\*

## Inhalt

A.	Die deutsche Verfassungsordnung und „ihr“ Gericht	5
B.	Das EU-Recht und „sein“ Gericht	5
C.	Die europäische Integration als Herausforderung für die Verfassungsstaatlichkeit	7
	I. Angemessene Balance zwischen Zentripetal- und Zentrifugalkräften als Daueraufgabe	7
	II. Hauptsächliche Konfliktbereiche: Rechtsstaatlichkeit (Grundrechte), Föderalismus und Demokratie	9
	1. Grundrechtskonflikt	9
	2. Förderalismuskonflikt	9
	3. Demokratiekonflikt	10
	4. Entschärfungsbemühungen auf deutscher und europäischer Ebene	11
D.	Positionen des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts zum Verfassungskonflikt: Oszillation zwischen Kooperation und Konfrontation	12
	I. Der Konflikt im Grundrechtsbereich	12
	1. Früher: Untermaß an europäischem Grundrechtsschutz?	12
	2. Heute: Übermaß an europäischem Grundrechtsschutz?	14
	3. Sonstige europafreundliche und europaskeptische Ansätze des Bundesverfassungsgerichts im Grundrechtsbereich	16
	II. Der Konflikt im Bereich des Föderalismus	21
	III. Der Konflikt im Bereich des Demokratieprinzips	23
	1. Spannungsverhältnis zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Demokratie	23
	2. Spiegelbildliche Demokratievorgaben in EU-Vertrag und Grundgesetz	24

\* Univ.-Prof. Dr. iur., Direktor des Europa-Instituts. Der Beitrag geht auf den Vortrag zurück, den der Verfasser am 25.9.2015 auf dem 34. Deutsch-Französischen Juristentreffen in Saarbrücken gehalten hat.

3.	Verfassungsprozessualer Hebel des Bundesverfassungsgerichts: Das grundrechtsgleiche Bundestagswahlrecht in Art. 38 GG	25
	a) Proeuropäischer Konsens in Westdeutschland bis 1989	25
	b) Europäische Einbindung des wiedervereinigten Deutschland gibt Europaskepsis Auftrieb	25
	c) Bundesverfassungsgericht ermöglicht europaskeptisches „Ersatzvolksbegehren“	26
	d) Verschärfung der Darlegungslast durch das Bundesverfassungsgericht	27
4.	Verfahren gegen den Vertrag von Maastricht: Grundlegung der verfassungsgerichtlichen Integrationsaufsicht	27
5.	Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon	28
	a) Europafreundliches Grundgesetz verbietet europäischen Bundesstaat	28
	b) Integrationsverantwortung vor allem des Bundestages	29
	c) Ultra-Vires- und Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über EU-Rechtsakte	29
	d) Vereinbarkeit der Kontrollvorbehalte des Bundesverfassungsgerichts mit dem EU-Recht?	30
	e) Sind Ultra-Vires- und Identitätskontrolle verfassungsrechtlich geboten?	31
6.	Praktische Beispiele der Ultra-Vires- und Identitätskontrolle	32
	a) Ultra-Vires-Kontrolle über den EuGH im „Honeywell“-Fall	32
	b) Identitätskontrolle in Bezug auf einen Europäischen Haftbefehl	33
7.	Verfahren zu den Sperrklauseln im Europawahlrecht: Geringschätzung des Europäischen Parlaments?	36
	a) Degressiv-proportionale Zusammensetzung und Wahlrechtsgleichheit	36
	b) Braucht das Europaparlament keine Sperrklausel?	37
	c) Könnte das EU-Recht eine Sperrklausel vorgeben?	38
8.	Verfahren gegen die Maßnahmen zur Euro-Rettung	39
	a) Vorläufiger Euro-Rettungsschirm von 2010	39
	b) ESM-Vertrag und Fiskalvertrag	41
	(1) Ablehnung einer einstweiligen Anordnung unter Auflagen	41
	(2) Hauptsacheurteil: Festschreibung einer Sonderrolle für Deutschland	43
	c) „Vergiftetes“ Vorabentscheidungsersuchen zum OMT-Beschluss der Europäischen Zentralbank	43
	(1) Einbeziehung des OMT-Beschlusses in das ESM-Verfahren	43
	(2) Verfassungsbeschwerdemöglichkeit gegen jeden kompetenzwidrigen EU-Akt?	44
	(3) Versuch eines Karlsruher Diktats?	45

(4) Vorschlag für einen Friedensschluss mit dem EuGH	46
E. Ein zwiespältiger Eindruck: Das Bundesverfassungsgericht als Bremser	47

## A. Die deutsche Verfassungsordnung und „ihr“ Gericht

Das Bundesverfassungsgericht ist ein besonderes Gericht, für das es in der deutschen Geschichte kein Beispiel gibt. Es bildet nicht nur die Spitze der deutschen Justiz-Pyramide, weil es die Entscheidungen aller anderen deutschen Gerichte aufheben kann.<sup>1</sup> Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht den Status eines Verfassungsorgans, steht also auf derselben Ebene wie Bundespräsident, Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung.<sup>2</sup> Es versteht sich als Hüter der deutschen Verfassungsordnung, deren Autonomie sowohl gegenüber dem Völkerrecht als auch gegenüber dem Europarecht es betont. Das Bundesverfassungsgericht erkennt keine anderen Götter über sich an und duldet solche auch neben sich nur ungern. Über seine Kompetenzen wacht es eifersüchtig, und es beansprucht in Bezug auf Konflikte zwischen EU-Recht bzw. Völkerrecht und deutschem Verfassungsrecht das letzte Wort.<sup>3</sup>

Das Bundesverfassungsgericht ist stolz auf seine Rechtsprechungsleistungen, insbesondere im Bereich des Grundrechtsschutzes, wo es europa-, ja weltweit Maßstäbe gesetzt hat. Seit Jahren veröffentlicht es deshalb vor allem englische Übersetzungen seiner wichtigsten Entscheidungen. Es genießt in Deutschland und weit darüber hinaus hohes Ansehen in der Fach- und allgemeinen Öffentlichkeit.

## B. Das EU-Recht und „sein“ Gericht

Die Europäische Union ist ebenfalls ohne Beispiel in der Geschichte. Niemals zuvor haben sich festgefügte Nationalstaaten nach jahrhundertelangen Kriegen gegeneinander freiwillig entschlossen, zukünftig erhebliche Teile ihrer Souveränität miteinander auszuüben. Sie taten dies in der Einsicht, in der heutigen globalisierten Welt nur noch gemeinsam nennenswerten Einfluss ausüben und ihre Autonomie behaupten zu können. Die Initiative dazu ging 1950 vom französischen Außenminister *Schuman* aus, nur sechs Jahre nach dem Ende des zweiten Weltkriegs.

Das Mittel zur friedlichen europäischen Einigung ist nach *Walter Hallstein*

„eine geistige, eine kulturelle Kraft: das Recht. Die Majestät des Rechts soll schaffen, was Blut und Eisen in Jahrhunderten nicht vermochten.“<sup>4</sup>

Daran anknüpfend hat der EuGH die E(W)G als „Rechtsgemeinschaft“ und die EU als „Rechtsunion“ klassifiziert, deren Charakteristik darin bestehe, dass weder die

1 § 95 Abs. 2 BVerfGG.

2 § 1 Abs. 1 BVerfGG. Diese Regelung geht zurück auf die Statusdenkschrift des Plenums des BVerfG v. 27.6.1952, JöR NF 6 (1957), S. 144 ff.

3 BVerfGE 123, 267 (340) – *Vertrag von Lissabon*.

4 *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, S. 53.

Mitgliedstaaten noch die Organe der gerichtlichen Kontrolle darüber entzogen seien, ob ihre Handlungen im Einklang mit dem Vertrag als Verfassungsurkunde der Gemeinschaft bzw. Union stünden.<sup>5</sup> Am Konzept der Rechtsunion wird deutlich, dass die Europäische Union Realität nur insoweit gewinnen kann, als das Unionsrecht vor allem den Mitgliedstaaten gegenüber effektiv durchgesetzt wird. Denn diese Mitgliedstaaten verfügen kurz gesagt erstens über die politische Macht in Europa und zweitens über die Herzen der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger.

Die entscheidenden Qualifikationsmerkmale des supranationalen Unionsrechts sind seine weitgehende unmittelbare Anwendbarkeit – d.h. individuelle Einklagbarkeit – in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und sein Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht aller Hierarchiestufen. Diese beiden Charakteristika der Supranationalität hat der EuGH sehr früh richterrechtlich entwickelt, und zwar in den berühmten Entscheidungen *van Gend & Loos*<sup>6</sup> und *Costa/ENEL*.<sup>7</sup> Ausdrücklich im Vertragstext kodifiziert worden sind sie aber nie.<sup>8</sup> Vor allem durch die unmittelbare Anwendbarkeit und den Vorrang ihres Rechts wird die Europäische Union als bundesstaatsähnliches Mehrebenensystem qualifiziert: Ihre Träger sind neben den Mitgliedstaaten die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger. Die Union ist mit anderen Worten nicht nur ein Staatenverein, sondern zugleich auch ein Völkerverein bzw. Bürgerverein.

Daran wird deutlich, dass der EuGH im europäischen Integrationsprozess schon immer eine außerordentlich wichtige Rolle gespielt hat. Nicht zu Unrecht ist er als „Motor der Integration“ bezeichnet worden. Der ihm vertraglich zugewiesene Auftrag besteht darin, „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ zu sichern.<sup>9</sup> Er hat seine Aufgabe in erster Linie darin gesehen, die Effektivität des Unionsrechts gegenüber den Mitgliedstaaten zu sichern. Seine kühnsten Rechtsfortbildungen dienten immer diesem einen Zweck,<sup>10</sup> und sie sind letztlich alle von den Mitgliedstaaten akzeptiert worden. Denn diese wissen genau, dass der Erfolg der europäischen Einigung von der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts abhängt.

Man kann die Bedeutung des EuGH für die EU durchaus mit der Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts für Deutschland vergleichen. In der Tat hat der EuGH das europäische Primärrecht als eine Art (Bundes-)Verfassungsrecht der Union verstan-

5 EuGH, Rs. 294/83, *Les Verts*, EU:C:1986:166, Rn. 23; EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi*, EU:C:2008:461, Rn. 281; EuGH, Rs. C-550/09, *E und F*, EU:C:2010:382, Rn. 44.

6 EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

7 EuGH, Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

8 Die geplante Regelung in Art. I-6 des Vertrags über eine Verfassung für Europa von 2004 ist nie in Kraft getreten. Vgl. nunmehr die bloße Erklärung (Nr. 17) zum Vorrang der Regierungskonferenz von Lissabon, ABl. C 306 v. 17.12.2007, S. 256.

9 Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV.

10 Siehe neben der unmittelbaren Anwendbarkeit des Primärrecht (Fn. 6) und dem Vorrang des Unionsrechts (Fn. 7) insbesondere die unmittelbare Anwendbarkeit hinreichend bestimmter RL-Artikel (EuGH, Rs. 9/70, *Leberpfennig*, EU:C:1970:78, Rn. 9f.) und die Staatshaftung für Unionsrechtsverletzungen (EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, *Franzovich*, EU:C:1991:428).

den und sich selbst als Verfassungsgericht dieser Union eingestuft.<sup>11</sup> Genauso wie das Bundesverfassungsgericht erkennt er keine anderen Götter über sich an und duldet solche auch neben sich nur ungern.<sup>12</sup> Über seine Kompetenzen wacht der EuGH zur Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung sowohl gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten als auch dem Völkerrecht nicht weniger eifersüchtig als das Bundesverfassungsgericht, und es beansprucht in Bezug auf Konflikte zwischen Unionsrecht und nationalem Recht bzw. Völkerrecht ebenfalls das letzte Wort.<sup>13</sup>

Auch der EuGH ist stolz auf seine Rechtsprechungsleistungen, mit denen er schon allein deswegen weltweite Maßstäbe setzt, weil er das einzige nicht nur multinationale, sondern supranationale Gericht der Erde bildet, das in einer quasi-föderalen (bundesstaatsähnlichen) Union zur Wahrung des Rechts weitreichende Zuständigkeiten besitzt (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV). Da sich die EU als „Rechtsunion“<sup>14</sup> versteht, kommt dem Gerichtshof naturgemäß eine herausgehobene Rolle zu. Wie wichtig er für die Europäische Union ist, lässt sich nicht zuletzt daran ablesen, dass die (Gerichte der) Mitgliedstaaten begonnen haben, sich an seiner Rechtsprechung zu reiben.

Die vorstehende Skizze lässt erahnen, dass die Entwicklung eines geordneten Kooperationsverhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH beide Gerichte vor große Herausforderungen sowohl inhaltlicher Art als auch in Bezug auf den Umgang miteinander stellt. Gelingen kann ihnen dies allein, wenn sie sich beide laufend vergegenwärtigen, dass sie nur mit vereinten Kräften ein zugleich effektives und rechtsstaatlich geordnetes Europa gewährleisten können, wie es sowohl die europäischen Verträge als auch das Grundgesetz von ihnen verlangen.

## C. Die europäische Integration als Herausforderung für die Verfassungsstaatlichkeit

### I. Angemessene Balance zwischen Zentripetal- und Zentrifugalkräften als Daueraufgabe

Wenn gefestigte Nationalstaaten mit langer und durchaus unterschiedlicher verfassungsstaatlicher Tradition sich zwar nicht zu einem Bundesstaat, aber zu einer supranationalen Union mit bundesstaatsähnlicher Struktur zusammenschließen, sind politische und verfassungsrechtliche Konflikte zwischen den beiden föderalen Ebenen praktisch unvermeidlich. Davon legt das US-amerikanische Modell beredtes Zeugnis ab: Dort entluden sich die Konflikte 1861-65 in einem Bürgerkrieg, und noch in den

11 EuGH, Gutachten 1/91, *EWR I*, EU:C:1991:490, Rn. 21 ff.

12 EuGH, Gutachten 2/13, *Beitritt EMRK*, EU:C:2014:2454. Eingehende Kritik in den Beiträgen von *Halberstam, Krenn, Johansen, Łazowski/Wessel* und *Peers* in der Special Section des *German Law Journal* 16 (2015), [www.germanlawjournal.net/vol-16-no-1](http://www.germanlawjournal.net/vol-16-no-1) (25.1.2016), S. 105 ff.

13 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi I*, EU:C:2008:461; EuGH, Gutachten 2/13, *Beitritt EMRK*, EU:C:2014:2454.

14 EuGH, Rs. C-550/09, *E und F*, EU:C:2010:382, Rn. 44. Früher bezeichnete der EuGH die EWG als „Rechtsgemeinschaft“, vgl. EuGH, Rs. 294/83, *Les Verts*, EU:C:1986:166, Rn. 23.

fünfziger und sechziger Jahren kam es über die sogenannte „Rassenfrage“ zu erbit-  
terten Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Südstaaten. Auch in der Schweiz  
gab es bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen den Kantonen, bis 1848 schließlich  
ein stabiles Föderalsystem etabliert werden konnte.

Den Gründern der wirtschaftsorientierten Europäischen Gemeinschaften der fünf-  
ziger Jahre stand dieses Konfliktpotential noch nicht hinreichend klar vor Augen; es  
wurde aber mit der fortschreitenden thematischen Erweiterung und Verdichtung der  
europäischen Integration spätestens in den siebziger Jahren immer deutlicher. Denn  
je mehr Politikbereiche ein quasi-föderales System erfasst und je enger es sich inte-  
griert,<sup>15</sup> desto wahrscheinlicher werden Konflikte zwischen den beiden Verfassungs-  
ebenen, d.h. der quasi-föderalen Ebene der Union und der mitgliedstaatlichen Ebene.

Beide Ebenen erheben gegeneinander in grundsätzlich legitimer Weise sowohl Ef-  
fektivitäts- als auch Autonomieansprüche. Das Unionsverfassungsrecht kann sich in  
seiner Durchsetzung nicht von möglicherweise unterschiedlichen Vorgaben einer  
wachsenden Zahl mitgliedstaatlicher Verfassungssysteme abhängig machen. Anson-  
sten würde es seine unionsweit einheitliche Geltungskraft aufs Spiel setzen, auf der  
wiederum der Erfolg der europäischen Integration in ihrer Gestalt als Union des  
Rechts beruht. Andererseits können sich die mitgliedstaatlichen Verfassungsrechte  
nicht auf Gedeih und Verderb dem Vorranganspruch des Unionsverfassungsrechts  
unterordnen, wenn sie nicht die für jedes föderale System unabdingbare Eigenstaat-  
lichkeit der zweiten Ebene in Frage stellen wollen.

Der Sache nach gilt im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten in dieser  
Hinsicht nichts anderes als zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten in einem Bundes-  
staat, wo die Zentripetalkraft (These) und die Zentrifugalkräfte (Antithese) ebenfalls  
ständig in einem angemessenen Gleichgewicht (Synthese) gehalten werden müssen.  
Denn ein (quasi-)föderales Verfassungssystem wird in seinem besonderen Charakter  
zerstört, wenn es entweder zum Staatenbund auf rein völkerrechtlicher Grundlage  
oder zum Einheitsstaat degeneriert. Diese Synthesebildung wird sowohl von der  
(quasi-)föderalen als auch von den (mit-)gliedstaatlichen Verfassungen allen beteilig-  
ten Organen aufgegeben. Sie obliegt auch den jeweiligen Höchstgerichten, und sie  
verlangt ihnen Flexibilität und Fingerspitzengefühl ab.

Bei dieser Synthesebildung darf ein Gesichtspunkt nie aus dem Auge verloren wer-  
den: Der eigentliche Zweck eines (quasi-)föderalen Systems besteht darin, (nur) die-  
jenigen Aufgaben mit vereinten Kräften auf der (quasi-)föderalen Ebene zu erfüllen,  
die auf der nationalen Ebene autonom nicht (mehr) wirksam erfüllt werden können.  
Die Aufgabenerfüllung soll zwar so bürgernah wie möglich stattfinden. Verlangen  
Effektivitätserfordernisse aber eine Hochverlagerung von Aufgaben, müssen zugleich  
auch die zu ihrer wirksamen Bewältigung notwendigen Befugnisse hochverlagert  
werden, wenn sich das System nicht *ad absurdum* führen will. Auf nationaler Auto-  
nomie zu beharren, ist sinnlos, wo deren Wahrnehmung die eigenen Kräfte übersteigt;  
es ist schädlich, wo es die effektive gemeinsame Wahrnehmung von Autonomie auf

15 Gradmesser für die Integrationsdichte ist die Zahl der Politikfelder, in denen der Rat für  
alle Mitgliedstaaten verbindliche Mehrheitsentscheidungen treffen kann.

der (quasi-)föderalen Ebene behindert. Andererseits muss das (quasi-)föderale System der (mit-)gliedstaatlichen Ebene ein möglichst hohes Maß an autonomer Gestaltungsmacht belassen.

## II. Hauptsächliche Konfliktbereiche: Rechtsstaatlichkeit (Grundrechte), Föderalismus und Demokratie

Vor welche Herausforderungen der durch die europäische Integration entstandene Verfassungsverbund<sup>16</sup> die Mitgliedstaaten in verfassungsrechtlicher Hinsicht stellt, wird an der Frage deutlich, die auf der 75. Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Oktober 2015 diskutiert wurde: „Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?“<sup>17</sup> Die hauptsächlichen Konfliktbereiche lagen bzw. liegen in den Grundrechten als Teil der Rechtsstaatlichkeit, im mitgliedstaatlichen Föderalismus und in der Demokratie.

### 1. Grundrechtskonflikt

Zuerst brach Ende der sechziger/Anfang der siebziger Jahre ein rechtsstaatlicher Konflikt aus, und zwar in Bezug auf die Grundrechte, die ja die Einzelnen vor Verletzungen ihrer Freiheiten von Seiten der Hoheitsgewalt schützen sollen. Waren diese aber auch gegenüber der neuen europäischen Hoheitsgewalt ausreichend gesichert?

Denn das Europarecht beansprucht in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Anwendungsvorrang auch vor den Grundrechten der nationalen Verfassungen. Gleichzeitig gab es damals in den europäischen Verträgen keinen geschriebenen Grundrechtskatalog. Anscheinend konnten die Organe der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – anders als die Organe der Mitgliedstaaten – ohne irgendwelche grundrechtlichen Schranken Regelungen und Entscheidungen zulasten von Einzelnen treffen. Eine gewaltige Grundrechtslücke schien sich aufzutun. Dieses rechtsstaatliche Problem betraf zwar die damals sechs Mitgliedstaaten alle in ähnlicher Weise, wurde jedoch vornehmlich von Deutschland und Italien thematisiert, weil diese Staaten nach ihren Diktaturerfahrungen in ihren nationalen Verfassungssystemen einen besonders gut ausgebauten Grundrechtsschutz eingerichtet hatten.

### 2. Föderalismuskonflikt

Als nächstes Konfliktfeld kam in den achtziger und frühen neunziger Jahren der Föderalismus hinzu. Davon war allein die Bundesrepublik Deutschland als damals einziges bundesstaatlich strukturiertes Mitglied betroffen, weil Belgien damals noch nicht föderalisiert war und Österreich erst 1995 beiträt. Das Föderalismusproblem in

16 Vgl. zuerst *Pernice*, Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, S. 27 ff.

17 Vgl. den vorbereitenden Beitrag von *Kämmerer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, NVwZ 2015, S. 1321 ff.

Deutschland hatte zwei Komponenten. Es bestand zum einen darin, dass die EWG zunehmend in Bereichen gesetzgeberisch tätig wurde, für die nach dem deutschen Grundgesetz die Länder und nicht der Bund zuständig waren, etwa im Bereich der Kultur. Relevant wurde das Föderalismusproblem zum anderen aber auch in Bereichen der Bundeszuständigkeiten, an deren Ausübung in Deutschland die Länder über den Bundesrat beteiligt sind.<sup>18</sup> Zwar geht die Übertragung von Hoheitsbefugnissen der Mitgliedstaaten zur gemeinsamen Ausübung auf die europäische Ebene einher mit der gleichberechtigten Beteiligung mitgliedstaatlicher Vertreter am europäischen Entscheidungsprozess. Die Vertretung Deutschlands wurde dort aber ausschließlich von der Bundesregierung wahrgenommen. Die Länder verloren also einerseits ureigene Zuständigkeiten, andererseits Beteiligungsmöglichkeiten an Bundeszuständigkeiten über den Bundesrat, während die kompensatorischen Beteiligungsrechte auf europäischer Ebene beim Bund verblieben. Auf diese Weise wurde das deutsche Bundesstaatssystem mit jeder zusätzlichen Verlagerung von Kompetenzen auf die E(W)G immer weiter unterminiert.

### 3. Demokratiekonflikt

Als letztes Konfliktfeld wurde Anfang der neunziger Jahre das Demokratieprinzip im Zusammenhang mit dem Vertrag von Maastricht ausgemacht. Denn dieser Vertrag bewirkte einen besonders markanten Integrationsschub insbesondere im Währungsbereich, der vor allem Deutschland am Herzen lag. Verkürzt sprach man damals von einer Europäisierung der Deutschen Mark als Preis, den Deutschland für die Zustimmung seiner europäischen Partner zur deutschen Wiedervereinigung habe zahlen müssen.

Das Demokratieproblem betrifft – ebenso wie das rechtsstaatliche Problem des Grundrechtsschutzes – wieder alle Mitgliedstaaten. Es hat ebenfalls zwei Komponenten, deren eine die mitgliedstaatliche Demokratie und deren andere die Demokratie auf Unionsebene betrifft.

Das mitgliedstaatlich-demokratische Problem besteht darin, dass die Verlagerung nationaler Zuständigkeiten auf die EU-Ebene eine Entmachtung der nationalen Parlamente zugunsten der Unionsgesetzgebung bewirkt. An dieser sind die nationalen Parlamente aber fast gar nicht beteiligt, sondern nur die nationalen Regierungen über den Rat. Verdichtungen der europäischen Integration führen folglich zu einer Verschiebung der Machtgewichte im nationalen Gewaltenteilungssystem vom direkt gewählten Parlament zur nur mittelbar demokratisch legitimierten Regierung. Außerdem hat die Verlagerung von Kompetenzen von den Mitgliedstaaten auf die Union zur Folge, dass immer mehr politische Bereiche nur noch im gemeinschaftlichen Zusammenwirken und oft durch Mehrheitsentscheidungen geregelt und dementsprechend immer weniger politische Bereiche durch mitgliedstaatliche Entscheidungsträger autonom gestaltet werden können.

18 Art. 50, 77 GG.

Das demokratische Problem auf europäischer Ebene war lange durch die Exekutivlastigkeit des dortigen Entscheidungsprozesses gekennzeichnet: Die europäischen Entscheidungen auch legislativer Art wurden im Wesentlichen vom Rat unter nur schwacher Beteiligung des Europäischen Parlaments getroffen. Indessen wurden die Mitwirkungsrechte des seit 1979 direkt gewählten Europäischen Parlaments kontinuierlich und insbesondere durch den Vertrag von Lissabon so weit ausgebaut, dass es inzwischen zum weithin gleichberechtigten Mitgesetzgeber gemeinsam mit dem Rat geworden ist. Nunmehr wird die demokratische Legitimität des Europäischen Parlaments selbst in Zweifel gezogen. Erstens geschieht dies im Hinblick auf die degressiv-proportionale Vertretung der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im Europäischen Parlament, die dazu führt, dass die Bürgerinnen und Bürger der kleineren Mitgliedstaaten durch verhältnismäßig mehr Europaabgeordnete vertreten werden als die Bürgerinnen und Bürger der größeren. Zweitens wird die im Vergleich zu den nationalen Parlamenten geringere Bürgernähe des Europäischen Parlaments kritisiert, die sich nicht zuletzt in stetig sinkenden Wahlbeteiligungen ausdrückt.

Um die potentielle Virulenz dieser Konflikte um die Rechtsstaatlichkeit, den Föderalismus und die Demokratie gerade für den deutschen Mitgliedstaat zu ermessen, muss man berücksichtigen, dass alle drei Verfassungsprinzipien zu den unabdingbaren Strukturprinzipien des deutschen Grundgesetzes gehören. Selbst durch eine Verfassungsänderung dürfen sie nicht berührt werden.<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang ist übrigens zu berücksichtigen, dass Deutschland sich auch deswegen von Anfang an fest in den europäischen Einigungsprozess eingebunden hat, weil es seine noch junge und durch totalitäre Versuchungen von rechts und links gefährdet erscheinende Verfassungsstaatlichkeit stabilisieren wollte. Während man die deutsche Integrationsbeteiligung also zunächst vielleicht etwas blauäugig als Verfassungsschutzmechanismus einstufte, werden in letzter Zeit die daraus erwachsenden Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung des Grundgesetzes in den Vordergrund gerückt. In dieser Hinsicht sollte man ein vernünftiges Augenmaß wahren.

#### **4. Entschärfungsbemühungen auf deutscher und europäischer Ebene**

Im deutschen Verfassungs- und Gesetzesrecht wurden große Anstrengungen unternommen, um die vorbeschriebenen Verfassungskonflikte zu entschärfen. Mit Art. 23 GG wurde 1992 eine neue festere verfassungsrechtliche Grundlage für die Beteiligung Deutschlands an der EU geschaffen, die durch eingehende Regelungen in nunmehr insgesamt drei Begleitgesetzen ergänzt wird.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 und Art. 2 GG.

<sup>20</sup> Integrationsverantwortungsgesetz v. 22.9.2009, BGBl. 2009 I, 3022; Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der EU v. 4.7.2013, BGBl. 2013 I, 2170; Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der EU v. 12.3.1993, BGBl. 1993 I, 313, konsolidierte Fassungen mit späteren Änderungen in Sartorius I, Nr. 96-98.

Auch die europäische Ebene hat übrigens längst entsprechend reagiert. Dies begann 1992 mit dem Vertrag von Maastricht<sup>21</sup> und wurde durch den Vertrag von Lissabon 2007 ausgebaut. Nach heutiger Vertragslage schreibt erstens Art. 2 EUV in Bezug auf die grundlegenden Verfassungswerte von Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und Wahrung der Menschenrechte und Minderheitenrechte eine Homogenität zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten vor. Zweitens verpflichtet Art. 4 Abs. 2 EUV die Union dazu, die jeweilige nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten zu achten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt. Drittens wurde die demokratische Legitimität der europäischen Hoheitsgewalt insbesondere durch den Ausbau der Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments kontinuierlich verbessert.

#### **D. Positionen des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts zum Verfassungskonflikt: Oszillation zwischen Kooperation und Konfrontation**

Es verwundert nicht, dass das beschriebene Konfliktpotential zwischen den beiden Verfassungsebenen nach jahrelangem Schlummer in den siebziger Jahren gerade durch Entscheidungen der jeweils zuständigen Verfassungsgerichte wachgerufen wurde. Denn anders als die politischen Organe der Legislative und Exekutive, die üblicherweise zum kompromisshaften Ausgleich neigen, sind es Verfassungsgerichte gewöhnt, einseitige Entscheidungen zu treffen, an die alle anderen sich zu halten haben.

Protagonisten des Konflikts waren auf der einen Seite der EuGH, auf der anderen Seite vor allem das BVerfG. Das BVerfG hatte sich in den ersten zwanzig Jahren seiner Rechtsprechung wenig mit dem Europarecht befassen müssen, weil seine Zuständigkeit nur das Verfassungsrecht umfasst. Während die Auswirkungen des Europarechts auf das einfache Recht schnell deutlich wurden, schien das Verfassungsrecht zunächst kaum betroffen zu sein. Wenn das BVerfG in Ausnahmefällen doch mit dem Europarecht zu tun hatte, verhielt es sich anfangs ausgesprochen integrationsfreundlich.<sup>22</sup> In den 70er Jahren zeigte es sich dann jedoch skeptisch, und zwar zunächst im Grundrechtsbereich.

### **I. Der Konflikt im Grundrechtsbereich**

#### **1. Früher: Untermaß an europäischem Grundrechtsschutz?**

Im Jahre 1970 entschied der EuGH im Fall *Internationale Handelsgesellschaft* dann ausdrücklich, dass es die Gültigkeit eines Sekundärrechtsakts oder dessen Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühre, wenn geltend gemacht werde, dieser verletze die

21 Vgl. Art. F EUV i.d.F. von 1992.

22 BVerfGE 22, 293: EWG-Sekundärrechtsakte können mit der Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar angegriffen werden; BVerfGE 31, 145: Anerkennung des Vorrangs des Europarechts vor dem deutschen Gesetzesrecht.

nationalen Grundrechte oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung. Vielmehr genieße das Sekundärrecht Vorrang vor allen wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften. Nur das europäische Primärrecht, zu dessen allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch die Beachtung der Grundrechte gehöre, bilde im Interesse der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechts den Maßstab für Sekundärrechtsakte.<sup>23</sup> Im Jahre 1970 waren diese ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts mit Grundrechtsgehalt aber nur in allerersten Ansätzen erkennbar.<sup>24</sup>

Diese EuGH-Entscheidung erging auf das Vorabentscheidungsersuchen eines deutschen Verwaltungsgerichts,<sup>25</sup> das dann im weiteren Verfahrensverlauf das Bundesverfassungsgericht einschaltete, weil es mit der Antwort aus Luxemburg nicht zufrieden war.<sup>26</sup> Das BVerfG erließ daraufhin 1974 seinen europaskeptischen „Solange I“-Beschluss,<sup>27</sup> der folgende Kernelemente aufweist: Erstens erstreckte das BVerfG das konkrete Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG auch auf EWG-Verordnungen und sprach sich selbst die alleinige Kompetenz zu festzustellen, dass solche Verordnungen wegen ihrer Unvereinbarkeit mit einer Grundrechtsgarantie des Grundgesetzes in Deutschland unanwendbar seien.<sup>28</sup> Zweitens entschied das BVerfG, dass die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EWG auf ungeschriebene Verfassungsschranken stoße: Die Grundstruktur des Grundgesetzes, auf der seine Identität beruhe, bleibe auch im europäischen Integrationsprozess unantastbar. Als ein unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur des Grundgesetzes gehörendes Essentiale stufte das BVerfG ein angemessenes Maß an Grundrechtsschutz ein.<sup>29</sup> Daraus leitete es dann seine berühmte „Solange“-Formel ab: Solange die EWG keinen Grundrechtskatalog besitze, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat sei, werde das BVerfG Sekundärrechtsakte der EWG am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen und im Kollisionsfall für in Deutschland unanwendbar erklären. Im konkreten Fall stellte das BVerfG allerdings keine Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch die einschlägigen Sekundärrechtsakte fest.

Schon im „Solange I“-Beschluss hatte das BVerfG deutlich gemacht, dass es seinen Vorbehalt gegenüber dem Vorranganspruch des Sekundärrechts als ein Übergangsphänomen betrachtete. 1979 deutete es an, dass die Zeit gekommen sein könnte, den „Solange I“-Beschluss zu revidieren.<sup>30</sup> 1986 war es dann soweit: Im „Solange II“-Beschluss<sup>31</sup> legte das BVerfG ausführlich dar, dass durch die Rechtsprechung des EuGH inzwischen ein adäquates Maß an Grundrechtsschutz auf der Ebene des eu-

23 EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, Rn. 3 f.

24 EuGH, Rs. 29/69, *Stauder*, EU:C:1969:57, Rn. 7.

25 Gemäß Art. 177 EWGV (heute Art. 267 AEUV).

26 Das VG legte dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vor.

27 BVerfGE 37, 271.

28 Insoweit ist die Entscheidung mit 5:3 Stimmen ergangen und wird von einer abweichenden Meinung begleitet.

29 Dieser Teil des „Solange I“-Beschlusses ist später in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 und Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG kodifiziert worden.

30 BVerfGE 52, 187 (202 f.) – sog. „Vielleicht“-Beschluss.

31 BVerfGE 73, 339.

ropäischen Primärrechts gewährleistet sei. Dadurch sei zumal der Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt. Solange diese Situation fort dauere, werde das BVerfG den Vorrang des europäischen Sekundärrechts auch gegenüber den Grundrechten des Grundgesetzes anerkennen und seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit dieses Sekundärrechts in Deutschland nicht mehr ausüben.

Dass der Ausbau des Grundrechtsschutzes durch die EuGH-Rechtsprechung dem BVerfG zu verdanken sei, ist eine bestenfalls halb wahre Legende. Der entscheidende Durchbruch in Luxemburg erfolgte mit der Rechtssache *Nold*, wo der EuGH die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und die völkerrechtlichen Verträge der Mitgliedstaaten über den Menschenrechtsschutz als Rechtserkenntnisquellen für die Entwicklung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Primärrechts identifizierte.<sup>32</sup> Das „Nold“-Urteil des EuGH erging am 14. Mai 1974, also vor dem „Solange I“-Beschluss des BVerfG vom 29. Mai 1974. Sicherlich hat dieser Beschluss aber den EuGH darin bestätigt, den schon aus eigener Überzeugung eingeschlagenen Weg zu einem effektiven europäischen Grundrechtsschutz entschlossen fortzusetzen.

Später hat das BVerfG klargestellt, dass Verfassungsbeschwerden und Normenkontrollvorlagen von Gerichten, die eine Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch europäische Sekundärrechtsakte geltend machen, von vornherein unzulässig seien, wenn ihre Begründung nicht im Detail darlege, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH nach Ergehen des „Solange II“-Beschlusses generell unter den erforderlichen Mindeststandard abgesunken sei.<sup>33</sup>

Inzwischen ist der Grundrechtsschutz auf Unionsebene durch Art. 6 EUV und die Grundrechtecharta in einer Weise kodifiziert worden, die ein adäquates Schutzniveau dauerhaft sicherstellt. Damit hat sich die bisherige „Solange“-Rechtsprechung des BVerfG praktisch erledigt. Ihre Nachfolge hat jetzt die Rechtsprechung zur Identitätskontrolle anhand des Art. 1 Abs. 1 GG angetreten: Die Einhaltung des Art. 1 Abs. 1 GG will das BVerfG auch gegenüber EU-Rechtsakten „uneingeschränkt und im Einzelfall“ gewährleisten.<sup>34</sup>

## 2. Heute: Übermaß an europäischem Grundrechtsschutz?

Vor kurzem hat sich aber eine neue Konfliktvariante im Grundrechtsbereich aufgetan. Während die „Solange“-Rechtsprechung ein Untermaß an europäischem Grundrechtsschutz betraf, geht es jetzt um ein Übermaß an Grundrechtsschutz durch den EuGH. Stein des Anstoßes ist hier seine teilweise extensive Auslegung des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh über den Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte. Nach dieser Vorschrift gelten die europäischen Grundrechte für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Der EuGH lässt es

32 EuGH, Rs. 4/73, *Nold*, EU:C:1974:51, Rn. 13 ff. Siehe zuvor bereits EuGH, Rs. 29/69, *Stauder*, EU:C:1969:57, Rn. 7.

33 BVerfGE 102, 147 (162 ff.); 118, 79 (95 ff.).

34 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 49. Siehe unter D.III.5.c)-e), 6.b).

hierfür genügen, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen im Geltungsbereich des Unionsrechts liegen.<sup>35</sup> Das BVerfG hat hingegen deutlich gemacht, dass nicht jeder sachliche Bezug einer nationalen Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreichen könnten, um die EU-Grundrechtecharta ins Spiel zu bringen.<sup>36</sup> In seinem Bestreben, den Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte restriktiv zu definieren, scheut das BVerfG nicht vor einer eigenmächtigen Fehlinterpretation des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh zurück, wonach die Charta keine Anwendung finde, wenn über einen Sachverhalt zu entscheiden sei, für den der Union die Regelungskompetenz fehle.<sup>37</sup> Im Gegenteil kommen die Charta-Grundrechte ungeachtet der Regelungskompetenz der Union nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH selbstverständlich auch dann ins Spiel, wenn die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Primärrechts (z.B. der Grundfreiheiten) agieren.<sup>38</sup> Dies gilt umso mehr, als das Primärrecht gegenüber kollidierenden nationalen Grundrechten Anwendungsvorrang genießt und seine Anwendung daher nur mit Hilfe der Unionsgrundrechte wirksam eingeeht werden kann.

Die Gründe für diese bundesverfassungsgerichtlichen Restriktionsbemühungen liegen auf der Hand: Das Gericht will seinen Hauptarbeitsbereich, auf dem es sich sein hohes Ansehen vor allem erworben hat, nicht mit dem EuGH teilen, der von deutschen Fachgerichten unmittelbar eingeschaltet werden kann, um die vorrangigen Unionsgrundrechte verbindlich zu interpretieren. Wenn ein solcher Fall dann später durch Verfassungsbeschwerde zum BVerfG gebracht wird, könnte dieses die Grundrechte des Grundgesetzes nur noch nach Maßgabe des Art. 53 GRCh ins Spiel bringen.<sup>39</sup> Außerdem will das BVerfG nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet sein, in wichtigen Grundrechtsfällen verbindliche Vorabentscheidungen des EuGH einholen zu müssen, und sei es auch nur, um eine unionsrechtskonforme Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes zu gewährleisten.<sup>40</sup> Denn damit müsste es ja die Chance, sich im Grundrechtsbereich zu profilieren, den Luxemburger Kolleginnen und Kollegen überlassen. Die Möglichkeit, durch einen sorgfältig formulierten Vor-

35 Besonders weitgehend EuGH, Rs. C-617/10, *Åkerberg*, EU:C:2013:105, Rn. 16 ff. Restriktiver hingegen z.B. EuGH, Rs. C-198/13, *Hernández*, EU:C:2014:2055; EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, EU:C:2014:2358, Rn. 85 ff. Kritisch *Masing*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, S. 481 ff. Eingehend *Thym*, Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DÖV 2014, S. 941 ff.

36 BVerfGE 133, 277 (316) – *Antiterrordateigesetz*. Siehe unter D.I.3.(4) zur Frage der Einstufung des EuGH als gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG in diesen Fällen.

37 BVerfG (K), Beschl. v. 26.3.2014, 1 BvR 3185/09, Rn. 32.

38 St.Rspr. seit EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, EU:C:1991:254, Rn. 41 ff.; bestätigt u.a. in EuGH, Rs. C-390/12, *Pfleger*, EU:C:2014:281, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-650/13, *Delvigne*, EU:C:2015:648, Rn. 25 ff. Diese Rechtsprechung wird in der deutschen Literatur teilweise als zu weitgehend abgelehnt, z.B. von *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh, Rn. 13 ff.

39 Die Möglichkeit, nach Art. 53 GRCh weitergehenden nationalen Grundrechtsschutz zu gewähren, hat der EuGH in der Rs. C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107, unter Hinweis auf den Vorrang des übrigen Unionsrechts vor den nationalen Grundrechten beschränkt.

40 Vgl. BVerfGE 133, 277 (313 ff.). Dazu auch *Masing*, (Fn. 35), S. 484 f.

lagebeschluss Einfluss auf die EuGH-Rechtsprechung zu den Unionsgrundrechten gewinnen zu können, dürfte dem BVerfG nicht genügen. Zugleich käme die Einholung einer bindenden Vorabentscheidung der Unterwerfung unter die Jurisdiktion des EuGH gleich, und das auch noch in einem Rechtsgebiet, in dem das BVerfG sich viel besser auszukennen glaubt als der EuGH. Das ist mit dem Karlsruher Selbstverständnis kaum vereinbar. Zukünftige Verfassungs- bzw. Justizkonflikte im Grundrechtsbereich sind daher nicht in Bezug auf ein Untermaß, sondern eher in Bezug auf ein angebliches Übermaß an europäischem Grundrechtsschutz zu erwarten.<sup>41</sup>

Es liegt zunächst am EuGH, Konflikte mit dem BVerfG in dieser Hinsicht zu vermeiden, indem er den Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte überzeugend definiert. Der Beitrag des BVerfG zur Konfliktvermeidung besteht darin, den EuGH nicht als unliebsamen Konkurrenten einzustufen, sondern als Kooperationspartner bei der Aufgabe, im europäischen Integrationsprozess effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Diese Aufgabe kann von keinem der beiden Gerichte allein, sondern nur von beiden gemeinsam bewältigt werden. Sie sollten darüber hinaus den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte noch stärker als bisher als Kooperationspartner in einen Trialog einbinden und anerkennen, dass dieser das nicht unterschreitbare gemeineuropäische Mindestmaß an Grundrechtsschutz definiert.

### 3. Sonstige europafreundliche und europaskeptische Ansätze des Bundesverfassungsgerichts im Grundrechtsbereich

In der Grundrechtsrechtsprechung des BVerfG gibt es einige weitere teils europafreundliche, teils europaskeptische Ansätze, die das Bild abrunden.

(1) Erstens hält das BVerfG in Ergänzung zu seiner „Solange“-Rechtsprechung Verfassungsbeschwerden insoweit für zulässig, als ein Sekundärrechtsakt der EU dem deutschen Gesetzgeber Gestaltungsspielraum belässt und die Beschwerdeführer rügen, dieser Gestaltungsspielraum sei in grundrechtswidriger Weise ausgenutzt worden. Dagegen ist aus europarechtlicher Sicht nichts einzuwenden. Werden derartige Grundrechtsverstöße aber festgestellt, will das BVerfG das deutsche Umsetzungs-gesetz selbst dann für nichtig erklären, wenn dies dazu führt, dass Deutschland bis zum Erlass eines neuen Umsetzungs-gesetzes seine europavertraglichen Umsetzungspflichten verletzt.<sup>42</sup> Das ist europaunfreundlich, wenn die Bereitschaft fehlt, durch eine fle-

41 Vgl. dazu auch *Calliess*, Kooperativer Grundrechtsschutz in der Europäischen Union – Überlegungen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und deutschem BVerfG, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 101 v. 23.2.2015.

42 BVerfGE 113, 273 – *Europäischer Haftbefehl*. Kritisch bereits *Giegerich*, Die Zähmung des Leviathan – Deutschlands unvollendeter Weg vom nationalen Machtstaat zum offenen und europäischen Verfassungsstaat, in: ders. (Hrsg.), Der „offene“ Verfassungsstaat des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 27.

xible Formulierung des Urteilstenors die Europarechtskonformität der deutschen Rechtsordnung möglichst weitgehend zu wahren.<sup>43</sup>

Soweit eine Richtlinie zwingenden Inhalt hat, sind Verfassungsbeschwerden gegen sie insoweit zulässig, als damit eine Vorlage durch das BVerfG an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV herbeigeführt werden soll, damit dieser die Richtlinie für nichtig erklärt und so den Weg frei macht für eine uneingeschränkte Überprüfung der angegriffenen deutschen Umsetzungsbestimmungen am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.<sup>44</sup> Dieser Ansatz des BVerfG ist europafreundlich, weil er die Kooperation der beiden Gerichte fördert und dem BVerfG Gelegenheit bieten kann, die Grundrechte des GG mit den EU-Grundrechten inhaltlich abzustimmen.

(2) Der zweite – europafreundliche – Ansatz betrifft die Anwendung von Art. 19 Abs. 3 GG. Nach dieser Bestimmung gelten die Grundrechte des Grundgesetzes auch für „inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“.<sup>45</sup> Das BVerfG hat sich über diesen engen Wortlaut hinweggesetzt und EU-ausländische juristische Personen den inländischen in Bezug auf den Grundrechtsschutz gleichgestellt:

„Die Erstreckung der Grundrechtsberechtigung auf juristische Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union stellt eine aufgrund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des allgemeinen Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) vertraglich veranlasste Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes dar.“<sup>46</sup>

Demzufolge steht juristischen Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten auch der außerordentliche Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde offen. Es ist zu erwarten, dass das BVerfG in entsprechender Weise den Schutz der sogenannten Deutschengrundrechte – insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG – im Anwendungsbereich des Unionsrechts den EU-Ausländern ebenfalls zubilligen wird.

(3) Der dritte – eher europaskeptische – Ansatz des BVerfG besteht darin, dass es weder im Verfassungsbeschwerdeverfahren noch in sonstigen bei ihm anhängigen Verfahren bereit ist, die Frage zu prüfen, ob der angegriffene deutsche Hoheitsakt mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Insbesondere zieht es weder die europäischen Grundrechte noch die Grundfreiheiten des Binnenmarkts als Prüfungsmaßstäbe heran.<sup>47</sup> Demgegenüber hat der Österreichische Verfassungsgerichtshof die in der Grundrechtecharta gewährleisteten europäischen Grundrechte als verfassungsgesetzlich ge-

43 Zwei Richter kritisierten in ihren abweichenden Meinungen zum vorgenannten Urteil, dass das BVerfG ohne zwingenden Grund das Gesetz insgesamt für nichtig erklärt und nicht versucht habe, den darin liegenden Verstoß gegen die primärrechtliche Umsetzungspflicht zu vermeiden (BVerfGE 113, 273 (327 ff.)).

44 BVerfGE 125, 260 (306 f.).

45 Gemeint sind nur juristische Personen des Privatrechts und einzelne ausgewählte juristische Personen des öffentlichen Rechts: Universitäten und Fakultäten; Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften; Rundfunkanstalten. Allen juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehen hingegen die Justizgrundrechte des Art. 101 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG zu. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 19, Rn. 27 ff.

46 BVerfGE 129, 78 (Leitsatz 1).

47 BVerfG, Beschl. v. 1.4.2014, 2 BvF 1/12 u.a., Rn. 42 m.w.N.

währleistete Rechte eingestuft und deshalb als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren herangezogen.<sup>48</sup>

In der Tat übt das BVerfG eine spezielle, zumindest weitgehend auf Verfassungsrechtsfragen beschränkte Gerichtsbarkeit aus. Es hat sich jedoch nicht davon abhalten lassen, gegen Verletzungen des Völkerrechts einschließlich der EMRK durch deutsche Stellen einzuschreiten. Diese Ausweitung seiner Gerichtsbarkeit hat es auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gestützt und damit seine eigene besondere Verantwortung begründet, Völkerrechtsverstöße abzuwenden, die zur internationalen Verantwortlichkeit Deutschlands führen.<sup>49</sup> Dementsprechend erkennt das BVerfG in Völkerrechtsverstößen jedenfalls in den meisten Fällen zugleich Verletzungen der einschlägigen Bestimmungen des Grundgesetzes, die entweder die deutschen Organe zur Einhaltung des Völkerrechts verpflichten<sup>50</sup> oder ihnen parallele verfassungsrechtliche Bindungen auferlegen.<sup>51</sup>

Für das EU-Recht soll Entsprechendes aber nicht gelten, obwohl das Grundgesetz europarechtsfreundlich ist, die deutschen Organe daher auch verfassungsrechtlich zur Einhaltung des Europarecht verpflichtet<sup>52</sup> und in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG den deutschen Staat ausdrücklich auf die Mitwirkung an der Entwicklung der EU festlegt.<sup>53</sup> Es ist kein vernünftiger Grund dafür erkennbar, dass das BVerfG den EU-Grundrechten und Grundfreiheiten des Binnenmarktes weniger Beachtung schenkt als den in der EMRK gewährleisteten Menschenrechten, die er als Hilfsmittel zur Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes heranzieht.<sup>54</sup> Die deutschen Staatsorgane einschließlich der Gerichte haben überdies die nach Art. 46 EMRK verbindlichen Entscheidungen des EGMR zu berücksichtigen und diese Pflicht kann mittels Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden.<sup>55</sup> Das BVerfG erstreckt seine besondere Verantwortung zur Verhinderung von Völkerrechtsverstößen durch die deutschen Gerichte in besonderem Maße auf die EMRK.<sup>56</sup>

Dementgegen erkennt das BVerfG keine eigene Verantwortung an zu verhindern, dass sich Deutschland wegen Verletzungen der europäischen Verträge auf Unionsebene verantworten muss. Warum behandelt das BVerfG das Europarecht also stiefmütterlicher als das Völkerrecht einschließlich der EMRK? Der Grund liegt offensichtlich darin, dass das BVerfG sonst als letztinstanzliches Gericht häufig verpflichtet

48 *Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 11.

49 BVerfGE 58, 1 (34); 59, 63 (89); 109, 13 (23); 111, 307 (328 f.).

50 Dies gilt bei Art. 25 GG. Aufgrund von Art. 25 GG in Verbindung mit dem einschlägigen Grundrecht (ggf. Art. 2 Abs. 1 GG) können Verletzungen allgemeiner Regeln des Völkerrechts auch mittels Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden, vgl. BVerfGE 46, 342 (363); 66, 39 (64); 112, 1 (21 f.).

51 Dies gilt bei der EMRK, vgl. BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317); 128, 326 (367 f.).

52 BVerfGE 129, 124 (172).

53 Vgl. etwa BVerfG (K), Beschl. v. 29.4.2014, 2 BvR 1572/10, BeckRS 2014, 51475, Rn. 24; BVerfG, Beschl. v. 1.4.2014, 2 BvF 1/12 u.a., Rn. 43 m.w.N.

54 BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317).

55 BVerfGE 111, 307 (328 ff.).

56 BVerfGE 111, 307 (328 f.).

wäre, Vorabentscheidungen des EuGH einzuholen.<sup>57</sup> Demgegenüber beantwortet es völkerrechtliche Fragen selbst, weil (noch) kein internationales Gericht existiert, an das es sich wenden könnte.<sup>58</sup> Im Hinblick auf die EMRK kommt hinzu, dass Einzelne, die sich in ihren Konventionsrechten verletzt fühlen, nach erfolgloser Durchführung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens gemäß Art. 34 EMRK den EGMR anrufen können, so dass die BVerfG-Entscheidung jedenfalls der Sache nach einer Art Revision durch ein europäisches Gericht unterliegt. Im Gegensatz dazu kann ein Einzelner, der sich in seinen Unionsbürgerrechten durch den deutschen Staat verletzt fühlt, den EuGH nicht selbst anrufen und die Europäische Kommission leitet regelmäßig kein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV gegen einzelne nationale Gerichtsentscheidungen ein. Auch mittels Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK lassen sich die Unionsbürgerrechte gegenüber den Mitgliedstaaten nur in engen Grenzen durchsetzen.<sup>59</sup>

(4) Ein vierter Ansatz des BVerfG besteht in seiner Bereitschaft, die Einhaltung der Vorlagepflichten nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch die letztinstanzlichen Gerichte in Deutschland zu überwachen. Insoweit hat das BVerfG in europafreundlicher Weise schon vor langer Zeit klargestellt, dass der EuGH in allen Fällen, in denen eine Vorlagepflicht besteht, „gesetzlicher Richter“ im Sinne der grundrechtsgleichen Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist, dem niemand entzogen werden darf.<sup>60</sup> Daher kann die unterlegene Prozesspartei in allen Fällen, in denen ein letztinstanzliches deutsches Gericht ohne Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH europarechtliche Fragen eigenmächtig entschieden hat, Verfassungsbeschwerde erheben. Weniger europafreundlich ist es indessen, dass das BVerfG in solchen Fällen nur prüft, ob die Handhabung der Vorlagepflicht durch die letztinstanzlichen deutschen Gerichte offensichtlich unhaltbar war.<sup>61</sup> Diese bloße Willkürkontrolle begründet das BVerfG damit, dass es kein „oberstes Vorlagenkontrollgericht“ sein wolle. Sie führt dazu, dass entsprechende Verfassungsbeschwerden in zahlreichen Fällen mangels Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch dann erfolglos bleiben, wenn eine Verletzung des Art. 267 Abs. 3 AEUV vorliegt. Allerdings scheint das BVerfG seine Kontrolle in letzter Zeit zu verschärfen.<sup>62</sup> Es sollte hier zu einer Gleichtaktung mit den unionsrechtlichen Vorgaben von Art. 267 Abs. 3 AEUV übergehen, um dessen Einhaltung durch die Fachgerichte effektiv zu gewährleisten.

In diesem Zusammenhang sollte das BVerfG auch seine eigene Praxis bei der Durchsetzung der fachgerichtlichen Pflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG zur Vorlage an

57 Art. 267 Abs. 3 AEUV.

58 Das noch nicht in Kraft getretene Protokoll Nr. 16 EMRK v. 2.10.2013 (CETS No. 214) wird nationalen Höchstgerichten die Möglichkeit geben, vom EGMR unverbindliche Gutachten zu Prinzipienfragen betr. die Auslegung oder Anwendung der Konventionsrechte zu erbitten. Deutschland hat dieses Protokoll bisher aber noch nicht einmal unterzeichnet.

59 Dazu eingehend *Tamme*, Die Durchsetzung von EU-Recht durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, 2015, im Erscheinen.

60 BVerfGE 73, 339 (366 ff.).

61 Vgl. z.B. BVerfGE 126, 286 (315 ff.); 129, 78 (105 ff.). Vgl. ähnlich EGMR, Nr. 17120/09, *Case of Dhabbi v. Italy*, Urt. v. 8.4.2014, Rn. 31 ff.

62 Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 10.12.2014, 2 BvR 1549/07.

das BVerfG berücksichtigen. Dort gewährt es den Fachgerichten auch keinen Entscheidungsspielraum, sondern prüft strikt, ob objektiv ernstzunehmende Zweifel hinsichtlich des Bestehens oder der Tragweite einer allgemeinen Regel des Völkerrechts nach Art. 25 GG vorliegen. Trifft dies zu, verstößt die Nichtvorlage regelmäßig gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.<sup>63</sup> Entsprechende Verfassungsbeschwerden sind allerdings nur dann begründet, wenn die eigenmächtige fachgerichtliche Entscheidung auf dem Verstoß beruht, wenn also das BVerfG die Zweifelsfrage anders entschieden hätte als das Fachgericht. Eine derartige Beruhensprüfung kann das BVerfG in den Fällen des Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht vornehmen, ohne in die Zuständigkeit des EuGH überzugreifen. Das rechtfertigt aber keine unterschiedliche Beantwortung der Verstoßfrage.

Europaunfreundlich könnte eine neue Nuance der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Vorlagenkontrolle bei Art. 267 Abs. 3 AEUV sein, deren Tragweite aber noch unklar ist. „Gesetzlicher Richter“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist der EuGH selbstverständlich nur, soweit er eine Entscheidungszuständigkeit besitzt. Daran fehlt es insbesondere in Bezug auf die Interpretation der Grundrechtecharta, wenn diese nach ihrem Art. 51 Abs. 1 für die Streitgegenständlichen mitgliedstaatlichen Maßnahmen nicht gilt.<sup>64</sup> Daran knüpft das BVerfG neuerdings die Aussage, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG könne auch dann verletzt sein, wenn ein deutsches Gericht ein Vorabentscheidungsersuchen stelle, obwohl eine Zuständigkeit des EuGH nicht gegeben sei.<sup>65</sup> Unionsrechtswidrig und damit europaunfreundlich wäre dieser Ansatz dann, wenn er die Möglichkeit von Prozessparteien eröffnen sollte, Vorlagebeschlüsse deutscher Gerichte unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen. Denn die Befugnis innerstaatlicher Gerichte zur Einholung von Vorabentscheidungen ist in Art. 267 AEUV selbst verankert und darf durch nationales Recht nicht eingeschränkt werden.<sup>66</sup> Es ist Sache des EuGH, seine Zuständigkeit zur Beantwortung der Vorlagefragen zu prüfen.<sup>67</sup>

(5) Was schließlich fünftens das Verhältnis zwischen den Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV und Art. 100 Abs. 1 GG angeht, falls die Vereinbarkeit einer im Ausgangsverfahren entscheidungserheblichen Rechtsvorschrift mit Unionsrecht und Verfassungsrecht streitig ist, so gibt es grundsätzlich keine feste Rangfolge. Vielmehr entscheidet das Fachgericht nach Zweckmäßigkeitserwägungen, welches Zwischenverfahren es zunächst einleitet. Etwas Anderes gilt aber, wenn die Frage im Raum steht, ob ein Bundesgesetz, dessen Verfassungsmäßigkeit streitig ist, zwingendes Unionsrecht (insbesondere zwingende Richtlinienbestimmungen) umsetzt, so dass es nach der „Solange“-Rechtsprechung vom BVerfG nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes geprüft wird. Dann ist die Vorlage des Bundesgesetzes nach Art. 100 Abs. 1 GG unzulässig, weil die Frage seiner Vereinbarkeit mit dem Grund-

63 BVerfGE 64, 1 (21 f.); 96, 68 (77 ff.); 109, 13 (23 ff.); 109, 38 (49 ff.).

64 So zutreffend BVerfGE 133, 277 (316) – *Antiterrordateigesetz*.

65 BVerfGE 135, 155 (231); BVerfG (K), Beschl. v. 7.10.2015, 2 BvR 413/15, Rn. 33.

66 *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Bd. 4, 7. Aufl. 2015, Art. 267 AEUV, Rn. 50, 53.

67 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-650/13, *Delvigne*, EU:C:2015:648, Rn. 24 ff.

gesetz weder vom BVerfG noch vom Vorlagegericht zu beantworten und folglich nicht entscheidungserheblich ist. Um jene Frage zu klären, hat das Fachgericht gegebenenfalls eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.<sup>68</sup> Erklärt der EuGH dann die dem Bundesgesetz vorausliegende Richtlinie für nichtig,

„wird zwar das deutsche Umsetzungsgesetz nicht automatisch ebenfalls unbeachtlich. Jedoch ist dann Raum für eine Prüfung an den deutschen Grundrechten und gegebenenfalls eine Vorlage nach Art. 100 GG [...]“<sup>69</sup>

Der Ansatz des BVerfG stimmt mit der EuGH-Rechtsprechung überein. Dieser legt Art. 267 AEUV dahin aus, dass ein nationales Gericht, das Zweifel an der Vereinbarkeit einer nationalen Rechtsvorschrift sowohl mit dem Unionsrecht als auch mit der nationalen Verfassung hat, auch dann, wenn ein Zwischenverfahren zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift beim nationalen Verfassungsgericht anhängig ist, befugt und gegebenenfalls verpflichtet ist, dem EuGH Fragen nach der Auslegung oder der Gültigkeit des Unionsrechts vorzulegen.<sup>70</sup>

## II. Der Konflikt im Bereich des Föderalismus

Der Konflikt im Bereich des Föderalismus wurde insbesondere anhand der Fernsehrichtlinie deutlich, mit der die damalige EWG Regelungen im Bereich der Kulturhoheit der deutschen Länder erließ.<sup>71</sup> Dazu gehörten etwa Regelungen über die Quote europäischer Werke an den ausgestrahlten Sendungen. Einige deutsche Länder meinten, die Bundesregierung habe mit ihrer Zustimmung im Rat zu dieser Richtlinie die verfassungsrechtlichen Schranken der Integrationermächtigung verletzt, die aus dem Bundesstaatsprinzip des Grundgesetzes abzuleiten seien. Ihr deshalb vor dem BVerfG eingeleitetes Bund-Länder-Streitverfahren war teilweise erfolgreich.<sup>72</sup>

Das BVerfG stellte fest, dass der Bund durch die Art, in der die Bundesregierung beim Zustandekommen der Richtlinie die Mitgliedschaftsrechte Deutschlands wahrgenommen hat, die im Grundgesetz verankerten Rechte der Länder verletzt habe. Zur Begründung führte das Gericht Folgendes aus: Wenn die EG Rechtsetzungskompetenzen beanspruche, sei es Sache des Bundes, die Rechte der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Gemeinschaft und ihren Organen zu vertreten. Behalte das Grundgesetz die Regelung des von der Gemeinschaft beanspruchten Gegenstandes den Ländern vor, so vertrete der Bund gegenüber der Gemeinschaft als Sachwalter der Länder auch deren verfassungsmäßige Rechte. Aus dieser Verantwortlichkeit als Sachwalterin der Länderrechte erwüchsen der Bundesregierung prozedurale Pflichten zu bundesstaatlicher Zusammenarbeit und Rücksichtnahme.

68 BVerfGE 129, 186 (200 ff.).

69 BVerfGE 118, 79 (97).

70 EuGH, Rs. C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, EU:C:2015:354, Rn. 29 ff.; EuGH, Rs. C-112/13, *A gegen B u.a.*, EU:C:2014:2195. Vgl. auch *Lenaerts*, (Fn. 48), S. 13 f.

71 RL 89/552/EWG v. 3.10.1989, ABl. L 298 v. 17.10.1989, S. 23.

72 BVerfGE 92, 203.

Als das BVerfG diese Entscheidung nach sechsjähriger Verfahrensdauer endlich traf, war der Verfassungskonflikt zwischen Bund und Ländern in Deutschland durch eine Änderung des Grundgesetzes und den Erlass eines Ausführungsgesetzes des Bundes für die Zukunft längst beigelegt: Der 1992 eingefügte neue Art. 23 GG stärkte die Mitwirkungsrechte der Länder an den europapolitischen Entscheidungen in Deutschland ganz erheblich dadurch, dass der Bundesrat an der politischen Willensbildung beteiligt wurde.<sup>73</sup> Zur Festlegung der Einzelheiten wurde 1993 das Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG) erlassen.<sup>74</sup> Die Entscheidung des BVerfG legt übrigens dar, dass die Neuregelung der Länderbeteiligung durch Art. 23 GG im Wesentlichen nur verschriftlicht, was bereits zuvor aus dem Bundesstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG) abzuleiten war.

Dass die Erfahrungen mit der EWG-Fernschriftlinie diese Neujustierung des Bund-Länder-Verhältnisses in der Europapolitik herbeigeführt haben, wird insbesondere deutlich an Art. 23 Abs. 6 GG. Dieser lautet:

„Wenn im Schwerpunkt ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder auf den Gebieten der schulischen Bildung, der Kultur oder des Rundfunks betroffen sind, wird die Wahrnehmung der Rechte, die der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union zustehen, vom Bund auf einen vom Bundesrat ernannten Vertreter der Länder übertragen. Die Wahrnehmung der Rechte erfolgt unter Beteiligung und in Abstimmung mit der Bundesregierung; dabei ist die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren.“<sup>75</sup>

Um die Vertretung des deutschen Mitgliedstaats im Rat durch einen Vertreter der Länder europarechtlich zu ermöglichen, wurden die Vertragsbestimmungen über die Zusammensetzung des Rates auf Initiative Deutschlands durch den Vertrag von Maastricht entsprechend angepasst. Ursprünglich war festgelegt gewesen, dass der Rat aus Vertretern der Mitgliedstaaten bestehe und jede Regierung eines ihrer Mitglieder entsende.<sup>76</sup> Heute besteht der Rat „aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaats auf Ministerebene, der befugt ist, für die Regierung des von ihm vertretenen Mitgliedstaats verbindlich zu handeln und das Stimmrecht auszuüben.“<sup>77</sup> Das schließt entsprechend bevollmächtigte Landesminister aus Deutschland ein.

Die Lösung für das Föderalismusproblem wurde nach alledem in erster Linie auf nationaler Ebene gefunden, wo sich das Problem ja auch abspielte: Durch eine Änderung des Grundgesetzes und einfachgesetzliche Begleitregelungen hat Deutschland dafür gesorgt, dass die Kompetenzeinbußen der Länder infolge der europäischen Integration kompensiert wurden durch eine Stärkung ihrer Beteiligungsrechte am deutschen europapolitischen Entscheidungsprozess. Das Europarecht hat diese nationale Lösung durch eine Änderung des Primärrechts flankiert. Man kann darin ein Mus-

73 Art. 23 Abs. 2, Abs. 4-7 GG.

74 BGBl. 1993 I, 313, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.9.2009 (BGBl. 2009 I, 3031), konsolidierte Fassung in Sartorius I, Nr. 97.

75 Vgl. auch die Detailregelungen in § 6 EUZBLG.

76 Vgl. Art. 146 Abs. 1 EWGV in seiner Fassung von 1957.

77 Art. 16 Abs. 2 EUV.

terbeispiel für die kooperative Lösung von Verfassungskonflikten im europäischen Mehrebenensystem sehen, ganz im Einklang mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV).

Neuerdings haben sich die Landtage verstärkt in die Diskussion eingebracht. Denn sie sind es vor allem, die durch die Europäisierung von Landesgesetzgebungszuständigkeiten Kompetenzeinbußen erleiden, während die Kompensation durch eine Erweiterung der Mitwirkungsrechte des Bundesrates an der Festlegung der deutschen Europapolitik erfolgt, die allein den Landesregierungen zugutekommt.<sup>78</sup> Deshalb haben Verfassungsänderungen in den Ländern in Anlehnung an Art. 23 Abs. 3 GG die Beteiligung der Landtage an der Festlegung der europapolitischen Entscheidungen der Landesregierungen erweitert. Diese reichen von einer bloßen Pflicht der Landesregierung zur Information des Landtags und Berücksichtigung von dessen Stellungnahmen bei der Stimmabgabe im Bundesrat<sup>79</sup> bis hin zu einem imperativen Mandat, bei dem die Landesregierung an die Stellungnahme des Landtages gebunden ist.<sup>80</sup>

In den letzten zwanzig Jahren hat die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern in der Europapolitik offenbar zufriedenstellend funktioniert. Dass in Bezug auf den mitgliedstaatlichen Föderalismus zwischen der deutschen und der europäischen Verfassungsebene in Zukunft ein neuer Konflikt ausbrechen wird, ist wenig wahrscheinlich. Als eigentliches Konfliktfeld hat sich in den letzten Jahren hingegen die angemessene Ausgestaltung des Föderalismus auf Unionsebene herauskristallisiert. Ein Aspekt dieses Konfliktes stellt das bereits erörterte Problem eines angeblichen Übermaßes an europäischem Grundrechtsschutz dar.<sup>81</sup> Im Kern spielt er sich aber unter dem Etikett des Demokratieprinzips ab.

### **III. Der Konflikt im Bereich des Demokratieprinzips**

#### **1. Spannungsverhältnis zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Demokratie**

Der zeitlich letzte und weiterhin aktuelle Verfassungs- und Justizkonflikt betrifft das Demokratieprinzip. Über die demokratische Legitimation der zunächst von der E(W)G und jetzt der EU ausgeübten Hoheitsgewalt diskutiert man schon seit den fünfziger Jahren kontrovers. Dies verwundert deshalb nicht, weil die europäischen Institutionen notwendigerweise bürgerferner sind als die nationalen Stellen. Jede Integrationsverdichtung, die mit einer weiteren Machtverlagerung von den Mitgliedstaaten auf die europäische Ebene einhergeht, hat diese Kontroverse verschärft. Während lange Zeit nur die Demokratie auf Unionsebene im Fokus lag, nimmt die Auseinandersetzung in letzter Zeit verstärkt die Demokratie auf mitgliedstaatlicher

78 Art. 23 Abs. 4-6, Art. 51 Abs. 1 GG.

79 So der 2001 eingefügte Art. 76a der Verfassung des Saarlandes.

80 So der 2011 neugefasste Art. 34a Abs. 2 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg. Nach der überkommenen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist zweifelhaft, ob das GG ein derartiges imperatives Mandat erlaubt, vgl. BVerfGE 8, 104 (120 f.).

81 Siehe unter D.I.2.

Ebene in den Blick. Es zeigt sich hier immer deutlicher, dass Unionsdemokratie und mitgliedstaatliche Demokratie durchaus in gegensätzliche Richtungen weisen, weil ein Mehr an Demokratie auf Unionsebene mit einer Einbuße an Demokratie auf mitgliedstaatlicher Ebene erkaufte wird. Denn die demokratische Legitimation von EU-Beschlüssen kann nur durch den Abbau nationaler Vetopositionen und den Ausbau gleichberechtigter Mitentscheidungsrechte des Europäischen Parlaments verbessert werden. Je mehr aber nationale Vetopositionen wegfallen, desto häufiger müssen einzelne Mitgliedstaaten europäische Hoheitsakte umsetzen und ausführen, die ihre demokratisch legitimierten Organe abgelehnt haben.

## 2. Spiegelbildliche Demokratievorgaben in EU-Vertrag und Grundgesetz

EU-Vertrag und Grundgesetz schreiben spiegelbildlich vor, dass sowohl auf Unionsebene als auch auf mitgliedstaatlicher Ebene demokratische Verhältnisse herrschen müssen: Nach Art. 2 EUV gründet sich nicht nur die Union auf den Wert der Demokratie,<sup>82</sup> sondern dieser ist auch allen Mitgliedstaaten gemeinsam. Nach Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV beruht das repräsentativ-demokratische System der EU auch darauf, dass die Mitgliedstaaten im Rat von ihrer jeweiligen Regierung vertreten werden, die ihrerseits in demokratischer Weise gegenüber ihrem nationalen Parlament oder gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern Rechenschaft ablegen muss. Dementsprechend können nach Art. 49 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 EUV nur demokratische europäische Staaten der Union beitreten und stellt Art. 7 EUV in Verbindung mit Art. 354 AEUV ein Sanktionsverfahren zur Verfügung, wenn das Demokratieprinzip in einem Mitgliedstaat in schwerwiegender und anhaltender Weise verletzt wird.<sup>83</sup>

Nach Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG darf die Bundesrepublik Deutschland nur Mitglied einer Europäischen Union sein, die demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG bestimmt, dass die deutsche Unionsmitgliedschaft die Grundsätze des Art. 20 GG – also auch die demokratische Struktur des deutschen Staates – nicht berühren darf.

Das BVerfG hat diese doppelte Stoßrichtung der Demokratievorgaben des Grundgesetzes folgendermaßen formuliert:

„Die Ausgestaltung der Europäischen Union muss sowohl in Art und Umfang der Übertragung von Hoheitsrechten als auch in der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der autonom handelnden Unionsgewalt demokratischen Grundsätzen entsprechen (Art. 23 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG). Weder darf die europäische Integration zu einer Aushöhlung des demokratischen Herr-

82 Vgl. außerdem Art. 10 EUV.

83 Vgl. Giegerich, Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum „neuen Rechtsstaatsmechanismus“ der Europäischen Kommission, in: Callies (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung – Liber Amicorum Torsten Stein, 2015, S. 499 ff.

schaftssystems in Deutschland führen [...] noch darf die supranationale öffentliche Gewalt für sich genommen grundlegende demokratische Anforderungen verfehlen [...].“<sup>84</sup>

Das BVerfG hat zugleich aber ganz zu Recht betont, dass die Ausgestaltung der überstaatlichen Demokratie auf Unionsebene wegen der Besonderheiten des nichtstaatlichen supranationalen Systems nicht denselben Anforderungen genügen muss wie die Demokratie in Deutschland.<sup>85</sup> Wenn es die Mitgliedstaaten ausdrücklich als „voll-demokratisch“ organisiert bezeichnet,<sup>86</sup> stempelt es die Union als bestenfalls halb-demokratisch ab.

### **3. Verfassungsprozessualer Hebel des Bundesverfassungsgerichts: Das grundrechtsgleiche Bundestagswahlrecht in Art. 38 GG**

#### *a) Proeuropäischer Konsens in Westdeutschland bis 1989*

Zwischen den maßgeblichen politischen Kräften in Deutschland herrscht seit Jahrzehnten ein proeuropäischer Konsens: Sämtliche Bundesregierungen haben mit Unterstützung der überwältigenden Mehrheiten im Bundestag und Bundesrat alle bisherigen Integrationsfortschritte engagiert mitgetragen. Gleiches hat auch stets für die große Mehrheit des deutschen Wahlvolks gegolten. Es hat aber auch hierzulande immer Europaskeptiker oder Europagegner gegeben. Die Möglichkeit, ein Referendum gegen die deutsche Mitwirkung an einer Verdichtung der europäischen Integration anzurufen, hatte dieser Personenkreis nie.

#### *b) Europäische Einbindung des wiedervereinigten Deutschland gibt Europaskepsis Auftrieb*

Ein wesentlicher politischer Einschnitt ereignete sich in dieser Hinsicht vor fünfundzwanzig Jahren. 1990 fand die deutsche Wiedervereinigung statt. Zugleich gewann das geeinte Deutschland mit der Beendigung der Rechte und Verantwortlichkeiten der vier Hauptsiegermächte zum ersten Mal nach dem Ende des zweiten Weltkriegs seine Souveränität vollständig zurück. Gleichzeitig war man sich im Rahmen der damaligen Europäischen Gemeinschaften einig, dass erstens das wiedervereinigte Deutschland fest in das supranationale europäische System eingebunden bleiben und zweitens die Gunst der Stunde genutzt werden sollte, um die europäische Währungsunion durch Einführung einer gemeinsamen Währung zu vollenden.

Es war vor allem diese mit dem Verlust der Deutschen Mark einhergehende Vergemeinschaftung der Währungshoheit durch den Vertrag von Maastricht von 1992, die den Europaskeptikern in Deutschland Auftrieb gab. Ihren Widerstand gegen

84 BVerfGE 123, 267 (356). Vgl. bereits BVerfGE 89, 155 (185 f.).

85 BVerfGE 123, 267 (370 ff.).

86 BVerfGE 123, 267 (381).

„Maastricht“ kleideten sie in die Form von Verfassungsbeschwerden an das BVerfG.<sup>87</sup> In der Tat ist die Verfassungsbeschwerde die einzige prozessuale Möglichkeit für Privatpersonen, das BVerfG anzurufen. Sie stellt einen außerordentlichen Rechtsbehelf dar, mit dem Einzelne ihre im Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte gegen staatliche Eingriffe verteidigen können.<sup>88</sup> Die Beschwerdeführer machten jedoch vor dem BVerfG insbesondere geltend, dass der Vertrag von Maastricht so viele nationale Befugnisse vergemeinschaftete, dass er einen europäischen Bundesstaat gründe und damit nicht nur die staatliche Souveränität, sondern auch die Demokratie in Deutschland zerstöre. Darin lag der Vorwurf eines Staatsstreichs unter Verletzung der Staatsfundamentalnorm des Art. 20 GG. Er ließ sich aber nach der bisherigen Verfassungsdogmatik nicht in die Behauptung kleiden, die deutsche Ratifikation des Vertrags von Maastricht führe zur Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Gewährleistungen der Beschwerdeführer.

*c) Bundesverfassungsgericht ermöglicht europaskeptisches „Ersatzvolksbegehren“*

Deshalb hätte das BVerfG die vorgenannten Verfassungsbeschwerden eigentlich als unzulässig verwerfen müssen. Dies tat es aber nicht, weil es offensichtlich die materielle Verfassungsmäßigkeit des Vertrags von Maastricht kontrollieren wollte, um seine eigene Staatstheorie in den europäischen Integrationsprozess und sich selbst als wichtigen Mitspieler in die deutsche und europäische Integrationspolitik einzubringen.<sup>89</sup> Es brachte damit seinen Anspruch zum Ausdruck, die zukünftige Richtung und Geschwindigkeit des europäischen Integrationsprozesses maßgeblich mitzuentcheiden. Der argumentative Kunstgriff des BVerfG lag darin, auf das allen volljährigen Deutschen in Art. 38 GG grundrechtsgleich gewährleistete und mit der Verfassungsbeschwerde unzweifelhaft durchsetzbare Wahlrecht der Beschwerdeführer zum Deutschen Bundestag zurückzugreifen und in dieses die Anforderungen des Demokratieprinzips nach Art. 20 Abs. 1 und 2 GG hineinzulesen:

„Das durch Art. 38 GG gewährleistete Recht, durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluß zu gewinnen, schließt es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG aus, dieses Recht durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird [...]“<sup>90</sup>

Neuerdings spricht das BVerfG ausdrücklich von den Rechten der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG.<sup>91</sup>

87 Die Beschwerdeführer beriefen sich in der Tat auch auf ihr in Art. 20 Abs. 4 GG verbürgtes Widerstandsrecht (BVerfGE 89, 155 (180)).

88 Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

89 Vgl. *van Ooyen*, Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 5. Aufl. 2014.

90 BVerfGE 89, 155 (182).

91 Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 18.3.2014, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 177.

Seit 1993 können daher all die Millionen zum Bundestag wahlberechtigten Deutschen gegen Gesetze nach Art. 23 Abs. 1 GG, mit denen Bundestag und Bundesrat weitere nationale Hoheitsrechte auf die Union übertragen, eine Art Popularverfassungsbeschwerde erheben. Diese Einladung an alle deutschen Europaskeptiker zu einem „Ersatzvolksbegehren“ wird seither routinemäßig angenommen. Ein „harter Kern“ von Beschwerdeführern und Bevollmächtigten ist seit vielen Jahren an nahezu allen dieser Verfahren beteiligt und treibt das BVerfG geradezu vor sich her. Da die entsprechenden Verfassungsbeschwerden regelmäßig mit Anträgen auf Erlass von einstweiligen Anordnungen gegen die Hinterlegung der deutschen Ratifikationsurkunde zu den zugrundeliegenden Vertragsänderungen nach Art. 48 EUV verbunden werden, verzögern sie deren Inkrafttreten erheblich. Deutschland kann oft erst als letzter Mitgliedstaat ratifizieren, und 500 Millionen Europäerinnen und Europäer warten nervös darauf, ob zumindest fünf von acht Karlsruher Richterinnen und Richtern ihrem gemeinsamen Projekt grünes Licht geben werden. Wie demokratisch!

#### d) Verschärfung der Darlegungslast durch das Bundesverfassungsgericht

An seiner Rechtsprechung zu Art. 38 GG hat das BVerfG trotz vielfach geäußelter Kritik festgehalten.<sup>92</sup> Es hat allerdings klargestellt, dass solche Popularverfassungsbeschwerden nur zulässig sind, wenn die Beschwerdeführer geltend machen können, der weitere Kompetenztransfer auf die EU sei so weitreichend, dass

„offensichtlich die Gefahr besteht, dass die Kompetenzen des gegenwärtigen oder künftigen Bundestages auf eine Art und Weise ausgehöhlt werden, die eine parlamentarische Repräsentation des Volkswillens, gerichtet auf die Verwirklichung des politischen Willens der Bürger, rechtlich oder praktisch unmöglich macht.“<sup>93</sup>

Die Darlegungslast der Beschwerdeführer unterliegt insoweit strengen Anforderungen. Zugleich wurde aber verdeutlicht, dass außer den Gesetzgebungs- auch die Haushaltsbefugnisse des Bundestages im Sinne seiner dauerhaften Haushaltsautonomie in ausreichendem Maße erhalten bleiben müssen.

Insgesamt fällt auf, dass das BVerfG zur Sicherung des Bundestagswahlrechts und der Demokratie seine Kontrollbefugnisse vor allem zu Lasten des Bundestages sehr stark erweitert hat. Das hinterlässt einen widersprüchlichen Eindruck.<sup>94</sup>

### 4. Verfahren gegen den Vertrag von Maastricht: Grundlegung der verfassungsgerichtlichen Integrationsaufsicht

Die Verfassungsbeschwerden gegen den Vertrag von Maastricht hat das BVerfG zwar als unbegründet zurückgewiesen und dabei auch die grundsätzlich positive Haltung

92 BVerfGE 129, 124 (169 ff.). Kritisch u.a. *Schwerdtfeger*, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2015, S. 304 ff. m.w.N.

93 BVerfGE 129, 124 (Leitsatz 1).

94 *Schwerdtfeger*, (Fn. 92), S. 309.

des Grundgesetzes zur europäischen Integration unterstrichen.<sup>95</sup> Zugleich hat es aber die Möglichkeit von Popularverfassungsbeschwerden deutscher Wähler gegen Übertragungen von Hoheitsrechten auf die EU eingeführt. In seinen Entscheidungsgründen hat es darüber hinaus in drei Bereichen Grundlagen für zukünftige Konflikte mit der Europäischen Union gelegt.

Erstens nahm das BVerfG dort ausdrücklich die Befugnis in Anspruch zu prüfen, ob Rechtsakte der Union sich in den Grenzen der ihnen vertraglich eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen.<sup>96</sup> Zweitens betonte es, dass die nationale Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten und insbesondere deren demokratisch-parlamentarische Struktur gerade gegenüber europäischen Mehrheitsentscheidungen gewahrt bleiben müssten und deshalb auch der Europäisierung von Staatsaufgaben Grenzen gesetzt seien.<sup>97</sup> Drittens schließlich machte es deutlich, dass die demokratische Legitimität europäischer Entscheidungen primär durch die nationalen Parlamente gewährleistet werde und dem Europäischen Parlament daher insoweit nur eine ergänzende Legitimationsfunktion zukomme. Dementsprechend müsse der europäische Entscheidungsprozess primär vom Rat bestimmt bleiben.<sup>98</sup>

## 5. Verfahren gegen den Vertrag von Lissabon

### *a) Europafreundliches Grundgesetz verbietet europäischen Bundesstaat*

Im Verfahren über die Verfassungsbeschwerden gegen den Vertrag von Lissabon hat das BVerfG die Offenheit des Grundgesetzes für die europäische Integration erneut betont und dabei erstmals ausdrücklich bestätigt, dass das Grundgesetz europarechtsfreundlich sei.<sup>99</sup> Andererseits hat es jedoch ebenfalls erstmals ausdrücklich angenommen, dass das Grundgesetz die Eingliederung Deutschlands in einen europäischen Bundesstaat nicht zulasse,<sup>100</sup> obwohl der Vertrag von Lissabon, wie das BVerfG selbst erkennt, einen solchen nicht errichtet.<sup>101</sup> Es handelt sich also um ein überflüssiges und zudem ahistorisches *obiter dictum*.<sup>102</sup> Das BVerfG hat im Zusammenhang damit einige zentrale Staatsaufgaben als nicht auf die EU übertragbar identifiziert,<sup>103</sup> diese aller-

95 BVerfGE 89, 155 (182 f.).

96 BVerfGE 89, 155 (188) unter Hinweis auf entsprechende Andeutungen in früheren Entscheidungen.

97 BVerfGE 89, 155 (183 f., 186, 201 f., 213).

98 BVerfGE 89, 155 (184 ff.).

99 BVerfGE 123, 267 (346 f.).

100 BVerfGE 123, 267 (331 f., 347 f.).

101 BVerfGE 123, 267 (370 f.).

102 Die Gründungsgeneration der Bundesrepublik Deutschland träumte von den Vereinigten Staaten von Europa und wollte die deutsche Einbindung in diese verfassungsrechtlich möglichst erleichtern. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, 2003, S. 1189 ff., 1393 ff.

103 BVerfGE 123, 267 (357 ff.).

dings in einer wenig konkreten Weise umschrieben.<sup>104</sup> Es hat außerdem klargestellt, dass das Grundgesetz nicht nur die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz auf die EU oder im Zusammenhang mit ihr geschaffene Einrichtungen verbietet, sondern auch die Erteilung von zu unbestimmten Blankettermächtigungen zur Ausübung öffentlicher Gewalt.<sup>105</sup>

*b) Integrationsverantwortung vor allem des Bundestages*

Schließlich hat das BVerfG die Integrationsverantwortung vor allem des Bundestages betont und dementsprechend verlangt, dass dieser viel stärker als bisher in die europapolitischen Entscheidungen in Deutschland eingebunden werde. Als Konsequenz daraus hat es zwar das eigentliche Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon für verfassungsmäßig gehalten, die Begleitgesetze jedoch für verfassungswidrig erklärt, weil sie den Gesetzgebungsorganen keine ausreichenden Beteiligungsrechte gaben. Inzwischen hat der deutsche Gesetzgeber neue Begleitgesetze erlassen, in denen insbesondere die Beteiligung des Bundestages, aber auch des Bundesrates an der deutschen Europapolitik stark ausgebaut worden sind.<sup>106</sup>

*c) Ultra-Vires- und Identitätskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über EU-Rechtsakte*

Davon abgesehen hat das Gericht das bereits im „Maastricht“-Urteil angelegte Potential für Konflikte mit der Europäischen Union weiter ausgebaut. Es beansprucht ausdrücklich die Kontrolle darüber, ob EU-Rechtsakte mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar sind (sogenannte Ultra-Vires-Kontrolle), „[w]enn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist“.<sup>107</sup> Zweitens beansprucht es die Kontrolle darüber, „ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze des Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden“ (sogenannte Identitätskontrolle). Insoweit soll der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht gelten.<sup>108</sup> Sowohl für die Ultra-Vires- als auch die Identitätskontrolle soll in Deutschland allein das BVerfG zuständig sein.<sup>109</sup>

Diese Kontrollvorbehalte stützt das Gericht auf das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das es aber im Sinne einer unaufgebaren nationalen Letztkontrolle über alle

104 *Giegerich*, Introduction: Trying to Fathom the Shallows of European Integration, in: ders./Gstrein/Zeitmann (Hrsg.), *The EU Between ‘an Ever Closer Union’ and Inalienable Policy Domains of Member States*, 2014, S. 27 ff.

105 BVerfGE 123, 267 (349 ff.); bestätigt in BVerfGE 132, 195 (238 f.).

106 Vgl. insbesondere das Integrationsverantwortungsgesetz v. 22.9.2009 (BGBl. 2009 I, 3022), mit späteren Änderungen in Sartorius I, Nr. 98.

107 BVerfGE 123, 267 (353 ff.).

108 Ebd. kritisch *Proelß*, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 249 ff.

109 Bestätigt in BVerfGE 134, 366 (382 ff.).

supranationalen Entwicklungen missdeutet. Denn das Grundgesetz hat 1949 keinen souveränen deutschen Nationalstaat klassischer Prägung rekonstituiert, mit dem gerade die Deutschen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts so schlechte Erfahrungen gemacht hatten. Vielmehr hat es das Gegenmodell eines integrationsoffenen Staates konstitutionalisiert, der seine Souveränität mit den europäischen Nachbarn teilt. Zwar sind die Mitgliedstaaten der Union „Herren der Verträge“ geblieben,<sup>110</sup> doch können sie diese Herrschaft nur gemeinsam im Vertragsänderungsverfahren des Art. 48 EUV ausüben und nicht je einzeln, und schon gar nicht durch ihre Gerichte.<sup>111</sup> Dass der Verfassungsgeber den deutschen Organen keine Letztkontrolle über internationale Entscheidungen vorschreibt, zeigt Art. 24 Abs. 3 GG schon für die schwach integrierte Weltgemeinschaft: Diese Bestimmung verpflichtet Deutschland nämlich, sich zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten einer allgemeinen, umfassenden, obligatorischen, internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen. In der viel engeren Integrationsgemeinschaft des vereinten Europas, in das sich das deutsche Volk nach der Präambel des Grundgesetzes als gleichberechtigtes Glied einbringen soll, ist die Vorstellung einer deutschen Letztkontrolle erst recht verfehlt.

Die beiden Kontrollvarianten sollen unabhängig nebeneinander stehen: Ein Rechtsakt der EU kann auch dann im Ultra-Vires-Sieb hängen bleiben, wenn er die nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbaren Verfassungsgrundsätze nicht verletzt, aber kompetenzwidrig erlassen wurde. Umgekehrt kann auch ein aus Sicht des Unionsrechts kompetenzgemäß erlassener Rechtsakt der EU mit Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 1 oder Art. 20 GG unvereinbar sein und dementsprechend an der Identitätskontrolle scheitern.<sup>112</sup> Sowohl Ultra-Vires-Akte als auch die deutsche Verfassungsidentität verletzende Akte der EU sind in Deutschland nach Auffassung des BVerfG unanwendbar.

*d) Vereinbarkeit der Kontrollvorbehalte des Bundesverfassungsgerichts mit dem EU-Recht?*

Zu Unrecht behauptete das BVerfG zunächst, dass die von ihm beanspruchte Identitätskontrolle mit dem Unionsrecht vereinbar sei, ohne die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH überhaupt in Erwägung zu ziehen.<sup>113</sup> Es ist auch aus Sicht des EU-Rechts zweifelsohne Sache des BVerfG und nicht des EuGH zu bestimmen, welche verfassungsmäßigen Strukturen zur unaufgebbaren nationalen Identität des deutschen Mitgliedstaats gehören, so dass Deutschland nach Art. 4 Abs. 2 EUV einen Anspruch auf deren Achtung durch die Union geltend machen kann. Es ist aber sicherlich nicht Sache des BVerfG, sondern des EuGH, abschließend darüber zu ent-

110 So zu Recht BVerfGE 123, 267 (348 f., 381).

111 Vgl. aber BVerfGE 134, 366 (387 f.), wo Entscheidungen anderer mitgliedstaatlicher Gerichte nachgewiesen werden, aus denen sich vergleichbare Kontrollvorbehalte ergeben sollen.

112 Zum Verhältnis der beiden Kontrollarten eingehend *Schwerdtfeger*, (Fn. 92), S. 290 ff.; teilweise anders *Ludwigs*, *Der Ultra-vires-Vorbehalt des BVerfG*, NVwZ 2015, S. 539 f.

113 BVerfGE 126, 286 (302); vgl. auch BVerfGE 134, 366 (384).

scheiden, wie der Achtungsanspruch des Art. 4 Abs. 2 EUV mit den übrigen gleichrangigen Verfassungsprinzipien des Unionsrechts in einen vernünftigen Ausgleich zu bringen ist.<sup>114</sup> Zwischenzeitlich erkannte das BVerfG der Sache nach an, dass die von ihm in Anspruch genommene Identitätskontrolle dem Unionsrecht nicht entspricht.<sup>115</sup>

Jüngst hat das Gericht dann wiederum geradezu offensiv und erneut eigenmächtig hervorgehoben, dass seine Identitätskontrolle nicht gegen Art. 4 Abs. 3 EUV verstoße, sondern in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV der Sache nach angelegt sei. Deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht werde „zusätzlich dadurch unterstrichen, dass sich [...] auch im Verfassungsrecht zahlreicher anderer Mitgliedstaaten des Europäischen Union Vorkehrungen zum Schutz der Verfassungsidentität [...] finden.“<sup>116</sup> Das BVerfG entdeckt am EuGH vorbei einen allgemeinen Grundsatz des Unionsverfassungsrechts.

Die offenkundige Europarechtswidrigkeit der Ultra-Vires-Kontrolle übergeht das BVerfG im „Lissabon“-Urteil mit Stillschweigen. Sie ist aus Sicht des EU-Rechts auch in keiner Weise zu rechtfertigen, sondern stellt einen außerhalb der Unionsrechtsordnung anzusiedelnden Widerstandsakt dar. In späteren Entscheidungen hat das BVerfG die Europarechtswidrigkeit seiner Ultra-Vires-Kontrolle dann ausdrücklich anerkannt und im Hinblick auf die Vertragsherrschaft der Mitgliedstaaten als unvermeidlich bezeichnet.<sup>117</sup> Diese Begründung trägt, wie bereits erwähnt, deswegen nicht, weil die Vertragsherrschaft nur allen Mitgliedstaaten gemeinsam zusteht und nicht jedem einzelnen allein.

*e) Sind Ultra-Vires- und Identitätskontrolle verfassungsrechtlich geboten?*

Als grundgesetzlich geboten erscheinen mir – anders als dem BVerfG – beide Kontrollarten nicht, ganz im Gegenteil. Denn Art. 23 Abs. 1 GG gibt Deutschland die Mitwirkung an einer EU auf, die unter anderem rechtsstaatlichen und föderativen Grundsätzen entspricht. Zu den wichtigsten rechtsstaatlichen Grundsätzen gehört aber die Anerkennung, dass rechtskräftige Entscheidungen des zuständigen Gerichts – hier des EuGH – auch dann nicht in Frage gestellt werden dürfen, wenn man sie für falsch hält. Föderative Grundsätze wiederum verlangen, dass definitive Entscheidungen über die Wirksamkeit und Auslegung von Unionsrecht auf der Stufe der Union getroffen werden, weil nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass das Unionsrecht unionsweit einheitlich angewendet wird. Diese unionsweite Rechtseinheit stellt wiederum ein elementares Gebot der Rechtsgleichheit dar. Das Grundgesetz

114 Näher *Giegerich*, *The German Federal Constitutional Court's Misguided Attempts to Guard the European Guardians in Luxemburg and Strasbourg*, in: Breuer u.a. (Hrsg.), *Der Staat im Recht*, Festschrift für Eckart Klein, 2013, S. 59 ff. Vgl. dazu jetzt auch Schlussanträge *GA Cruz Villalón* zu EuGH, Rs. C-62/14, *Gauweiler u.a.*, EU:C:2015:7, Rn. 59 ff. und *Villotti*, *National Constitutional Identities and the Legitimacy of the European Union – Two Sides of the European Coin*, ZEuS 2015, S. 475 ff.

115 BVerfGE 134, 366 (386 f., 418 f.).

116 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 44 ff., 47 m.w.N.

117 BVerfGE 126, 286 (303); 134, 366 (384).

verlangt demgegenüber kein systemwidriges und dysfunktionales permanentes Verwerfungsrecht des BVerfG über EuGH-Entscheidungen.

Die vom BVerfG vorbehaltenen Kontrollrechte beruhen außerdem auf einer unrichtigen Prämisse. Das Grundgesetz schreibt mit seinem Demokratieprinzip nicht vor, dass zur Verhinderung bundesstaatlicher Verhältnisse alle europäischen Entscheidungen einer permanenten Oberaufsicht durch deutsche Organe, insbesondere durch das BVerfG, unterworfen bleiben müssen. Das Grundgesetz legt vielmehr nur fest, dass die europäische Integration rechtsstaatlich und demokratisch organisiert sein muss. Das heißt nicht mehr und nicht weniger, als dass die Hoheitsgewalt der Union ausreichend demokratisch legitimiert und rechtlich eingegrenzt sein und die Einhaltung dieser Grenzen durch ein unabhängiges und unparteiliches europäisches Gericht wie den EuGH effektiv überwacht werden muss. In Bezug auf die Identitätskontrolle kann man dem Grundgesetz zwar den auch an das BVerfG gerichteten Auftrag entnehmen, seine nach Art. 79 Abs. 3 GG unverletzlichen Kernstrukturen zu schützen. Bei der Erfüllung dieses Auftrags muss indessen die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Rechnung gestellt werden. Daraus folgt erstens, dass die ziemlich abstrakten Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG europarechtsfreundlich in einer Weise interpretiert werden müssen, dass Konflikte mit dem Unionsrecht, das seinerseits auf vergleichbaren Werten beruht, vermieden werden. Möglich ist dies praktisch immer. Zweitens können und müssen verbleibende Probleme durch nationale Maßnahmen in Deutschland entschärft werden, etwa durch Aufwertung der europapolitischen Rechte von Bundestag und Bundesrat, wie dies bereits geschehen ist.

Das BVerfG hat den deutschen Gesetzgeber dazu aufgefordert, ein zusätzliches verfassungsgerichtliches Verfahren speziell für die Ultra-Vires- und die Identitätskontrolle einzuführen. Zugleich hat es aber darauf hingewiesen, dass auch die schon bestehenden Verfahrensarten, insbesondere die Verfassungsbeschwerde, dafür zur Verfügung stünden. Der deutsche Gesetzgeber hat diese ohne Verstoß gegen das Unionsrecht kaum erfüllbare Aufforderung glücklicherweise ignoriert.<sup>118</sup>

## 6. Praktische Beispiele der Ultra-Vires- und Identitätskontrolle

### a) *Ultra-Vires-Kontrolle über den EuGH im „Honeywell“-Fall*

Mittlerweile hat das BVerfG Hoheitsakte der EU der Ultra-Vires-Kontrolle unterworfen, und zwar im „Honeywell“-Fall.<sup>119</sup> Pikanterweise bestand der angebliche Ultra-Vires-Akt in einer Vorabentscheidung des EuGH zum Verbot der Altersdiskriminierung im „Mangold“-Fall,<sup>120</sup> auf deren Grundlage das Bundesarbeitsgericht einen Parallellfall zugunsten der Arbeitnehmerin entschieden hatte. Der unterlegene Arbeitgeber erhob dagegen Verfassungsbeschwerde und machte unter anderen gel-

118 Vgl. Giegerich, *The Federal Constitutional Court's Judgment on the Treaty of Lisbon*, GYIL 2009, S. 29 f.

119 BVerfGE 126, 286. Vgl. bereits Giegerich, *The Federal Constitutional Court's Non-Sustainable Role as Europe's Ultimate Arbiter*, GYIL 2010, S. 867 ff.

120 EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, EU:C:2005:709.

tend, das Bundesarbeitsgericht habe dem EuGH nicht folgen dürfen. Dieser habe nämlich das Unionsrecht in einer Weise fortgebildet, die von den Unionskompetenzen offensichtlich nicht mehr gedeckt sei. Diese Verfassungsbeschwerde war bereits anhängig, als das „Lissabon“-Urteil erging, und zwar beim selben Senat des BVerfG. Deshalb nahmen viele Beobachter an, die Betonung der Ultra-Vires-Kontrolle im „Lissabon“-Urteil habe den Weg bereiten sollen für einen Widerstandsakt gegen die „Mangold“-Entscheidung des EuGH.

Diese Erwartung wurde zum Glück enttäuscht: Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerde mit einem Stimmenverhältnis von 7:1 als unbegründet zurück. In den Gründen schränkte das BVerfG die Ultra-Vires-Kontrolle in zweierlei Hinsicht deutlich ein:<sup>121</sup> Erstens komme sie nur gegenüber hinreichend qualifizierten Kompetenzverstößen der Unionsorgane in Betracht. Das bedeutet, dass das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich sein und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führen muss.<sup>122</sup> Zweitens müsse vor der Annahme eines Ultra-Vires-Akts dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Handlungen gegeben werden, soweit er die aufgeworfenen Fragen noch nicht geklärt habe.<sup>123</sup> In diesem Zusammenhang hat das BVerfG – in Anknüpfung an seine frühere Rechtsprechung – betont, dass der EuGH auch zur wenigstens begrenzten Rechtsfortbildung befugt sei.<sup>124</sup> Aufgrund des „Honeywell“-Beschlusses ist es deutlich unwahrscheinlicher geworden, dass das BVerfG insbesondere eine EuGH-Entscheidung für *ultra vires* und deshalb in Deutschland unbeachtlich erklärt.<sup>125</sup>

#### *b) Identitätskontrolle in Bezug auf einen Europäischen Haftbefehl*

Ende 2015 hat das BVerfG die Identitätskontrolle in Bezug auf einen Europäischen Haftbefehl ausgeübt, mit dem eine italienische Generalstaatsanwaltschaft die Übergabe des Beschwerdeführers zur Vollstreckung einer langjährigen Freiheitsstrafe beehrte.<sup>126</sup> Diese war 1992 in einem Abwesenheitsverfahren rechtskräftig gegen ihn verhängt worden. Das OLG Düsseldorf hatte die Übergabe für zulässig erklärt. Gegen diesen Beschluss richtete sich die Verfassungsbeschwerde, mit der unter anderem eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG gerügt wurde, weil der Beschwerdeführer von dem früheren Strafverfahren gegen ihn keinerlei Kenntnis gehabt habe und nicht sicher-

121 Calliess, Die europarechtliche Ultra-Vires-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts, in: ders., (Fn. 83), S. 473 schreibt: „Was ‚Solange II‘ für ‚Solange I‘ bedeutete, bedeutet ‚Honeywell‘ für ‚Lissabon‘ [...].“

122 BVerfGE 126, 286 (Leitsatz 1a).

123 BVerfGE 126, 286 (Leitsatz 1b). Näher Proelß, (Fn. 108), S. 257 ff.

124 BVerfGE 126, 286 (305 ff.). Vgl. grundlegend BVerfGE 75, 223 (242 f.) zur unmittelbaren Anwendbarkeit nicht umgesetzter Richtlinienbestimmungen.

125 Das tschechische Verfassungsgericht hat dies indessen in einem Fall getan, vgl. Lenaerts, (Fn. 48), S. 17 ff.

126 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14.

gestellt sei, dass er Anspruch auf eine umfassende tatsächliche und rechtliche Überprüfung des Abwesenheitsurteils einschließlich einer erneuten Beweisaufnahme habe. Das OLG hatte sich damit zufrieden gegeben, dass eine solche „jedenfalls nicht ausgeschlossen“ sei.

Das BVerfG entschied, dass der OLG-Beschluss Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 und Art. 79 Abs. 3 GG verletze: Das OLG hätte definitiv feststellen müssen, dass der Beschwerdeführer eine vollständige Überprüfung seiner alten Verurteilung einschließlich einer neuen Beweisaufnahme erreichen könne. Denn nur auf diese Weise sei die Einhaltung des Schuldgrundsatzes als Teil der Menschenwürdegarantie gewährleistet; anderenfalls bestehe die Gefahr, dass die Strafe gegen einen Unschuldigen vollstreckt würde.

Gegen Ansatz und Ergebnis der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung, die im Einklang mit der detailliert berichteten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte steht, ist nichts einzuwenden. Sie enthält auch etliche europafreundliche Erwägungen:

„Für den Erfolg der Europäischen Union ist die einheitliche Geltung ihres Rechts von zentraler Bedeutung [...]. Als Rechtsgemeinschaft von derzeit 28 Mitgliedstaaten könnte sie nicht bestehen, wenn die einheitliche Geltung und Wirksamkeit ihres Rechts nicht gewährleistet wäre [...]. Art. 23 Abs. 1 GG enthält insoweit auch ein Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen für das unionale Recht [...]. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht gilt grundsätzlich auch mit Blick auf entgegenstehendes nationales Verfassungsrecht [...] und führt bei einer Kollision im konkreten Fall in aller Regel zu dessen Unanwendbarkeit [...]“.<sup>127</sup>

Es spricht schließlich Vieles dafür, dass die dem OLG vom BVerfG abverlangte Feststellung mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Denn mitgliedstaatliche Gerichte müssen beim Vollzug eines auf einem sekundärrechtlichen Rahmenbeschluss beruhenden Europäischen Haftbefehls nach Art. 1 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 GRCh die Würde des Menschen achten und schützen. Das BVerfG legt eingehend dar, dass die Übergabepflicht unionsrechtlich entsprechend begrenzt sei.<sup>128</sup> Erstaunlicherweise erwähnt es dabei aber das Menschenwürdegrundrecht in Art. 1 GRCh nicht, obwohl dieses sich deutlich an Art. 1 Abs. 1 GG anlehnt, sondern verweist nur auf die allgemeine Grundwertevorschrift des Art. 2 EUV, welche die Achtung (allerdings nicht den Schutz) der Menschenwürde einbezieht.

Kritikwürdig ist indessen vor allem, dass das BVerfG die von ihm lückenhaft wiedergegebene unionsrechtliche Lage für so eindeutig hält, dass es keiner Vorlage an den EuGH bedürfe.<sup>129</sup> Das ist schon deswegen problematisch, weil der Gerichtshof in der Rechtssache *Melloni*, die das BVerfG selbst zitiert, das Recht der Mitgliedstaaten beschränkt hat, die Vollstreckung eines zur Vollstreckung einer in Abwesenheit verhängten Freiheitsstrafe ausgestellten Europäischen Haftbefehls aus Gründen ihres

127 Ibid., Rn. 37 f.

128 Ibid., Rn. 84 ff.

129 Ibid., Rn. 125.

nationalen Verfassungsrechts zu verweigern.<sup>130</sup> Die „Melloni“-Entscheidung war aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des spanischen Verfassungsgerichtshofs ergangen, der unter anderen die Menschenwürde ins Spiel gebracht hatte. Es ist zu bedauern und weder mit Art. 267 Abs. 3 AEUV noch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar, dass das BVerfG entgegen diesem Vorbild den EuGH nicht darum ersuchte, die grundrechtlichen Grenzen der Vollstreckung Europäischer Haftbefehle näher zu erläutern.

Der eigentliche Grund für die kritisierte Eigenmächtigkeit dürfte darin liegen, dass das BVerfG zwei Illusionen aufrechterhalten wollte: erstens dass es unionsrechtlich zulässig sei, auch deutsche Maßnahmen zur Erfüllung zwingender unionsrechtlicher Pflichten, die keinen nationalen Entscheidungsspielraum belassen, einer Identitätskontrolle am Maßstab des Art. 1 Abs. 1 GG zu unterziehen; zweitens dass die „deutsche“ Menschenwürde anders und besser sei als die „europäische“ und daher unbedingt des bundesverfassungsgerichtlichen Schutzes bedürfe. Die Vorstellung, ohne Karlsruher Interventionen gerate die Menschenwürde im Prozess der europäischen Integration in Gefahr, trifft angesichts des gefestigten Menschenwürdeschutzes auf Unionsebene jedoch nicht zu. Das BVerfG sollte daher den Irrweg der unilateralen Identitätskontrolle in Bezug auf den Schutz paralleler deutscher und unionaler Verfassungsgrundwerte zugunsten einer Kooperation mit dem EuGH aufgeben.<sup>131</sup>

Der EuGH würde im vorliegenden Fall die Menschenwürdegarantie in Art. 1 GRCh heranziehen. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass dessen Schutzintensität hinter derjenigen von Art. 1 Abs. 1 GG zurückbliebe. Im Gegenteil hat sich der EuGH den Schutz der Menschenwürde schon vor der Verankerung der Grundrechtcharta im Primärrecht zur Aufgabe gemacht und diesen seither weiter ausgebaut.<sup>132</sup> Die Menschenwürde stellt nämlich nicht nur den höchsten Rechtswert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung,<sup>133</sup> sondern auch innerhalb der Unionsrechtsordnung dar. Nicht umsonst nennt Art. 2 EUV sie als ersten der Grundwerte der EU und macht Art. 1 GRCh sie zum Leitgrundrecht. Denn „die Würde des Menschen ist nicht nur ein Grundrecht an sich, sondern bildet das eigentliche Fundament der Grundrechte.“<sup>134</sup>

Dem BVerfG geht es ganz offensichtlich weniger um die Menschenwürde an sich, als um die Macht des letzten Worts in Bezug auf diese. Es will seine Kontrolle über den Menschenwürdeschutz und allgemeiner den Grundrechtsschutz in Deutschland nicht mit dem EuGH teilen. Hoffentlich erinnert sich das OLG Düsseldorf, an das die Sache zurückverwiesen wurde, an seine eigene Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV. Die Ausführungen des BVerfG zum angeblich klaren EU-Recht hindern es

130 EuGH, Rs. C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 82.

131 Siehe unter D.III.8.c)(4).

132 EuGH, Rs. C-377/98, *Niederlande/Parlament und Rat*, EU:C:2001:523, Rn. 70 ff.; EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, EU:C:2004:614, Rn. 34. Vgl. aus neuerer Zeit z.B. EuGH, Rs. C-34/10, *Brüstle*, EU:C:2011:669, Rn. 32 ff.; EuGH, verb. Rs. C-148/13 bis C-150/13, *A, B und C*, EU:C:2014:2406; EuGH, Rs. C-364/13, *International Stem Cell Corporation*, EU:C:2014:2451, Rn. 24.

133 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 49.

134 Erläuterung zu Art. 1 GRCh, ABl. C 303 v. 14.12.2007, S. 17.

nicht daran, seinerseits dem EuGH Gelegenheit zur näheren Klärung zu geben.<sup>135</sup> Durch seine Vermittlung könnte die gebotene Kooperation des BVerfG mit dem EuGH am Ende doch noch zustande kommen.

## 7. Verfahren zu den Sperrklauseln im Europawahlrecht: Geringschätzung des Europäischen Parlaments?

### *a) Degressiv-proportionale Zusammensetzung und Wahlrechtsgleichheit*

Was das Europäische Parlament angeht, wiederholt das BVerfG im „Lissabon“-Urteil nicht nur seine Bewertung im „Maastricht“-Urteil, dass die demokratische Legitimation der Europäischen Union in erster Linie durch die nationalen Parlamente und Regierungen über den Rat vermittelt und durch das Europäische Parlament nur ergänzt werde.<sup>136</sup> Vielmehr fügt es als Begründung jetzt einen Vorwurf hinzu: Angesichts der degressiv-proportionalen Zusammensetzung des Europäischen Parlaments genügen die Europawahlen dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit nicht. Deshalb bleibe die vom Europäischen Parlament vermittelte demokratische Legitimation dauerhaft defizitär.

Das Problem der Wahlrechtsgleichheit besteht zweifelsohne,<sup>137</sup> weil die adäquate politische Repräsentation auch der kleinen europäischen Völker bei gleichzeitiger Begrenzung der Abgeordnetenzahl auf ein Niveau, auf dem die Arbeitsfähigkeit des Parlaments gewährleistet bleibt, nur auf diese Weise möglich ist. Aber der vom BVerfG daraus abgeleitete Vorwurf eines demokratischen Defizits trifft nicht zu. Im Gegenteil ist das ausgeklügelte System der degressiv-proportionalen Zusammensetzung des Europäischen Parlaments zugunsten der kleinen Mitgliedstaaten bei gleichzeitiger Erhöhung des Stimmgewichts der bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten im Rat perfekt den nichtstaatlichen supranationalen Gegebenheiten in der Union angepasst. Denn eine direkt-proportionale Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, die aus deutscher Sicht als Lösung des Demokratiedefizits der EU erscheinen mag, würde sich für die maltesischen, estnischen und luxemburgischen Wähler gewiss als demokratisches Desaster darstellen.<sup>138</sup>

Nirgends steht geschrieben, dass der Union wegen der degressiv-proportionalen Zusammensetzung des Europäischen Parlaments bestimmte Kompetenzen, die sinnvoll und effektiv nur auf europäischer Ebene ausgeübt werden können, nicht übertragen werden dürften. Die bundesverfassungsgerichtliche Vorstellung, die Union müsse dafür zunächst in eine nationalstaatlich verfasste Demokratie umgewandelt

135 *Gaitanides*, (Fn. 66).

136 BVerfGE 123, 267 (364).

137 Art. 14 Abs. 3 EUV, Art. 39 Abs. 2 GRCh und Art. 1 Abs. 3 des Direktwahlakts (Sartorius II, Nr. 262) legen die Wahlrechtsgrundsätze fest, ohne den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit zu erwähnen.

138 *Giegerich*, (Fn. 118), S. 36.

werden, geht in die Irre.<sup>139</sup> Denn man darf zwei weitere Gesichtspunkte nicht vergessen: Erstens werden schon jetzt alle europäischen Entscheidungen, die der Rat mit Mehrheit trifft, für die Unionsbürger in den überstimmten Mitgliedstaaten einzig und allein über das Europäische Parlament demokratisch legitimiert, dessen Mitglieder ungeachtet ihrer Nationalität und Parteizugehörigkeit Vertreter aller Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sind.<sup>140</sup> Zweitens ist die Union nur insoweit effektiv, als sie zu Mehrheitsentscheidungen in der Lage ist. Die Aufgabe, aus den Anforderungen von Legitimität und Effektivität der Entscheidungsprozesse in Europa eine politisch tragfähige Synthese auf Unionsebene zu schaffen, lässt sich mit nationalstaatlichen Denk- und Demokratiemustern nicht erfüllen. Wenn man den Ansatz des BVerfG zu Ende denkt, gelangt man zur EWG auf dem Stand des sogenannten Luxemburger Kompromisses von 1966 zurück, die vom einstimmig entscheidenden Rat geführt wird und in der die „Versammlung“ schmückendes Beiwerk ist. Eine solche Organisation wäre den Herausforderungen der Gegenwart und Zukunft sicher nicht gewachsen.

*b) Braucht das Europaparlament keine Sperrklausel?*

Die Geringschätzung des Europäischen Parlaments durch das Bundesverfassungsgericht setzt sich in seinen Entscheidungen zu den Sperrklauseln im Europawahlrecht fort. Im Jahre 1979 hatte das BVerfG Verfassungsbeschwerden gegen die 5 %-Klausel im deutschen Europawahlgesetz noch zurückgewiesen, weil diese Klausel durch das wichtige Anliegen, einer übermäßigen Parteienzersplitterung im Europäischen Parlament entgegenzuwirken, gerechtfertigt sei.<sup>141</sup> Im Jahre 2011 dann überlegte es sich das BVerfG anders und erklärte dieselbe 5 %-Klausel nunmehr wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 GG für nichtig.<sup>142</sup> Der darin liegende schwerwiegende Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien sei unter den gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen.

Was hatte sich in den dazwischen liegenden 32 Jahren geändert? Insbesondere waren die politische Macht und Bedeutung des Europäischen Parlaments in einem Maße gewachsen, die es zur echten Konkurrenz des Rates machten. Effektiv ausüben kann das Parlament seinen Machtzuwachs aber nur, wenn ihm die Mehrheitsbildung gelingt. Sowohl der Bundestag als auch die vom BVerfG angehörten Europaabgeordneten hatten es deshalb für umso notwendiger erklärt, einer übermäßigen Parteienzersplitterung entgegenzuwirken. Dennoch billigte das BVerfG dem Bundesgesetzgeber mit sechs gegen zwei Stimmen keinen diesbezüglichen Einschätzungsspielraum

139 Kritisch auch *Schmahl*, Singuläre Integrationsverantwortung des Parlaments – oder kumulative Integrationsverantwortung der Parlamente?, DÖV 2014, S. 505.

140 Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 EUV. Das BVerfG bezeichnet das Europäische Parlament demgegenüber zu Unrecht als Vertretung der (Staats-)Völker der Mitgliedstaaten, vgl. BVerfGE 123, 267 (373 f.).

141 BVerfGE 51, 222.

142 BVerfGE 122, 300.

zu, sondern entschied: Das Risiko einer zu erwartenden Erschwerung der Mehrheitsbildung sei mit der Gefahr einer Funktionsbeeinträchtigung nicht gleichzusetzen. Demgegenüber wird die 5 %-Klausel im Bundestagswahlrecht nach wie vor für verfassungsmäßig gehalten.<sup>143</sup> Bei allen Unterschieden zwischen den beiden Parlamenten und bei allen Einwänden, die man gegen Sperrklauseln grundsätzlich geltend machen kann, vermittelt das BVerfG der Öffentlichkeit doch den Eindruck, die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments sei ihm weniger wichtig. Liegt der Grund darin, dass das Europäische Parlament ein echtes supranationales Organ ist und sich deshalb nur schwer in das bundesverfassungsgerichtliche Bild von einer Europäischen Union unter mitgliedstaatlicher Totalkontrolle einfügt?<sup>144</sup>

Die Reaktion des Bundestages auf die BVerfG-Entscheidung bestand darin, dass er eine neue 3 %-Klausel in das Europawahlgesetz einfügte. Gegen diese wurde erneut das BVerfG angerufen, und es erklärte auch sie mit derselben Begründung – aber diesmal mit fünf zu drei Stimmen – für nichtig.<sup>145</sup> Infolge dieser Entscheidung erhielten bei der Europawahl 2014 in Deutschland sieben Parteien je einen Sitz, und das deutsche Kontingent von 96 Sitzen verteilt sich auf 14 Parteien. Immerhin hat das BVerfG zugestanden, dass sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung dann ergeben könne, wenn sich später herausstellte, dass die Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments doch beeinträchtigt werde.

### c) Könnte das EU-Recht eine Sperrklausel vorgeben?

Bei alledem sollte Art. 3 des Direktwahlakts nicht in Vergessenheit geraten. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten zwar nicht, sondern ermächtigt sie nur, eine Sperrklausel bis zur Höhe von 5 % einzuführen. Dies geschieht jedoch in der offensichtlichen und auch auf Art. 4 Abs. 3 EUV zu gründenden Erwartung, dass alle Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um eine übermäßige politische Zersplitterung im Europäischen Parlament zu vermeiden. Seit der vollständigen Eliminierung aller Sperrklauseln durch das BVerfG leistet Deutschland anders als praktisch alle sonstigen Mitgliedstaaten keinerlei Beitrag mehr dazu, obwohl es das bei weitem größte Abgeordnetenkontingent stellt.<sup>146</sup> Die einzige Abhilfemöglichkeit bestünde darin, durch Änderung des Direktwahlakts eine Sperrklausel unionsrechtlich

143 Vgl. BVerfGE 82, 322 (338 f.), wo allerdings betont wird, dass die Notwendigkeit einer Aufrechterhaltung der Sperrklausel ständig zu überprüfen ist.

144 Zu den möglichen Gründen für die geänderte bundesverfassungsgerichtliche Bewertung der Sperrklauseln im Europawahlrecht auch *Alber*, Sperrklauseln und feste Listen bei Wahlen insbesondere bei Europawahlen, in: Calliess, (Fn. 83), S. 420 ff.; *Hobe*, Über Sperrklauseln bei Europawahlen, in: *ibid.*, S. 619 ff.; *Lenz*, „Ausbrechender Rechtsakt“ – Zu den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zu der 5%- bzw. 3%-Klausel im Europawahlgesetz, in: *ibid.*, S. 709 ff.

145 BVerfGE 135, 259.

146 Vgl. die Kritik am „deutschen Sonderweg“ in der abweichenden Meinung der Richter *Di Fabio* und *Mellinghoff* (BVerfGE 129, 300 (352)) sowie in der abweichenden Meinung des Richters *Müller* (BVerfGE 135, 259 (305 f.)).

verbindlich zu machen.<sup>147</sup> Das Europäische Parlament inzwischen einen Vorschlag nach Art. 223 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV unterbreitet, um eine verbindliche 3-5 %-Klausel in den Direktwahlakt einzufügen.<sup>148</sup> Das BVerfG würde mit Sicherheit angerufen, um eine solche Änderung der Identitätskontrolle zu unterziehen, diese aber wahrscheinlich akzeptieren. Denn es hatte die Sperrklauseln an Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 GG geprüft, die nicht zum eigentlichen Kern des Art. 79 Abs. 3 GG gehören.

## 8. Verfahren gegen die Maßnahmen zur Euro-Rettung

Verfassungsbeschwerden, mit denen die Teilnahme Deutschlands an der Europäischen Währungsunion zum 1. Januar 1999 verhindert werden sollte, waren erfolglos geblieben.<sup>149</sup> Das BVerfG ist dann in den letzten Jahren mit Tausenden von Verfassungsbeschwerden und einigen Organstreitverfahren gegen die Maßnahmen zur Euro-Rettung befasst worden. Die Stabilität der gesamten Euro-Zone wurde damit immer wieder neu in die Hände der Karlsruher Richter gelegt.

### *a) Vorläufiger Euro-Rettungsschirm von 2010*

Das erste dieser Verfahren richtete sich gegen „deutsche und europäische Rechtsakte sowie weitere Maßnahmen, die im Zusammenhang mit Versuchen zur Beilegung der gegenwärtigen Finanz- und Staatsschuldenkrise im Raum der Europäischen Währungsunion stehen“.<sup>150</sup> Es betraf mit anderen Worten den in aller Eile zurechtgezimmerten vorläufigen Euro-Rettungsschirm von 2010. Die Verfassungsbeschwerden wurden auf der Grundlage des Art. 38 GG für zulässig erklärt, soweit sie sich gegen zwei in diesem Zusammenhang ergangene deutsche Gesetze richteten. Unzulässig waren sie aber insoweit, als sie sich gegen die Mitwirkung der Bundesregierung an Beschlüssen der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten und des Rates der EU richteten. Das BVerfG sah in solchen Mitwirkungshandlungen der Bundesregierung keine mit der Verfassungsbeschwerde angreifbaren Akte öffentlicher Gewalt gegenüber den Beschwerdeführern.<sup>151</sup>

147 Nach Art. 223 Abs. 1 AEUV bedürfte es dafür u.a. eines einstimmigen Ratsbeschlusses und der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten.

148 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 11.11.2015 zu der Reform des Wahlrechts der Europäischen Union (2015/2035(INL)), P8\_TA-PROV(2015)0395.

149 BVerfGE 97, 350.

150 BVerfGE 129, 124 (128). Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen hatte das BVerfG zuvor abgelehnt (BVerfGE 125, 385; 126, 158). Vgl. auch BVerfGE 130, 318 zu den Beteiligungsrechten einzelner Abgeordneter an der Wahrnehmung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages und BVerfGE 131, 152 zur Reichweite der Pflicht der Bundesregierung zur Unterrichtung des Bundestages nach Art. 23 Abs. 2 Satz 2 GG.

151 BVerfGE 129, 124 (174 f.). Vgl. auch BVerfGE 137, 103: Unzulässigkeit des Organstreitantrags einer politischen Partei gegen die Zustimmung des Bundestags zur Gewährung einer Finanzhilfe an Spanien.

Als unzulässig stufte das BVerfG die Verfassungsbeschwerden auch insoweit ein, als sie sich gegen die vorgenannten Beschlüsse auf Unionsebene selbst richteten und rügten, diese verletzten die Beschwerdeführer unmittelbar in ihren Grundrechten. Denn jene Beschlüsse seien keine mit der Verfassungsbeschwerde angreifbaren Hoheitsakte deutscher öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG. Das BVerfG behielt sich allerdings die sich aus seiner bisherigen Rechtsprechung ergebenden anderweitigen Überprüfungsmöglichkeiten dieser Beschlüsse auf ihre Anwendbarkeit in Deutschland vor.<sup>152</sup> In Bezug genommen werden das „Maastricht“-Urteil zum Grundrechtsschutz gegenüber Hoheitsakten der EG, das seinerseits auf den „Solange II“-Beschluss verweist,<sup>153</sup> und der „Honeywell“-Beschluss zur Ultra-Vires-Kontrolle gegenüber Akten der Union.<sup>154</sup> Damit dürfte gemeint sein, dass solche supranationalen Hoheitsakte nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können, sondern nur insoweit, als ein deutscher Hoheitsakt sie anwendet.<sup>155</sup>

Soweit die Verfassungsbeschwerden zulässig waren, hielt das BVerfG sie für unbegründet. Der Bundestag habe sein Budgetrecht nicht in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise entleert und damit den substantiellen Bestimmunggehalt des Demokratieprinzips missachtet.<sup>156</sup>

„Eine unmittelbar aus dem Demokratieprinzip folgende Obergrenze für die Übernahme von Gewährleistungen könnte nur überschritten sein, wenn sich im Eintrittsfall die Gewährleistungen so auswirkten, dass die Haushaltsautonomie jedenfalls für einen nennenswerten Zeitraum nicht nur eingeschränkt würde, sondern praktisch vollständig leerliefe.“<sup>157</sup>

Das sei bei einer Belastung von höchstens rund 170 Mrd. Euro nicht der Fall. Die dauerhafte Haushaltsautonomie des Bundestages werde dadurch nicht untergraben.<sup>158</sup> Das BVerfG gestand dem Gesetzgeber (also in erster Linie dem Bundestag) einen weiten Einschätzungsspielraum dahingehend zu, ob der Umfang von Zahlungsverpflichtungen und Haftungszusagen zu einer Entäußerung der Haushaltsautonomie des Bundestages führe.<sup>159</sup>

152 BVerfGE 129, 124 (175 f.).

153 BVerfGE 89, 155 (175).

154 BVerfGE 126, 286 (302 ff.).

155 Aus dem späteren Vorlagebeschluss des BVerfG zum OMT-Beschluss der EZB ergibt sich, dass eine Verfassungsbeschwerde auch insoweit zulässig ist, als sie deutschen Organen vorwirft, Handlungs- und Unterlassungspflichten in Bezug auf Ultra-Vires-Akte der EU verletzt zu haben, vgl. BVerfGE 134, 366 (394 ff.).

156 BVerfGE 129, 124 (183 ff.). Vgl. bereits *Giegerich*, *The Federal Constitutional Court's Deference to and Boost for Parliament in Euro Crisis Management*, *GYIL* 2011, S. 639 ff.

157 BVerfGE 129, 124 (183).

158 BVerfGE 129, 124 (183 ff.).

159 BVerfGE 129, 124 (182 f.); bestätigt in BVerfGE 132, 195 (242 f.).

b) ESM-Vertrag und Fiskalvertrag

Als das BVerfG dieses erste Verfahren erledigt hatte, war das zweite gegen den inzwischen eingerichteten dauerhaften Stabilitätsmechanismus bereits anhängig. Diesem lagen erneut Tausende von Verfassungsbeschwerden sowie der Organstreitantrag einer Bundestagsfraktion zugrunde, die jeweils mit Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden waren. Beschwerdegegenstand waren das Bundesgesetz zu Art. 136 Abs. 3 AEUV, das Bundesgesetz zum völkerrechtlichen Vertrag zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus,<sup>160</sup> das Bundesgesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus<sup>161</sup> sowie das Bundesgesetz zum völkerrechtlichen Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion.<sup>162</sup>

(1) Ablehnung einer einstweiligen Anordnung unter Auflagen

Das BVerfG urteilte vorab gesondert über die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.<sup>163</sup> Es lehnte diese Anträge zwar ab, nicht ohne aber die Bundesregierung zu weiteren Maßnahmen zu verpflichten, um die deutsche Haushaltsautonomie und die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages fortlaufend zu gewährleisten: Die Ratifikation des ESM-Vertrages dürfe nur erfolgen, wenn zugleich völkerrechtlich sichergestellt werde, dass erstens sämtliche Zahlungsverpflichtungen Deutschlands die in Anhang II des Vertrages festgelegte Summe von ca. 190 Mrd. Euro nicht überschreiten könne und zweitens die Bestimmungen des ESM-Vertrags einer umfassenden Unterrichtung des Bundestages und Bundesrates nicht entgegenstünden. Daraufhin haben die Euro-Staaten als Vertragsparteien des ESM-Vertrags am 27. September 2012 eine entsprechende gemeinsame Auslegungserklärung abgegeben, und die Bundesrepublik Deutschland hat sich veranlasst gesehen, diese Auslegungserklärung noch einmal gesondert zu bestätigen und zu wiederholen.<sup>164</sup>

Die Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien ist entsprechend Art. 31 Abs. 3 lit. a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜRV) vom 23. Mai 1969,<sup>165</sup> der Völkergewohnheitsrecht reflektiert, als nachträgliche Interpretationsübereinkunft zu behandeln. Diese bindet den EuGH in seiner Eigenschaft als Interpret des ESM-Vertrages.<sup>166</sup> Die deutsche Erklärung stellt eine überflüssige inhaltsgleiche einseitige Interpretationserklärung dar. Als Vorbehalt im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. d WÜRV ist sie hingegen nicht zu verstehen, weil sie keine Deutschland obliegenden Vertragspflichten auszuschließen oder zu ändern versucht. Deshalb kann dahinstehen, ob einseitige Vorbehalte überhaupt mit dem Ziel und Zweck des

160 Vertrag v. 2.2.2012, BGBl. 2012 II, 983.

161 Gesetz v. 13.9.2012, BGBl. 2012 I, 1918.

162 Vertrag v. 2.3.2012, BGBl. 2012 II, 1008.

163 BVerfGE 132, 195. Vgl. ergänzend BVerfG, Beschl. v. 12.9.2012, 2 BvR 1390/12.

164 Die beiden Erklärungen sind im BGBl. 2012 II, 1086 f. bekanntgemacht worden.

165 Sartorius II, Nr. 320.

166 Vgl. Art. 37 Abs. 3 ESM-Vertrag i.V.m. Art. 273 AEUV.

ESM-Vertrages vereinbart werden könnten.<sup>167</sup> Zwar hatte das BVerfG der Bundesregierung eigentlich folgende Verpflichtung auferlegen wollen:

„Die Bundesrepublik Deutschland muss deutlich zum Ausdruck bringen, dass sie an den ESM-Vertrag insgesamt nicht gebunden sein kann, falls sich der von ihr geltend gemachte Vorbehalt als unwirksam erweisen sollte.“<sup>168</sup>

Diese Passage aus den Entscheidungsgründen ist allerdings nicht in den Urteilstenor aufgenommen worden. Deshalb durfte die Bundesregierung die ihr auferlegte Verpflichtung zur völkerrechtlichen Sicherstellung auch mittels einer Interpretationsübereinkunft aller Vertragsparteien erfüllen. In der Hauptsacheentscheidung hat das BVerfG diese Verfahrensweise akzeptiert.<sup>169</sup>

Am Ende seines Urteils wandte sich das BVerfG dem Einwand zu, der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion begründe eine irreversible Festlegung Deutschlands auf eine bestimmte Haushaltspolitik, weil er keine Kündigungsklausel enthalte.<sup>170</sup> Dieser Einwand wird zurückgewiesen unter zutreffendem Hinweis auf den Zusammenhang des Stabilitäts-Vertrages mit der EU-Mitgliedschaft, die ihrerseits nach Art. 50 EUV kündbar ist. Außerdem führt das BVerfG zu Recht den völkergewohnheitsrechtlichen Kündigungsgrund einer grundlegenden Änderung der beim Vertragsschluss gegebenen Umstände an.<sup>171</sup> Es lässt sodann die Frage ausdrücklich offen, ob völkerrechtlichen Verträgen, welche die Wirtschafts- und Sozialverfassung der Vertragsparteien im Kern betreffen, aus Demokratiegründen ein Kündigungsrecht nach Art. 56 Abs. 1 lit. b WÜRV immanent sei.

Unrecht hat das Gericht jedenfalls mit seiner Behauptung, Deutschland könne allein aus der Währungsunion ausscheiden, ohne die Europäische Union insgesamt zu verlassen, und auf diese Weise seine Bindung an den Stabilitäts-Vertrag beenden. Die mit den europäischen Verträgen unvereinbare Vorstellung einer Kündigung allein der Währungsunion hat das BVerfG in seinem „Maastricht“-Urteil selbst „erfunden“,<sup>172</sup> als eine entsprechende Vorlage an den EuGH noch nicht in Betracht kam, weil die einschlägigen Bestimmungen des Vertrages von Maastricht damals noch nicht in Kraft getreten war. Heute sind sie aber in Kraft, und das BVerfG ist nach Art. 267 Abs. 3 AEUV, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und gegebenenfalls auch Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichtet, zu allen entscheidungserheblichen Fragen des Unionsrecht Vorabentscheidungen einzuholen.<sup>173</sup> Äußert es sich eigenmächtig zum Unionsrecht, so identifiziert es seine Äußerungen automatisch als bloße *obiter dicta*, weil es anderenfalls gegen Unionsrecht, Konventionsrecht und Verfassungsrecht verstieße. Leider neigt das

167 Vgl. Art. 19 lit. c WÜRV.

168 BVerfGE 132, 195 (257).

169 BVerfG, Urt. v. 18.3.2014, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 188 f.

170 BVerfGE 132, 195 (285 f.).

171 Vgl. Art. 62 WÜRV.

172 BVerfGE 89, 155 (205).

173 Angesichts der in aller Regel auf verfassungsrechtliche Maßstäbe beschränkten Karlsruher Prüfungskompetenz werden unionsrechtliche Fragen in bundesverfassungsgerichtlichen Verfahren nur ausnahmsweise entscheidungserheblich sein. *Proelß*, (Fn. 108), S. 176 ff.

BVerfG zu derartigen *obiter dicta*, mit denen es versucht, einen ihm nicht zustehenden Einfluss auf die europarechtliche Debatte zu nehmen.

## (2) Hauptsacheurteil: Festschreibung einer Sonderrolle für Deutschland

Die Hauptsacheanträge wies das Gericht durch Urteil vom 18. März 2014 zurück bzw. verwarf sie. Dieses Urteil kam nach dem Urteil über die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht überraschend. Es ist aber insoweit bemerkenswert, als es verlangt, dass die Deutschland derzeit aufgrund seines hohen Anteils am Stammkapital zustehende Vetoposition im Gouverneursrat des Europäischen Stabilitätsmechanismus<sup>174</sup> insoweit dauerhaft erhalten bleiben müsse, als dessen Entscheidungen die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages betreffen könnten.<sup>175</sup> Damit leitet es aus dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes einen Anspruch auf eine privilegierte Position ab, die es den anderen demokratischen Mitgliedstaaten im ESM nicht zugesteht und die deshalb unvereinbar ist mit den Vorstellungen des deutschen Verfassungsgebers. Denn dieser wollte, dass das deutsche Volk als „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ dem Frieden der Welt dient.<sup>176</sup> Außerdem treten nationale Vetopositionen in Konflikt mit der von Art. 23 Abs. 1 GG vorgeschriebenen Demokratie auf europäischer Ebene. Im Übrigen unterliegt Deutschland ohne Vetomöglichkeit zum Beispiel den verbindlichen Entscheidungen des UN-Sicherheitsrats, die elementare Eingriffe vorsehen können.

### c) „Vergiftetes“ Vorabentscheidungsersuchen zum OMT-Beschluss der Europäischen Zentralbank

#### (1) Einbeziehung des OMT-Beschlusses in das ESM-Verfahren

Das Hauptsacheverfahren ist durch das vorstehend skizzierte Urteil aber nur teilweise erledigt worden. Der Grund dafür liegt darin, dass die Verfahrensbeteiligten den wenige Tage vor dem Erlass des Urteils über ihre Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gefassten Beschluss des Rates der Europäischen Zentralbank vom 6. September 2012 betreffend *Outright Monetary Transactions* (OMT) in Form des Ankaufs von Staatsanleihen zusätzlich angegriffen und damit in das Hauptsacheverfahren einbezogen hatten. Zunächst trennte das BVerfG die diesbezüglichen Verfahren ab und gab ihnen neue Aktenzeichen.<sup>177</sup>

Die abgetrennten Verfahren setzte das BVerfG aus und legte dem EuGH erstmals überhaupt Fragen zur Vorabentscheidung vor.<sup>178</sup> Das BVerfG wollte wissen, ob der Beschluss des Rates der Europäischen Zentralbank vom 6. September 2012 über

174 Eine vergleichbare Vetoposition hat sonst nur noch Frankreich inne.

175 BVerfG, Urt. v. 18.3.2014, 2 BvR 1390/12 u.a., Rn. 190 ff. Sehr kritisch *Tomuschat* in einer Anmerkung zu diesem Urteil im DVBl 2014, S. 648 f.

176 Diese Formulierung findet sich in der insoweit seit 1949 unveränderten Präambel des GG.

177 BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013, 2 BvR 1390/12 u.a.

178 BVerfGE 134, 366. Eingehende Kritik bei *Wendel*, Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH, ZaöRV 2014, S. 615 ff.

*Technical features of Outright Monetary Transactions* mit Art. 119 und Art. 127 Abs. 1 und 2 AEUV sowie mit Art. 17 bis 24 des Protokolls über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank unvereinbar sei, weil er über das in den genannten Vorschriften geregelte Mandat der EZB zur Währungspolitik hinausgehe und in die wirtschaftspolitische Zuständigkeit der Mitgliedstaaten übergreife. Es fragte außerdem, ob der Beschluss mit dem in Art. 123 AEUV verankerten Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung unvereinbar sei.

Der vorgenannte, im Wege einer Presseerklärung bekanntgegebene OMT-Beschluss kündigte die Bereitschaft der EZB an, Staatsanleihen einzelner Euro-Staaten in unbegrenzter Höhe am Sekundärmarkt anzukaufem, um eine ordnungsgemäße geldpolitische Transmission und die Einheitlichkeit der Geldpolitik sicherzustellen. Die EZB reagierte damit auf unbegründete Ängste von Anlegern bezüglich der Reversibilität des Euro, die zu nicht gerechtfertigten Zinsaufschlägen bei den Anleihen einiger Euro-Staaten geführt hatten. Diese sollten durch den OMT-Beschluss neutralisiert werden. In der Tat erfüllte schon der bloße Beschluss diesen Zweck, so dass die EZB ihn bisher nicht verwirklichen musste.

(2) Verfassungsbeschwerdemöglichkeit gegen jeden kompetenzwidrigen EU-Akt?

Der Vorlagebeschluss des BVerfG ist aus zwei Gründen bemerkenswert. Erstens erweitert er die möglichen Angriffsgegenstände von Verfassungsbeschwerden, die auf angebliche Verletzungen des Art. 38 GG gestützt werden, ganz erheblich. Das BVerfG will sogar vorbeugenden Rechtsschutz gegen Unionsakte gewähren, die wie der OMT-Beschluss nur zukünftige außenwirksame Maßnahmen ankündigen, ohne sie schon zu treffen. Wenn der OMT-Beschluss gegen das geld- und währungspolitische Mandat der EZB oder gegen das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung verstieße, würde er nach Ansicht des BVerfG eine offensichtliche und strukturell bedeutsame Kompetenzüberschreitung und damit einen Ultra-Vires-Akt im einengenden Sinne des „Honeywell“-Beschlusses darstellen.<sup>179</sup> Diese Frage der Vereinbarkeit des OMT-Beschlusses mit dem Primärrecht solle der EuGH in seiner Vorabentscheidung beantworten.

Das BVerfG legt im Folgenden dar, warum die Antwort für die bei ihm anhängigen Verfahren entscheidungserheblich ist: In diesem Fall trafen die deutschen Staatsorgane, einschließlich des Bundestages und der Bundesregierung, nämlich Handlungs- und Unterlassungspflichten in dem Sinne, dass sie an solchen Ultra-Vires-Akten nicht mitwirken dürften und aktiv auf ihre Aufhebung hinwirken müssten. Diese Handlungs- und Unterlassungspflichten, die sich aus der Integrationsverantwortung dieser Organe ergeben sollen, können von allen wahlberechtigten Bürgerinnen und Bürgern

<sup>179</sup> Gegen die Annahme eines evidenten Kompetenzverstoßes *Ludwigs*, (Fn. 112), S. 540 f.; *Heun*, Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.1.2014, JZ 2014, S. 332 f.

mittels Verfassungsbeschwerde eingeklagt werden.<sup>180</sup> Den Inhalt des einklagbaren Anspruchs formuliert das BVerfG folgendermaßen:

„Der Bürger kann [...] verlangen, dass Bundestag und Bundesregierung sich aktiv mit der Frage auseinandersetzen, wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann, und eine positive Entscheidung darüber herbeiführen, welche Wege dafür beschritten werden sollen.“

Konkrete Maßnahmen eines bestimmten Inhalts (also etwa die Erhebung einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV oder den Austritt aus der EU nach Art. 50 EUV) sollen die Beschwerdeführer also nicht verlangen können, sondern anscheinend nur eine ergebnisoffene Bundestagsdebatte und Diskussion im Bundeskabinett.<sup>181</sup> Der Sache nach kann damit zukünftig jeder der mehr als 60 Millionen wahlberechtigten Deutschen gegen jeden angeblich kompetenzwidrigen Akt jeder EU-Einrichtung wegen Verletzung von Art. 38 Abs. 1 GG Verfassungsbeschwerde einlegen.<sup>182</sup>

Die beiden abweichenden Meinungen halten die Anträge dagegen für unzulässig und deshalb die Einholung einer Vorabentscheidung für überflüssig.<sup>183</sup> Sie erkennen einen Widerspruch zu der früheren BVerfG-Entscheidung, wonach positive Mitwirkungshandlungen der Bundesregierung an EU-Beschlüssen mit der Verfassungsbeschwerde nicht angegriffen werden können.<sup>184</sup> Ein Satz aus der abweichenden Meinung der Richterin *Lübbe-Wolff* verdient es, wörtlich wiedergegeben zu werden:

„Dass einige unabhängige deutsche Richter unter Berufung auf die deutsche Auslegung des Demokratieprinzips und auf die Grenzen, die sich hieraus und aus unserer Lesart der Art. 123 ff. AEUV für die zulässigen Befugnisse der unabhängigen Europäischen Zentralbank ergeben, eine Entscheidung mit unkalkulierbar weitreichenden Konsequenzen für die ins Werk gesetzte Währung der gesamten Eurozone und die davon abhängigen Volkswirtschaften treffen, erscheint als Anomalie von höchst zweifelhafter demokratischer Qualität.“<sup>185</sup>

### (3) Versuch eines Karlsruher Diktats?

Der Beschluss des BVerfG ist zweitens deshalb bemerkenswert, weil das Gericht den EuGH damit zum ersten Mal überhaupt um eine Vorabentscheidung ersucht. Bei positiver Betrachtung wird durch ihn das oft beschworene Kooperationsverhältnis von Karlsruher Seite endlich mit Leben erfüllt.<sup>186</sup> Bei negativer Betrachtung erscheint einem der Vorlagebeschluss als eine widerwillige, mit der Androhung weiterer Feind-

180 Zulässig sind auch entsprechende Anträge von Bundestagsfraktionen im Organstreitverfahren.

181 Kritisch auch *Heun*, (Fn. 179), 331 f.; *Schwerdtfeger*, (Fn. 92), S. 306.

182 Kritisch auch *Klement*, *Der Euro und seine Demokratie*, ZG 2014, S. 176 f.; *Ludwigs*, (Fn. 112), S. 540.

183 BVerfGE 134, 366 (419 ff., 430 ff.). Die abweichende Meinung der Richterin *Lübbe-Wolff* hält den BVerfG-Beschluss seinerseits für einen Ultra-Vires-Akt (419). Ähnlich *Heun*, (Fn. 179), S. 337: verfassungswidriger Willkürakt.

184 Abw. Meinung der Richterin *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 134, 366 (425).

185 BVerfGE 134, 366 (429).

186 Zum Kooperationsverhältnis BVerfGE 89, 155 (175); 126, 286 (303); 133, 277 (316).

seligkeiten verbundene und deshalb nur vorläufige Kapitulationserklärung. So ist es zwar in Ordnung, dass das BVerfG seine Auffassung zur Interpretation des Unionsrechts ausführlich darlegt und dabei auch deutlich macht, dass der OMT-Beschluss seiner Einschätzung nach mit dem Primärrecht unvereinbar ist, wenn er nicht in einer bestimmten Weise primärrechtskonform ausgelegt wird. Dieses sein Ergebnis stellt das BVerfG auch unter den Vorbehalt der Auslegung durch den EuGH. Es macht jedoch zwei Aspekte überdeutlich: Dass es sich selbst eine Ultra-Vires-Kontrolle auch über EuGH-Entscheidungen vorbehält<sup>187</sup> und dass es den OMT-Beschluss einer Identitätskontrolle unterziehen wird, egal wie der EuGH entscheidet.<sup>188</sup> Es droht dem Gerichtshof also offen die Missachtung an, wenn er den Karlsruher Vorstellungen vom Unionsrecht nicht folgt. Damit vergiftet das BVerfG seinen ersten Vorlagebeschluss.<sup>189</sup>

Es verwundert nicht, dass die Zulässigkeit des Vorlageersuchens von einigen äußerungsberechtigten Mitgliedstaaten bestritten wurde, weil das BVerfG der Antwort des Gerichtshofs keine Bindungswirkung zuerkennt. Der Generalanwalt hat sich in seinen Schlussanträgen ausführlich mit diesem Einwand auseinandergesetzt und aufgrund der „Hypothese“, dass die Vorabentscheidung als maßgeblich und abschließend betrachtet werde, dem Gerichtshof empfohlen, die Vorlagefragen des BVerfG zu beantworten.<sup>190</sup> Der EuGH ist der Empfehlung gefolgt und hat dieser Problematik eine kurze nüchtern-sachliche Passage gewidmet, die mit dem Hinweis endet,

„dass das Urteil des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren nach dessen ständiger Rechtsprechung das nationale Gericht hinsichtlich der Auslegung oder der Gültigkeit der fraglichen Handlungen der Unionsorgane bei der Entscheidung über den Ausgangsrechtsstreit bindet [...]“.<sup>191</sup>

Inhaltlich hat er den OMT-Beschluss mit ausführlicher Begründung für primärrechtskonform erklärt.<sup>192</sup>

#### (4) Vorschlag für einen Friedensschluss mit dem EuGH

Das Verfahren schwebt jetzt wieder vor dem BVerfG, das wahrscheinlich im Laufe des Jahres 2016 eine endgültige Entscheidung treffen wird. Man darf gespannt sein,

187 BVerfGE 134, 366 (382 ff.).

188 BVerfGE 134, 366 (418 ff.).

189 Vgl. *Heun*, (Fn. 179), S. 333. *Klement*, (Fn. 182), S. 194 f., liest den Vorlagebeschluss dagegen als Kooperationsangebot.

190 Schlussanträge *GA Cruz Villalón* zu EuGH, Rs. C-62/14, *Gauweiler u.a.*, EU:C:2015:7, Rn. 30 ff.

191 EuGH, Rs. C-62/14, *Gauweiler u.a.*, EU:C:2015:400, Rn. 11 ff.

192 *Mayer*, Zurück zur Rechtsgemeinschaft: Das OMT-Urteil des EuGH, NJW 2015, S. 1999 ff.; *Herrmann/Dornacher*, Grünes Licht vom EuGH für EZB-Staatsanleihenkäufe – ein Lob der Sachlichkeit!, EuZW 2015, S. 579 ff.; *Ohler*, Rechtliche Maßstäbe der Geldpolitik nach dem Gauweiler-Urteil des EuGH, NVwZ 2015, S. 1001 ff. Eingehende Kritik auch in den Beiträgen von *Claes/Reestman*, *Sauer*, *Fabbrini*, *Simon* und *Wilkinson* in der Special Section des German Law Journal 16 (2015), www.germanlawjournal.net/vol-16-no-4 (25.1.2016), S. 1025 ff.

wie es aus der Sackgasse herausfinden will, in die es sich hineinmanövriert hat.<sup>193</sup> Hoffentlich siegt am Ende die Vernunftprüfung, dass die Wahrung von Recht und Verfassung in Europa eine gemeinsame Aufgabe der nationalen und europäischen Gerichte ist, die ohne Schaden für Recht und Verfassung nicht gegeneinander, sondern nur miteinander bewältigt werden kann. Wenn das BVerfG sich über eine von ihm selbst eingeholte Vorabentscheidung des EuGH hinwegsetzt, legt es die Axt an die Wurzel der EU als Rechtsunion. Ob dies unter dem Etikett einer Ultra-Vires- oder einer Identitätskontrolle geschieht, ist im praktischen Ergebnis gleichgültig.

Stattdessen sollte das BVerfG das „OMT“-Verfahren dazu nutzen, nach dem Modell seiner Beschlüsse im „Solange II“-Verfahren zum Grundrechtsschutz und im „Honeywell“-Verfahren zur Ultra-Vires-Kontrolle auch in Bezug auf die Identitätskontrolle dem EuGH ein Friedensangebot zu unterbreiten. Ein solches könnte etwa folgenden Inhalt haben: Das BVerfG macht erstens deutlich, dass es die in Art. 79 Abs. 3 GG für unberührbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und 20 GG im Einklang mit dem offenkundigen Willen des Verfassungsgebers europafreundlich interpretieren wird, d.h. in einer Weise, die der Mitwirkung Deutschlands in einer die Werte des Art. 2 EUV achtenden und fördernden EU nicht entgegensteht. Es verspricht in Anlehnung an den „Solange II“-Beschluss zweitens, seine Identitätskontrolle so lange nicht auszuüben, als der EuGH die Verpflichtung der Union zur Achtung der nationalen Verfassungsidentitäten entschlossen durchsetzt.<sup>194</sup> Auf diese Weise würde das BVerfG anerkennen, dass am deutschen Verfassungs(gerichts-)wesen Europa gewiss nicht genesen wird, vor allem dann nicht, wenn es hegemonial auftritt.

### E. Ein zwiespältiger Eindruck: Das Bundesverfassungsgericht als Bremser

Der vorstehende Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck: Im Tenor zumeist europafreundlich, sind seine Entscheidungen in ihren Begründungen (einschließlich der *obiter dicta*) zum Teil ausgesprochen europaskeptisch, selbst wenn sie die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes betonen. Insgesamt gesehen ist das BVerfG zwar kein Verhinderer, aber auch kein Förderer der europäischen Integration, sondern am ehesten ein Bremser. Die Bremserfunktion ist ihrerseits aber weder eindeutig positiv noch eindeutig negativ besetzt: Während falsches Bremsen ein dynamisches Projekt wie den europäischen Einigungsprozess zum Stillstand und damit unter Umständen zum Scheitern zu bringen vermag, kann richtiges Bremsen einen überschnellen Prozess vor der Entgleisung bewahren. Darüber, wie die Bremsmanöver des Bundesverfassungsgerichts in dieser Hinsicht zu qualifizieren sind, wird man kaum Einvernehmen erzielen können. Für mich sind sie tendenziell negativ.

193 Vgl. Mayer, Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, S. 473 ff.

194 Vgl. bereits Giegerich, (Fn. 114), S. 62.

